

## CORONAVÍRUS - COVID 19

### A EXECUÇÃO E O CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS (COMERCIAIS) EM TEMPOS DE PANDEMIA

#### IMPACTO (GLOBAL) DA PANDEMIA COVID-19 NO MUNDO DOS NEGÓCIOS

- (1) *As muralhas da China* não foram intransponíveis e a pandemia <sup>(1)</sup> de março *fechou o inverno e o mundo*: a doença COVID-19 globalizou-se e abalou o *status quo*/ordem mundial a que estávamos habituados (ou adstritos...); a nova realidade passou a gravitar à volta das estatísticas da pandemia, dos “antídotos” do vírus, do confinamento e da nova “socialidade virtual”, da eficácia e escassez das máscaras e demais *material médico*, do teletrabalho, da sucessiva legislação e medidas reativas às consequências do momento que se vive, enfim, tudo aparenta estar em “emergência”.
- (2) O confinamento a que as populações têm sido sujeitas para conter a COVID-19, praticamente por todo o mundo, com o inerente encerramento “físico” das atividades não essenciais e a *interrupção das cadeias de abastecimento e de encomendas globais* têm gerado um significativo impacto (negativo) na economia mundial e, sequentemente, no âmbito dos negócios: gerando a sua diminuição ou paralisação.
- (3) O impacto da COVID-19 afetou o comércio e o tráfego dos negócios de tal forma violenta e imprevisível (surgindo já esta constatação como um lugar comum), não só a nível doméstico como também a nível internacional, que os contraentes antevendo dificuldades em cumprir os contratos – ainda que essa possibilidade só se coloque em abstrato – têm ocorrido ao apoio jurídico e tropeçado nas figuras jurídicas de “**força maior**” e da “**alteração das circunstâncias**”: tema em voga por todo o mundo.
- (4) Todavia, não nos podemos esquecer de convocar, para esta problemática que é extensa e complexa, os princípios da boa-fé e do abuso de direito: essenciais para a

(1) A COVID-19 foi declarada como pandemia pela Organização Mundial de Saúde no dia 11 de março de 2020.

análise, por exemplo, de cláusulas abusivas (vg. nas relações de consumo) ou usurárias (vg. cláusula penal).

(5) Sem prejuízo da presente opinião se circunscrever às relações em que se aplica a legislação portuguesa, deve-se salientar, que, fruto da disseminação mundial da COVID-19 e da própria globalização dos negócios, os conceitos de **força maior** e/ou **alteração das circunstâncias** não têm um tratamento unitário e global:

➤ Essencial é analisar cada programa contratual e respetivas cláusulas em concreto, identificando a lei e o respetivo enquadramento no sistema jurídico aplicável (sem prejuízo das regras de conflito de leis).

(6) O impacto e relevância da pandemia deverão sempre ser aferidos, em primeiro lugar e de acordo com o princípio da liberdade contratual (cf. artigo 405.º do Código Civil), à luz do concreto teor do contrato que tiver sido celebrado entre as partes, designadamente se esta situação já foi prevista pelas partes; só na ausência de estipulação específica é que se deve procurar a solução na lei, jurisprudência ou doutrina aplicáveis, sem prejuízo de intervenções excecionais e temporárias do legislador no quadro desta crise.

(7) Reconhecendo a perturbação que a hodierna situação pandémica acarreta na regular execução e cumprimento de determinados contratos – que o governo aquilatou como essenciais e carecendo da sua intervenção específica –, existem já medidas aprovadas, essencialmente a prever moratórias, planos de pagamentos e a congelar os normais efeitos do incumprimento (*maxime* interrupção de serviços ou cessação do contrato), no âmbito nomeadamente (2):

- ✓ Arrendamento (habitacional e não habitacional);
- ✓ Prestação de alguns serviços públicos essenciais (água, luz, gás e comunicações eletrónicas);
- ✓ Contratos/ operações de crédito.

(2) Cf., para conhecimento de todos os detalhes, cfr a nossa página (<https://www.nextlawyers.com/pt>) Cf., ainda, a secção temática do DRE (<https://dre.pt/legislacao-covid-19-por-areas-tematicas>) e o sítio do Governo onde constam também atualizadas as várias medidas <https://covid19estamoson.gov.pt/>.

