

# CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

31 JAN > 18 JUL 2022

## BREVE ENSAIO SOBRE OS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO NA ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: SERIAM TAIS CONTRATOS ESPECIALMENTE SUSCETÍVEIS A SITUAÇÕES DE *HOLD UP* CONTRATUAL?

Victória Duarte<sup>1</sup>

Palavras-Chave: Contratos. Contratos de Construção. Projetos de Engenharia. Análise econômica do direito. *Hold-up* contratual. Colaboração.

Keywords: Construction Contracts. Engineering projects. Economic analysis of law. Contractual hold-up. Collaboration.

Sumário: 1 Introdução 2 Contratos de Construção: conceito e principais características. 3 *Hold-up* contratual: conceito e a relação com as principais características dos contratos de construção. 4 Considerações finais.

### 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela PUCRS. Advogada e sócia no escritório Carvalho, Machado e Timm Advogados. Associada no Instituto Brasileiro de Direito da Construção – IB-DiC.



s contratos de construção usualmente envolvem a execução de projetos complexos, o que exige a conjugação de entregas de diversas partes envolvidas e possuem o elemento do longo prazo como um traço característico.

Dada a complexidade e a existência de uma relação que perdura no tempo, é usual que ocorram diversos eventos ao longo de sua execução, ensejando a necessidade de renegociações entre as partes. Tais renegociações podem envolver os mais diversos fatores: condições supervenientes e que não puderam ser previstas à época da negociação do contrato (como, por exemplo, guerras e pandemias) e seus impactos nos materiais e equipamentos necessários para executar a obra, alterações de projeto solicitadas pelo dono da obra, bem como situações em que alocação de riscos não foi definida pelas partes (intencionalmente ou pela impossibilidade de sua definição) ou que a sua interpretação possui entendimento diferente entre os participantes.

Em tais situações, a renegociação é essencial para que as partes possam ajustar os pontos pendentes e seguir com a execução do projeto. Nesse cenário, a colaboração e a confiança entre as partes passam a ser fortes elementos para que uma renegociação possa ser bem-sucedida. Isso porque a complexidade dos contratos de construção gera determinado nível de dependência entre as partes: enquanto o proprietário da obra depende de uma entrega no prazo ajustado e existe um custo de tempo e dinheiro relacionado com a escolha e eventual substituição do empreiteiro (usualmente bastante elevados), o empreiteiro já realizou investimentos específicos e alocou equipes para o atendimento do contrato, possuindo a expectativa de obter o retorno de seus investimentos.

Para fins de ilustração, em um cenário hipotético: as partes firmaram um contrato de empreitada antes do início da pandemia de COVID-19, em momento em que a probabilidade de

ocorrência de um evento sanitário de proporções globais seria considerada como improvável pelas partes negociantes. Com o surgimento da pandemia, surgem restrições às atividades em geral, as quais são impostas pelo poder público como medida para tentar conter o contágio de COVID-19. Dentre as medidas, são previstas restrições de quantidade de pessoas que podem acessar indústrias, redução de ocupação efetiva dos meios de transporte e refeitórios e diminuição dos horários e escalas de trabalho, bem como os custos relacionados a testagem, isolamento de empregados infectados com o vírus e utilização intensiva de máscaras e álcool gel como medida de prevenção.

Em um primeiro momento, há o impacto direto de tais custos e a necessidade de avaliação sobre a sua alocação, já que a situação não foi prevista na negociação do contrato: ainda que fosse prevista a possibilidade de caso fortuito e força maior, não foi prevista uma situação de tamanha magnitude e tamanho detalhamento da alocação dos riscos e custos decorrentes – o que nem mesmo seria possível de ter sido previsto.

Em um segundo momento, surgem as consequências de médio e longo prazo decorrentes: os impactos no cronograma e os custos indiretos para a prorrogação do prazo de execução da obra, os quais abrangem os reajustes envolvendo os custos de extensão da mão de obra alocada e custos adicionais envolvendo transporte, alimentação, estrutura de apoio e administrativa.

A quantidade de variações e condições supervenientes leva as partes a uma renegociação, pois mesmo que alguns dos elementos tenham sido previstos durante a negociação e possam ser utilizados como referência para interpretação da vontade das partes, não seria possível que as partes tivessem previsto todos os riscos relacionados e realizado uma alocação eficiente à época da negociação do contrato.

A necessidade de renegociação leva a situações em que as partes possuem interesses conflitantes, pois dada a relação de dependência em razão da complexidade de tais projetos, é

bastante recorrente que uma das partes esteja em uma posição mais favorável para barganhar um acordo mais inclinado ao atendimento dos seus interesses pessoais do que a pura execução do projeto entre as partes. A literatura da análise econômica do direito reconhece que em tais situações existe uma tendência de que a parte que está em uma posição melhor de barganha adote um comportamento oportunista para maximizar os seus benefícios em uma transação, conceituando tais situações como *hold-up* contratual.

