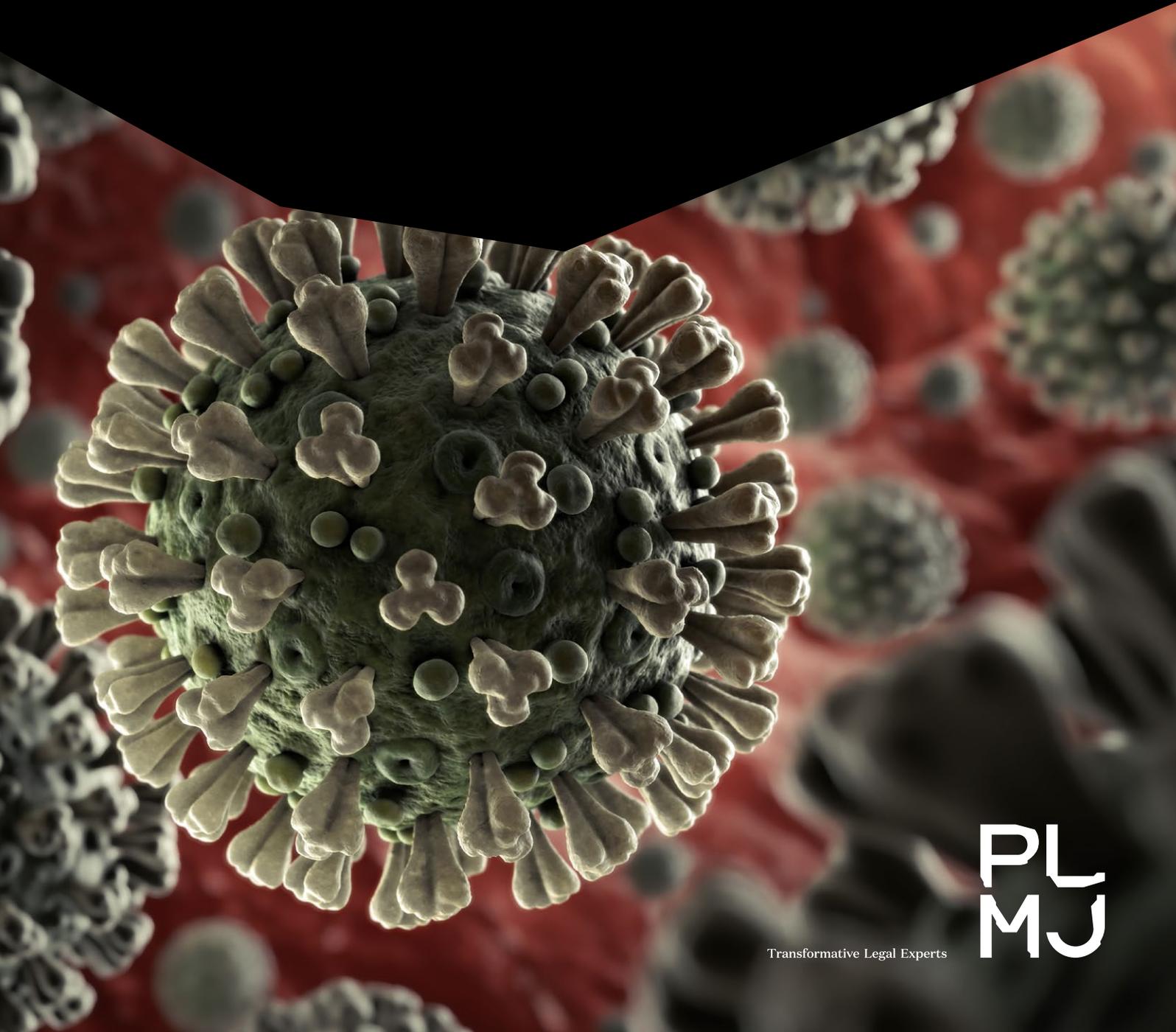


Coronavírus

Contratos internacionais

Impossibilidade, alteração das
circunstâncias, disposições contratuais
e arbitragem de investimento



Índice

1	Impossibilidade	04	3	Disposições contratuais	27
	Alemanha	04		Cláusula de força maior	27
	Angola	06		Cláusula de <i>Hardship</i>	29
	Brasil	06		Cláusula de <i>Material Adverse Change</i>	30
	China	07			
	Espanha	08	4	Arbitragem de investimento	32
	França	09		Mecanismos previstos em BIT's	32
	Reino Unido	10		Mecanismos de direito internacional	34
	Itália	11		Notas conclusivas	37
	Suíça	12			
	Instrumentos jurídicos internacionais	14			
2	Alteração das circunstâncias	16			
	Alemanha	16			
	Angola	18			
	Brasil	18			
	China	19			
	Espanha	19			
	França	21			
	Reino Unido	22			
	Itália	22			
	Suíça	23			
	Instrumentos jurídicos internacionais	24			

Nota introdutória

No dia 11 de março de 2020 foi declarada pela Organização Mundial de Saúde a existência de uma pandemia. Se o foco primordial passou 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, conflitantes entre si.

Em especial, as medidas de combate à propagação da COVID-19, tomadas em toda a parte do mundo, podem dificultar ou até mesmo impedir o cumprimento de certos contratos. A incerteza provocada ao nível da gestão contratual acentua-se em contratos de âmbito internacional, em relação aos quais terão de ser tidas em conta as políticas adotadas nos vários países de que o cumprimento do contrato depende.

Para lá das novas regras aplicáveis, as partes podem ter negociado uma cláusula de “força maior” ou de “*hardship*” que preveja os efeitos da ocorrência de um facto superveniente, imprevisível e incontrolável que torne o cumprimento impossível ou inexigível. No domínio específico da aquisição de participações societárias e no âmbito dos contratos de mútuo, é comum utilizarem-se cláusulas de “*material adverse change*”. Nos referidos casos, as partes estão vinculadas aos regimes contratualmente definidos. Contudo, pode acontecer que as cláusulas de força maior ou de *hardship* não abranjam um impedimento causado pelo novo coronavírus, que surjam problemas de interpretação¹ ou que nem todos os aspetos se encontrem contratualmente regulados. Nesses casos, as partes terão de recorrer supletivamente à legislação substantiva aplicável ao contrato.

Aos direitos nacionais e aos regimes contratuais, acrescem ainda instrumentos internacionais, tais como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (sigla inglesa, CISG) ou a *lex mercatoria* (e.g., princípios gerais de direito internacional ou os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT)².

O presente documento foi dividido em 4 temas, nos quais se explicam em traços gerais os instrumentos jurídicos previstos nas leis de diferentes ordenamentos jurídicos, para a hipótese da ocorrência de:

- Um facto inevitável e incontrolável, que torne impossível o cumprimento das obrigações a que as partes se obrigaram – questão que será abordada no **tema 1** sob o título da “impossibilidade”;
- Um facto inevitável e incontrolável, que não tornando impossível o cumprimento, desequilibre fundamentalmente os pressupostos de equilíbrio contratual em que as partes fundaram a decisão de contratar – questão que será abordada no **tema 2** sob o título da “alteração das circunstâncias”.

Nestes dois temas serão abordadas as regras dos seguintes ordenamentos: alemão, angolano, brasileiro, chinês, espanhol, francês, inglês, italiano e suíço. Por fim, será exposta a solução da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (sigla inglesa, CISG)³, nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT (PICC)⁴ e nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL)⁵.

De seguida, no **tema 3**, serão analisados os mecanismos contratuais comumente previstos pelas partes neste domínio: cláusula de força maior; cláusula de *hardship* ou de alteração de circunstâncias; cláusula de *material adverse change*.

A última parte deste guia, o **tema 4**, será dedicado ao impacto da COVID-19 na arbitragem de investimento.

1 No caso da ICC (*International Chamber of Commerce*), n.º 11265 (2009), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 20, n.º 2, o contrato não definia expressamente o conceito de força maior, mas referia-se a uma lista de factos que classificava como de força maior. O tribunal arbitral considerou então que a disposição de força maior no contrato devia ser lida à luz do disposto nos Princípios UNIDROIT, que contém uma definição abrangente do conceito de força maior.

2 Moses, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press, 3.ª edição, 2017) p. 78.

3 Esta Convenção harmonizou a lei aplicável a contratos de compra e venda internacionais, tornando-se uma referência para advogados e investigadores de direito comparado. Conta atualmente com 93 partes contratantes em todo o Mundo, de todos os sistemas legais e económicos. Tem aplicação não só quando as partes expressamente preveem a sua aplicação, mas também quando a lei aplicável (escolhida pelas partes ou resultante de regras de conflito) seja a de um Estado signatário da Convenção ou quando ambas as partes sejam residentes em um desses Estados e não tenham decidido qual a lei aplicável (cf. artigo 1.º, n.º 1 da CISG). Em 16 de julho de 2020, o Conselho de Ministros de Portugal aprovou um decreto, assinado no dia 23 deste mês, para a adesão de Portugal à CISG – a este propósito, ver a Nota Informativa “*Portugal adere à Convenção de Viena de 1980 sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*” da PLMJ.

4 Os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais (PICC) são um instrumento de *soft-law*, produzido pela UNIDROIT, que pretende harmonizar o direito aplicável ao nível dos contratos comerciais internacionais. Os PICC constituem a lei aplicável ao contrato se as leis assim acordarem, ou quando a lei aplicável for os princípios gerais do direito ou a “*lex mercatoria*”. Os PICC também ser utilizados para interpretar ou suplementar os instrumentos de direito internacional ou nacional e pretendem servir como modelo a utilizar por legisladores nacionais ou internacionais (cf. Preâmbulo dos PICC).

5 Os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL), tal como os PICC, são um instrumento de *soft law*, mas ao contrário dos PICC aplicam-se também a contratos puramente nacionais e a contratos de consumo, e o seu âmbito de aplicação espacial restringe-se à União Europeia.

1. Impossibilidade

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais consagrou legislativamente as regras aplicáveis ao caso de uma prestação se tornar impossível. Há países, como a Alemanha e a Itália, em que a lei determina expressamente que a parte afetada não tem obrigação de cumprir, mas a formulação legal da maioria dos ordenamentos jurídicos indica apenas que o devedor não se responsabiliza pelos danos causados pelo não cumprimento enquanto o facto impeditivo se mantiver, presumindo que o devedor não está obrigado a um cumprimento impossível. Além disso, em regra, caso o incumprimento seja definitivo, o contrato pode ser resolvido. Excepcionalmente, no Reino Unido, a impossibilidade não exonera o devedor afetado, embora a doutrina da “frustration” acabe por colmatar esta posição.

A maioria dos ordenamentos jurídicos analisados define impossibilidade por referência a um facto imprevisível, inevitável e irresistível.

Assim sendo, a impossibilidade é definida em termos absolutos, o que significa que o devedor afetado é obrigado a prestar ainda que tal implique esforços consideráveis, os quais não tinha inicialmente previsto. Excepcionalmente, na Alemanha, a lei consagra que o devedor fica exonerado do cumprimento de uma obrigação não monetária, se as despesas e esforços forem excessivamente desproporcionais face ao interesse do credor. Este critério de razoabilidade encontra acolhimento nos instrumentos internacionais PICC e PECL, quer na definição de impossibilidade, quer na exclusão do direito à execução específica (arts. 7.2.2, al. b) dos PICC, art. 9:102 dos PECL).

Além disso, de acordo com a definição objetiva da maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais analisados, o devedor está obrigado a recorrer a terceiros se estes puderem efetuar a prestação em vez dele. É este o entendimento consagrado igualmente nos instrumentos internacionais CISG, PICC e PECL.

Nos próximos parágrafos, serão analisados, em cada ordenamento jurídico, os pressupostos da impossibilidade e respetivas consequências.

De acordo com a definição objetiva da maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais analisados, o devedor está obrigado a recorrer a terceiros se estes puderem efetuar a prestação em vez dele.

Alemanha

O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, doravante BGB) prevê que o cumprimento fica excluído quando seja impossível para o devedor ou para qualquer outra pessoa. A impossibilidade absoluta refere-se a um impedimento legal ou natural que o devedor não pode ultrapassar por nenhum meio. Assim, por exemplo, o empreiteiro estará absolutamente impedido de cumprir se e enquanto o Estado do país onde se encontra a obra ordenar a suspensão obrigatória de qualquer atividade de construção.

Como regra geral, a parte afetada deve ultrapassar as consequências do impedimento, tomando todas as medidas necessárias à realização da prestação, por recurso a meios alternativos ou através de uma prestação acordada de substituição, mesmo que tal implique custos adicionais ou uma perda substancial⁶.

⁶ Can Aksoy, Hüseyin, *Impossibility in Modern Private Law: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law* (Springer, 2013) p. 105.

Contudo, introduz-se um limite aos esforços que são exigidos ao devedor afetado. Assim, o regime da impossibilidade aplica-se também quando, não sendo o cumprimento absolutamente impossível, este implique sacrifícios extraordinariamente elevados e desproporcionais face ao interesse reduzido do credor na prestação (impossibilidade prática). Exige-se uma análise custo-benefício, cuja ponderação deve ter em conta o objeto da obrigação, o princípio da boa-fé e a responsabilidade do devedor na criação do obstáculo⁷. O exemplo clássico de impossibilidade prática é o de um anel, que o devedor estava obrigado a entregar e que valia 100 euros, cair ao rio. Embora não fosse impossível drenar o rio para extrair o anel, a drenagem teria um custo muito superior ao valor do anel⁸. Em regra, a impossibilidade prática abrange apenas obrigações não pecuniárias, excluindo situações de alteração dos preços do mercado, com a consequência de tornar a prestação mais onerosa, isto é, não abrange a “impossibilidade económica”⁹. Em todo o caso, esta situação poderá ser abrangida pelo instituto da alteração das circunstâncias.

Caso se verifique alguma das hipóteses referidas, a parte afetada fica desobrigada do cumprimento da prestação, temporária ou definitivamente, consoante a natureza do facto impeditivo. Contudo, o devedor poderá ser obrigado a reembolsar as despesas¹⁰. Se o credor não tiver contribuído para a impossibilidade da prestação, deixa de estar obrigado a realizar a contraprestação e pode resolver o contrato¹¹.

7 DiMatteo, Larry, “Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines”, 27 (2015) *Pace International Law Review*, p. 264.

8 Brunner, Christoph, “Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: exemption for Non-Performance” in *International Arbitration, Kluwer Law International*, p. 83.

9 Hondius, Ewoud e Grigoleit, Christoph, *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), p. 58.

10 Cf. parágrafo 284 do BGB.

11 Cf. parágrafo 326 do BGB.

O Código Civil Brasileiro enuncia que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Os tribunais Alemães já se pronunciaram sobre o que é um facto impossível no contexto de uma crise sanitária. Fizeram-no com referência a uma cláusula de “força maior”, que a jurisprudência classifica como um facto externo que não pode ser evitado mesmo com o emprego de todo o cuidado que possa ser razoavelmente exigido ao devedor. Ora, no contexto do cancelamento de uma viagem aérea, o tribunal da comarca de Augsburg classificou a epidemia SARS, que deflagrou em 2003, como uma causa de força maior, considerando que poderia causar, com probabilidade considerável, riscos desrazoáveis para a vida e saúde do passageiro¹². Os tribunais alemães também já classificaram como factos de força maior ordens administrativas como embargos e restrições de produção¹³.

Angola

Nos termos da Portaria n.º 22869, de 4 de setembro de 1967, emitido pelo Ministério do Ultramar (Direção-Geral de Justiça), foi estendida à Angola a eficácia do Código Civil português, aprovado por DL n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. Embora este Código tenha sofrido alterações próprias em Angola, o regime da impossibilidade de cumprimento mantém-se inalterado. Assim, remetemos para o que já antes escrevemos a propósito da gestão do risco de incumprimento contratual de acordo com o ordenamento jurídico português, nomeadamente quanto ao regime da impossibilidade definitiva e temporária¹⁴. No que diz respeito aos créditos bancários, enquanto vigorou o Estado de Emergência, ou seja, de 27 de março até 25 de maio de 2020, ficaram sem efeito as interpelações, constituições em mora e execuções decorrentes do atraso do cumprimento de obrigações que não puderam ser realizadas por decorrência da aplicação das medidas governamentais tomadas no sentido de combater a epidemia¹⁵.

