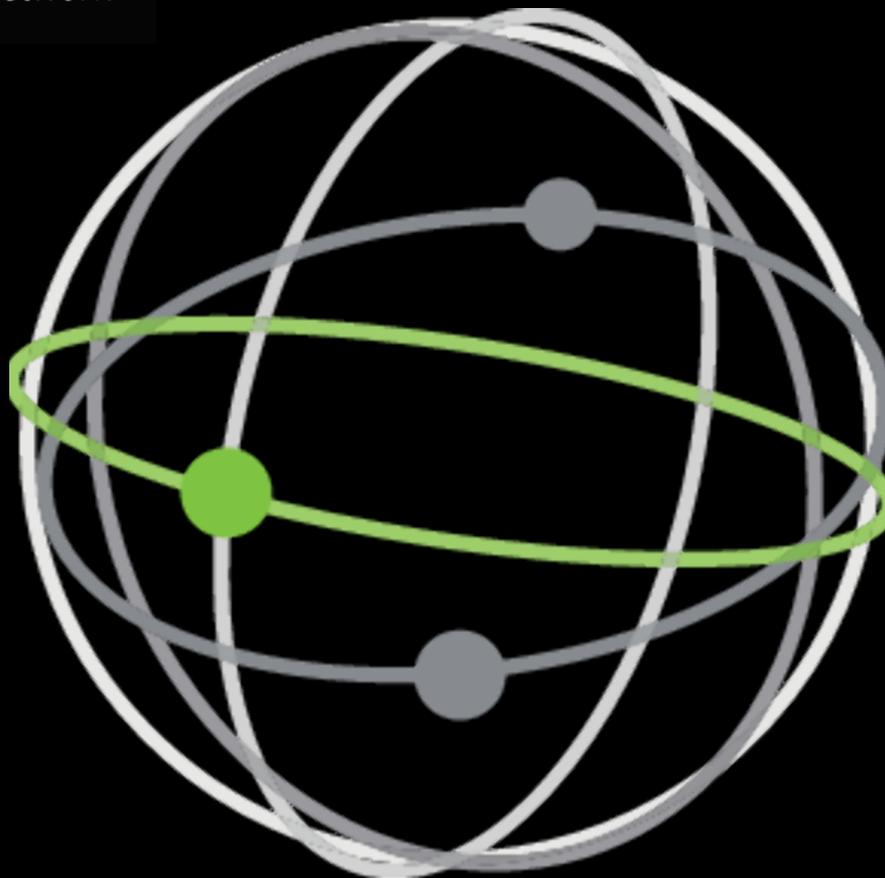


CTSU

Sociedade de Advogados

Member of Deloitte Legal network



COVID-19 | Legal Insights n° 9

Impacto nos contratos comerciais

26 de Março de 2020

Índice

1# Breve enquadramento	4
2# Sumário	5
3# A impossibilidade de cumprimento do contrato comercial não imputável ao devedor – as estipulações contratuais	7
A autonomia privada e a liberdade contratual. A autorregulação de interesses pelas partes e a análise do contrato celebrado	7
4# A impossibilidade de cumprimento do contrato comercial não imputável ao devedor – regime jurídico aplicável	8
Regime jurídico geral aplicável em Portugal	8
Caso Fortuito e Caso de Força Maior	8
Poderá a pandemia COVID-19 constituir caso de força maior, invocável como impedimento do cumprimento contratual?	9
Quais as consequências de o devedor invocar impossibilidade de cumprir o contrato por motivo de caso de força maior?	9
Sobre quem impende o ónus da prova da existência de caso de força maior?	9
E o que pode fazer o credor, que vê o contrato cessar por invocação de impossibilidade de incumprimento do devedor com fundamento em caso de força maior?	10
E se houver apenas uma impossibilidade parcial de cumprimento contratual?	10



Índice

E se o credor perder o interesse na prestação como consequência do devedor (ex. fornecedor) alegar a impossibilidade de cumprimento contratual com fundamento na pandemia COVID-19?	10
E se ainda for possível o cumprimento, mas este apenas se tornar excessivamente oneroso ou implicar uma alteração ou suspensão de prazos pela parte atingida (devedor)?	11
5# Regime aplicável em caso de agravamento desproporcional da prestação, redundando em desequilíbrio contratual desrazoável	12
Desequilíbrio contratual por extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação, atenta a situação de pandemia e as circunstâncias do caso concreto e Cláusulas <i>Hardship</i>	12
6# Regime aplicável em caso de impossibilidade de cumprimento do contrato comercial internacional	14
Contratos Internacionais. Breve Nota.	14



1# Breve Enquadramento

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde classificou a disseminação da doença COVID-19 causada pelo novo coronavírus como uma pandemia.