Vejamus um exemplo: em continuidade ao caso ilustrativo mencionado acima, o proprietário da obra depende do cumprimento estrito do cronograma ajustado para retomar a produção de sua fábrica e o empreiteiro está ciente de tal necessidade, bem como conhece que o custo para a substituição do empreiteiro seria elevado e demandaria um prazo maior do que o possuído pelo proprietário da obra. Com isso, o empreiteiro utiliza a necessidade do proprietário da obra como mecanismo de barganha para apresentar um pleito financeiro substancial com base nas condições supervenientes decorrentes da pandemia, pois sabe que está em uma posição contratual mais favorável de barganha e aproveita a situação de modo oportunista para obter melhores condições. Como mecanismo de pressão, o empreiteiro reduz o ritmo da obra justificando nos custos incorridos unilateralmente em razão da pandemia.

O presente ensaio avalia o conceito e as principais características dos contratos de construção e do instituto da *hold-up* contratual, com o objetivo de avaliar se os contratos de construção seriam especialmente propícios a situações de *hold-up*, especialmente dada a sua complexidade e a forte característica de que possuem o fator de longa duração como elemento essencial.

## 2 CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO: CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.

Para fins de delimitação conceitual, o presente trabalho aborda os contratos de construção em sentido amplo, abrangendo os contratos celebrados para a execução de grandes projetos de engenharia, os quais envolvem fases de projeto, detalhamento, compra de insumos e equipamentos, bem como podem incluir fases de comissionamento, testes e operação assistida, utilizados especialmente para a construção de indústrias e grandes projetos de infraestrutura.

Como elemento adicional de complexidade, os projetos de construção envolvem um processo de reunir entregas de diferentes participantes de modo coordenado, de modo a permitir a entrega do bem de acordo com os requisitos apresentados pelo proprietário da obra. Com isso, a eficiência do processo de contratação não depende apenas do esforço individual de cada participante para atender o interesse do proprietário, mas também do modo como o excedente do projeto é dividido entre as partes, que ficam expostas a vários riscos<sup>2</sup>.

Como exemplo, projetos de construção e/ou de expansão de grandes indústrias costumam requerer muitos meses ou anos para a sua execução, o que abrange diversas fases e sujeita os contratos a diversos fatores externos.

Para fins de ilustração, os contratos que foram firmados em 2019 e possuíam previsão de execução ao longo de 2020 foram sujeitos aos impactos da pandemia, o que forçou as partes a buscar a renegociação e adotar os melhores esforços para manter a execução apesar da forte influência de fatores externos. Vale mencionar que, inclusive, quanto mais longo o prazo, maior espaço existe para que exista a influência de fatores externos e ou novas condições.

Consideradas tais características, os contratos de construção possuem natureza complexa em razão da postergação do momento da troca. Como não são contratos de execução

---

<sup>2</sup> CHANG, Chen-Yu; QIAN, Yaming. An econometric analysis of holdup problems in construction projects. *J. Constr. Eng. Manage.*, 2015. p. 1.

instantânea e geralmente envolvem prazos de longa duração, as partes realizam investimentos com o objetivo do cumprimento diferido das obrigações assumidas para a entrega dos bens<sup>3</sup>.

Contudo, após realizados tais investimentos, as partes ficam “amarradas” entre si. Tendo em vista a especificidade dos investimentos e dos ativos, a possibilidade de busca no mercado por outra empresa para substituir a inicialmente contratada é limitada (e, por vezes, inexistente)<sup>4</sup>.

Enquanto a teoria clássica dos contratos considera o contrato como algo isolado e descontínuo, o mercado atual diverge dessas características e possui os contratos de longa duração como recorrentes, especialmente nas áreas de fornecimento de bens e de construção de grandes obras de engenharia<sup>5</sup>, os quais “possuem por característica obrigações de caráter continuado ou de trato sucessivo e não apenas uma operação isolada de compra e venda”<sup>6</sup>.

Contudo, nos contratos de longo prazo existe uma necessidade de indeterminação de diversas cláusulas que a eles são inerentes, as quais ficarão para avaliação e negociação entre as partes ao longo de sua execução. Com isso, considerada a dinâmica e possibilidade de mutação do negócio, a renegociação passa a ser a via recomendada para recomodar os interesses das partes e das disposições contratuais<sup>7</sup>.

Em tais situações, para que os objetivos do contrato possam ser atingidos, é indispensável que exista uma relação de

---

<sup>3</sup> CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Almedina, 2019. p. 191.

<sup>4</sup> CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Almedina, 2019. p. 191.

<sup>5</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, jan./mar. 2011. pp. 97-98.

<sup>6</sup> FAGANELLO, Tiago. *Contratos empresariais de longa duração e incompletude contratual*. Dissertação Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, 2017. p. 48.

