



CONTENCIOSO E ARBITRAGEM

# Coronavírus: Gestão do risco de incumprimento contratual

A rápida disseminação do COVID-19 (Coronavírus) por todo o mundo e o impacto das medidas administrativas para a sua contenção, representam um desafio crescente para a gestão das empresas.

João Tiago  
Morais Antunes

André  
Figueiredo

Duarte  
Schmidt Lino

Em 11 de março de 2020 foi declarada pela Organização Mundial de Saúde a existência de uma pandemia. Se o foco primordial passa por garantir a segurança de trabalhadores e colaboradores, as potenciais repercussões – a curto e médio prazo – para a atividade das sociedades são vastas, complexas e, em certos casos, conflituantes entre si.

A PLMJ criou uma equipa multidisciplinar dedicada a analisar os problemas que se colocam às empresas e partilhar algumas considerações, quer de um ponto de vista técnico, quer de natureza prática, que possam contribuir para encontrar soluções que mitiguem os riscos e aliviem a pressão que recai sobre a atividade empresarial.

As empresas devem avaliar em que medida o impacto do Coronavírus pode afetar a sua capacidade de cumprir as obrigações contratualmente assumidas, bem como avaliar os mecanismos de reação ao seu alcance em caso de incumprimento da contraparte. Esta análise deve ser duplamente orientada (i) pelo contrato a que as partes se vincularam, bem como (ii) pelo regime jurídico supletivamente aplicável.

Dependendo dos termos do instrumento negocial em causa pode o incumprimento consubstanciar um *event of default*, ou estar preenchido o âmbito de previsão de cláusulas que consagram meios de tutela do contraente fiel (ex., moratórias; suspensão do dever de cumprir; possibilidade de resolução do contrato em caso de verificação de eventos que fujam ao controlo do devedor previstas, entre outras, em cláusulas de força maior ou cláusulas MAC).

Supletivamente, importa, em função da lei concretamente aplicável, ponderar o preenchimento do âmbito de previsão dos institutos civis gerais. Em particular:

**"As empresas devem avaliar em que medida o impacto do Coronavírus pode afetar a sua capacidade de cumprir as obrigações contratualmente assumidas, bem como avaliar os mecanismos de reação ao seu alcance em caso de incumprimento da contraparte."**

- O devedor encontra-se vinculado a um dever acessório, imposto pela boa-fé, de informar a contraparte negocial em caso de impossibilidade, atual ou potencial, de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas.
- No cumprimento desta obrigação, o devedor deve acautelar a possibilidade de tal comunicação constituir uma declaração antecipada de não cumprimento, a qual, dependendo dos casos, pode significar o vencimento antecipado da obrigação de prestar, a mora, ou o incumprimento definitivo.
- Não realizar a prestação na data do vencimento da obrigação pode constituir comportamento ilícito e contrário ao direito. Em tal caso, o devedor pode, todavia, provar que tal incumprimento não é censurável em função das circunstâncias do caso concreto e, assim, afastar o dever de indemnizar.

- o Em geral, deve sempre questionar-se se o não cumprimento das obrigações em virtude da pandemia existente pode ser qualificado como decorrente de um “caso de força maior”, considerando a sua imprevisibilidade, anormalidade e excecionalidade, o que pode conduzir à extinção da obrigação e, consequentemente, à exoneração do devedor perante o credor.

**"Em função da distribuição do risco no contrato, em alguns cenários pode ser legítima a invocação da exceção de não cumprimento perante o incumprimento da contraparte ou, em certos e casos a sua insolvência."**

- o Contudo, para produzir tais efeitos, o cumprimento da obrigação deve ter-se tornado objetivamente impossível, e não apenas mais oneroso, situação em que se pode equacionar aplicar o regime da alteração de circunstâncias, que, em casos excepcionais permite a parte prejudicada com tal alteração pedir ou (i) a resolução do contrato ou (ii) a sua modificação segundo juízos de equidade.
- o Embora a impossibilidade não se confunda com uma maior dificuldade em prestar, pode também ponderar-se se, em certos casos, a *onerosidade excessiva da prestação* deve ser equiparada à impossibilidade.
- o Se, ao invés, a impossibilidade de cumprimento das obrigações for temporária, deve apenas admitir-se a sua suspensão, enquanto durar tal impedimento, período durante o qual não responde o devedor (por se encontrar perante um “evento de força maior”) pelos danos que o atraso no cumprimento da obrigação vier a causar ao credor.
- o Por outro lado, em função da distribuição do risco no contrato, em alguns cenários pode ser legítima a invocação da exceção de não cumprimento perante o incumprimento da contraparte ou, em certos e casos a sua insolvência.
- o Em função do concreto enquadramento negocial pode existir um dever de mitigar os danos resultantes do incumprimento e ser ponderada a existência de uma situação de culpa do lesado, que influenciam o montante devido a título de obrigação de indemnizar.
- o Como último remédio, tanto o incumprimento definitivo da obrigação, como a *inexigibilidade* da manutenção da relação contratual podem fundamentar o direito a fazer cessar o contrato, por via da sua resolução.
- o Nos casos em que o devedor quer cumprir a sua obrigação, mas o credor não aceita a prestação e/ou não pratica os atos necessários ao cumprimento, por força precisamente da situação de pandemia verificada, pode equacionar-se a existência de mora do credor, passando o risco de uma eventual impossibilidade da obrigação a correr por sua conta. Nessas situações, o credor, para além de não ficar exonerado da sua contraprestação, pode ainda de ter de indemnizar o devedor pelas despesas incorridas com o oferecimento da prestação e/ou a guarda do respetivo objeto.

Neste contexto, identificamos ainda alguns comportamentos práticos que, perante o cenário de pandemia atual, as empresas poderão adotar:

- Fazer uma análise do teor dos contratos em vigor, designadamente com o fim de apurar da existência de cláusulas que versem sobre eventos de força maior, sua abrangência e consequências;
- Verificar a existência de eventuais obrigações de notificação em caso de alterações materialmente adversas com impacto na atividade económica de uma das partes ou em caso de provável incapacidade de cumprimento pontual dos contratos, incluindo o expectável incumprimento de obrigações de manutenção de rácios financeiros;
- Avaliar a extensão e alcance de cláusulas de *cross-default* previstas nos contratos, nomeadamente, em contratos de financiamento. Neste contexto deverão igualmente ser avaliados eventuais períodos de sanção ou de outros mecanismos contratuais semelhantes suscetíveis de mitigar as consequências de situações de incumprimento (pedido de *waivers* ou de alteração de contratual);
- Proceder à identificação da lei aplicável à relação contratual em causa e dos institutos jurídicos existentes nesse ordenamento que eventualmente possam vir a ser invocados;
- Manter um registo detalhado dos impactos que o Coronavírus está a ter na empresa e no cumprimento das obrigações contratuais, guardando um registo de todas as comunicações trocadas entre as partes (o que pode ser útil num eventual cenário litigioso);
- Avaliar se as apólices de seguro subscritas cobrem as situações de pandemias e/ou eventos de força maior e, em caso afirmativo, que comportamentos devem ser adotados para que as mesmas sejam accionadas com sucesso. ■

**"Neste contexto, identificamos ainda alguns comportamentos práticos que, perante o cenário de pandemia atual, as empresas poderão adotar."**