Esta circunstância tem reflexos sérios em vários contratos, de forma direta e indireta, causando um enorme impacto na atividade empresarial.

A generalidade dos problemas reconduz-se à aplicação do regime da impossibilidade e da alteração das circunstâncias, ou à aplicação de regras contratuais específicas.

Pretende-se de uma forma sumária identificar estes regimes que enquadram casos de impossibilidade, temporária e definitiva, total ou parcial, de agravamento da prestação e de desequilíbrio contratual, aplicáveis nestas hipóteses que afetam o cumprimento pontual dos contratos motivada pela pandemia de COVID-19.

2# Sumário

- Num primeiro momento, importa analisar o contrato comercial celebrado, para apurar se este prevê alguma disposição contratual que contemple uma situação na qual a atual pandemia se possa enquadrar, e avaliar a possibilidade de invocar a cláusula de força maior, cláusulas relativas à alteração das circunstâncias ou à suspensão de prazos, verificadas determinadas circunstâncias, ou até cláusulas de *hardship*, em que as partes se obrigam a renegociar o conteúdo do contrato, em razão de um acontecimento fundamental ocasionador de um desequilíbrio do pactuado;
- Caso exista uma cláusula prevendo uma das situações acima referenciadas, esta deverá ser observada, designadamente no que respeita a eventuais obrigações de notificação da contraparte, bem como de assunção de medidas adicionais estipuladas contratualmente;
- O devedor lesado pelo desequilíbrio contratual ou pela situação prevista, designadamente caso de força maior ou desequilíbrio contratual por extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação superveniente, atenta a situação de pandemia e as circunstâncias do caso concreto, deverá:
 - (i) assegurar-se que toma todas as medidas ao seu alcance para evitar ou minimizar a impossibilidade de cumprimento e que não invoca abusivamente o estipulado entre as partes ou as soluções resultantes da lei para o efeito;
 - (ii) verificar se existem outras causas para além da pandemia que possam contribuir para a impossibilidade de cumprimento ou para a extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação;
 - (iii) negociar com a contraparte, para se tentar chegar a um acordo, o que poderá implicar a alteração do contrato por revogação ou distrate (acordo das partes), designadamente, no que respeita aos prazos ou mesmo ao preço da prestação.
- No contexto atual deverão, ainda, ser ponderadas as situações em que se aplique ao contrato em questão, direta ou indiretamente, alguma disposição que resulte da legislação publicada e emitida como resposta à situação de emergência criada pela COVID-19.

2# Sumário

- O caso de força maior, nos termos gerais do direito português aplicável, só deverá ser invocado se a parte afetada estiver em condições de a provar, devendo estar, igualmente, ciente dos riscos inerentes a esta alegação, designadamente no que respeita à hipótese de a parte lesada ter de devolver ao credor o que houver dele recebido (por ex. preço); ou, caso a devolução não seja possível, a eventualidade de o credor vir, por exemplo, tentar exigir a indemnização que o devedor tenha obtido em virtude de um contrato de seguro, da respetiva companhia seguradora (cómodo de sub-rogação).
- Caso não se esteja perante uma impossibilidade de cumprimento motivada apenas pela pandemia ou caso o cumprimento afete gravemente o equilíbrio contratual, deverá ser ponderada a invocação do princípio da boa fé na execução dos contratos, bem como o princípio da redução equitativa como princípio geral do nosso Direito, que concretiza a boa fé na execução do contrato (uma vez verificados os respetivos pressupostos), bem como o possível acionamento, invocação e prova da modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias, sempre e quando cumulativamente preenchidos os respetivos requisitos.
- Em qualquer caso, é sempre aconselhável uma análise jurídica da situação específica, com vista a apurar, no caso concreto, quais as medidas mais adequadas a minimizar riscos e prejuízos para cada uma das partes, considerando os interesses envolvidos.