<sup>7</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003. p. 98.

confiança entre as partes quanto a execução contratual. Com isso, nos contratos de colaboração há a necessidade de esforços comuns de ambas as partes para o seu sucesso e, para que possam ter a sua estabilidade garantida, a confiança entre as partes é um requisito essencial<sup>8</sup>.

Sobre tais relações, Fernando Araújo assevera que tais relações podem se prorrogar no tempo, envolvendo diversos pontos de aprendizagem e uma estabilização informal das posições de cada parte. Em muitos casos, tais estabilizações podem inclusive dispensar o suporte jurídico<sup>9</sup>.

O elemento temporal é recorrente nos contratos de construção de grandes obras, envolvendo contratos de longa duração nos quais há especificidade de investimento e que tal investimento está direcionado em uma relação contratual<sup>10</sup>.

Além disso, é conhecido que nos negócios de projetos e construção a incidência de disputas contratuais, *claims* e litigância é alto e continua aumentando<sup>11</sup>.

Com isso, surgem diversas contingências que levam as partes novamente para a mesa de negociação, em situações que geralmente envolvem alto nível de dependência e vulnerabilidade, quando “o auto interesse manifesta-se de modo egoístico e não cooperativo”<sup>12</sup>, pois “as partes sabem que comportamentos oportunisticos costumam compensar; acordos, comunidade de interesses e reputação são deixados de lado”<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> VIÉGAS, Francisco de Assis. Denúncia contratual e dever de pré-aviso. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 209.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 48.

<sup>10</sup> CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. Almedina, 2019. p. 192.

<sup>11</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. *Journal of Construction Engineering and Management*, 1996. p. 295.

<sup>12</sup> CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. Almedina, 2019. p. 193.

<sup>13</sup> MILLER, Roger; LESSARD, Donald R.. Public good and private strategies. In: *The strategic management of large engineering projects: - shaping institutions, risks and*

Em tais situações, é reconhecida a possibilidade de que os agentes econômicos possam falhar em dizer a verdade, bem como mentir, trapacear e roubar e induzir a quebra do contrato, demonstrando comportamentos estratégicos<sup>14</sup>.

Os contratos firmados possuem papel relevante, pois precisará regular condições diferidas no tempo, abrangendo os termos ajustados e o adimplemento diferido, mas que exige investimentos imediatos no momento da celebração. Com isso, o contrato deve incentivar os investimentos específicos necessários em sua celebração, bem como desincentivar um eventual comportamento oportunista após a celebração<sup>15</sup>. Nesse sentido:

*Transaction cost economics emphasizes two other messages instead. First, do not contract in a naive way. Second, attempt to mitigate opportunism in cost-effective ways. These two are closely related [...]. Transactions that are subject to ex post opportunism will benefit if cost-effective safeguards can be devised ex ante. Rather than reply to opportunism in kind, the wise prince is one who seeks to both give and receive credible commitments. That is a much deeper and more important contractual response, but it requires that the hazards of opportunism be faced candidly rather than suppressed<sup>16</sup>.*

Ao tratar sobre os contratos de longo prazo, Goldberg conclui que as partes celebram contratos de longo prazo com o objetivo de administrar e gerenciar riscos. Com isso, o contrato aumentaria o valor do relacionamento, ao possibilitar o “reajuste na busca do interesse comum”<sup>17</sup>. Nos contratos de construção, o tema adquire especial relevância, na medida em que existe uma necessidade inerente de mapear e negociar os riscos

---

governance. Hong Kong: MIT, 2000, p. 22-23.

<sup>14</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Opportunism and its critics. *Managerial and Decision Economics*, v. 14, n. 2, 1993, p. 101.

<sup>15</sup> CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Almedina, 2019. p. 193.

<sup>16</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Opportunism and its critics. *Managerial and Decision Economics*, v. 14, n. 2, 1993, p. 105.

<sup>17</sup> GOLDBERG, Victor P. Risk management in long-term contracts. *Columbia Law and Economics Working Paper* n° 282, p. 2-4, 205.



relacionados, especialmente considerando o envolvimento e o relacionamento entre diversas partes para que seja realizada uma entrega completa ao dono da obra.

Nesse contexto, identifica-se outro elemento essencial nos contratos de construção, que é a sua complexidade inerente, considerando que a realidade fática envolvendo tais projetos envolve a conjugação de esforços de diversos agentes.

No contexto da complexidade do contrato, interessante mencionar que Fábio A. Gil indica é comum que a interpretação das cláusulas gere dúvidas quanto a parte que assumiu o risco e que as mesmas cláusulas podem ser entendidas de modos diferentes por cada um dos polos<sup>18</sup>.

Constatado que como principais elementos dos contratos de construção figuram a longa duração e a complexidade, resta avaliar se tais características tornam os contratos de construção especialmente suscetíveis a eventos de *hold-up* contratual, o que será avaliado a seguir.