Brasil

O Código Civil Brasileiro enuncia que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no facto necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (artigo 393.º).

Um facto de força maior deve ser inevitável, assim como os seus efeitos. Deste modo, não basta que o facto afete a possibilidade de o devedor cumprir pessoalmente, mas é necessário que o devedor não se possa fazer substituir (e.g., um transportador que viva numa cidade objeto de um cordão sanitário poderá substituir-se por um transportador não abrangido pelo cordão), ou que não possa utilizar uma prestação alternativa (e.g., no caso de venda de bens fungíveis que pereceram, poderá ter que comprar bens a outro fornecedor). É indiferente que a prestação se torne mais difícil ou onerosa. É ainda indispensável que o obstáculo seja externo ao domínio da parte afetada, e que resulte de um acontecimento natural ou de atuação de terceiro¹⁶. A letra da lei não faz referência à imprevisibilidade do facto, discutindo-se na doutrina se tal requisito é, ou não, necessário¹⁷.

¹² Sentença de 09.11.2004, do tribunal da comarca de Augsburg, P. n. 14 C 4608/03.

¹³ Sentença de 16.09.2004, do tribunal superior de Frankfurt am Main, P. n. 16 U 49/04.

¹⁴ PLMJ (Morais Antunes, João Tiago, Figueiredo, André e Schmidt Lino, Duarte (coord.)), “Coronavírus: Gestão do risco de incumprimento contratual”, disponível [aqui](#).

¹⁵ Esta norma foi implementada através do Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de março, que regulava o Estado de Emergência. Atualmente, o país encontra-se em Estado de Calamidade (cf. Decreto Presidencial n.º 229/20, de 8 de setembro).

¹⁶ Silva Pereira, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações* (Forense, 2014), p. 277.

¹⁷ *Ibid.*

Ocorrendo um facto de força maior, se a parte afetada não tiver assumido o risco da sua ocorrência por via contratual, não responde pelos prejuízos resultantes do não cumprimento. Contudo, se o impedimento for meramente temporário, o cumprimento da obrigação é apenas suspenso. Se o incumprimento, definitivo, temporário ou parcial, afetar gravemente a finalidade e o objeto do contrato, este contrato pode ser resolvido, com efeitos a partir da ocorrência do facto. Em casos de impossibilidade parcial, o devedor que aceite a prestação, tem direito a ver a sua contraprestação proporcionalmente reduzida¹⁸.

Quanto ao que poderá ser considerado pelos tribunais Brasileiros como um cumprimento impossível no contexto da atual crise sanitária, apenas se poderá dizer que a jurisprudência é exigente quanto à prova do nexos causal entre o facto (neste caso, a própria epidemia ou as medidas tomadas no combate à sua proliferação) e o impedimento, exigindo que o facto cause uma impossibilidade absoluta de cumprir, e não apenas uma maior dificuldade económica em fazê-lo. De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça Brasileiro, o “eventual insucesso do empreendimento ou dificuldades financeiras estão, inexoravelmente, abrangidos pelo risco inerente a qualquer atividade empresarial, não podendo ser considerados fortuito externo (força maior)”¹⁹.

China

De acordo com os artigos 180.º das disposições gerais de direito civil e 117.º do direito dos contratos da República Popular da China, a parte que ficar impossibilitada de cumprir a sua obrigação por causa de um facto de força maior não pode ser responsabilizada civilmente. As partes podem ainda resolver o contrato se, por causa da força maior, a sua finalidade se frustrar (artigo 94.º, n.º 1 do direito dos contratos).

Um facto de força maior é qualquer circunstância objetiva superveniente à celebração do contrato e que seja imprevisível, inevitável e inultrapassável. Cabe à parte afetada alegar e provar que os referidos requisitos se verificam e demonstrar a existência de um nexos causal direto entre o facto e a impossibilidade de cumprir.

Os tribunais Chineses têm o poder de declarar, com força vinculativa, se um facto se classifica, ou não, como de força maior. Em 2003, por ocasião da SARS, o Tribunal Supremo da China publicou uma interpretação judicial segundo a qual, se as obrigações contratuais não pudessem ser cumpridas devido a decisões administrativas tomadas pelo governo e departamentos ministeriais com o objetivo de prevenir a epidemia ou devido ao seu impacto, os Tribunais deveriam aplicar as regras da força maior. De facto, em 2005, o Tribunal Popular Intermédio de Sanya concluiu que a ordem administrativa decretada pelo Governo da cidade de Sanya durante o período da SARS, que impedia as empresas de construção de contratar trabalhadores emigrantes, constituía o motivo pelo qual o empreiteiro não tinha recrutado pessoal suficiente para concluir os contratos de construção celebrados antes da ordem administrativa. Por conseguinte, a parte afetada foi exonerada da responsabilidade pelo atraso e pela violação das suas obrigações decorrentes dos contratos em causa²⁰.

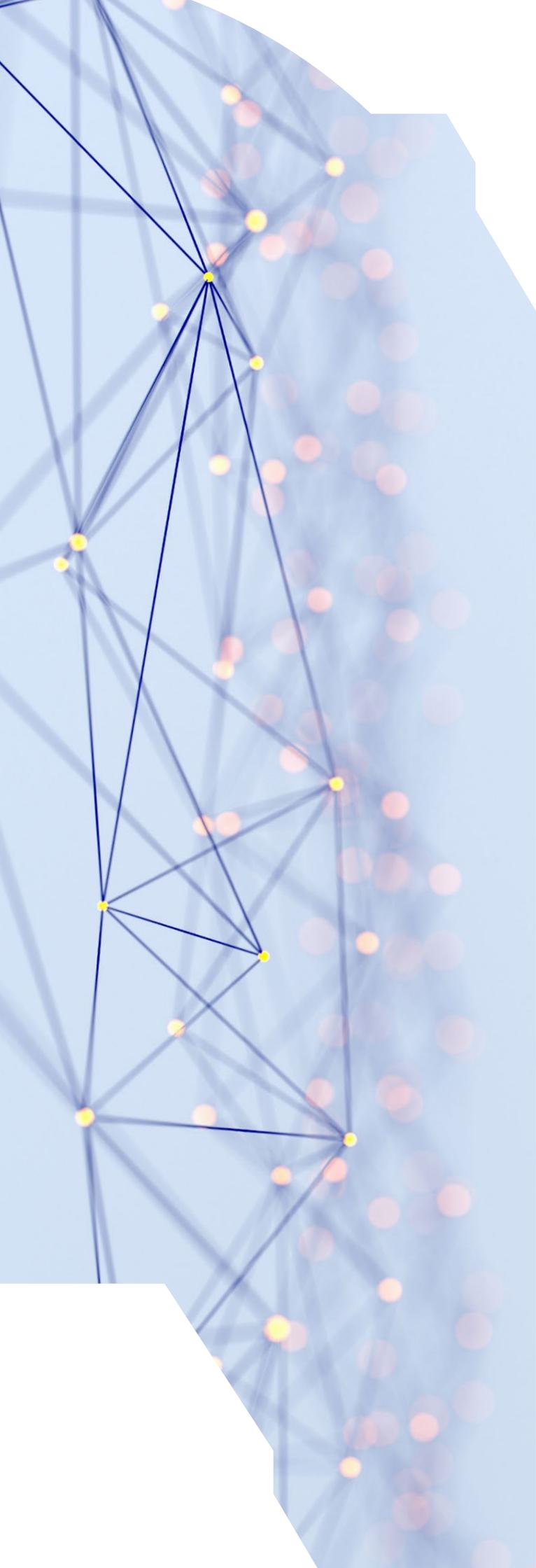
Os tribunais Chineses têm o poder de declarar, com força vinculativa, se um facto se classifica, ou não, como de força maior.

Em relação à COVID-19, o Tribunal Supremo da China publicou, em 16 de abril de 2020, uma opinião orientadora, confirmando que o instituto da força maior deverá ter aplicação no contexto atual, devendo os Tribunais avaliar o impacto da epidemia em função da região, indústria e das circunstâncias do caso concreto, de modo a aferir a causalidade necessária entre o facto e a impossibilidade. A opinião salienta que se a epidemia ou as medidas tomadas para a travar apenas causarem uma maior dificuldade no cumprimento do contrato, as partes devem ser encorajadas a renegociar o contrato, não o podendo resolver. Além disso, o Tribunal deverá ter em consideração o facto de uma das partes ter beneficiado de subsídios governamentais, do alívio da carga fiscal ou de outros tipos de concessão.

18 Oliveira Martins, Lucas Gaspar de, *Contornos de inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções: mestrado em direito* (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008), p. 106.

19 Sentença de 06.11.2017, do Supremo Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial, P. n. 1.341.605/PR.

20 Sentença de 2005, do Tribunal Popular Intermédio de Sanya, Sanya Min Yi Zhong Zi n.º 79.



Espanha

O artigo 1105.º do Código Civil Espanhol estabelece que “para além dos casos expressamente mencionados na lei e daqueles em que a obrigação é assim constituída, ninguém será responsável pelos factos que não poderiam ter sido previstos ou que, tendo sido previstos, eram inevitáveis”. O artigo não enuncia expressamente os conceitos de força maior ou caso fortuito, mas refere-se às características que a doutrina lhes associa.

Os Tribunais classificam um facto de força maior como aquele “acontecimento imprevisível ou que, quando previsto, é inevitável, intransponível ou irresistível, por exceder o decurso normal da vida; que não seja devido à atuação do alegado devedor; e que exista uma ligação ou relação de causalidade eficiente entre o facto e o resultado”²¹.

Os Tribunais têm exigido que o facto ocorra depois da celebração do contrato, e que este torne inútil qualquer atuação diligente do devedor no sentido de cumprir²². Exige-se que a parte afetada adote todas as medidas necessárias para mitigar os seus efeitos danosos, atuando sempre de boa-fé.

Devem, portanto, ser analisadas todas as circunstâncias objetivas do caso concreto, assim como as que dizem respeito ao próprio devedor (os seus recursos e capacidade de prever e de reagir ao facto imprevisível). Deve ainda ponderar-se a distribuição do risco que resulta do contrato.

A parte afetada por um facto de força maior fica exonerada de responsabilidade pelos danos causados pelo não cumprimento enquanto e na medida que este se verificar. Isto significa que o credor não tem direito a exigir o cumprimento²³.

Um facto de força maior pode consubstanciar um incumprimento definitivo (mesmo nos casos de impossibilidade temporária, se o credor perder o interesse na prestação), o que atribui ao credor o direito de resolver o contrato²⁴.

21 Sentença do Tribunal Supremo Espanhol, de 17.05.1983, citada por Catalá, Raquel Poquet, “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva”, 2(2015) IUSlabor, p. 4.

22 Sentença do Tribunal Supremo Espanhol, de 18.12.2006, recurso extraordinário n.º 200/2000.

23 Esta conclusão resultaria já do artigo 1182.º do Código Civil Espanhol.

24 Nos termos do artigo 1124.º do Código Civil Espanhol.

No passado, a Audiência Provincial de Madrid pronunciou-se a respeito de um contrato no qual uma agência de viagens reservou bilhetes de avião num voo com destino a Toronto²⁵. Tendo, entretanto, aquela cidade ficado em estado de alerta devido à propagação da SARS, e apesar de a companhia de aviação não ter cancelado o voo, o Tribunal considerou que a agência de viagens deixou de estar obrigada a adquirir os bilhetes, podendo exigir que lhe fosse devolvido o depósito entretanto efetuado sem qualquer penalização. O Tribunal considerou que a SARS era um facto imprevisível e intransponível e que apesar de não ser fisicamente impossível viajar para Toronto, qualquer pessoa medianamente diligente deveria atender às recomendações das autoridades e não pôr em perigo a vida ou a saúde, ao deslocar-se de modo imprudente para um lugar classificado com um alerta sanitário.

A Audiência Provincial de Madrid considerou ainda que uma empresa responsável por uma viagem de cruzeiro não pode ser responsabilizada pelos danos causados pela propagação do vírus da gripe A, que constituiu um facto de força maior, já que o médico e o capitão do barco não tinham conhecimento nem estavam em condições de saber que havia elementos da tripulação que eram portadores da doença, considerando que a situação produzida era imprevisível e inevitável²⁶.

Estas orientações poderão ser relevantes quanto à COVID-19, embora se deva sempre analisar o concreto efeito da epidemia no cumprimento das prestações e o momento em que se constituiu a obrigação.

França

O Código Civil francês consagra o instituto da força maior no artigo 1218.º, segundo o qual “*em matéria contratual, haverá força maior quando um facto fora do controlo do devedor, que não podia ter sido razoavelmente previsto no momento da conclusão do contrato e cujos efeitos não podiam ter sido evitados através da adoção de medidas apropriadas, impedir o cumprimento da obrigação pelo devedor*”.

Estas orientações poderão ser relevantes quanto à COVID-19, embora se deva sempre analisar o concreto efeito da epidemia no cumprimento das prestações e o momento em que se constituiu a obrigação.

Para que um facto constitua força maior é necessário que se verifiquem três requisitos: i) que o facto seja exterior e incontrolável; ii) que o facto não fosse razoavelmente previsível; iii) que o facto impossibilite efetivamente o cumprimento (impossibilidade absoluta), o que não se confunde com tornar a obrigação mais onerosa ou dispendiosa.

Em consequência, não poderá haver outras formas de cumprir a obrigação, por exemplo através do recurso a fornecedores, materiais ou *staff* alternativos. Além disso, dificilmente a força maior poderá dizer respeito a obrigações pecuniárias²⁷.

Caso o facto de força maior seja temporário, as obrigações afetadas ficam meramente suspensas (salvo se o credor perder definitivamente o interesse, o que dá lugar à resolução do contrato)²⁸. Por outro lado, caso o facto de força maior seja permanente, o incumprimento considera-se definitivo e o contrato pode ser resolvido, ficando as partes desobrigadas²⁹. Em qualquer destas hipóteses, a parte que não cumpre a obrigação, ou não a cumpre atempadamente, não tem que indemnizar o credor pelos danos causados³⁰.

25 Sentença da Audiência Provincial de Madrid, de 02.11.2006, recurso n.º 358/2006.

26 Sentença da Audiência Provincial de Madrid, de 10.12.2013, recurso n.º 145/2012, citada por Sáez, Óscar Santaella, “La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus”, disponível [aqui](#).

27 A título de exemplo, sentença de 16.09.2014 da Cour de Cassation (França), secção comercial, P. n.º 13-20.306.

28 Segundo o artigo 1218.º do Código Civil Francês.

29 Salvo raras exceções, de acordo com o artigo 1351.º do Código Civil Francês.

30 Cf. artigo 1231.º, n.º 1 do Código Civil francês.

Os Tribunais franceses têm sido exigentes na qualificação de uma epidemia como um facto de força maior. Por ocasião da gripe A, a Court d'appel de Besançon³¹ considerou que a imposição legal de utilização de produtos sanitários descartáveis não permitia resolver um contrato de fornecimento de toalhas de mão de pano, uma vez que era possível ao devedor fornecer toalhas descartáveis. Além disso, o Tribunal considerou que o facto não era suficientemente imprevisível, já que a epidemia tinha sido amplamente anunciada e prevista, mesmo antes da aplicação da referida regulamentação sanitária.

Quanto à necessária existência de um nexo de causalidade entre o facto impeditivo e a impossibilidade de cumprir as obrigações, a Cour d'appel de Paris³² considerou que a severidade da epidemia do ébola que assolou a África Ocidental, mesmo que se pudesse considerar um caso de força maior, não era suficiente para concluir que essa epidemia afetou a tesouraria de uma sociedade lá sediada.

A Cour d'appel de Paris³³ já considerou improcedente o pedido de reembolso de uma viagem para a Tailândia, cuja reserva foi cancelada em virtude da epidemia SARS. No caso concreto, nem o voo, nem a entrada dos passageiros no território, se encontravam limitados, apenas sendo imposto o controlo médico à entrada e a utilização de máscaras, além de que, na data da viagem, não havia risco de transmissão do vírus na Tailândia pois não existia qualquer foco de transmissão local.