## FORÇA MAIOR - O SURTO PANDÉMICO (COVID-19) ENQUANTO CASO DE FORÇA MAIOR

- (8) Sem prejuízo de o conceito/figura da **força maior** ter tradição no nosso ordenamento jurídico <sup>(3)</sup>, sendo referida nalgumas disposições legais dispersas na nossa legislação (são exemplos o regime do contrato de compra e venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição ou ainda, o próprio regime do contrato de arrendamento), o certo é que não existe uma definição ou regime legal da mesma, pelo que, para concretizar uma definição e traçar os contornos desta figura, devemos socorrer da doutrina e jurisprudência.
- (9) A **força maior** (caso de) é um conceito jurídico indeterminado, uma abstração legal, que, todavia, pode ser definido, nas palavras de MARCELO CAETANO, como “*um facto imprevisível e não querido pelo agente, que o impossibilita de forma absoluta de agir segundo as resoluções da sua vontade própria, quer paralisando-a, quer transformando o indivíduo em cego instrumento de forças externas irresistíveis (...)*” que, portanto e conforme é assinalado no Ac. STJ de 18.12.2013, “[...] *tem ínsita uma ideia de inevitabilidade [...] configurando-se como evento contra o qual nada pôde fazer [o devedor] por maior que tivesse sido a sua diligência.*”.
- (10) Não obstante a *imprevisibilidade* e *força externa* que a pandemia da COVID-19 tem ínsita em si, e nos permite enquadrá-la em abstrato como força maior (*causa de*) <sup>(4)</sup>, não devemos cair na tentação de pensar que basta a mera invocação da mesma para se ficar, sem mais, desonerado de cumprir as obrigações a que as partes se vincularam:
- **é fundamental a análise do contrato (designadamente aferir se o mesmo contém uma cláusula de força maior e em que termos é que o risco do contrato está distribuído) e topar o nexo de causalidade entre o evento (pandemia) e o cumprimento de um determinado contrato.**

<sup>(3)</sup> O Código Civil de 1867 (*Código de Seabra*) integrava, no seu artigo 705.º, o caso de força maior entre as três causas justificativas do incumprimento contratual, que eram: o facto do outro contraente, a força maior e o caso fortuito.

<sup>(4)</sup> Existem alguns países (vg. França, Iraque, Índia) que declararam *ex vi legis* a doença COVID-19 como causa de força maior para alguns ou todos os contratos.

- (11) Nos casos em que o contrato não preveja nenhuma cláusula que especifique quais as situações enquadráveis no caso de força maior, deve a relação contratual em crise ser analisada nos termos gerais de direito e casuisticamente, ou seja, perante as circunstâncias concretas e verificado **o requisito do nexo de causalidade entre esta circunstância e a impossibilidade de cumprimento (que pode ser, quanto à sua extensão, total ou parcial e, quanto à sua duração, temporário ou definitivo).**
- (12) No fundo, tem que se analisar, em cada relação contratual, se esta ocorrência (**pandemia que não é imputável ao devedor**) é a causa direta da impossibilidade objetiva daquele em cumprir a prestação a que se vinculou, nos termos dos artigos 790.º e seguintes do Código Civil, cabendo ao devedor o ónus da prova do referido nexo de causalidade.
- (13) **O devedor** poderá alegar a impossibilidade definitiva ou temporária do cumprimento da prestação que lhe cabe, por tratar-se de um facto que não lhe é imputável, nos termos acima referidos:
- a) Tratando-se de uma **impossibilidade definitiva**, a obrigação contratual extingue-se sem haver lugar a qualquer indemnização;
  - b) Tratando-se de **uma impossibilidade temporária** a obrigação suspende-se, sem dever de indemnizar pela mora no cumprimento.
- (14) Não se perca de vista que para que a obrigação do devedor se extingua a impossibilidade tem que ser **superveniente, objetiva, absoluta e definitiva.**
- (15) **O credor**, face à invocação pelo devedor da ocorrência do referido caso de força de maior para justificar o seu incumprimento, terá que aferir, nos termos acima sumariamente enunciados, se tal invocação é justificada ou não:
- a) **Na circunstância de ser indevidamente invocado**, a contraparte pode recorrer aos mecanismos contratuais e legais previstos para requerer o cumprimento do contrato;
  - b) **Se resultar do previsto no contrato ou da aplicação da lei que o incumprimento ou atraso no cumprimento resulta de caso de força maior** o credor acarretará em regra o prejuízo. No entanto, ainda nestes casos, o contrato pode não se extinguir,

acordando as partes em novos termos quanto à execução do mesmo, p. ex. acordar um novo preço para a prestação dos serviços em causa.