### 3 *HOLD-UP* CONTRATUAL: CONCEITO E A RELAÇÃO COM AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO.

Nesse cenário em que o contrato já foi celebrado e que os investimentos específicos já foram realizados, surge o problema do *hold-up* contratual, que ocorre quando uma das partes possui uma posição jurídica e/ou um ativo importante e passa a utilizá-lo de modo oportunista como ferramenta de barganha para impor uma negociação para a outra parte, buscando um resultado que, caso não houvesse a dependência, provavelmente não exigisse<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. p. 93.

<sup>19</sup> CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. Almedina, 2019. p. 191.

Preliminarmente, importante mencionar que a perseguição do interesse próprio (e não do interesse alheio) é uma característica dos contratos empresariais. Nesse sentido, Paula Forgioni destaca que “a empresa perseguirá antes seu próprio interesse do que aquele do parceiro comercial”. Com isso, conclui que na área empresarial não existe nem mesmo a dúvida sobre o altruísmo ou bem comum, pois ninguém poderia cogitar ou legitimamente imaginar que as empresas agissem de tal modo. Sendo uma empresa, o esperado é que busque seus interesses em primeiro lugar, sendo o egoísmo uma característica inerente. Embora exista a possibilidade ou probabilidade de cooperação, nos contratos empresariais é possível assumir que, existindo oportunidade e vantagem econômica, o seu interesse próprio irá se sobrepor ao do parceiro. Diante disso:

*Desdobramento direto do egoísmo do agente econômico é seu oportunismo, que o mantém à espreita, visando a identificar e a usar em seu favor todas as oportunidades que surgirão, ainda que em detrimento dos outros.*

*A admissão de comportamentos oportunistas que não servem ao tráfico mercantil teria por efeito o aumento dos custos das transações; em ambiente hostil, cada negócio requer que uma parte procure se proteger contra o comportamento inadequado da outra. Explica-se a afirmação dos economistas que a disciplina dos contratos busca a contenção do oportunismo nas trocas não simultâneas.<sup>20</sup>*

Com isso, de modo preliminar, já é possível constatar que, na busca pela proteção do interesse próprio nos contratos empresariais, os agentes possuem uma forte tendência à adoção de comportamentos oportunistas – o que é especialmente propício em ambientes que favorecem tais medidas, tais como as situações de *hold-up*.

Para fins de delimitação conceitual, importante avaliar as primeiras conceituações e o conceito de *hold-up*.

A literatura indica que o problema da *hold-up* foi descrito

---

<sup>20</sup> FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 122-123.

pela primeira vez por Klein, Crawford and Alchian, em 1978, e por Williamson, em 1975 e 1977<sup>21</sup>.

Klein, Crawford and Alchian, em 1978, reconheceram a possibilidade de comportamento oportunista após a conclusão do contrato<sup>22</sup>. Isso porque, mesmo que todas as contingências relevantes tenham sido especificadas no contrato, os contratos ainda são abertos a riscos relevantes, considerando que nem sempre são cumpridos<sup>23</sup>.

Na sequência, ao abordar a nova economia institucional, Williamson menciona que há uma preocupação com as origens, incidência e ramificação dos custos de transação. Como consenso na avaliação dos custos de transação, são considerados os seguintes fatores: (1) o oportunismo é um conceito central no estudo dos custos de transação; (2) o oportunismo é especialmente importante para a atividade econômica que envolve transações com investimentos específicos com capital humano e físico; (3) o processamento eficiente de informação é um importante e relacionado conceito; e (4) a análise dos custos de transação tem valor como comparativo institucional<sup>24</sup>.

Em síntese sobre o entendimento de Williamson, Toledo indica que o comportamento dos agentes é caracterizado por dois fatores principais:

1. Racionalidade limitada, que prevê que o comportamento dos agentes é intencionalmente racional, mas limitado por sua capacidade cognitiva, o que torna os contratos complexos intrinsecamente incompletos;
2. Oportunismo, que indica que a parte utilizará a oportunidade de melhorar estrategicamente sua situação contratual,

---

<sup>21</sup> ROGERSON, William P. Contractual solutions to the *hold-up* problem. Review of economic studies, 1992. p. 777.

<sup>22</sup> KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. The Journal of Law and Economics. p. 298.

<sup>23</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, 1975, p. 26-30.

<sup>24</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. Journal of Law and Economics, 1979. p. 233.

sempre quando possível. A oportunidade usualmente surge quando as partes possuem investimentos específicos em uma relação contratual, que são aqueles que terão os custos perdidos se uma das partes abandonar a relação e buscar a alternativa de mercado.<sup>25</sup>

Com isso, temos quatro elementos que determinam a base teórica para a explicação do problema do *hold-up*: racionalidade limitada, oportunismo, incertezas, complexidade e investimentos específicos. Em resumo, em situações de *hold-up*, “uma das partes tenta estrategicamente dificultar a realização de um acordo para melhorar sua condição de barganha”<sup>26</sup>.