3# A impossibilidade de cumprimento do contrato comercial não imputável ao devedor – as estipulações contratuais

3.1# A autonomia privada e a liberdade contratual. A autorregulação de interesses pelas partes e a análise do contrato celebrado

No domínio da autonomia privada as partes são livres de autorregular os seus interesses e de estipularem as cláusulas que, com base no negócio em apreço e na sua experiência, são mais adequadas e melhor proporcionam os fins que visam alcançar.

Importa pois, antes de mais, analisar o contrato comercial em concreto, celebrado (e em vigor,) para apurar se este prevê alguma disposição contratual que contemple uma situação na qual a atual pandemia se possa enquadrar.

É frequente a aposição de cláusulas sobre “caso fortuito” ou “caso de força maior”, cláusulas de *material adverse change* e até cláusulas *hardship*, regulando-se o regime aplicável no caso da verificação dos respetivos pressupostos, bem como a indicação dos procedimentos a seguir, dos respetivos prazos, das consequências e ainda das ações a empreender com vista a minimizar as consequências da sua verificação.

Em regra, a impossibilidade de cumprir o contrato decorrente de caso fortuito ou do caso de força maior exonera o devedor de qualquer responsabilidade. No entanto, as partes têm liberdade para acordar em sentido contrário, podendo decidir sobre o concreto grau da responsabilidade dos contraentes, bem como dos respetivos limites.

Caso o contrato não preveja nenhuma disposição específica aplicável haverá que recorrer ao regime jurídico geral.

4# A impossibilidade de cumprimento do contrato comercial não imputável ao devedor – regime jurídico aplicável

4.1# Regime jurídico geral aplicável em Portugal.

Regra: Nos termos do disposto n.º 1 do artigo 406.º do Código Civil (C.C.): *"O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei."*

No entanto, nem sempre o contrato é cumprido pontualmente, isto é, nos termos acordados. Fala-se em não cumprimento, salientando as seguintes **modalidades de não cumprimento**:

- (i) o incumprimento imputável ao devedor; e
- (ii) o incumprimento que procede de causa não imputável ao devedor, a impossibilidade do cumprimento não imputável ao devedor.

O caso fortuito e a causa de força maior são causas não imputáveis ao devedor.

4.2# Caso Fortuito e Caso de Força Maior

O que é um caso de força maior?

A ocorrência de um evento inesperado, inevitável, fora de controlo, que obsta ao cumprimento e à execução integral das obrigações assumidas no âmbito de um contrato.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem defendido que **"O caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo, nem nas suas consequências"**.

São usualmente considerados como casos de força maior: fenómenos da Natureza, conflitos sociais, incluindo ameaça ou tentativas do mesmo, greves, atos hostis, operações militares, requisição civil, guerra, atos de terrorismo, revoluções, epidemias graves.

O que é caso fortuito?

O caso fortuito assenta na ideia de imprevisibilidade, isto é, o facto não se pôde prever, mas seria evitável se se tivesse previsto. Já o caso de força maior, embora pudesse prevenir-se, não poderia ser evitado, nem em si, nem nas suas consequências danosas.

Independentemente do sentido em que se tomem as expressões caso fortuito e caso de força maior, os seus efeitos jurídicos são os mesmos. Só deixará de ser assim quando outra coisa resultar da lei, excecionalmente, ou em estipulação negocial.

4# A impossibilidade de cumprimento do contrato comercial não imputável ao devedor – regime jurídico aplicável

4.3# Poderá a pandemia COVID-19 constituir caso de força maior, invocável como impedimento do cumprimento contratual?

Em termos genéricos, é defensável que a pandemia do COVID-19 possa ser considerada um caso de força maior. Mas, há que analisar a relação contratual específica para apurar os seguintes elementos:

- Há nexo de causalidade entre o evento e o incumprimento não imputável ao devedor?
- A impossibilidade de cumprimento resulta exclusivamente da pandemia?
- A parte afetada pela situação de força maior diligenciou no sentido de tomar todas as medidas ao seu alcance para minimizar os efeitos do incumprimento?