- (16) Em qualquer circunstância a parte prejudicada (credor) tem direito a exigir, quanto mais não seja de acordo com os princípios gerais do direito dos contratos, que o devedor atue por forma a minorar os danos causados pelo incumprimento ou pelo atraso no cumprimento do contrato.

### ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS: AFETAÇÃO DA BASE OU EQUILÍBRIO DO CONTRATO PELA OCORRÊNCIA DO SURTO PANDÉMICO (COVID-19)

- (17) Conforme já observamos acima, o sobrevir da pandemia (COVID-19) invadiu a normalidade do *mundo dos contratos* e afigurou-se ao espírito dos interessados **como um facto extraordinário e grave que poderia colocar em causa o cumprimento pontual do pactuado entre as partes**, pelo que à luz do nosso direito teremos que harmonizar os seguintes princípios:

- Princípio da pontualidade no cumprimento escrupuloso do contrato conforme estabelecido pelos contraentes (*Pacta sunt servanta* - cf. artigo 406.º do Código Civil);
- Princípio fundamental de justiça e de respeito da vinculação **realmente** assumida (*Rebus Sic Stantibus* – cf. artigo 437.º do Código Civil)

- (18) Nos termos do artigo 437.º do Código Civil <sup>(5)</sup> **estamos face à alteração anormal das circunstâncias quando:**

- Os termos contratuais (*base do negócio*) sofreram uma alteração anormal;
- Em virtude de factos supervenientes;
- Extraordinários e graves.

---

<sup>(5)</sup>“1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”.

- (19) Assinale-se, já, que caso se verifique a alteração das circunstâncias nos termos acima referidos tal facto poderá originar a **resolução** ou a **modificação** (quantitativa ou qualitativa) do contrato: não existindo hierarquia ou prevalência entre ambas as opções.
- (20) De acordo com o Professor Oliveira Ascensão “*Há que atender ao circunstancialismo concreto, após a alteração anormal, para encontrar o novo equilíbrio que corresponda de modo renovado à regulação inicial das partes.*”.
- (21) Na síntese da nossa jurisprudência, para fazermos operar o regime do citado artigo 437.º do Código Civil é necessário:
- “*Uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, **respeitando essa alteração à excessiva onerosidade de uma das prestações, quando esta resulte de circunstâncias supervenientes imprevisíveis;***
  - Que a exigência da obrigação à parte lesada afete gravemente os princípios de boa fé contratual e não esteja **coberta pelos riscos do negócio**, como no caso de se tratar de um negócio por sua natureza aleatório”.
- (22) Trata-se, frise-se, de uma hipótese cuja exigência das obrigações afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato – sendo que estes dois conceitos nem sempre são fáceis de discernir na prática.
- (23) Este regime confere como vimos, à parte lesada, o direito de resolver o contrato ou de o alterar, por forma a reestabelecer o equilíbrio contratual, quando se verifique a alteração das circunstâncias em que as partes se fundaram para tomar a decisão de contratar: **todavia estes efeitos não são automáticos e devem ser requeridos à outra parte e devidamente fundados.**
- (24) Importa sublinhar que a alteração da base do negócio, **por circunstâncias supervenientes imprevisíveis e de grande gravidade**, afeta e prejudica ambas as partes, pelo que não é correto falar *ipso facto* em parte beneficiada e parte prejudicada: **em regras ambas são prejudicadas.**