Embora em França já haja decisões tomadas quanto à COVID-19 que classificam os impedimentos por esta gerados como força maior, nomeadamente o cancelamento de voos pelas autoridades italianas³⁴ e a detenção prisional num estabelecimento com casos positivos, detenção essa que impossibilita o comparecimento no tribunal³⁵, não se pode presumir que este será o entendimento tomado em todos os casos. A análise dos casos expostos revela que os Tribunais franceses analisam sempre todos os particularismos do caso concreto.

O Reino Unido é tradicionalmente muito exigente quanto à prevalência de circunstâncias de força maior como justificação para o não cumprimento do contrato.

Reino Unido

O Reino Unido é tradicionalmente muito exigente quanto à prevalência de circunstâncias de força maior como justificação para o não cumprimento do contrato. Em princípio, a parte afetada terá de cumprir, devendo indemnizar a contraparte dos danos causados caso o não faça. O caso paradigmático (*Paradine v. Jane*) diz respeito a um arrendatário que foi condenado a pagar a renda, mesmo tendo sido despejado e impedido de exercer a sua posse por um exército estrangeiro.

Contudo, a doutrina da *frustration* acaba por flexibilizar este entendimento, ao permitir que o contrato termine automaticamente quando ocorra um facto posterior, não imputável a nenhuma das partes, que torne a natureza da obrigação radicalmente diferente da obrigação assumida originariamente, e que ultrapasse definitivamente o que foi contemplado pelas partes ao celebrar o contrato. Os tribunais são muito exigentes ao aplicar este instituto, e não é suficiente que o cumprimento se torne meramente mais difícil ou oneroso. A *frustration* opera automaticamente, sem necessidade de a parte informar a contraparte da ocorrência do facto.

31 Sentença de 08.01.2014 do Tribunal Judicial de Besançon, segunda sala do comércio, P. n.º 12/02291.

32 Sentença de 17.03.2016 do Tribunal de Recurso de Paris, Pólo 6, sala 12, P. n.º 15/04263.

33 Sentença de 29.06.2006 do Tribunal de Recurso de Paris, Pólo 8, secção A, P. n.º 04/09052.

34 Ver, por exemplo, sentença de 04.03.2020 do Tribunal de Recurso de Douai, P. n.º 20/00395 e sentenças de 05.03.2020, P. n.º s 20/00400 e 20/00401, do mesmo Tribunal.

35 A título de exemplo, sentença de 12.03.2020 do Tribunal de Recurso de Colmar, P. n.º 20/01098.

A doutrina foi estabelecida no caso *Taylor v Caldwell (1863) 3 B&S 826*, que dizia respeito a um contrato de arrendamento de uma sala de espetáculos para concertos em que, antes do primeiro concerto, ocorreu um incêndio que destruiu o espaço. O Tribunal concluiu, atendendo a que as partes detalharam todos os pormenores do programa e do espaço de espetáculos, que a preservação da sala era uma condição essencial para as partes e considerou que a ocorrência do incêndio fez cessar o contrato.

Os Tribunais têm aplicado a *frustration* quando ocorrem eventos que tornam o cumprimento do contrato ilícito. A doutrina aplicou-se, por exemplo, no caso *Fibrosa v Fairbairn (1943) AC 32*, em que existia um contrato de fornecimento de maquinaria entre uma empresa inglesa e uma polaca, e em que, depois do contrato estar concluído e de o comprador ter pago o depósito, a Alemanha invadiu a Polónia e declarou que os contratos de fornecimento entre os dois países eram ilegais. Não obstante, num caso recente, de 2019, *Canary Wharf (BP4) T1 Limited & ors v European Medicines Agency (2019) EWHC 335 (Ch)*, o Tribunal considerou que o *Brexit* não frustrava um contrato de 25 anos de arrendamento do espaço em que estava instalada a Agência Europeia do Medicamento. O argumento chave pode ter assentado no critério da previsibilidade. O Tribunal considerou que, embora o *Brexit* em si não fosse previsível, era previsível que a Agência Europeia do Medicamento tivesse de abandonar o espaço antes do fim dos 25 anos, por circunstâncias fora do seu controlo. Assim, esta devia ter incluído no contrato uma cláusula de alienação/*break*, e ao não tê-lo feito, assumiu esse risco.

A *frustration* foi consagrada em lei através do *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 (LRA)*, que se aplica a diversos contratos comerciais, e que prevê como princípio geral que: (i) o montante pago antes da ocorrência do facto que frustra o contrato deve ser devolvido à contraparte; (ii) que o montante devido, mas ainda não pago, deixa de ser devido; (iii) a parte que, antes da ocorrência do facto que frustra o contrato, tenha obtido um benefício não monetário por conta do contrato, pode ter que compensar a contraparte.

Itália

O Governo Italiano reagiu à propagação do vírus COVID-19, em 23 de fevereiro de 2020, através da emissão do Decreto n.º 6/2020 do Presidente do Conselho de Ministros, ordenando a tomada de medidas urgentes para a contenção e gestão da crise epidemiológica.

Em implementação do referido Decreto, o Decreto-lei n.º 18/2020, de 17 de março de 2020, consagrou uma série de medidas, enunciando o seu artigo 91.º que o cumprimento de medidas de contenção tomadas pelas autoridades deve sempre ser tido em consideração, para o efeito de: a) excluir a responsabilidade do devedor pelo incumprimento das obrigações e a indemnização devida pelo incumprimento; b) desobrigar o devedor do pagamento de indemnizações contratualmente previstas em cláusulas penais, devidas a título de incumprimento ou de atraso no cumprimento. Nestes termos, embora o âmbito de aplicação do artigo 91.º não seja ainda totalmente claro, devendo ser apreciado pelo juiz, o artigo parece excluir a imputabilidade ao devedor de um incumprimento imposto por uma medida legislativa de combate à COVID-19. Conclui-se que, tendencialmente, uma parte que incumpra as suas obrigações devido a uma medida governativa tomada no sentido de combater a epidemia, não é responsável pelo não cumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações.

Além disso, em termos mais amplos, o Código Civil Italiano estabelece, no artigo 1256.º (impossibilidade permanente ou temporária), que a obrigação se extingue quando, por causa não imputável ao devedor, a prestação se torna impossível.

A impossibilidade verifica-se quando o facto for totalmente alheio à vontade do devedor e este não pudesse razoavelmente ter sido previsto no momento da constituição da obrigação. O facto impeditivo tem que ocorrer antes de a parte afetada deixar de poder cumprir³⁶ e o risco da sua ocorrência não pode ter sido assumido expressa ou implicitamente³⁷.

Além disso, em termos mais amplos, o Código Civil Italiano estabelece que a obrigação se extingue quando, por causa não imputável ao devedor, a prestação se torna impossível.

36 Sacco, Rodolfo e De Nova, Giorgio, *Il Contratto* (Tomo II, Torino UTET, 1993), p. 652.

37 *Ibid*, p. 653.

O Código das Obrigações Suíço consagra o regime da impossibilidade do cumprimento. Este regime aplica-se apenas caso o facto impossibilitante assuma uma natureza permanente.

O regime da impossibilidade aplica-se igualmente aos casos em que o credor fica impossibilitado de receber a prestação, por causa que não lhe seja imputável³⁸. Assim, por exemplo, um passageiro que, sem culpa sua, adoença, não podendo beneficiar do bilhete de avião que reservou, pode resolver o contrato e ser reembolsado pelo dinheiro gasto com a reserva.

Se a impossibilidade for meramente temporária, o devedor não é responsável pelo atraso no cumprimento enquanto a impossibilidade persistir. Contudo, a impossibilidade temporária transforma-se em impossibilidade definitiva, com o efeito de extinguir a obrigação, se, atendendo à fonte da obrigação ou à sua natureza, o devedor deixar de poder ser obrigado a cumprir ou o credor deixar de ter interesse no cumprimento³⁹. Tal ocorrerá, por exemplo, se um fornecimento fosse necessário apenas por um certo período de tempo.

O devedor que se encontre totalmente impedido de cumprir não pode exigir a contraprestação, e deve devolver tudo o que tiver recebido a por conta do cumprimento do contrato. Caso a impossibilidade afete apenas uma parte do cumprimento, a contraparte tem direito a uma redução correspondente da contraprestação (artigos 1463.º e 1464.º do Código Civil Italiano).

A jurisprudência italiana considera que uma medida administrativa que impeça o cumprimento de uma obrigação não exonera o devedor da obrigação de cumprir, se tal decisão for razoavelmente previsível por um devedor medianamente diligente⁴⁰. Poderá ter que se ter em consideração este critério na aplicação do artigo 91.º do Decreto-lei n.º 18/2020, de 17 de março de 2020 que, como vimos, afirma a não responsabilização da parte que incumprir as suas obrigações devido a uma medida governativa tomada no sentido de combater a epidemia.

Deve notar-se ainda que, de acordo com a jurisprudência italiana⁴¹, o incumprimento de um contrato (e.g. contrato de fornecimento) que ponha em causa o cumprimento de um outro, não exonera automaticamente o devedor do segundo contrato, sendo necessário apreciar todas as circunstâncias do caso. Contudo, parece ser também entendimento da jurisprudência que, quando o não cumprimento resultar de uma impossibilidade em cumprir, o credor afetado pelo não cumprimento pode ficar exonerado do cumprimento sucessivo perante o seu próprio credor, segundo um conceito amplo de impossibilidade⁴².

Suíça

O Código das Obrigações Suíço consagra o regime da impossibilidade do cumprimento⁴³. Este regime aplica-se apenas caso o facto impossibilitante assuma uma natureza permanente. Caso o facto que impossibilita a prestação tenha uma natureza meramente temporária, como poderá ocorrer se este se ficar a dever a uma medida de limitação das exportações ou a uma imposição de quarentena, não se aplica o regime da impossibilidade, mas sim o da mora.

O facto impossibilitante deve ser extraordinário, imprevisível e inevitável, não podendo ser prevenido com o cuidado devido⁴⁴.

38 Ver, por exemplo, a sentença de 22.05.2019, do tribunal da primeira instância de Florença, P. n. 1581.

39 Sacco, Rodolfo e De Nova, Giorgio, *Il Contratto*, ob. cit., p. 654.

40 Ver, por exemplo, sentença de 23.02.2000 do Supremo Tribunal de Itália, P. n. 2059.

41 Ver, por exemplo, sentença do Tribunal de Milão n.º 8335/2017.

42 Ver, por exemplo, sentença de 29.05.1998 do Supremo Tribunal de Itália, P. n. 5327.

43 Artigo 119.º, n.º 1 do Código das Obrigações Suíço.

44 Artigo 119.º, n.º 1, do Código das Obrigações Suíço.



O facto
impossibilitante
deve ser
extraordinário,
imprevisível
e inevitável, não
podendo ser
prevenido com
o cuidado devido.

Para que haja impossibilidade, o cumprimento tem de ser objetivamente impossível, e o devedor não pode ser responsável por essas circunstâncias.

Para que haja impossibilidade, o cumprimento tem de ser objetivamente impossível, e o devedor não pode ser responsável por essas circunstâncias. O cumprimento é objetivamente impossível quando ninguém puder cumprir (a não ser que a terceira pessoa que possa cumprir não seja determinável ou alcançável). A impossibilidade inclui ainda os casos em que: (1) o cumprimento seja pessoal e o devedor fique incapacitado; (2) o cumprimento seja impraticável, de tal forma que nenhuma pessoa razoável considerasse tentar realizar a prestação; (3) os objetivos do contrato se realizam antes de o devedor ter oportunidade de cumprir (e.g. a doença é curada antes de o médico chegar); (4) os objetivos do contrato se frustram antes de o devedor ter oportunidade de cumprir (e.g. o paciente morre antes de o médico chegar)⁴⁵.

No caso de um facto impossibilitante de natureza temporária, o credor deve exigir clara e expressamente o cumprimento (e.g., através do envio de uma fatura) e deve fixar, ele próprio ou por determinação do Tribunal, um prazo razoável dentro do qual o devedor deve cumprir⁴⁶. Passado esse prazo, a mora converte-se em incumprimento definitivo.

Caso a prestação incumprida definitivamente seja efetivamente impossível, o credor não poderá exigir judicialmente o seu cumprimento. Do mesmo modo, não sendo a falta de cumprimento imputável ao devedor, elemento que este último tem o ónus de provar⁴⁷, o credor não tem direito a uma indemnização. Resta ao credor a opção de resolver o contrato (*Rücktritt*), opção esta que deve ser notificada de imediato⁴⁸. A resolução tem efeitos retroativos, o que implica a devolução de tudo quanto haja sido prestado, a não ser que o contrato resolvido tenha um carácter duradouro, caso em que tem efeitos apenas a partir do incumprimento. Caso o atraso diga respeito apenas a parte do cumprimento, o credor pode rejeitar o cumprimento parcial e resolver todo o contrato. Contudo, caso aceite parte do cumprimento, apenas poderá resolver o contrato parcialmente⁴⁹.

Alternativamente, o facto que impede o cumprimento poderá ter uma natureza permanente. Nesse caso, desde que a parte afetada não tenha contribuído para o facto impossibilitante, ficam as partes desobrigadas da sua prestação, devendo devolver o que já obtiveram no âmbito do contrato à custa da contraparte. A parte afetada não pode ser responsabilizada pelo incumprimento. A impossibilidade económica ou a inviabilidade comercial não são abrangidas no conceito de impossibilidade.

A respeito das decisões administrativas tomadas pelo Governo como forma de combate à propagação da COVID-19, deve ter-se em atenção que os Tribunais suíços as integram no conceito de impossibilidade legal. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal Suíço já classificou um embargo nas exportações de certos tipos de máquinas, que podiam ser utilizadas na produção de armas nucleares, como uma impossibilidade legal superveniente. Contudo, o Tribunal especificou que o vendedor dos bens sobre os quais recaiu o embargo pode, ainda assim, ser responsabilizado pelo não cumprimento se tivesse conhecimento ou devesse ter tido conhecimento do futuro embargo no momento da conclusão do contrato⁵⁰. No contexto da presente epidemia, é então necessário ponderar a previsibilidade das medidas adotadas.

Instrumentos jurídicos internacionais

Analisamos agora a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (sigla inglesa, CISG), os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT (PICC) e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL)⁵¹.

45 Rivkin, David R., "Lex Mercatoria and Force majeure" in Gaillard (ed.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC Publication n. 480 (4)), 1993.

46 De acordo com o artigo 107.º do Código das Obrigações Suíço. Cf. Szladits, Charles, "Discharge of Contract by Breach in Civil Law", in *The American Journal of Comparative Law*, 2(3), 1953, p. 344.

47 Szladits, Charles, "Discharge of Contract", *ob. cit.*, p. 348.

48 *Ibid*, p. 345.

49 Resolução parcial, nos termos do artigo 107.º do Código das Obrigações Suíço.

50 Sentença de 03.09.1985, do Supremo Tribunal Federal Suíço, P. n. 111 II 352.

51 Sobre a relevância e aplicabilidade destes instrumentos, cf. notas de rodapé 3, 4 e 5.

Os PECL têm a particularidade de estabelecer a equiparação entre um atraso considerável e um incumprimento definitivo.

Tal como a maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais apresentados, os instrumentos jurídicos internacionais que analisamos isentam de responsabilidade o devedor afetado pela ocorrência de um facto impossibilitante. É de destacar que a CISG, os PICC e os PECL adotam um critério de “razoabilidade” na definição de previsibilidade e inevitabilidade do facto impossibilitante e dos seus efeitos.

Segundo a CISG, “uma parte não é responsável pelo não cumprimento de uma das suas obrigações se provar que o incumprimento se ficou a dever a um impedimento fora do seu controlo e que não podia razoavelmente tê-lo tido em consideração no momento da celebração do contrato ou tê-lo evitado ou ultrapassado, ou às suas consequências”⁵². A CISG não reconhece expressamente a impossibilidade relativa como exceção à obrigação de cumprir. Contudo, como defende Hans Stoll, resulta dos princípios gerais da CISG que “caso haja um impedimento subsequente e imprevisível ao cumprimento, como resultado de uma alteração substancial nas condições económicas, deve haver um ‘limite de sacrifício’, para lá do qual, em vista da desvantagem económica envolvida, não seja exigível ao devedor que cumpra”⁵³.