A resposta a estas perguntas poderá condicionar a solução. Se a resposta às perguntas for afirmativa, há maior viabilidade de invocar o caso de força maior como impedimento de cumprimento contratual.

4.4# Quais as consequências de o devedor invocar impossibilidade de cumprir o contrato por motivo de caso de força maior?

O devedor pode desvincular-se do contrato, que cessa, sem que tenha obrigação de indemnizar o credor, pelos danos decorrentes. Mas terá de devolver ao credor o que houver dele recebido (por ex. preço). Se a devolução não for possível, deverá compensá-lo ou o credor poderá, por exemplo, vir a tentar exigir a indemnização que o devedor tenha obtido em virtude de um contrato de seguro, da respetiva companhia seguradora (cómico de sub-rogação).

4.5# Sobre quem impende o ónus da prova da existência de caso de força maior?

Salvo se o contrato estipular em sentido contrário, a parte que invoca o caso de força maior como fundamento para não cumprir o contrato tem que demonstrar que existe uma relação causal, entre o motivo de força maior e o incumprimento.

Não basta alegar que o cumprimento se tornou mais difícil ou oneroso. É necessário demonstrar uma verdadeira impossibilidade de cumprir.

4# A impossibilidade de cumprimento do contrato comercial não imputável ao devedor – regime jurídico aplicável

4.6# E o que pode fazer o credor, que vê o contrato cessar por invocação de impossibilidade de incumprimento do devedor com fundamento em caso de força maior?

Analisar a situação para verificar se assiste razão ao devedor e se este logrou fazer prova cabal da existência de força maior, nos termos gerais ou de acordo com a estipulação contratual acordada, se aplicável.

Mas ainda assim, se o devedor conseguir invocar e provar a causa de força maior, e como acima referido, não terá obrigação de indemnizar o credor pelos danos daí decorrentes, mas terá de devolver ao credor o que houver dele recebido (por ex. preço); ou, caso a devolução não for possível, o credor poderá, por exemplo, vir a tentar exigir a indemnização que o devedor tenha obtido em virtude de um contrato de seguro, da respetiva companhia seguradora (cómico de sub-rogação).

Em caso negativo, o credor poderá recorrer aos procedimentos adequados para requerer a execução do contrato.

4.7# E se houver apenas uma impossibilidade parcial de cumprimento contratual?

Se se estiver perante uma obrigação divisível, e caso a impossibilidade afete apenas uma parte da obrigação, o credor poderá exigir ao devedor a realização da parte disponível, com a respetiva redução da contraprestação.

4.8# E se o credor perder o interesse na prestação como consequência do devedor (ex. fornecedor) alegar a impossibilidade temporária de cumprimento contratual com fundamento na pandemia COVID-19?

Nesse caso, e após a necessária consideração da situação específica, o credor poderá resolver o contrato, sem obrigação de indemnizar o devedor, e podendo exigir a restituição do que já haja prestado.

4# A impossibilidade de cumprimento do contrato comercial não imputável ao devedor – regime jurídico aplicável

4.9# E se ainda for possível o cumprimento, mas este apenas se tornar excessivamente oneroso ou implicar uma alteração ou suspensão de prazos pela parte atingida (devedor)?

A impossibilidade objetiva da prestação (cfr. artigo 790.º do C.C.), como causa da extinção da obrigação é somente a impossibilidade absoluta e não a mera dificuldade resultante, para o devedor, da extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação. O que sucede nestes casos?

Nestes casos, atendendo às especificidades do caso concreto, poderemos estar perante, designadamente:

- (i) desequilíbrios supervenientes e inadmissíveis, por excessivamente onerosos, mas que, no momento em que o contrato foi celebrado não existiam, uma vez que as prestações eram razoáveis ao tempo.

Se assim for, a parte lesada/afetada pela extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação poderá ter direito a requerer uma redução equitativa da sua prestação, atenta a situação de pandemia e as circunstâncias do caso concreto ou até a um pedido de alteração ou suspensão dos prazos para a respetiva realização.

Note-se que a invocação desta situação implica uma ponderação jurídica cuidada atendendo às estipulações contratuais, às circunstâncias concretas supervenientes e aos riscos próprios do contrato.