De acordo com Rogerson, a situação de *hold-up* ocorre quando existem dois fatores presentes, sendo que o primeiro é que as partes fizeram investimentos específicos não contratados antes do início da transação e o segundo é que eles não puderam ser quantificados com certeza de modo prévio, pois dependem de determinados fatores que não puderam ser previamente mensurados e contratados de modo objetivo<sup>27</sup>.

*A hold-up problem occurs when two factors are present. First, parties to a future transaction must make non-contractible specific investments prior to the transaction in order to prepare for it. Second, the exact form of the optimal transaction (e.g. how many units if any, what quality level, the time of delivery) cannot be specified with certainty ex ante. It depends on the resolution of uncertain parameters and these parameters cannot be objectively measured and contracted upon.*<sup>28</sup>

O primeiro fator sugere que o contrato deve ser relativamente rígido e inflexível para que as partes investidoras não temam que as negociações subsequentes "roubem" delas o valor de seus investimentos específicos. Enquanto isso, o segundo

---

<sup>25</sup> SILVA, Leonardo Toledo da. Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção. Almedina, 2017. p. 105.

<sup>26</sup> SILVA, Leonardo Toledo da. Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção. Almedina, 2017. p. 105.

<sup>27</sup> ROGERSON, William P. Contractual solutions to the *hold-up* problem. Review of economic studies, 1992. p. 777.

<sup>28</sup> ROGERSON, William P. Contractual solutions to the *hold-up* problem. Review of economic studies, 1992. p. 777.

fator indica que o contrato deve ser relativamente flexível, a fim de permitir que as partes personalizem a forma exata da transação para ser ideal, dada a realização dos parâmetros incertos<sup>29</sup>.

Como contribuição ao tema, Rogerson indica que é importante conhecer durante a negociação quais são os tipos de renegociação que as partes gostariam de proibir e quão complexo o contrato totalmente ótimo realmente é para entender melhor o comportamento real de contratação<sup>30</sup>.

Quanto ao ponto, é importante mencionar que as ações oportunistas para extrair melhores condições não se limitam a barganha para redução do preço e podem incluir a ameaça de rompimento das transações, isto é, o cancelamento de pedidos e a possibilidade de interrupção das obras. Inclusive, o fator é um elemento de risco ainda que tenha ocorrido uma alocação prévia entre as partes, pois as transações econômicas estão sujeitas a interferência de elementos externos e, portanto, o ambiente de incerteza pode forçar uma renegociação<sup>31</sup>.

Merece atenção o fato de que em tais situações as renegociações podem ser lentas ou ineficientes, inclusive em decorrência da própria situação de *hold-up* e do interesse de uma das partes em forçar a sua obtenção de condições mais favoráveis, quando uma parte está blefando ou mal-intencionada. Tal situação adquire especial relevância quando as decisões finais precisam ser tomadas rapidamente ou as informações ainda são assimétricas no momento da troca<sup>32</sup>.

O ponto adquire especial relevo nos contratos de construção. Isso porque no contexto dos contratos de construção uma renegociação lenta ou ineficiente pode ser causa de uma

---

<sup>29</sup> ROGERSON, William P. Contractual solutions to the *hold-up* problem. Review of economic studies, 1992. p. 777.

<sup>30</sup> ROGERSON, William P. Contractual solutions to the *hold-up* problem. Review of economic studies, 1992. p. 790.

<sup>31</sup> SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura. Revista do BNDES, 2004. p. 23.

<sup>32</sup> SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura. Revista do BNDES, 2004. p. 23.

interrupção da obra.

Ao avaliar o tema, Toledo define que o problema do *hold-up* possui recorrência e é central para a avaliação dos contratos colaborativos, considerando que os projetos de infraestrutura costumam ter elevado nível de investimentos específicos, longa duração e grande nível de incertezas. Diante disso, é comum que a parte contratada tente aproveitar situações de necessidade de adaptação do contrato celebrado em razão de uma nova contingência ou modificação do escopo das obras, utilizando a situação como oportunidade para renegociar também condições que já haviam sido negociadas contratualmente. Por vezes, tais oportunidades são uma chance para melhorar uma baixa margem de lucro, considerando o elevado custo de tempo e oportunidade que o proprietário da obra teria para encontrar um novo parceiro<sup>33</sup>. Vejamos:

*O problema do hold-up ilustra o que, na verdade, na visão da economia dos custos de transação constitui o maior problema dos contratos em contextos que demandam adaptação, especialmente em contratos de longa duração e de grande nível de incertezas.*<sup>34</sup>

Ademais, importante mencionar que os mecanismos jurídicos apenas podem forçar o cumprimento da parte formal dos contratos. Com isso, a função do *enforcement* jurídico é criar solidez e principalmente estabelecer critérios para avaliação das variáveis que poderiam ser manipuladas para que a out de renda da contraparte no contrato. No entanto, com informações mais precisas, podem ser estabelecidos acordos de forma mais fácil do que buscar prever o comportamento futuro de determinadas variáveis<sup>35</sup>.