A formulação dos PICC⁵⁴ e dos PECL é muito semelhante⁵⁵ à formulação da CISG. Contudo, os PECL têm a particularidade de estabelecer a equiparação entre um atraso considerável e um incumprimento definitivo.

Dos três instrumentos jurídicos internacionais, a definição da CISG é a única que clarifica que, caso o incumprimento de uma das partes se fique a dever ao incumprimento de um terceiro que tenha sido contratado para executar a totalidade ou uma parte do contrato, essa parte só fica isenta de responsabilidade se se verificarem os requisitos da impossibilidade em relação quer à parte contratual, quer ao terceiro contratado.

No que diz respeito à aplicação prática dos referidos instrumentos jurídicos, salientamos três decisões arbitrais relevantes no contexto da presente epidemia, que tinham a CISG como lei aplicável:

- Um caso em que o fornecedor do vendedor teve problemas técnicos que afetaram a sua capacidade de produção, o Tribunal concluiu que, uma vez que o contrato não especificava a identidade do fornecedor de bens, o vendedor era obrigado a procurar outros fornecedores. Do mesmo modo, uma parte afetada por um facto relacionado com a COVID-19 que impeça a realização da sua prestação e que não esteja vinculado a uma satisfação pessoal da obrigação, deve socorrer-se de todos os meios alternativos para alcançar o cumprimento⁵⁶.
- Um caso em que, de acordo com um costume de direito internacional, o tribunal concluiu que o risco de não obter uma licença de importação pertence ao comprador (importador)⁵⁷. Esta decisão demonstra que há certos factos que, pertencendo à esfera do risco de uma das partes, não lhes permite invocar o instituto da impossibilidade.
- Um caso em que uma das partes invocou a propagação da SARS como facto de força maior, tendo o Tribunal concluído que este vírus existia já antes da celebração do contrato, o que afastava o elemento da imprevisibilidade. Além disso, a parte afetada levou meses a informar a contraparte do impedimento, o que foi considerado desrazoável, tendo sido condenada ao pagamento resultante dos danos pelo atraso no cumprimento até essa data⁵⁸.

52 Artigo 79.º da CISG.

53 Hans Stoll, comentário ao Article 79, in: Peter Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) 618* (2d. ed. 1998).

54 Artigo 7.1.7 (Força maior) dos PICC.

55 Artigo 8:108 (justificação devido a um impedimento) dos PECL.

56 Decisão do CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission), de 17.06.1994, Warm rolled steel plates case, [disponível online](#), e citada por Larry DiMatteo, “Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines”, 27 *Pace International Law Review* 258, 285.

57 Entre outras, a decisão arbitral do CIETAC, de 07.08.1993, semi-automatic weapons case, disponível [aqui](#).

58 Decisão arbitral do CIETAC, de 05.03.2005, L-Lysine case, disponível [aqui](#).

2. Alteração das circunstâncias

Em alguns países, a possibilidade de renegociação ou resolução depende de o contrato em questão ter natureza continuada ou periódica, ou ser de execução diferida.

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos admite a possibilidade de as partes renegociarem ou resolverem o contrato se, posteriormente à sua celebração, ocorrer um facto que altere os pressupostos em que as partes assentaram a sua decisão de contratar e que afete substancialmente o equilíbrio contratual. Em alguns países, a possibilidade de renegociação ou resolução depende de o contrato em questão ter natureza continuada ou periódica, ou ser de execução diferida (e.g., Itália, Espanha e Brasil). Nem sempre o regime da “alteração das circunstâncias” está consagrado na lei, podendo resultar da prática dos Tribunais (e.g. China, Espanha e Suíça). Dos ordenamentos jurídicos analisados, o Reino Unido é o único que não atribui eficácia jurídica à alteração de circunstâncias, embora a doutrina da *frustration* acabe por colmatar esta solução.

Deve notar-se que as partes podem sempre estabelecer no contrato pressupostos próprios de revisão ou de resolução, ou alocar os riscos de uma determinada forma. Este tipo de disposições contratuais prevalece sobre o regime supletivo que resulta da lei. Nos próximos parágrafos, serão analisados os requisitos legais da aplicação do regime da alteração das circunstâncias em cada ordenamento jurídico nacional (alemão, angolano, brasileiro, chinês, espanhol, francês, inglês, italiano e suíço). Por fim, será exposta a solução estabelecida na CISG, nos PICC e nos PECL⁵⁹.

Alemanha

O Código Civil Alemão (BGB) acolhe a doutrina denominada como *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (alteração dos fundamentos negociais), no parágrafo 313. Assim, caso as circunstâncias em que as partes assentaram a sua decisão de contratar tenham sofrido uma alteração substancial, as partes podem exigir a adaptação do contrato, se o seu cumprimento deixar de ser exigível, ou, caso a adaptação não seja possível ou adequada, a sua resolução. Considera-se substancial uma alteração que altere fundamentalmente o equilíbrio do contrato, e que seja de tal forma relevante que, caso as partes tivessem previsto essa alteração, não teriam celebrado o contrato nos termos em que o celebraram.

A adaptação contratual pode revestir várias modalidades: reestruturação ou manutenção parcial da relação jurídica, alteração do montante devido ou do conteúdo da obrigação, adiamento do cumprimento, etc⁶⁰. A capacidade negocial das partes, a sua criatividade e abertura a novas soluções é, aqui, essencial e poderá ser melhorada através de mecanismos de resolução alternativa de litígios, como a negociação no modelo cooperativo ou a mediação.

59 Sobre a aplicabilidade e relevância destes diplomas, cfr. notas de rodapé 3, 4 e 5.

60 Rauh, Theo, “Legal Consequences of Force Majeure under German, Swiss, English and United States”, *Denver Journal of International Law and Policy* 25, 1996-1997, p. 153.

Se o contrato afetado for de execução duradoura, e não for exigível a manutenção da relação jurídica contratual até ao fim ou até ao termo de um prazo de pré-aviso, cada uma das partes pode terminar o contrato por um motivo ponderoso sem pré-aviso⁶¹. A parte que exercer este direito tem que notificar a contraparte dentro de um prazo razoável a partir do momento em que tome conhecimento do motivo que leva à cessação do contrato.

Os Tribunais já aplicaram o instituto da alteração dos fundamentos negociais em vários tipos de situações, nomeadamente em casos de reformas políticas⁶², alterações legislativas⁶³, proibição legal de celebrar ou cumprir certos contratos⁶⁴ e frustração do fim do contrato, e.g. quando o contrato de locação de uma loja num novo centro comercial prevê a exploração da loja, mas o centro comercial se revela um fracasso⁶⁵⁻⁶⁶.

Como regra geral, este instituto não tem aplicação caso as prestações afetadas sejam de natureza pecuniária, o que significa que o devedor suporta o risco de ocorrência de uma inflação⁶⁷. No que diz respeito especificamente ao contrato de mútuo, de acordo com o parágrafo 490 do BGB, se ocorrer uma deterioração das circunstâncias financeiras do mutuário ou uma diminuição do valor do bem dado em garantia, que ponha em causa o cumprimento da obrigação de devolução do dinheiro, o mutuante pode resolver o contrato.

61 Cf. secção 314 do BGB.

62 OLG Düsseldorf NJW 1955, 1797.

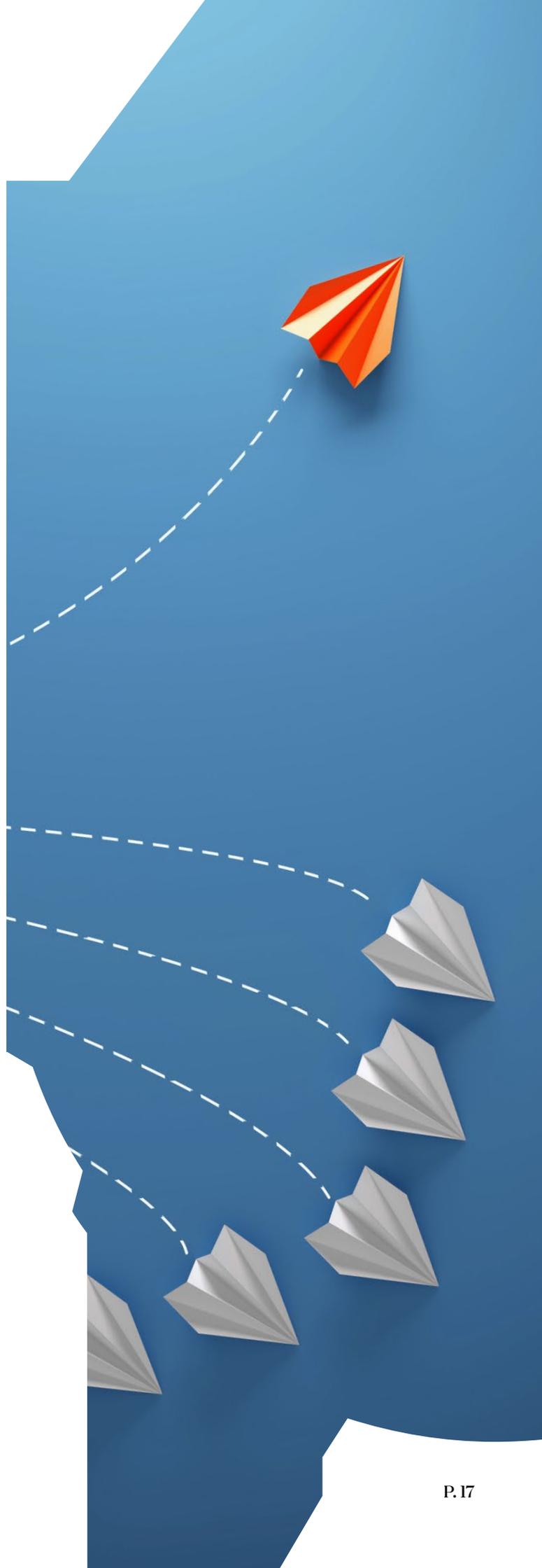
63 BGH NJW 1951, 836.

64 BGHZ 38, 146

65 BGH NJW 1978, 2510.

66 Os referidos casos são citados por Horn, Norbert, "Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law" em Horn (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (1985).

67 Rösler, Hannes, "Hardship in German Codified Private Law: In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *European Review of Private Law (ERPL)* 15, 2007, pp. 483-513.



No âmbito da COVID-19, já há decisões judiciais que reconheceram estar verificados os pressupostos da alteração de circunstâncias.

Se se verificar uma situação que se enquadra tanto na impossibilidade, como na alteração de circunstâncias, os Tribunais aplicam preferencialmente o último instituto. Assim, por exemplo, se a validade de um contrato depender da emissão de uma autorização administrativa que tiver sido recusada, mas for concedida caso o contrato seja modificado, as partes são obrigadas a aceitar tal modificação⁶⁸.

Angola

Nos termos da Portaria n.º 22869, de 4 de setembro de 1967, emitido pelo Ministério do Ultramar (Direção-Geral de Justiça), foi estendida a Angola a eficácia do Código Civil português, aprovado por DL n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. Embora este Código tenha sofrido alterações próprias em Angola, o regime da alteração de circunstâncias mantém-se inalterado, pelo que remetemos para o que já antes escrevemos a propósito da gestão do risco de incumprimento contratual, de acordo com o ordenamento jurídico português⁶⁹.

Brasil

O Código Civil Brasileiro estabelece que, caso ocorra uma alteração das circunstâncias, o devedor tem direito a exigir a resolução do contrato. Perante o exercício dessa faculdade, o credor pode oferecer-se para adaptar o contrato⁷⁰, devendo, nesse caso, as partes renegociar os termos contratuais de boa fé. Nada obsta, naturalmente, a que o próprio devedor proponha, em primeira linha, uma adaptação contratual. O Código Civil Brasileiro prevê ainda, no artigo 317.º, a título clarificador⁷¹, que caso a alteração das circunstâncias afete prestações de natureza pecuniária, gerando uma desproporção manifesta entre o valor da prestação devida originariamente e o do momento do cumprimento, nomeadamente em razão de uma inflação, a parte afetada possa recorrer diretamente ao Tribunal, solicitando a correção do valor das prestações.

O instituto da alteração das circunstâncias depende de certos pressupostos. Em primeiro lugar, o contrato deve ser de execução continuada ou diferida e o facto que altera as circunstâncias deve ocorrer entre a conclusão do contrato e o cumprimento. Em segundo lugar, o acontecimento superveniente deve ser extraordinário (atendendo à sua frequência e intensidade) e imprevisível (por referência à capacidade de antecipar o facto e o seu impacto, à luz de um padrão de diligência média). Em terceiro lugar, a prestação afetada deve tornar-se excessivamente onerosa, atendendo ao equilíbrio original das prestações, e causar uma vantagem desproporcional ao credor. Esta vantagem verifica-se se se provar que o credor acabou por obter uma vantagem que não poderia obter em circunstâncias normais. Deve, por fim, comprovar-se a existência denexo causal entre o facto e a maior onerosidade da prestação.

No âmbito da COVID-19, já há decisões judiciais que reconheceram estar verificados os pressupostos da alteração de circunstâncias. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, num procedimento cautelar, reconheceu que as medidas governamentais impediram a autora de desenvolver a sua atividade de restauração, o que diminuiu drasticamente a sua faturação. Neste caso, o Tribunal decidiu reduzir em 30% o valor da renda que a autora, arrendatária do espaço do restaurante, devia pagar⁷². Note-se, contudo, que esta não é uma decisão definitiva.

68 Horn, Norbert, "Changes in Circumstances", *ob. cit.*

69 PLMJ (Morais Antunes, João Tiago, Figueiredo, André e Schmidt Lino, Duarte (coord.)), "Coronavírus: Gestão do risco de incumprimento contratual", disponível [aqui](#).

70 Cf. artigos 478.º a 480.º do Código Civil Brasileiro.

71 Explicando que o artigo 317.º do Código Civil Brasileiro introduz uma especificação do objeto, mas não uma contradição entre preceitos, de tal forma que a parte lesada pode recorrer igualmente à resolução do contrato, nos termos do artigo 478.º, cf. José de Oliveira Ascensão, "Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil", *Revista CEJ* 8(25), pp. 59-69.

72 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, P. n. 1026645-41.2020.8.26.0100, de 02.04.2020.

China

Embora o instituto da alteração das circunstâncias não tenha sido incluído no Direito dos Contratos da República Popular da China, o Supremo Tribunal de Justiça emitiu, em maio de 2009, uma “Interpretação” (“Segunda Interpretação da Lei dos Contratos”) e, em julho de 2009, uma Opinião Orientadora, formalizando o reconhecimento do instituto⁷³.

A aplicação do instituto da alteração das circunstâncias depende da verificação de vários pressupostos. Em primeiro lugar, é necessário que tenha ocorrido uma alteração substancial das circunstâncias objetivas, após o momento da conclusão do contrato. Em segundo lugar, é necessário que tal alteração não pudesse ter sido prevista no momento da celebração do contrato. Em terceiro lugar, o facto deve tornar manifestamente injusto para uma das partes a manutenção da relação contratual nos termos em que foi originariamente definida ou tornar impossível a realização dos objetivos do contrato. Finalmente, o facto não deve ser classificável como de força maior, nem se deve encontrar na esfera de riscos comerciais inerentes à natureza do negócio.

O princípio da boa-fé exige ainda que uma parte notifique à outra, o mais rapidamente possível, a alteração de circunstâncias que possa afetar o cumprimento.

Caso se verifiquem todos os pressupostos, as partes devem renegociar os termos do contrato. Caso não seja possível alcançar um acordo, podem requerer ao Tribunal uma adaptação ou resolução do contrato⁷⁴.

O princípio da boa-fé exige ainda que uma parte notifique à outra, o mais rapidamente possível, a alteração de circunstâncias que possa afetar o cumprimento⁷⁵.