- (ii) uma situação de alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

Em termos muito sumários, se assim for, a parte lesada/afetada pela alteração das circunstâncias poderá ter direito à resolução do contrato, ou, em alternativa, à respetiva modificação segundo juízos de equidade; mas desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Para que seja possível a resolução ou, ao menos, a modificação das cláusulas do contrato fundada na alteração anormal das circunstâncias, é necessário que:

- (i) a alteração ocorrida não seja o desenvolvimento previsível de uma situação conhecida à data da celebração do contrato;
- (ii) a exigência da obrigação à parte lesada afete gravemente os princípios da boa-fé contratual; e
- (iii) não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

5# Regime aplicável em caso de agravamento desproporcional da prestação, redundando em desequilíbrio contratual desrazoável

5.1# Desequilíbrio contratual por extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação atenta a situação de pandemia e as circunstâncias do caso concreto e Cláusulas *Hardship*

Em geral, tornando-se o cumprimento de um contrato mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato – esta é a regra que resulta do princípio da pontualidade dos contratos.

Daí que, no domínio dos contratos internacionais, num primeiro momento, e, atualmente, no domínio do direito interno, as partes antecipem muitas vezes as dificuldades com que se podem deparar na execução do contrato (sobretudo nos contratos de longa duração, em que o risco contratual assumido pelas partes e a interdependência e a interação criada entre ambas é muito intensa), designadamente antecipado uma possível extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação, estipulando ou apondo cláusulas em que se obrigam a renegociar o contrato em determinadas circunstâncias e que são conhecidas como as *hardship clauses*.

As cláusulas de *hardship* surgiram assim da prática dos contratos internacionais de longa duração, pois ajudavam também a suprir a falta de uniformização do Direito Comercial Internacional, em razão das alterações das condições acordadas durante a execução do contrato.

O que são as *hardship Clauses*?

Considera-se *hardship* a alteração substancial do equilíbrio do contrato provocado por fatores, tais como, económicos, sociais, financeiros, legais, tecnológicos, políticos, ou outros, que acarretam sequelas danosas para qualquer uma das partes.

Na ocorrência de *hardship*, a parte lesada tem direito de exigir a renegociação do contrato, de acordo com as regras da boa fé na respetiva execução. A renegociação deverá ser efetuada sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia, não conferindo, por si só, o direito de a parte lesada suspender a execução do contrato, salvo se isso houver sido estipulado pelas partes.

5# Regime aplicável em caso de agravamento desproporcional da prestação redundando em desequilíbrio contratual desrazoável

5.1# Desequilíbrio contratual por extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação, atenta a situação de pandemia e as circunstâncias do caso concreto e Cláusulas *Hardship*. (Cont.)

O que são as *hardship Clauses* (Cont.).

- As cláusulas *hardship* têm como objetivo a renegociação pelas partes do conteúdo do contrato, em razão de um acontecimento fundamental ocasionador de um desequilíbrio do pactuado;
- As renegociações têm por objetivo permitir às partes encontrar um acordo sobre o reequilíbrio das prestações e a “divisão dos prejuízos”, verificados determinados pressupostos previamente estipulados entre ambas, regendo-se pelas condições inicialmente previstas aquando da sua celebração;
- Uma vez estipulada uma cláusula de *hardship*, as partes passam a ter o dever de renegociar o contrato sempre que o acontecimento não se ache coberto pelos riscos próprios do contrato;
- Para a caracterização deste risco é necessário observar as circunstâncias que existiam ao tempo da celebração do contrato, a distribuição dos riscos em geral, a lei aplicável ao contrato e os elementos pertinentes do mesmo, em suma, atentar nas circunstâncias do caso concreto.

6# Regime aplicável em caso de impossibilidade de cumprimento do contrato comercial internacional

6.1#Contratos Internacionais. Breve Nota.

De acordo com o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, aplicável às obrigações contratuais ("Roma I"). A regra geral aplicável é a de que o *"contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes"*, devendo esta *"escolha (...) ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso."*

Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato". Para os contratos internacionais B2B (*business to business*, isto é, celebrados entre duas empresas que fazem negócios como cliente e fornecedor), as partes podem escolher a lei aplicável ainda que a lei escolhida não tenha conexão com o contrato.