Considerando que os investimentos em construção

---

<sup>33</sup> SILVA, Leonardo Toledo da. Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção. Almedina, 2017. p. 105.

<sup>34</sup> SILVA, Leonardo Toledo da. Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção. Almedina, 2017. p. 106.

<sup>35</sup> SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura. Revista do BNDES, 2004. p. 8.

envolvem ativos específicos e aplicações finais, estão sujeitos a riscos fortes de *hold-up*. Com isso, a elaboração dos contratos nos projetos de investimento é de importância fundamental para garantir a performance do projeto<sup>36</sup>.

Interessante mencionar que, dentre outros mecanismos já avaliados na literatura, foi reconhecido pela doutrina que a utilização de *dispute boards* pode ser mecanismo para reduzir o espaço para comportamentos oportunistas, incluindo as situações de *hold-up* contratual. Nessa linha, o fato de os membros do *dispute board* estarem bastante próximos aos fatos ocorridos na obra reduz a dificuldade de produção de provas e as ressalvas feitas pelo empreiteiro, então geraria um ambiente em que a contratante teria menos incentivo para desconsiderar um pleito de repactuação de preços – incentivando a renegociação<sup>37</sup>. Vejamos o exemplo explorado:

*Geralmente, tanto a readequação do cronograma como a finalização do empreendimento são importantes para ambas as partes, de modo que há a pronta necessidade e o interesse de pactuarem aditivo para repactuação do prazo. Ocorre que o mesmo não se verifica com relação à análise do pleito de repactuação de preço, pois o único interessado nessa questão é o empreiteiro. O consenso quanto à pronta necessidade de se repactuar prazos e a incerteza sobre a repactuação de preços podem dar ensejo a litígios e à paralisação das obras. Explicase.*

*De um lado, o empreiteiro pode não concordar em assinar um aditivo para a repactuação de prazos sem que se contemple também a repactuação de preços. Isso pode se dar por diferentes razões. Seja pela insegurança em continuar a obra sem a garantia de ressarcimento das despesas decorrentes da ociosidade suportadas pelo empreiteiro, seja para, de forma oportunista, aproveitar a urgência da obra para a contratante e,*

---

<sup>36</sup> SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura. Revista do BNDES, 2004. p. 19.

<sup>37</sup> ARAKE, Henrique Karuki; LIMA, Isabela Ramagem. Dispute boards podem ser importante instrumento para resolução de conflitos. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/arake-ramagem-recuilibrio-contratual-dispute-boards>.

*como instrumento de barganha, condicionar a continuidade da obra à repactuação de preço (hold-up problem).*<sup>38</sup>

De qualquer modo, é possível que surjam outros temas controversos e a relação entre as partes passe a ser ainda mais litigiosa. Ademais, enquanto o aditivo não for encerrado e o empreiteiro tiver a garantia de recebimento de valores, pode utilizar como mecanismo de pressão a interrupção ou diminuição expressiva do ritmo das obras.

Partindo da premissa de que a contratante saiba que o aditivo firmado para a repactuação do prazo não significa renúncia da pretensão de renegociação dos preços e sendo a prova de difícil produção, a contratante poderia rejeitar a oportunidade de firmar um acordo, aproveitando da assimetria informacional do julgador para inviabilizar o acordo<sup>39</sup>.

Por outro lado, como situação hipotética, também é possível que o empreiteiro apresente um pleito genérico com valores mais elevados do que efetivamente espera receber, adotando um comportamento oportunista para utilizar o poder de barganha e obter um valor maior na negociação a partir da assimetria informacional da contratante. Em tais situações, a proximidade técnica do *dispute board* com a realidade da obra também pode ser um interessante mecanismo para coibir das condutas, considerando que o comitê será composto por membros de ambas as empresas e que o pleito deverá ser avaliado por eles em conjunto, com o objetivo de obter um denominador comum.

Isso é possível porque, dentre as estruturas disponíveis de *dispute boards*, existe a possibilidade de instalação de um *board* desde o início do contrato, com a eleição de técnicos pelas

---

<sup>38</sup> ARAKE, Henrique Karuki; LIMA, Isabela Ramagem. Dispute boards podem ser importante instrumento para resolução de conflitos. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/arake-ramagem-reequilibrio-contratual-dispute-boards>.

<sup>39</sup> ARAKE, Henrique Karuki; LIMA, Isabela Ramagem. Dispute boards podem ser importante instrumento para resolução de conflitos. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/arake-ramagem-reequilibrio-contratual-dispute-boards>.



partes, os quais acompanharão em tempo real todas as etapas da obra<sup>40</sup>.