Um exemplo de aplicação do regime da alteração das circunstâncias é a decisão do Supremo Tribunal de Justiça chinês, no caso n.º 27/1992. O caso envolvia um contrato de fornecimento de componentes para contadores de gás. O preço dos lingotes de alumínio, que são componentes essenciais dos contadores, era fixado pelo Estado. Ora, tendo o preço dos lingotes quadruplicado na sequência da liberalização do mercado, o Tribunal aplicou o instituto da alteração das circunstâncias⁷⁶. O Tribunal entendeu, assim, que se havia verificado uma alteração das circunstâncias, neste caso uma alteração legislativa, que nenhuma das partes podia ter previsto, e não era um risco comercial inerente à natureza do negócio.

Num outro caso - *Xinbaiwan Catering Co. Ltd. of Zhangjiaikou and Xuanhua Hotel Ltd*⁷⁷ - uma empresa de *catering* arrendou a um hotel um espaço onde realizaria a sua atividade, por um certo preço que incluía já as despesas de serviços essenciais, como água e eletricidade. Contudo, devido à ocorrência de circunstâncias especiais, que a decisão não identifica, mas que não foram provocadas por negligência da parte afetada, o montante que o hotel pagava com as despesas excedia aquele que recebia da empresa de *catering*. O Tribunal considerou que esta situação ofendia o pressuposto em que as partes fundaram a decisão de contratar, a de que o hotel iria obter lucro com o arrendamento, e decidiu adaptar o contrato com base no instituto da alteração das circunstâncias.

Espanha

O Código Civil Espanhol não prevê o regime da alteração substancial das circunstâncias. Contudo, desde há várias décadas que a jurisprudência tem desenvolvido este instituto, admitindo-o em termos excepcionais para contratos duradouros, de execução continuada ou diferida.

73 Herbots, Jacques H., *Contracts in the People's Republic of China: an outline of the Chinese law from the perspective of Europe and Hong-Kong* (Die Heure Publishing, 2018).

74 Larry DiMatteo, “Rule of Law’ in China: the confrontation of formal law with cultural norms”, *Cornell International Law Journal*, 51(2), p. 52.

75 *Ibid.*, p. 42.

76 *Ibid.*

77 Decisão judicial citada por Ziya Baghirzade, *Change of Circumstance. Approach to the doctrine of “change of circumstance” in different countries and legitimacy of this doctrine*, 2013, Munich, GRIN Verlag, disponível [aqui](#).



Se os pressupostos da aplicação do regime da alteração das circunstâncias se verificarem, a parte afetada pode requerer à contraparte a renegociação do contrato, devendo continuar a cumprir as suas obrigações durante a renegociação.

Para que a alteração substancial das circunstâncias se verifique, é necessário que se preencham vários pressupostos cumulativos. Em primeiro lugar, é necessário que, entre o momento da celebração do contrato e o cumprimento, ocorra uma alteração extraordinária das circunstâncias que sirvam de base ao contrato. Em segundo lugar, tal ocorrência deve ser absolutamente imprevisível. Em terceiro lugar, tem de se verificar uma desproporção exorbitante entre as prestações das partes contratantes, tornando o contrato excessivamente oneroso para uma delas ou frustrando o seu fim. Por fim, não pode haver nenhum outro meio de corrigir o desequilíbrio, para além da adaptação ou resolução do contrato.

Caso todos os requisitos se preencham, a parte afetada, a quem não seja razoavelmente exigível que permaneça vinculada ao contrato, atendendo às circunstâncias do caso e à distribuição contratual ou legal dos riscos, poderá exigir a revisão do contrato, devendo as partes negociar de boa-fé. Se a adaptação dos termos do contrato não for possível ou adequada, a parte afetada poderá pedir a sua resolução.

Recentemente, a jurisprudência discutiu a aplicabilidade do instituto da alteração das circunstâncias a propósito da crise económica de 2008, tendo, em alguns casos considerado que os pressupostos se verificavam. Como se lê numa decisão do Supremo Tribunal de 2019, “uma recessão económica como a atual, de profundos e prolongados efeitos, pode ser descrita, se o contrato tiver sido concluído antes da aparência externa da crise, como uma alteração extraordinária das circunstâncias”⁷⁸. Contudo, houve outras decisões no sentido de que a crise económica pertence ao normal ciclo económico, pelo que não deve ser considerada imprevisível, nem se deve aplicar o instituto da alteração das circunstâncias⁷⁹.

França

Em fevereiro de 2016, a França codificou o regime da alteração das circunstâncias no seu Código Civil. O novo regime aplica-se aos contratos concluídos ou renovados depois dessa data, sendo necessário que se verifiquem os seguintes requisitos:

Primeiro, tem de ter ocorrido um facto imprevisível, sob o ponto de vista de um profissional razoavelmente prudente colocado no momento da celebração do contrato. Em segundo lugar, o cumprimento tem de se tornar excessivamente oneroso para a parte afetada. Tratando-se de uma obrigação pecuniária, a noção de onerosidade excessiva inclui a diminuição objetiva do valor da contrapartida⁸⁰. Em terceiro lugar, a parte afetada não pode ter aceite o risco de uma alteração imprevisível de circunstâncias. O risco terá sido aceite se, por exemplo, as partes tiverem previsto uma cláusula de variabilidade dos preços ou, até, um preço mínimo e máximo no caso de uma alteração do volume de negócios. No caso de contratos especulativos, entende-se que o risco é previsível, e que, por conseguinte, a parte o aceitou implicitamente⁸¹.

A alteração das circunstâncias não se aplica caso esta concorra com outro regime específico. Assim, por exemplo, o Tribunal da Relação de Versalhes recusou-se a aplicar o artigo 1195º numa matéria relativa a um contrato de arrendamento comercial, observando que existem normas francesas específicas aplicáveis aos contratos de arrendamento comerciais que já contêm disposições relativas à revisão do contrato de arrendamento (Tribunal da Relação de Versalhes, 12 de dezembro de 2019, nº 18/07183). Segundo a mesma lógica, o regime da alteração das circunstâncias não se aplica a títulos financeiros nem a instrumentos financeiros a termo (de acordo com a definição dos parágrafos I a III do artigo L211.1 do Código Monetário e Financeiro francês).

Se os pressupostos da aplicação do regime da alteração das circunstâncias se verificarem, a parte afetada pode requerer à contraparte a renegociação do contrato, devendo continuar a cumprir as suas obrigações durante a renegociação. Em caso de recusa ou falha nas renegociações, as partes podem requerer uma intervenção judicial no âmbito da qual o contrato é adaptado ou terminado.

De uma análise da jurisprudência mais recente resulta que os tribunais franceses são muito relutantes em aplicar esta figura. Assim, por exemplo, já foi recusada a aplicação do instituto na alteração das circunstâncias num caso em que uma empresa provou aumentos de 4% a 16% nos preços praticados pelos seus fornecedores, o que conduziu a uma diminuição de 58% da sua margem bruta⁸².

Para além do regime da alteração substancial das circunstâncias, foram já aprovadas em França medidas legislativas específicas para a situação da COVID. O Decreto (“Ordenance”) n.º 2020-306 de 26.03.2020, recentemente alterado pelo Decreto n.º 2020-427 de 15.04.2020, prevê um conjunto de regras especiais para contratos afetados pela COVID-19.

Assim, foi adiado o efeito das sanções contratuais pelo atraso no cumprimento das obrigações pecuniárias que tiveram que ser cumpridas entre 12 de março e 23 de junho de 2020. A data em que as referidas cláusulas começam a produzir efeitos é adiada até ao final de um período posterior a 23 de junho de 2020, período esse que é igual ao tempo decorrido entre (i) por um lado, 12 de março de 2020 ou a data em que a obrigação litigiosa foi criada, se esta última data for posterior, e (ii) por outro lado, a data em que essa obrigação deveria normalmente ser cumprida.

No que respeita a obrigações não pecuniárias, que devam ser realizadas dentro de um prazo definido, cujo termo foi posterior a 23 de junho de 2020, o efeito das cláusulas contratuais que pretendam sancionar o atraso no seu cumprimento é adiado a partir da data em que deveriam normalmente ter começado a produzir os seus efeitos, até ao termo de um período equivalente ao tempo decorrido entre (i) por um lado, 12 de março de 2020 ou a data em que a obrigação foi criada, consoante a que for mais recente, e (ii) por outro lado, 23 de junho de 2020.

78 Sentença do Supremo Tribunal de Justiça (primeira câmara, civil), Proc. n 820/2013, de 17 de janeiro (Francisco Marín Castán), ES:TS:2013:1013.

79 Ver, por exemplo, a sentença do Tribunal Supremo Espanhol (primeira câmara, civil), Proc. Nº 214/2019, de 5 de abril (Maria Angeles Parra Lucán), ES:TS:2019:1148.

80 Répertoire de droit civil Dalloz, Imprévision – Droit positif français après la réforme – Pascal ANCEL – Mai 2017 (actualisation: Mai 2018).

81 Tribunal da Relação de Paris, 16 de fevereiro de 2018, n.º 16/08968.

82 Sentença de 12.02.2015 do Tribunal da Cassação francês, P. n. 12-29.550.

Quando um contrato só pode ser resolvido dentro de um período de tempo específico ou quando um contrato é automaticamente renovado na ausência de uma cessação formal dentro de um prazo específico, e esse período de tempo ou prazo expirou entre 12 de março de 2020 e 23 de junho de 2020, este período de tempo ou prazo foi prorrogado por um prazo adicional de dois meses após 23 de junho de 2020.

Reino Unido

O Reino Unido não acolhe a doutrina da alteração das circunstâncias.

Contudo, a doutrina da *frustration* (já analisada a propósito da Impossibilidade)⁸³, poderá em certos casos libertar as partes das suas obrigações, embora os Tribunais sejam extremamente rigorosos quanto à sua aplicação. Aliás, os Tribunais reiteram que “*não é uma dificuldade em cumprir ou inconveniência ou uma perda económica em si mesma que permite invocar o princípio da frustração. É preciso haver uma alteração no significado da obrigação de tal forma que a coisa prometida, se cumprida, passe a ser uma coisa diferente daquela que foi contratada*”⁸⁴.

É famoso o caso do canal do Suez, no qual o fecho deste canal por causa da guerra, tornou o cumprimento dos contratos de fornecimento muito mais oneroso e demorado, por se ter que utilizar rotas alternativas. Não obstante, sendo possível a utilização destas rotas, os tribunais entenderam que a parte afetada não ficou desonerada da sua obrigação. No caso *Davis Contractors v Fareham Urban DC (1956) AC 696*, existia um contrato de empreitada em que o empreiteiro se tinha obrigado a construir 78 casas em 8 meses. Contudo, o contrato foi concluído em 1946, e houve uma grande diminuição de mão-de-obra, o que fez com que a execução da obra levasse 22 meses a completar. O empreiteiro alegou que o contrato original tinha sido frustrado, e que, por força da equidade, deveria ser pago por um valor superior ao que tinha sido originariamente acordado. Contudo, o Tribunal considerou que, apesar de o trabalho se ter revelado mais oneroso, não passou a ser um tipo de trabalho diferente daquele que vinha previsto no contrato. Portanto, não houve alteração do preço contratado.

Não obstante, já há exemplos de decisões em que os Tribunais aplicaram a doutrina da frustração a casos em que ocorreu um dramático aumento no preço contratual.

Não obstante, já há exemplos de decisões em que os Tribunais aplicaram a doutrina da frustração a casos em que ocorreu um dramático aumento no preço contratual. Assim, por exemplo, o Tribunal já permitiu que as partes resolvessem um contrato de fornecimento de água por um preço fixo, celebrado há mais de sessenta anos, em que, devido à inflação, os custos de cumprimento ultrapassaram em muito o preço estipulado⁸⁵. Note-se que, nestes casos, as partes adquirem a faculdade de resolver o contrato, mas não a de o modificar. Contudo, excetuando alguns exemplos-limite em que a alteração das circunstâncias ocorreu de forma fundamental, os Tribunais ingleses são muito relutantes em aplicar de forma ampla a doutrina da frustração. Não se admite no Reino Unido, ao contrário do que acontece nos EUA, a doutrina da *impracticability*⁸⁶.

Itália

A Itália reconheceu legislativamente o instituto da alteração das circunstâncias (*eccessiva onerosità sopravvenuta*), no artigo 1467.º do Código Civil Italiano. Para que o instituto se verifique, é necessário que:

83 Cf. pp. 10-11 do presente documento.

84 Beale, H., et al. *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 617-619.

85 *Staffordshire Area Health Authority v. Staffordshire Staffs Waterworks Co*, citado por Egidijus Baranauskas e Paulius Zapolskis, “The effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract”, *Jurisprudence*, 2009, 4(118) 197, 203.

86 Baranauskas e Paulius Zapolskis, “The effect of Change in Circumstances”, *ob. cit.*, p. 203.

Em primeiro lugar, o contrato afetado seja de execução continuada ou periódica, ou de execução diferida. Em segundo lugar, que ocorra um facto extraordinário e imprevisível, que altere o equilíbrio originário das prestações, tornando a prestação de uma das partes excessivamente onerosa. O excesso de onerosidade é apreciado objetivamente. Em terceiro lugar, deve analisar-se a natureza do contrato (e.g. contratos aleatórios) e a distribuição do risco contratual, pois a parte afetada pode ter assumido o risco da ocorrência do facto, caso em que não pode invocar a alteração das circunstâncias. Na verdade, em certos setores contratuais, como por exemplo em contratos de fretamento e de fornecimento de matérias primas, existem flutuações rápidas de preços, em curtos espaços de tempo. Estas flutuações são riscos próprios da parte afetada.⁸⁷ Por fim, o facto deve surgir depois da celebração do contrato e o devedor não pode estar em mora quando o facto ocorrer.

Verificando-se estes requisitos, a parte afetada pode solicitar judicialmente a resolução do contrato, mas não a sua adaptação. Apenas o credor pode propor a revisão dos termos do contrato, quando confrontado com o pedido de resolução.

O Tribunal aprecia objetivamente a adequação da proposta de alteração contratual, podendo determinar a revisão equitativa do contrato nos termos que entender mais convenientes⁸⁸. De acordo com a prática jurisprudencial, a adaptação do contrato não tem por objetivo estabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, mas simplesmente o de eliminar a desproporção anormal que deu origem à aplicação do regime da alteração de circunstâncias. Deste modo, a parte afetada não deixará de sofrer as consequências negativas da alteração das circunstâncias, mas dentro dos limites da tolerabilidade normal⁸⁹.

Suíça

Na Suíça, a doutrina da alteração das circunstâncias não tem acolhimento legal, resultando de desenvolvimento jurisprudencial. A doutrina é conhecida como *cláusula rebus sic stantibus*. Apenas no que diz respeito a contratos de empreitada existe um artigo específico no Código das Obrigações Suíço, o artigo 373.º, n.º 2, que atribui aos tribunais a faculdade de aumentar a remuneração do empreiteiro ou, supletivamente, resolver o contrato, caso a conclusão da obra se tenha tornado excessivamente onerosa devido a uma alteração de circunstâncias.

A aplicação da doutrina da alteração de circunstâncias depende da verificação de vários pressupostos. Em primeiro lugar, que o facto que causa a alteração de circunstâncias ocorra posteriormente à eficácia do contrato. Em segundo lugar, que a alteração de circunstâncias torne a obrigação excessivamente desproporcional para uma das partes. Exigir o cumprimento deve revelar-se abusivo, sob a perspectiva de qualquer terceiro imparcial. Em terceiro lugar, que as partes não tenham distribuído contratualmente o risco da ocorrência do facto que deu origem à alteração das circunstâncias, caso em que a regulação contratual prevalece. Em quarto lugar, a alteração de circunstâncias não deve ser razoavelmente previsível, nem deve ter sido efetivamente prevista pelas partes. Finalmente, a alteração de circunstâncias não deve ser imputável à parte afetada.

A parte afetada não deixará de sofrer as consequências negativas da alteração das circunstâncias, mas dentro dos limites da tolerabilidade normal.

Se o instituto se aplicar, a parte afetada pode solicitar a adaptação do contrato ou, se tal não for adequado, a sua resolução. Na adaptação do contrato, os Tribunais têm o cuidado de não transferir inteiramente para o credor as consequências da ocorrência do facto.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência são muito exigentes na concretização dos referidos requisitos, aplicando o instituto da alteração das circunstâncias apenas em situações muito específicas, em especial quando tal se justificar segundo a boa-fé.