Na falta de escolha da lei aplicável ao contrato, a lei aplicável aos contratos é determinada de acordo com as disposições constantes do artigo 4.º do Regulamento Roma I: *o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita"*.

Há muito que as partes foram criando cláusulas socialmente típicas pela difusão e relevo que assumem na prática negocial e pela estandardização e aposição sistemática nos contratos que celebram, como as cláusulas de *material adverse change*, cláusulas de força maior e as cláusulas de *hardship* a que acima se aludiu. Há pois também no domínio dos Contratos Internacionais que apurar, num primeiro momento, o que foi estipulado pelas partes de acordo com as regras hermenêuticas.

Por favor, note que o presente documento é apenas uma análise genérica do regime geral Português aplicável em caso de verificação de impossibilidade de cumprimento contratual ou de dificuldade de cumprimento. Caso necessite de informação adicional ou qualquer assistência, não hesite em contactar a equipa de Direito de Contratos da CTSU - Sociedade de Advogados.

Para mais informações, por favor contacte:

Pedro Montenegro Martins

Contencioso e arbitragem

Email: pmmartins@ctsu.pt

Joana Pereira Dias

Corporate, M&A , Contratos e Mercado de Capitais

Email: joanapdias@ctsu.pt

Carla Barreto

Contratos e LS&HC

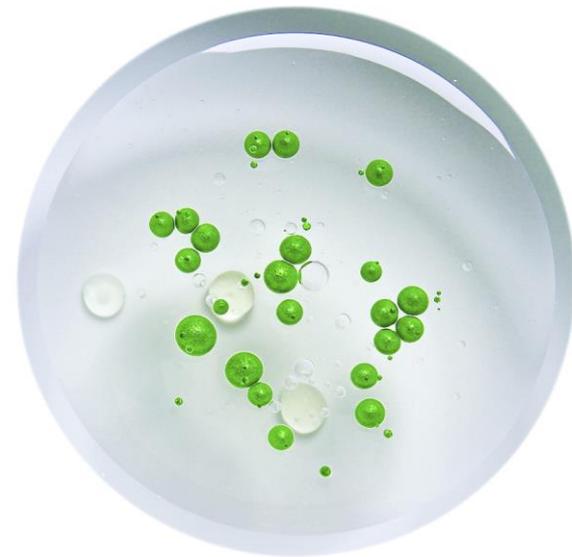
Email: cmbarreto@ctsu.pt

Lisboa: Av. Eng. Duarte Pacheco, 7, 7.º andar,
1070-100 Lisboa, Portugal
Porto: Bom Sucesso Trade Center,
Praça do Bom Sucesso, 61-13º, Esc. 1309,
4150-146 Porto, Portugal

Tel.: +351 219245010

Fax: +351 219245011

www.ctsu.pt



CTSU

Sociedade de Advogados

Member of Deloitte Legal network

*Inovação e conhecimento do negócio,
Abordagem de forma integrada e global*



Caso não pretenda rececionar estas comunicações poderá opor-se, a qualquer momento, à utilização dos seus dados para estes fins, devendo para tal, enviar pedido escrito para o seguinte endereço de email: geral@ctsu.pt. A CTSU assegura ainda o direito de acesso, atualização, retificação ou eliminação, nos termos da legislação aplicável, mediante pedido escrito dirigido para o referido endereço de email. Esta comunicação apenas contém informação de carácter geral, pelo que não constitui aconselhamento ou prestação de serviços profissionais pela CTSU. Antes de qualquer ato ou decisão que o possa afetar, deve aconselhar-se com um profissional qualificado. A CTSU não é responsável por quaisquer danos ou perdas sofridos pelos resultados que advenham da tomada de decisões baseada nesta comunicação. CTSU - Sociedade de Advogados, SP, RL, SA é uma sociedade de advogados independente, membro da Deloitte Legal network. A "Deloitte Legal" integra as práticas legais das "member firms" Deloitte Touche Tohmatsu Limited e as sociedades de advogados independentes a ela ligadas que prestem serviços jurídicos. Por motivos legais e regulatórios, nem todas as "member firms" prestam serviços jurídicos.