



Parte que deve suportar o risco é aquela que tem capacidade de geri-lo

Contratos de terceirização de serviços (outsourcing) não têm por objeto a transferência do risco, mas a prestação de serviços colaterais ou secundários à atividade principal exercida pela parte contratante. Para focar a atenção em sua atividade-fim, uma das partes resolve transferir para um terceiro as atividades-meios. Por outro lado, no contrato de seguro, o objeto da avença é a "garantia": por meio deste tipo de contrato, uma das partes garante que, se um risco tornar-se sinistro, é essa parte garantidora quem arcará com os prejuízos daí advindos. Ou seja, transfere-se (onerosamente) o risco de uma atividade para outrem.

Em contratos de terceirização de atividades-meio (geralmente de natureza não-industrial), não se tem a intenção precípua de transferir um risco, mas uma atividade operacional específica. Ainda que a técnica especializada (know-how) reduza os riscos decorrentes da execução da atividade, não é este o objetivo do contrato. O intento primordial da terceirização, diferentemente da contratação de seguro, é a redução do custo, e não do risco. É por isso que, ao procurar-se uma seguradora, a sua solidez financeira e patrimonial está entre os critérios primordiais da seleção. Ao se buscar um prestador de serviço para executar uma atividade ou processo, entretanto, a competência operacional e, sobretudo, o custo são os fatores levados em consideração na escolha do prestador.

A alocação de riscos em contratos desta natureza deve ser cuidadosa. Na ânsia de desonerar-se de um risco que é da sua atividade, o comprador, muitas vezes, impõe cláusulas contratuais em que não só a operação secundária é transferida, mas também o são os riscos desta operação. Em outras palavras: em um só instrumento, o comprador pretende contratar a prestação de serviços em si, e uma garantia. Tal garantia, contudo, dificilmente é objeto de remuneração específica. Uma abordagem descuidada da alocação contratual de responsabilidades implica na inadequação da curva de assunção de riscos em relação à curva do preço. Fato é que quanto mais riscos uma das partes assume, maior deve ser a sua remuneração. Note-se que o próprio risco, no contrato de seguro, tem um preço. O prêmio de um eventual seguro parece-me um bom parâmetro para se determinar o valor do incremento no preço do serviço prestado decorrente de um risco assumido pela parte contratada.

Para alocar riscos desta ordem de maneira adequada, um instrumento essencial é a cláusula limitadora de responsabilidade. Por meio destas disposições, é possível transacionar-se (dentro dos limites legais) o direito à reparação por eventuais danos que venham a ser causados pela outra parte. Conforme doutrina majoritária (recomenda-se a leitura de “Cláusula de Não-Indenizar, de Aguiar Dias), não se pode limitar a responsabilidade da parte que esteve imbuída de dolo ou culpa grave ao causar dano. Se o aspecto subjetivo está limitado à culpa, porém, a limitação de responsabilidade é válida e a opção das partes deve ser respeitada.

Para limitar-se a responsabilidade civil em instrumentos contratuais, duas formas são corriqueiras: o estabelecimento de um teto para eventuais indenizações (o que possibilita que a parte que assume o risco possa se segurar de maneira adequada) e a eleição das espécies de danos que podem ser objeto de indenização (excluindo-se, por exemplo, os danos morais, de difícil mensuração prévia). Os dois modelos podem – e devem – ser combinados. O mais importante é que as partes dêem asas à imaginação



para prever as situações que podem ensejar um dano na execução do objeto contratual, e, a partir daí, distribuam entre si os riscos.

A responsabilidade civil legal não tem por objeto a realização de negócios e a circulação de riquezas, mas a necessidade social de que danos sejam reparados. Ou seja, como regra geral, tem-se o artigo 186 do Código Civil, que diz que, aquele causa dano a outrem, deve repará-lo, para o fim de que o status anterior seja recomposto. A lei é, pois, clara. Quando as partes optam por deixar de lado a regra geral, e partir para uma norma específica, inter-partes, que viabiliza a celebração do negócio, devem ser tão claras e expressas quanto a lei foi neste particular. Dizem as partes: Fulano, ainda que provoque um dano a minha esfera jurídica, não responderá por ele. E, implícito nesta frase, está a ideia segundo a qual Fulano não responde por tais danos porque está exercendo uma atividade que, naturalmente, seria realizada por Sicrano. É como se o Sicrano (que aqui é o contratante) pedisse um favor a um amigo. Dissesse-lhe: "olha, está caro demais transportar os meus produtos até as lojas. Eu quero que você, que já tem caminhões, que já sabe fazer o serviço, que pode otimizar essa tarefa e reduzir o seu custo, faça isso para mim". O Fulano (prestador de serviços) realizará a tarefa, e será remunerado por isso. A sua remuneração pode ou não incluir o preço de uma garantia.

Há de se considerar um pequeno desvio da regra segundo a qual a parte que deve suportar um risco é aquela que tem capacidade de geri-lo (e evitá-lo). Em contratos dessa natureza, frequentemente, a parte que lida diretamente com o risco (o terceirizado) até tem, à primeira vista, mais condições de evitar a ocorrência do sinistro. Entretanto, deve-se perguntar se, ao alocar o risco para esta parte, ela tem condições financeiras de suportá-lo: a gestão de riscos, afinal, não está ligada apenas à capacidade operacional de evitar o sinistro, mas à capacidade financeira de segurar-se.

De pouco adianta a imposição de cláusulas contratuais que estabelecem a integral transferência dos riscos da atividade para o prestador de serviços. Compradores eficientes assinam bons contratos, mas têm de se preocupar com a capacidade da outra parte de cumprir as obrigações assumidas em seu bojo. É claro que há, no mercado, prestadores de serviços que aceitarão todas as condições contratuais que lhe forem impostas, e que praticarão preços competitivos.

Compradores que optam por contratar empresas como estas, porém, estão fadados à frustração. É matemático: quanto maior o risco assumido pela parte contratada, maior o preço que será cobrado. Saber, de antemão, que o Fulano do parágrafo acima não responderá pelos danos que causar, e tomar as cautelas devidas para que o risco esteja efetivamente controlado (e segurado), é essencial à atividade empresarial. É ter a consciência de que o contrato serve para se distribuírem entre as partes, além de obrigações, os riscos e responsabilidades decorrentes da consecução do objeto contratual.

Date Created

04/01/2010