87 Elena Christine Zaccaria, "The Effects of Changed Circumstances in International Trade", *International Trade and Business Law Review* (2004) 9.

88 Sentença de 18.07.1989 do Tribunal da Cassação Italiano, n 3347, *Foro italiano*, 1990, I, 565.

89 Sentença de 11.02.1992 do Tribunal da Cassação Italiano, n 247, *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, 2018.

Na sentença proferida pela ICC, n.º 11585⁹⁰, em que se aplicava a lei suíça, estava em causa um contrato financeiro que foi afetado pela crise económica da Turquia. O investidor alegou que, mesmo que a ocorrência de algum dos factos económicos fosse previsível, o seu efeito dramático combinado não o era, concluindo que a crise económica constituía uma alteração de circunstâncias. Contudo, a ICC considerou que a acumulação não usual de factos durante um período de vários anos não era suficientemente “extraordinário”, pois não afetava nem destruía drasticamente o equilíbrio das obrigações entre as partes, nem considerou preenchido o requisito da imprevisibilidade.

Os PICC, tal como os PECL, centram-se na onerosidade excessiva como critério essencial da alteração de circunstâncias.

Instrumentos jurídicos internacionais

Analizamos agora a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (sigla inglesa, CISG), os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT (PICC) e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL).

A CISG não contém nenhuma regra que diga especificamente respeito à alteração das circunstâncias. Contudo, há quem defenda que o artigo 79.º da Convenção, que apresentámos no tema referente à impossibilidade, e que exonera o devedor perante a ocorrência de um facto impossibilitante, também se aplica a situações de maior dificuldade em cumprir⁹¹. É este o sentido da opinião n.º 7 de 2008, publicada pelo “Advisory Council” da CISG. Contudo, a jurisprudência não é clara a este respeito⁹² e é difícil retirar do artigo uma obrigação de renegociar, já que este apenas prevê que o devedor fica isento de responsabilidade enquanto o impedimento durar.⁹³

Os PICC e os PECL dedicam um artigo específico à alteração das circunstâncias. O capítulo 6, secção 2, dos PICC é intitulado “hardship” (dificuldade em cumprir). O artigo 6.III dos PECL designa-se “alteração de circunstâncias”.

Os PICC, tal como os PECL, centram-se na onerosidade excessiva como critério essencial da alteração de circunstâncias. Para determinar se uma alteração do equilíbrio contratual é fundamental, os PICC recorrem a dois critérios objetivos: 1) um aumento no custo do cumprimento ou 2) uma diminuição no valor da contrapartida⁹⁴. Quanto ao aumento no custo do cumprimento, considera-se que o risco de não ter capacidade financeira para cumprir, não permite desresponsabilizar a parte afetada, a não ser num caso de insolvência. Quanto à diminuição do valor da contrapartida, segundo os comentários oficiais aos PICC, pode estar em causa uma alteração drástica nas condições de mercado ou uma frustração da finalidade do contrato⁹⁵.

Tanto para os PICC, como para os PECL, é essencial que os factos sejam supervenientes, mas a definição difere nos dois diplomas. Para os PICC, os acontecimentos devem ocorrer ou tornar-se conhecidos pela parte afetada após a celebração do contrato. Para os PECL, o essencial é que a mudança de circunstâncias ocorra efetivamente após a celebração do contrato, independentemente do momento em que a parte afetada toma conhecimento do facto.

90 Citado por Matthias Scherer, “Economic or Financial Crises as a Defence in Commercial and Investment Arbitration”, em *Czech Yearbook of International Law – Second Debate Ahead: Tracing the Global Crisis*, Alexander J. Belohlávek e Nadezda Rozehnalová (eds.), vol. 1, 2010, pp. 224-227.

91 Marcel Fontaine, “The Evolution of the Rules on Hardship. From the First Study on Hardship Clauses to Enactment of Specific Rules”, em *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with unforeseen events in a changing world*, Fabio Bortolotti e Dorothy Ufot (eds.), International Chamber of Commerce.

92 Larry DiMatteo, “Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines”, 27 *Pace International Law Review* 258, 272. A jurisprudência que se cita em seguida foi analisada por este autor.

93 *Ob. cit.*, p. 284

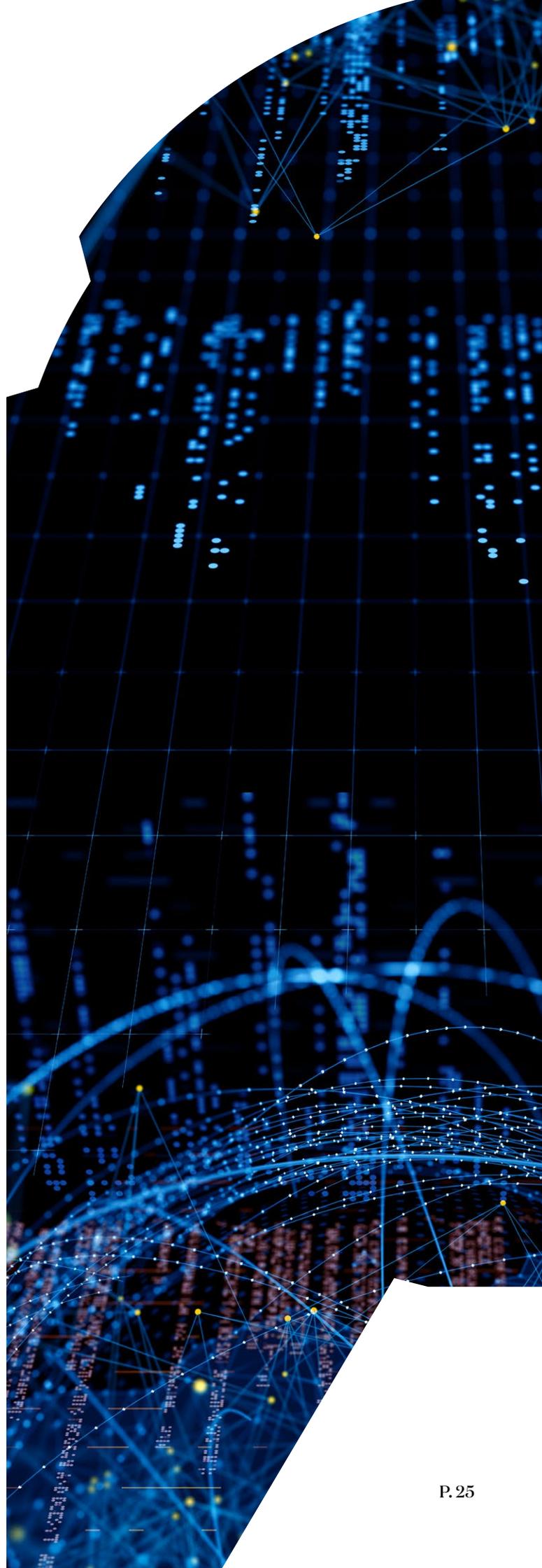
94 Baranauskas e Paulius Zapolskis, “The effect of Change in Circumstances”, *ob. cit.*, p. 209

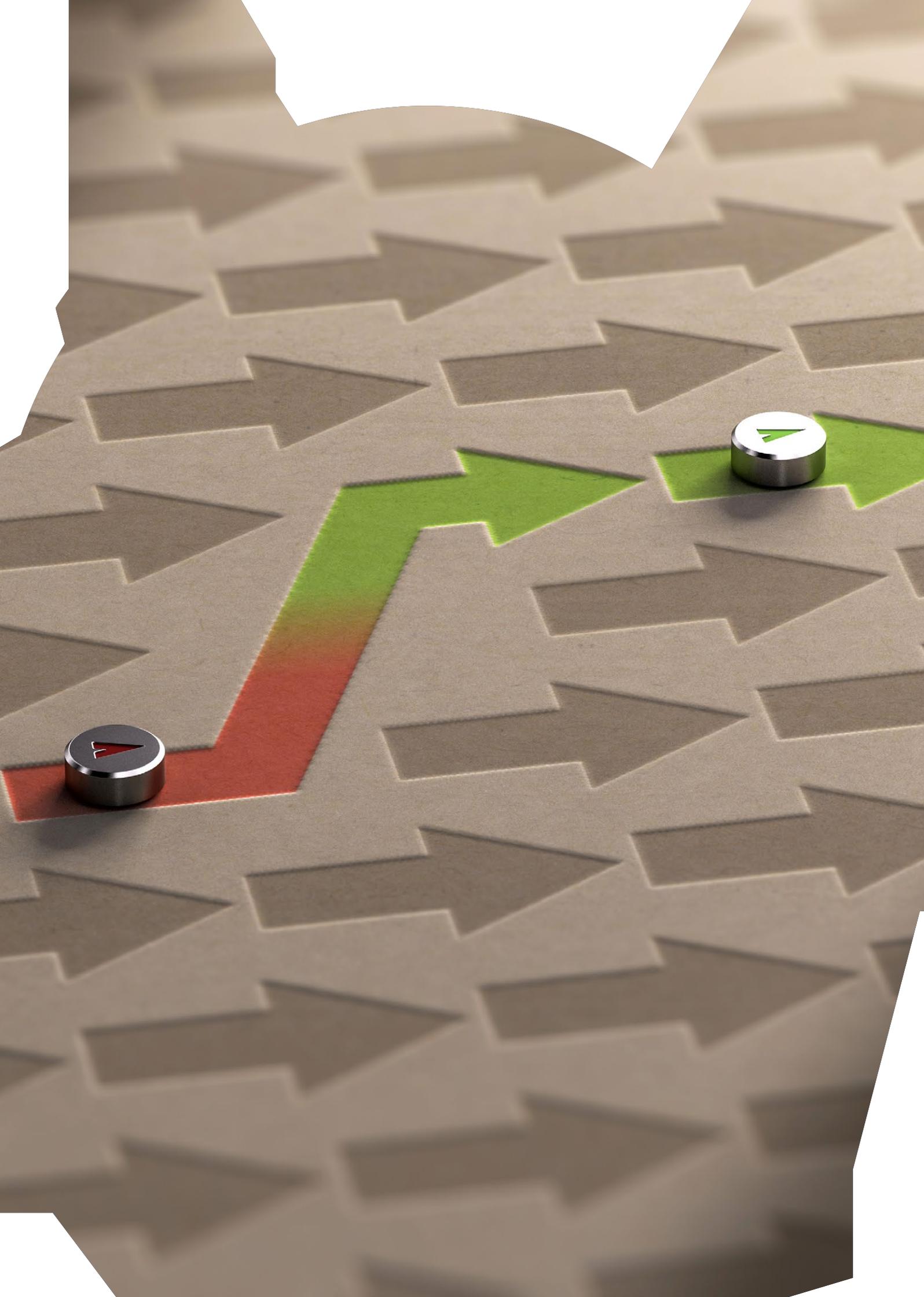
95 Sobre estes instrumentos jurídicos internacionais, cf. p. 3.

Em ambos os documentos, tal como na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais analisados, é necessário que o facto seja razoavelmente imprevisível no momento da celebração do contrato e que a parte afetada não tenha assumido contratualmente o risco da ocorrência do facto. Os PICC especificam ainda que o facto tem de estar fora da esfera de controlo da parte afetada. Perante uma *hardship*, as partes devem, em primeira linha, negociar de boa-fé entre si. O pedido de renegociação deve ser motivado e submetido logo que o facto ocorra. Se não alcançarem um acordo, dentro de um prazo razoável, cada uma delas pode recorrer ao Tribunal, que poderá resolver o contrato ou adaptá-lo.

Mas qual o limite que se impõe à obrigação da contraparte de renegociar de boa-fé? Será o Tribunal a avaliar, quando a parte afetada intentar uma ação requerendo a adaptação ou a resolução do contrato. Nesse momento, o Tribunal poderá ponderar os danos sofridos devido à atuação da parte que se recusa a negociar ou que quebra as negociações de forma contrária à boa-fé.⁹⁶

96 Larry DiMatteo, "Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines", 27 *Pace International Law Review* 258, 273.





3. Disposições contratuais

Cláusula de força maior

Através de uma cláusula de força maior, as partes regulam contratualmente os meios jurídicos ao seu dispor perante a ocorrência de um facto impossibilitante, detalhando, de forma específica e eventualmente distinta da regulação legal, os pressupostos que definem o facto de força maior. As partes podem indicar, de forma exemplificativa, os tipos de situações que se classificam como de força maior. Caso a epidemia ou atos de governo não sejam referidos na cláusula, a parte afetada pode ainda assim alegar que os pressupostos gerais da força maior se encontram preenchidos. Alternativamente, se as partes enunciarem a lista de factos de forma fechada, a não inclusão dos referidos factos determina que a parte afetada não pode recorrer ao seu regime.

Para além da definição de força maior, as cláusulas contratuais especificam ainda o conteúdo dos direitos das partes, ampliando, restringindo ou detalhando os direitos previstos na lei. Deste modo, o contrato pode estabelecer, e.g., o direito da parte afetada a ser ressarcida dos custos adicionais com o cumprimento ou uma extensão do prazo. Pode ainda especificar as circunstâncias que originam o direito de resolução, para lá dos critérios qualitativos que resultam da lei. Além disso, podem ser ultrapassadas certas dúvidas que resultam da interpretação da lei, por exemplo, o que se considera uma notificação tempestiva, introduzindo um prazo específico de dias para comunicar, e quais as consequências de não informar tempestivamente a contraparte. É que, enquanto alguns argumentam que a falta de cumprimento da obrigação de notificação tem como consequência a perda do direito a invocar o facto de força maior⁹⁷, outros defendem que o atraso confere simplesmente à parte não afetada o direito de recuperar quaisquer danos resultantes do atraso na notificação.

As partes podem indicar, de forma exemplificativa, os tipos de situações que se classificam como de força maior.

Por regra, as normas legais que regem a força maior ou a impossibilidade de prestar não pertencem à ordem pública e, portanto, as disposições legais podem ser alteradas através do contrato.

Contudo, verificam-se certas exceções. Por exemplo, alguns ordenamentos jurídicos, nomeadamente os ordenamentos jurídicos dos países da União Europeia⁹⁸, limitam o teor das cláusulas contratuais inseridas em contratos celebrados sem prévia negociação individual, sobretudo quando estejam em causa relações com os consumidores finais⁹⁹. Serão, por exemplo, nulas, as cláusulas contratuais gerais que, nas relações com os consumidores finais, alterem as regras respeitantes à distribuição do risco¹⁰⁰. Mas mesmo quanto às cláusulas inseridas em contratos entre comerciantes (“B2B”), a exclusão do âmbito da força maior de uma situação em que a parte não podia controlar o facto ou, em sentido inverso, a inclusão no âmbito da força maior de casos que podiam ter sido evitados¹⁰¹, poderão ainda ser considerados como atentatórios da boa-fé e, assim, nulos.

97 Mark Augenblick & Alison B. Rousseau, “Force majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility”, 13 J. World Investment & Trade 59, 71. No caso americano *SNB Farms, Inc. v. Swift & Co.*, Nos. C01-2077, C01-2078, C01-2080, 2003 U.S. Dist. LEXIS 2063 (N. D. Iowa Feb. 7, 2003), o Tribunal impediu os vendedores de exercerem os seus direitos resultantes da ocorrência de um evento de força maior, pois estes não cumpriram os requisitos de notificação especificados no contrato.

98 Por transposição da Diretiva 93/13/CE, do Conselho da Europa, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

99 Em Portugal, conferir o DL n.º 446/85, de 25 de outubro.

100 Artigo 21.º, al. f) do referido DL.

101 Poderá estar em causa o artigo 18.º, al. c) do referido DL, o que significa que uma cláusula desse teor seria absolutamente proibida.

MODELOS DE CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR

Apresentamos, de seguida, dois modelos de cláusulas de força maior. É interessante notar que estes dois modelos apresentam para algumas questões soluções amplamente distintas, o que ilustra a importância de analisar com cuidado o preceituado em cada contrato.

ICC FORCE MAJEURE CLAUSE 2003

A ICC propôs um modelo de cláusula de força maior para os contratos internacionais comerciais, que apresenta uma definição de força maior e estabelece as suas consequências no contrato.