É conhecido que uma forma de mensurar a eficiência e efetividade dos contratos é a possibilidade de claramente identificar os riscos assumidos por cada uma das partes. Caso as partes contratantes não tenham o entendimento comum sobre a alocação ou gerenciamento de um risco pode causar problemas em sua administração, o que causa ineficiências no projeto e torna as relações contratuais adversariais, tendo como resultado impactos na execução do projeto e, em uma análise, o aumento de custos<sup>41</sup>.

Hartman e Snelgrove realizaram estudo sobre a efetividade da redação dos contratos para formalizar e comunicar a alocação de risco entre as partes contratantes<sup>42</sup>. Em uma conclusão surpreendente (e que não deveria o ser), constataram que as partes contratantes de modo recorrente interpretam a alocação de riscos de modo diferente e que raramente as partes possuem a mesma interpretação. As principais conclusões foram:

- Com poucas exceções, contratantes, contratados e consultores interpretam as cláusulas contratuais de modo diferente;
- Dentro de qualquer grupo de partes contratantes, os entrevistados interpretaram cláusulas contratuais como uma possibilidade de uma série de rateio de riscos;
- Quantificar a interpretação subjetiva de cláusulas por meio do uso de uma escala de rateio de risco permite que os participantes possam identificar possíveis áreas de potencial disputa de contrato futuro;

---

<sup>40</sup> ARAKE, Henrique Karuki; LIMA, Isabela Ramagem. Dispute boards podem ser importante instrumento para resolução de conflitos. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/arake-ramagem-reequilibrio-contratual-dispute-boards>.

<sup>41</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. *Journal of Construction Engineering and Management*, 1996. p. 291.

<sup>42</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. *Journal of Construction Engineering and Management*, 1996. p. 291.

- A linguagem do contrato por si só é insuficiente para ditar claramente o rateio de risco específico entre as partes contratantes<sup>43 44</sup>.

O estudo realizado por Hartman e Snelgove mencionado anteriormente reforça a importância e relevância da clareza das partes quanto aos riscos assumidos durante a negociação dos contratos. Isto é, quanto mais claras estiverem as obrigações e os riscos assumidos, menor a necessidade de novas negociações, o que reduzir o espectro para a ocorrência de situações de *hold-up*<sup>45</sup>.

Nesse sentido, importante mencionar que um entendimento comum entre as partes reduz a probabilidade de disputas. Contudo, para que exista um entendimento comum entre as partes, é necessário que todas possuam a mesma interpretação quanto a sua intenção nos contratos firmados<sup>46</sup>.

Como recomendação para mitigar o problema, Hartman e Snelgove recomendam que todas as partes envolvidas na criação e administração dos contratos tenham um mecanismo efetivo para mensurar o nível de subjetividade na sua interpretação, o que será um forte indicador da eficácia das cláusulas contratuais<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. *Journal of Construction Engineering and Management*, 1996. p. 295.

<sup>44</sup> Na versão original: • With few exceptions, owners, contractors, and consultants interpret contract clauses differently • Within anyone contracting party group, respondents interpreted contract clauses across a range of risk apportionment possibilities • Quantifying subjective clause interpretation through the use of a risk apportionment scale allows participants to identify possible areas of potential future contract dispute • Contract language alone is insufficient to clearly dictate specific risk apportionment between contracting parties.

<sup>45</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. *Journal of Construction Engineering and Management*, 1996. p. 295.

<sup>46</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. *Journal of Construction Engineering and Management*, 1996. p. 295.

<sup>47</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum

Para que as cláusulas contratuais sejam eficazes, é necessário um mecanismo que realize a conversão das interpretações subjetivas de alocação de riscos em uma interpretação mais objetiva, permitindo a identificação prévia de possíveis disputas e a estruturação clara antes da conclusão da negociação e início da execução do contrato. Isso porque para que o projeto seja efetivo, todos os participantes precisam ter a noção clara de todas as suas obrigações e responsabilidades com o projeto e o entendimento precisa ser o mesmo entre todos os envolvidos<sup>48</sup>. Ilustrando o problema: “The insight gained through this study was that contracts, which define the rights and duties agreed to by the contracting parties, are not necessarily agreements”<sup>49</sup>.

Importante mencionar que como um esforço para reduzir a ocorrência de disputas e atrelar as cláusulas à proteção dos interesses, algumas das cláusulas contratuais foram alteradas pelas organizações responsáveis pela manutenção e gestão do contrato *standard*<sup>50</sup>, o que reforça a importância dos contratos como instrumento eficaz para a alocação de riscos e redução de potenciais disputas entre as partes.

Verifica-se, portanto, que os contratos de construção são um ambiente especialmente propício para a ocorrência de situações de *hold-up*, considerando que usualmente existem contratos incompletos em decorrência de sua natureza completa, bem como existem investimentos específicos que favorecem a ocorrência de oportunismo pelas partes, buscando a melhora de sua

---

contracts – concept of latent dispute. Journal of Construction Engineering and Management, 1996. p. 295.