- (25) Por outro lado, **mesmo que estejam previstas no contrato situações enquadráveis como alteração anormal das circunstâncias**, tais cláusulas devem ser analisadas face ao regime geral por forma a aferir da sua validade, já que os critérios que resultam dos artigos 437.º e seguintes do Código Civil não se bastam com a mera alegação do regime para que a modificação ou resolução contratuais opere.
- (26) As aludidas circunstâncias, dizem respeito **à base do contrato** concretamente **estipulado entre as partes**. Estamos a falar pois de **realidades concretas de que as partes não tiveram consciência**, pois nem sequer pensaram nelas, dando-as como pressupostas (p. ex. a manutenção da legislação ou do sistema económico), ou ainda, de realidades concretas de que tiveram consciência, mas convencendo-se que não sofreriam uma alteração significativa, capaz de frustrar a sua vontade contratual (p.ex. uma ligeira inflação sem reflexo sério nos preços).
- (27) Importa, por fim, ainda ter presente que a **alteração das circunstâncias deve ser significativa**, isto é, que deve assumir proporções extraordinárias e anormais.

## POSTURA QUE AS PARTES CONTRAENTES DEVEM TER EM CONTA FACE A ESTA SITUAÇÃO PANDÉMICA

- A- Ter presente que a pandemia originada pela doença COVID-19 poderá, em abstrato, configurar um caso de força maior ou um facto extraordinário e superveniente, que pode levar à resolução ou modificação do contrato, mas que: **é fundamental que se verifique um nexo de causalidade entre o evento invocado [não bastando referir a pandemia] e a execução do contrato (que impeça a prestação do devedor por causa que não lhe é imputável)**.
- B- Ter em atenção que se trata de problemáticas complexas e que exigem uma necessária análise do caso concreto (e não meramente abstrata) e das cláusulas contratuais

acordadas: designadamente para aferir se as partes já previram este tipo de ocorrências [pandemia], através de cláusulas de força maior, hardship <sup>6</sup>, bem como o que estipularam em matéria de seguros e distribuição do risco contratual;

- C- É necessário abordar a situação *com os pés assentes na terra*, ou seja, não esquecer o equilíbrio contratual e o dever de agir de boa-fé – até porque uma decisão precipitada ou desproporcional poderá afetar o bom nome comercial.
- D- Para além de se focarem no incumprimento em razão **de força maior ou alteração superveniente das circunstâncias**, as partes interessadas também devem ponderar as cláusulas abusivas e as usurárias que se relacionem com esta matéria, bem como condutas de abuso de direito (agindo de má-fé).
- E- A parte interessada antes de agir deve:
  - i. Identificar o evento que afeta em concreto a estabilidade e cumprimento pontual do contrato (v.g.: Os efeitos diretos da doença COVID-19 em si; As restrições governamentais em virtude do estado de emergência; As medidas extraordinárias do governo; A afetação das cadeias globais de abastecimento e fornecimento; Os efeitos nefastos da pandemia na economia; Restrições laborais);
  - ii. Verificar a lei aplicável ao contrato e os termos do mesmo, designadamente se o dispositivo contratual prevê, cláusulas de força maior ou de “hardship” e, em caso positivo, que eventos, consequências e formalidades preveem;
  - iii. Confirmar a medida em que a referida ocorrência afetou a execução do contrato: temporária/definitiva? Parcial/total? O não cumprimento pode ser evitado? É possível mitigar o não cumprimento?

---

(<sup>6</sup>) As cláusulas de *hardship*, que nasceram da prática do comércio internacional - sendo que a maioria das cláusulas presentes nos contratos resultam atualmente da adaptação modelada à luz dos Princípios UNIDROIT ou cláusula-tipo da CC - são estabelecidas para permitir a renegociação do contrato em virtude da *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*. Referir que tem que se harmonizar esta cláusula – presente maioritariamente em contratos internacionais – com o regime da alteração de circunstâncias previsto no Código Civil.



- F- Deve ser feita uma avaliação diferente consoante se tratem de contratos internacionais, em que se apliquem outras normas, ou contratos submetidos ao direito nacional.
  
- G- Boa ocasião para rever os modelos contratuais em vigor, tanto a nível de contratação nacional como internacional, prestando a devida atenção às cláusulas de caso de força maior ou de alteração de circunstâncias ou de *hardship*: prevendo-as ou concretizando/melhorando as já existentes (uma vez que a maior parte destas cláusulas são decalcadas de modelos que representam meras abstrações e que são inócuas na prática);