A força maior é definida por referência a um critério de razoabilidade. Assim, não é necessário que ocorra uma impossibilidade absoluta, mas sim que o facto não pudesse razoavelmente ser controlado, previsto, evitado e ultrapassado.

Prevê-se uma lista exemplificativa de factos de força maior. Nela se incluem, entre outros, atos de autoridade, legais ou ilegais, obediência a qualquer lei ou ordem governamental, regra, regulamento ou direção, ordem de recolher obrigatório, expropriação, aquisição forçada, requisição e nacionalização (alínea d)); *acts of God*, pragas e epidemias (alínea e)); perturbação laboral geral (alínea g)). Se a parte afetada provar a ocorrência de um destes factos, presume-se que o facto ultrapassa razoavelmente o seu controlo e que não podia ter sido previsto (presunções que a outra parte pode ilidir). Contudo, a parte afetada tem ainda de provar que não podia ter evitado nem superado os seus efeitos.

O modelo da ICC abrange factos que já ocorriam antes da celebração do contrato, mas que não eram conhecidos das partes, ou em que não era conhecida a sua extensão e impacto.

Quanto às consequências da ocorrência da força maior, a parte afetada fica desobrigada desde o momento em que o facto ocorre, se a contraparte tiver sido prontamente informada da sua ocorrência, ou, caso o não tenha sido, desde o momento em que o seja. Contudo, o modelo da ICC prevê expressamente que a parte afetada está obrigada a mitigar os efeitos do impedimento.

As referidas consequências verificam-se apenas enquanto o impedimento durar e a parte afetada tem obrigação de informar a contraparte da cessação do impedimento. A parte afetada não tem de indemnizar nem responde a qualquer outro título por violação do contrato. Caso a ocorrência do facto de força maior ofenda substancialmente a finalidade contratual, as partes podem terminar o contrato e reaver as prestações entretanto efetuadas.

A cláusula proposta no modelo de contrato conhecido como Livro Vermelho do FIDIC contém também uma definição de força maior e estabelece as consequências da sua verificação.

O LIVRO VERMELHO DA FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE ENGENHEIROS CONSULTORES (FIDIC) (1999)

A cláusula proposta no modelo de contrato conhecido como Livro Vermelho do FIDIC contém também uma definição de força maior e estabelece as consequências da sua verificação.

O FIDIC *Red Book* de 1999 propõe a seguinte definição de força maior: “um facto ou circunstância excepcional que: a) está fora do controlo da parte; b) contra o qual a parte não poderia razoavelmente ter tomado medidas antes de celebrar o contrato; c) que, tendo ocorrido, a parte não podia razoavelmente ter evitado ou ultrapassado; e que, d) não é substancialmente atribuível à outra parte”.

O modelo de contrato inclui igualmente uma lista exemplificativa de factos que podem constituir circunstâncias de força maior. A lista inclui, entre outros, guerra, hostilidades, revolução, insurreição, desordem, greve ou bloqueio por pessoas que não o pessoal da parte e outros empregados da parte e das partes subcontratadas e catástrofes naturais.

Contudo, de acordo com as subcláusulas 8.4. e 8.5., uma imprevisível falta de mão-de-obra ou matéria-prima causada por uma epidemia ou medida governamental, não constituem eventos de força maior. Ainda assim atribuem o direito a uma extensão do prazo para cumprir.

Assim como o modelo da ICC, o modelo FIDIC abrange factos que já ocorriam antes da celebração do contrato, mas que não eram conhecidos das partes.

É essencial que a parte afetada notifique rapidamente a contraparte desde o momento em que tome conhecimento, ou deva ter tomado conhecimento, da ocorrência do facto de força maior. A parte afetada pela ocorrência do facto de força maior apenas pode beneficiar dos direitos que lhe cabem por força do mesmo se/quando a informação for prestada.

Enquanto o evento de força maior durar, a parte afetada não será obrigada a cumprir, embora esteja expressamente obrigada a mitigar os efeitos do impedimento. Haverá uma extensão do prazo para cumprimento correspondente ao tempo em que o contrato está suspenso, sendo que a parte afetada tem obrigação de informar a contraparte da cessação do impedimento.

Ao contrário do modelo da ICC, que estabelece que o direito de resolução existe quando o facto ofender substancialmente a finalidade do contrato, o modelo FIDIC utiliza um critério objetivo, determinando que qualquer das partes pode terminar o contrato se o facto de força maior causar um atraso contínuo de 84 dias. A sub-cláusula 19.6 prevê que qualquer das partes pode terminar o contrato se a execução substancial das obras estiver parada durante um período contínuo de 84 dias por motivos de força maior, ou períodos múltiplos que, no total, atinjam os 140 dias.

Cláusula de *Hardship*

A cláusula de *hardship*, tal como a cláusula de força maior, constitui um desvio ao princípio *pacta sunt servanda*, que vincula partes contratuais às suas obrigações – ainda que se observem mudanças às circunstâncias em que as partes basearam a decisão de contratar – e protege os interesses da parte não afetada pelo facto superveniente. Esta cláusula prevê que as partes possam alterar o contrato mediante uma “alteração superveniente do equilíbrio financeiro de uma transação, que torne mais oneroso o cumprimento das obrigações a cargo de uma das partes”,¹⁰² desta forma permitindo a continuação da vigência do contrato. A execução do contrato torna-se difícil, não impossível. Assim, o propósito desta cláusula é permitir um grau de flexibilidade e otimizar o cumprimento do contrato.

Como referido, a cláusula de *hardship* possibilita a alteração do contrato, assim distinguindo-se da cláusula de força maior, que prevê a suspensão das obrigações das partes ou a resolução do contrato aquando de um evento elegível, consoante a respetiva redação. Assim, enquanto a ocorrência de um evento de força maior resulta na suspensão das obrigações de ambas partes ou na resolução do contrato, a cláusula de *hardship* permite a renegociação.

Dependendo dos termos do respetivo contrato e da lei aplicável, esta cláusula pode produzir efeitos automaticamente ou não.

A cláusula de *hardship* possibilita a alteração do contrato, assim distinguindo-se da cláusula de força maior.

MODELOS DE CLÁUSULAS DE *HARDSHIP*

ICC

A ICC recomenda a adoção da sua cláusula modelo de *hardship* (“ICC Hardship Clause”), nos termos da qual uma parte pode solicitar a um tribunal judicial ou arbitral que adapte as obrigações contratuais de forma a restabelecer um equilíbrio ou que resolva o contrato.¹⁰³

Releve-se que “o contraente é obrigado a cumprir os seus deveres contratuais ainda que determinados factos tenham tornado a sua execução mais onerosa do que poderia razoavelmente ter sido previsto na altura da celebração do contrato.”¹⁰⁴

102 V. VICENTE, DÁRIO MOURA, Direito Comparado: (Obrigações), vol. II, Almedina, 2017, pág. 248

103 [ICC Forcemajeure Hardship Clauses – March 2020](#), pág. 5

104 Tradução livre de “A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.”, n.º 1 da cláusula modelo de *hardship* da ICC.

Para que se aplique esta cláusula, a parte afetada deve provar que (a) a execução das suas obrigações contratuais se tornou excessivamente onerosa devido a um acontecimento que esteja além do seu controlo razoável, não sendo razoável esperar que a parte o tivesse tomado em consideração no momento da celebração do contrato; e que (b) não poderia razoavelmente ter evitado ou superado o evento ou as suas consequências; neste caso as partes são obrigadas, dentro de um prazo razoável após a invocação desta cláusula, a negociar termos contratuais alternativos que permitam razoavelmente superar as consequências do acontecimento.

Por conseguinte, o n.º 3 da cláusula modelo confere duas opções: as partes podem elas mesmas resolver o contrato ou solicitar a um juiz ou árbitro que o adapte ou resolva.¹⁰⁵

PICC

Os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT preveem o mecanismo de *hardship* no artigo 6.2.1.¹⁰⁶ Segundo os PICC, “há *hardship* quando sobrevêm factos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído” e:

- os factos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- os factos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
- os factos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
- o risco pela superveniência dos factos não foi assumido pela parte em desvantagem.

Tal como a ICC, os PICC conferem à parte afetada o direito de solicitar à contraparte a renegociação dos termos originais do contrato, com vista a adaptá-los às circunstâncias alteradas. Ainda que não perca o direito de solicitar a renegociação do contrato, a parte afetada deve fazê-lo o mais rapidamente possível, de forma a evitar que se torne mais difícil sustentar que esse facto foi efetivamente altamente perturbador do cumprimento.

As partes têm, geralmente, um grau de liberdade contratual para estabelecer os pressupostos que definem uma eventual alteração material adversa.

Caso as partes não cheguem a um acordo dentro de um prazo razoável,¹⁰⁷ qualquer uma das partes poderá recorrer ao Tribunal, que poderá resolver o contrato, na data e condições a serem fixadas ou adaptá-lo com vista a restabelecer-lhe o equilíbrio.¹⁰⁸

Cláusula de *Material Adverse Change*

A cláusula¹⁰⁹ usualmente denominada *Material Adverse Change* é usada frequentemente em contratos comerciais, nomeadamente no contexto de aquisições de empresas. Visa dar ao comprador o direito de desistir da aquisição antes da conclusão, caso ocorram acontecimentos que sejam prejudiciais para a empresa-alvo.

No contexto de empréstimos, as cláusulas de *material adverse change* têm por objetivo permitir ao mutuante não cumprir o contrato caso ocorra uma alteração adversa à situação do mutuário.

Ainda que o uso de cláusulas de *material adverse change* seja frequente em transações comerciais, não há cláusulas modelo conhecidas.

¹⁰⁵ Qualquer parte pode solicitar a adaptação ou resolução do contrato neste sentido.

¹⁰⁶ Para mais informação sobre a aplicação destes Princípios, v. nota de rodapé 92.

¹⁰⁷ Os PICC não definem um prazo razoável para este efeito.

¹⁰⁸ V. Artigo 6.2.3.

¹⁰⁹ V. Grupo Hotelero Urvasco SA v Carey Value Added SL e Outro [2013] EWHC 1039 (Comm) e Cukurova Finance International Limited e outro v Alfa Telecom Turkey Limited [2013] UKPC2

Esta cláusula confere, usualmente, ao mutuante (no contexto de contratos financeiros) ou ao comprador (em contratos comerciais), o direito de resolver o contrato caso sobrevenha um facto elegível. Neste sentido, as partes têm, geralmente, um grau de liberdade contratual para estabelecer os pressupostos que definem uma eventual alteração material adversa. Caso não o façam, o tribunal determinará, numa base casuística, se de facto ocorreu um acontecimento elegível. Os casos *infra* são alguns exemplos.

Em *IBP, Inc. v. Tyson Foods*,¹¹⁰ a sociedade Tyson Foods pretendia resolver o seu contrato de fusão com IBP. IBP teve baixos rendimentos durante um semestre. Por este motivo, Tyson Foods citou uma cláusula de *material adverse change* no contrato para requerer a sua resolução, alegando que os baixos rendimentos de IBP constituíam uma alteração adversa significativa nos termos do contrato. O tribunal rejeitou este argumento. De acordo com esta decisão, as cláusulas de *material adverse change* servem para proteger compradores da ocorrência de “factos desconhecidos que ameacem substancialmente o potencial global de rendimentos da sociedade-alvo de forma significativa em termos de duração”.¹¹¹ Assim, um contratante que tenha conhecimento dos fatores cíclicos que possam afetar os rendimentos da sociedade-alvo não pode usar uma cláusula de MAC para requerer a resolução de um contrato.

Em *Pan Am Corp. v. Delta Air Lines Inc.*,¹¹² Pan Am e Delta negociaram um investimento por parte de Delta na sociedade Pan AM II – uma sociedade constituída após a reestruturação de Pan Am. Uma condição do investimento foi que não ocorresse “nenhuma alteração adversa significativa no negócio, posição financeira, resultados de operação ou perspectivas”. Antes da conclusão do investimento, as vendas reduziram, as despesas aumentaram e as previsões de receitas caíram a pique. O Tribunal considerou que estes resultados refletiam uma alteração material adversa, admitindo, portanto, a não conclusão do negócio.

No Reino Unido, no caso *Grupo Hotelero Urvasco SA v. Carey Value Added*¹¹³, o tribunal reconheceu o direito do mutuante a resolver o contrato de compra de ações a recusar-se a fazer novos adiantamentos ao abrigo de um contrato de empréstimo que continha uma cláusula de *material adverse change*, dado que ocorrera uma alteração adversa na situação financeira do mutuário, facto elegível segundo a cláusula. O *High Court* decidiu que uma mudança de circunstâncias só pode ser significativa se afetar a capacidade de uma parte de cumprir as suas obrigações nos termos do contrato; e que um credor não pode invocar uma situação de incumprimento com base em circunstâncias de que tinha conhecimento ainda no início da negociação.

110 *IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc. et al.*, C.A. No. 18373 (Del. Ch. June 18, 2001)

111 *Ibidem*, para. 68

112 *Pan Am Corp. v. Delta Air Lines Inc.*, 175 B.R. 438, 514 (S.D.N.Y. 1994)

113 *Grupo Hotelero Urvasco SA v. Carey Value Added SL & Anor* [2013] EWHC 1039 (Comm) (26 April 2013).



4. Arbitragem de investimento

As medidas adotadas pelos diversos Estados no âmbito da pandemia podem afetar contratos celebrados ao abrigo de Tratados Bilaterais de Investimento (ou BIT's), suscitando potenciais litígios entre investidores estrangeiros e Estados.

Com efeito, os Estados têm adotado diversas medidas, tendo em vista a mitigação da propagação da doença, que terão um impacto económico ainda difícil de prever. Com a evolução da pandemia, os Estados viram-se obrigados a tomar decisões que afetaram diretamente a vida das empresas e limitaram a sua atividade, potencialmente prejudicando os seus investimentos e os pressupostos sob os quais foram realizados.

Antevê-se que investidores estrangeiros pretendam litigar contra os Estados (através das chamadas arbitragens de investimento), pondo em causa as medidas por estes tomadas no âmbito da gestão da pandemia. Serão, pois, utilizados argumentos de ação e de defesa próprios desta matéria que de seguida analisamos.

Mecanismos previstos em BIT's

A identificação da pretensão do investidor estrangeiro e dos argumentos que lhe subjazem pressupõem a análise (i) do BIT ao abrigo do qual o investimento foi feito e (ii) do clausulado contratual a que Partes concretamente se vincularam.

STANDARDS GERAIS DE TRATAMENTO

Os BIT's contêm, usualmente, regras de tratamento a que os Estados estão vinculados.

Desde logo, os BIT's podem prever normas ou *standards* que limitam a atuação do Estado, nomeadamente de *fair and equitable treatment* e de *full protection and security*. Incluem normalmente um princípio de não discriminação do investidor estrangeiro que impede o tratamento desfavorável deste em relação ao investidor nacional.

As normas de *fair and equitable treatment* que impõem um tratamento justo e equitativo do investidor estrangeiro (quer na vertente processual, quer na vertente substantiva) são frequentemente invocadas em disputas arbitrais de investimento e o grau de exigência associado ao seu cumprimento tem sido objeto de interpretações distintas.

É importante notar que as medidas adotadas por um Estado não podem, em princípio, determinar um tratamento discriminatório ou desfavorável do investidor estrangeiro em relação aos investidores nacionais, quando estes se encontrem nas mesmas circunstâncias. Se assim for, serão uma violação do BIT e, conseqüentemente, do contrato celebrado ao abrigo do mesmo.

Através do *standard de full protection and security*, os Estados comprometem-se a adotar as medidas necessárias para garantir a *proteção e segurança* do investidor e do seu investimento em território nacional. No âmbito da pandemia, poderão equacionar-se vários cenários onde se torne relevante o incumprimento desta norma, nomeadamente se o Estado se tiver absterido de tomar as medidas necessárias para conter e limitar a propagação do vírus – ou se o tiver feito tarde demais com recurso a medidas mais gravosas do que as que teriam sido necessárias – afetando com isso os investimentos efetuados.

As medidas adotadas pelos diversos Estados no âmbito da pandemia podem afetar contratos celebrados ao abrigo de Tratados Bilaterais de Investimento.