<sup>48</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. Journal of Construction Engineering and Management, 1996. p. 295.

<sup>49</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. Journal of Construction Engineering and Management, 1996. p. 295.

<sup>50</sup> HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. Journal of Construction Engineering and Management, 1996. p. 295.

situação contratual.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos de construção envolvem a execução de grandes projetos, possuindo como elementos característicos a sua complexidade e a longa duração. Além da complexidade inerente em cada contrato, ainda há um elemento adicional, que é a necessidade de coordenação de várias entregas e partes envolvidas para que seja entregue um resultado ao proprietário da obra.

A complexidade e a longa duração tornam os contratos de construção um ambiente propício para a necessidade de renegociação entre as partes durante a sua execução. Isso porque é usual que existam pontos que não puderam ser inicialmente previstos e alocados entre os riscos definidos entre as partes, seja porque ainda não era possível a sua quantificação ou por uma intenção das partes de não regular previamente o assunto.

Além disso, dado o transcurso de tempo entre a celebração do contrato e a entrega do objeto, é recorrente que surjam situações supervenientes e que não teriam como ser anteriormente negociadas entre as partes, o que gera uma necessidade de renegociação para reacomodar as expectativas das partes contratantes.

Adicionalmente, considerando a complexidade inerente, também é possível que posteriormente existam interpretações divergentes entre as partes quanto as obrigações e riscos que foram assumidos no contrato, o que também gera uma necessidade de renegociação e alinhamento de expectativas para a continuidade da relação contratual.

A indeterminação é um fator intrínseco, seja pela impossibilidade ou desinteresse das partes em prever determinadas condições, pelo transcurso do tempo ou por interpretações divergentes das cláusulas contratuais durante a execução do contrato.

Considerando que os contratos de construção demandam

investimentos específicos de ambas as partes, é recorrente que as renegociações ocorram em momentos em que uma das partes esteja em uma situação mais favorável de barganha. Sendo contratos firmados entre empresas, que naturalmente possuem a prevalência de seus interesses próprios em detrimento dos interesses da outra parte, o ambiente é especialmente favorável para situações oportunistas, em que uma parte tenta utilizar a situação de barganha para obter condições mais favoráveis para si, as quais não poderiam ser obtidas caso a posição de barganha não fosse detida.

Verifica-se, portanto, que as características dos contratos de construção os tornam especialmente suscetíveis a situações de *hold-up* contratual, o que inclusive já foi reconhecido pela literatura jurídica.

Diante disso, os contratos passam a ser um elemento essencial para mitigar (ou buscar reduzir ou delimitar) as situações possíveis envolvendo *hold-up*.

Além do contrato em si, o momento da negociação é fundamental e as premissas do negócio precisam ficar muito claras entre todos os participantes. Isso porque é muito importante para alinhamento das expectativas e para que as partes possam alocar contratualmente as situações em que ocorrerão negociações e quais condições e exclusão expressa de determinadas renegociações. Embora a conclusão possa parecer simplista, já foi reconhecido em pesquisa realizada sobre a interpretação dos contratos que o usual é que as partes tenham interpretações divergentes sobre as mesmas regras contratuais.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais,

- existenciais e de lucro, In: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, jan./mar. 2011.
- ARAKE, Henrique Karuki; LIMA, Isabela Ramagem. Dispute boards podem ser importante instrumento para resolução de conflitos. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/arake-ramagem-reequilibrio-contratual-dispute-boards>.
- ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. Almedina, 2019.
- CHANG, Chen-Yu; QIAN, Yaming. An econometric analysis of holdup problems in construction projects. J. Constr. Eng. Manage., 2015.
- FAGANELLO, Tiago. Contratos empresariais de longa duração e incompletude contratual. Dissertação Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, 2017.
- FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.
- GOLDBERG, Victor P. Risk management in long-term contracts. Columbia Law and Economics Working Paper nº 282.
- HARTMAN, Francis; SNELGROVE, Patrick. Risk allocation in lump-sum contracts – concept of latent dispute. Journal of Construction Engineering and Management, 1996.
- KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. The Journal of Law and Economics.
- MILLER, Roger; LESSARD, Donald R.. Public good and

- private strategies. In: The strategic management of large engineering projects: - shaping institutions, risks and governance. Hong Kong: MIT, 2000.
- ROGERSON, William P. Contractual solutions to the *hold-up* problem. *Review of economic studies*, 1992.
- SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura. *Revista do BNDES*, 2004.
- SILVA, Leonardo Toledo da. Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção. Almedina, 2017.
- VIÉGAS, Francisco de Assis. Denúncia contratual e dever de pré-aviso. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- WILLIAMSON, Oliver E. Opportunism and its critics. *Managerial and Decision Economics*, v. 14, n. 2, 1993.
- WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1975.
- WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, 1979.