EXPROPRIAÇÃO

Algumas das medidas adotadas pelos Estados em contexto de pandemia podem consubstanciar uma expropriação direta ou indireta (quando o Estado adota, por exemplo, medidas que permitem a aquisição do controlo efetivo do investimento ou que afetam o valor do mesmo). Nestas situações, o investidor vê-se privado (de forma direta ou indireta) da propriedade, do controlo efetivo ou dos benefícios de que normalmente seria titular. Referimo-nos, por exemplo, a hipóteses em que o Estado intervém ou impõe a privados (clínicas, hospitais, empresas de fabrico de equipamento médico ou de proteção individual, etc.) certas diretivas que limitam a sua liberdade de gestão.

Se porventura não houver o pagamento de uma compensação adequada e justa, o investidor poderá iniciar um litígio contra o Estado. O mesmo ocorrerá, nos casos de expropriação indireta, se a intervenção estatal se prolongar, de forma desrazoável.

O Tribunal Arbitral atenderá, entre outros, às concretas medidas adotadas, aos seus efeitos e fins.

EXCEÇÕES

Os BIT's podem prever exceções ao cumprimento, pelo Estado, das obrigações previstas nos mesmos, nomeadamente quando existam situações em que o cumprimento dessas obrigações se revela incompatível com políticas que têm em vista tutelar valores e interesses considerados essenciais. A previsão destas exceções permite garantir que as obrigações constantes de um BIT não limitam a adoção, pelo Estado, de medidas necessárias a tutelar interesses e valores essenciais.

Assim, pode permitir-se ao Estado a adoção de medidas excepcionais quando as mesmas visem tutelar, por exemplo, exigências de saúde pública ou segurança, sem que aquelas consubstanciem um incumprimento do tratado e, consequentemente, fundamentem um potencial litígio.

Perante o cenário de pandemia, antevê-se que diversos Estados poderão justificar o não cumprimento de obrigações com a necessidade de adoção de medidas que garantam a proteção da vida humana e da saúde pública.

A previsão destas exceções permite garantir que as obrigações constantes de um BIT não limitam a adoção, pelo Estado, de medidas necessárias a tutelar interesses e valores essenciais.

Não obstante, o âmbito de aplicação da exceção dependerá da interpretação da norma que a contempla, podendo ser mais ou menos exigente conforme os pressupostos que aí se estabelecem.

Mais, ao Tribunal competirá avaliar se as medidas foram discriminatórias, se os motivos que subjazem às mesmas são efetivamente os declarados (e não formas ardilosas de alcançar fins que, em circunstâncias “normais”, não conseguiria), se os fins declarados não poderiam ter sido alcançados com medidas alternativas que assegurassem, quer os fins de interesse público, quer o cumprimento das obrigações internacionais e ainda se as medidas em concreto foram razoáveis, atendendo aos fins que se visavam tutelar.

A figura da força maior é reconhecida internacionalmente como um princípio geral de Direito, aplicando-se no direito internacional e, concretamente, no âmbito da arbitragem internacional.

Mecanismos de direito internacional

O direito internacional consuetudinário prevê um conjunto de regras que podem ser convocadas no âmbito de litígios entre investidores estrangeiros e Estados. Faz-se especial referência às regras sobre responsabilidade dos Estados da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

Antevê-se que em potenciais litígios entre investidores estrangeiros e Estados que surjam no âmbito da pandemia e por causa do decretamento de medidas com ela relacionadas, os Estados venham a recorrer a estas regras com o propósito de afastar a sua responsabilidade.

Equacionamos, nesta sede, a invocação de três circunstâncias: força maior, *distress* e *necessity* (ou estado de necessidade).

FORÇA MAIOR

A figura da força maior é reconhecida internacionalmente como um princípio geral de Direito, aplicando-se no direito internacional e, concretamente, no âmbito da arbitragem internacional (comercial ou de investimento).



Para um Estado poder afastar a sua responsabilidade com fundamento em força maior terá de alegar e demonstrar que se encontram verificados os seguintes pressupostos (cumulativos):

- Verificação de um facto de força maior (resultado de uma “*irresistible force*” ou de um facto imprevisível);
- O facto de força maior tem de extravasar o controlo do Estado;
- Atendendo às circunstâncias tem de se tornar materialmente impossível a execução da prestação (não bastando que se torne mais difícil ou onerosa);
- A situação de força maior não pode ser devida à conduta do Estado que a invoca (quer individualmente considerada, quer em combinação com outros fatores);
- O Estado não pode ter assumido o risco da ocorrência do facto de força maior.

A verificação de um caso de força maior apenas justifica o incumprimento da obrigação durante o período em que a circunstância que lhe subjaz se mantiver.

Este instrumento distingue-se dos demais (*distress* e necessidade) porquanto, no caso de força maior, a conduta do Estado é involuntária ou, pelo menos, não envolve nenhum elemento de liberdade de escolha. Este é, desde logo, um dos pressupostos que dificulta, para o Estado, a concreta aplicação desta figura.

Admite-se que a pandemia possa ser considerada como um facto de força maior, senão pela imprevisibilidade da sua ocorrência (uma vez que, em muitos países, a propagação ocorreu depois de o surto ser conhecido), pela sua “*irresistible force*”, porquanto, pelo menos na grande maioria dos casos, os Estados nada podiam ter feito para evitar que o vírus chegasse ao seu território.

Mais, considerando que a aplicação desta figura depende da verificação de requisitos exigentes, tem sido especialmente difícil aos Estados verem reconhecida a sua pretensão com base neste fundamento. Antevê-se que essa dificuldade se mantenha em casos relacionados com a pandemia. Com efeito, embora se possa equacionar, nos termos expostos, a pandemia como facto imprevisível ou de “*irresistible force*” (ou seja, de força maior), o Estado terá ainda de demonstrar que se encontrava numa situação de impossibilidade material de cumprir as obrigações a que estava vinculado. Ora, a verificação deste requisito parece estar revestida de especial complexidade, porquanto, na maioria das situações, o cumprimento revelar-se-á especialmente oneroso, mas não impossível, pelo que o Estado ainda terá liberdade de escolha e, conseqüentemente, a possibilidade de a fazer (ainda que esta se revele particularmente difícil). Mais, os Tribunais têm interpretado de forma distinta este conceito: se, por um lado, existem Tribunais que exigem uma impossibilidade material absoluta, outros entendem que os conceitos não são coincidentes.

Não obstante, a eventual procedência ou improcedência desta defesa do Estado dependerá da concreta obrigação/incumprimento em causa e das circunstâncias que rodeiam o caso.

DISTRESS (PERIGO EXTREMO)

Para um Estado poder afastar a sua responsabilidade com fundamento em *distress* terá de alegar e demonstrar que se encontram verificados os seguintes pressupostos (cumulativos):

- Existência de uma ameaça à vida;
- Existência de uma relação especial entre o autor do ato – órgão estatal ou indivíduo cujos atos sejam imputados ao Estado – e o titular do direito que se pretende tutelar;
- Inexistência de um meio alternativo razoável para lidar com a ameaça;
- A situação de *distress* não pode ser devida à conduta do Estado que a invoca (quer individualmente considerada, quer em combinação com outros fatores);
- O ato tem de ser proporcional, ou seja, não pode determinar um risco ou ameaça maior do que aquela que se visa acautelar.

Estão, por isso, em causa situações em que o autor do ato ou as pessoas que estão sob a sua responsabilidade se encontram em situação de grande perigo, não havendo outra forma razoável – senão o incumprimento de uma obrigação – de proteger e salvar aquelas vidas.

A verificação de um caso de força maior apenas justifica o incumprimento da obrigação durante o período em que a circunstância que lhe subjaz se mantiver.

O pressuposto identificado em (i) estará, em princípio, preenchido, porquanto se poderá configurar a pandemia como uma ameaça à vida dos cidadãos nacionais de cada País.

O segundo requisito – que impõe a existência de uma “*relação especial*” entre o órgão ou agente estatal e as pessoas em perigo –, tem em vista circunscrever a aplicação desta figura, excluindo situações mais abrangentes de emergência. Surgem, por isso, dúvidas sobre a aplicabilidade da figura à factualidade que equacionamos. Com efeito, esta figura tem sido aplicada essencialmente em casos em que aeronaves ou navios em perigo entram no território de outro Estado, mas também já foi equacionada em casos em que o Estado intervém por razões humanitárias para garantir a vida de representantes seus no estrangeiro. Nestes casos, havia uma inegável relação especial entre o autor material da violação e a vida que se visava tutelar. Há, no entanto, quem admita que é defensável que as vidas dos cidadãos estão, concretamente, dependentes da atuação do Governo (se este for o único com poderes para aprovar as medidas que permitem alcançar o fim pretendido), o que seria suficiente para a demonstração da relação especial que é pressuposto deste instrumento.

Mais, a procedência de uma defesa baseada neste fundamento e, concretamente, o preenchimento dos demais requisitos, depende da análise das medidas adotadas (para aferir da sua razoabilidade), do seu impacto (para aferir dos seus efeitos) e das demais circunstâncias que as rodeiam.

Admite-se que o recurso a este mecanismo pode estar revestido de especiais dificuldades, não só atendendo à exigência dos seus pressupostos e à respetiva concretização dos mesmos, mas também porque os casos aos quais o mesmo foi aplicado são factualmente muito distintos daqueles que potencialmente se equacionam no contexto de pandemia (embora se reconheça expressamente que a sua aplicação não está limitado a estes).

NECESSIDADE

Este mecanismo foi invocado e discutido em arbitragens de investimento que surgiram no contexto da crise financeira na Argentina. É adiantado por vários autores como o instrumento de direito internacional consuetudinário mais adequado à defesa do Estado em disputas de investimento surgidas na sequência da adoção de medidas de combate à pandemia.

Para um Estado poder afastar a sua responsabilidade com fundamento em necessidade terá de alegar e demonstrar que se encontram verificados os seguintes pressupostos (cumulativos):

- O ato do Estado é o único meio idóneo a assegurar a tutela de um interesse essencial que se encontra numa situação de perigo grave e iminente;

Para um Estado poder afastar a sua responsabilidade com fundamento em necessidade terá de alegar e demonstrar que se encontram verificados vários pressupostos.

- O ato do Estado não pode comprometer gravemente outro interesse essencial (nomeadamente da comunidade internacional);
- A possibilidade de recorrer a este mecanismo não pode ter sido afastada no caso concreto;
- O Estado não pode ter contribuído para a situação de necessidade.

Este instrumento tem em vista acautelar situações em que o Estado se vê obrigado a incumprir uma obrigação internacional para assegurar um interesse essencial que se vê ameaçado por um perigo/risco grave e iminente.

Distingue-se da força maior porque pressupõe uma conduta voluntária do Estado e do *distress* porque não se restringe a uma ameaça à vida de indivíduos que estejam sob a responsabilidade de um agente ou órgão estatal, mas a uma ameaça grave de interesses essenciais (quer do Estado, quer da comunidade internacional).

Atendendo ao que já se conhece, o surgimento e desenvolvimento da pandemia representaram (e representam) um perigo grave e iminente, consubstanciando uma ameaça à saúde, vida e bem-estar das populações e ao normal funcionamento dos serviços públicos – interesses que deverão ser qualificados como essenciais (como, de resto, já foi reconhecido em jurisprudência arbitral de investimento).

Mais, também se antevê que a tutela destes interesses (saúde, vida e bem-estar das populações, bem como o normal funcionamento dos serviços públicos) prevaleça sobre os interesses dos investidores estrangeiros e dos seus Estados.

O pressuposto cuja verificação se antecipa revestir especiais dificuldades para o Estado é o que exige que a medida adotada por este seja a única capaz de salvaguardar o interesse (essencial) que se visa tutelar com a mesma. Este pressuposto exigirá ao Tribunal o exercício de, colocando-se na posição em que se encontrava a entidade decisora e atendendo ao conhecimento que aquela dispunha, avaliar (i) se existiam ou não potenciais medidas alternativas, (ii) se essas medidas permitiriam alcançar o mesmo resultado sem que houvesse violação das obrigações do Estado perante o investidor estrangeiro, (iii) independentemente de se revelarem mais dispendiosas ou inconvenientes.

Levantam-se ainda dúvidas sobre se a análise deste requisito deve ser feita por referência à medida que está a ser concretamente analisada (por ter determinado o incumprimento de obrigação pelo Estado) ou se a medida deve ser vista como parte integrante de um pacote de medidas. Com efeito, muitas medidas, individualmente consideradas, poderão não ultrapassar este crivo. Não obstante, o pacote de medidas que a integra já poderá ser considerado, no seu todo, como a única forma de evitar a propagação da doença e mitigar os seus efeitos.

Mais, qualquer medida do Estado que extravase o estritamente necessário para acautelar o interesse que se visa tutelar não estará abrangida pela proteção conferida pelo estado de necessidade.

Por fim, este fundamento será afastado se o Tribunal vier a concluir que o Estado contribuiu para a “situação de necessidade”. Levantam-se aqui várias dificuldades, nomeadamente de definição de âmbito. Com efeito, questiona-se se este argumento deve ser afastado quando, por exemplo, o Estado que a invoca tenha desinvestido no sistema nacional de saúde, debilitando-o e limitando a sua resposta à pandemia ou quando o Estado tenha sido especialmente demorado na adoção de medidas de mitigação da propagação do vírus.

Os Tribunais têm interpretado de forma distinta o pressuposto da contribuição do Estado para a situação de necessidade. Alguns recorrem a um critério puramente causal, outros interpretam-no de forma mais restritiva exigindo também uma noção de culpa. Entende-se que, para aferição do preenchimento deste critério, deverá relevar uma contribuição material e não meramente incidental ou periférica. Não obstante, não se deixa de reconhecer que a vaguidade do conceito levanta especiais dificuldades sobre o potencial desfecho de uma defesa fundamentada nesta circunstância.

Alerta-se também para o facto de este pressuposto ser mais restrito do que aquele que, paralelamente, está previsto quer para a força maior, quer para a *distress*. Com efeito, a aplicação dos instrumentos da força maior e *distress* é afastada quando a situação foi causada pelo Estado. Já na necessidade, basta que o Estado tenha contribuído para a situação de necessidade para que a aplicação da figura seja afastada.

Uma vez mais reconhece-se e antecipa-se a dificuldade de, em concreto, se encontrarem verificados os pressupostos exigentes de que depende a aplicação da figura, dificuldade que é confirmada pela jurisprudência internacional.

Notas conclusivas

Atendendo à excecionalidade da atual situação, é difícil estabelecer paralelo com qualquer outra que se tenha vivido. Não obstante, é útil olhar para a experiência internacional no âmbito de outras crises, nomeadamente a crise mundial de 2007-2008, a crise económica na Argentina em 2001 ou a Primavera Árabe.

Os BIT's conferem aos investidores estrangeiros vários mecanismos de defesa que poderão ser equacionados em potenciais litígios de investimentos. Não obstante, importa referir que no juízo de valor que se venha a efetuar sobre a eventual procedência ou improcedência da pretensão do investidor estrangeiro, poderá ser também relevante o momento em que o investimento foi feito, ou seja, se o mesmo é anterior ou posterior à pandemia e, conseqüentemente, se as medidas tomadas pelo Estado e as potenciais conseqüências de uma crise económico-financeira se podem considerar ou não como integrando o risco comercial do investidor.

Por outro lado, embora seja difícil (ou até impossível) definir um padrão de atuação – desde logo, porque os pressupostos factuais dos processos arbitrais são muito diversos –, a experiência anterior demonstra que os Estados têm especiais dificuldades em prevalecerem-se dos fundamentos a que fizemos alusão. Com efeito, os mecanismos de defesa do Estado que decorrem do direito internacional consuetudinário preveem pressupostos de aplicação bastante exigentes. Mais, estes pressupostos não têm sido interpretados de forma consistente pelos diferentes Tribunais (mesmo perante circunstâncias fácticas paralelas), o que gera, naturalmente, muita incerteza (quer para os investidores, quer para o Estado) sobre a eventual procedência destes regimes.

Atendendo à
excecionalidade da
atual situação, é difícil
estabelecer paralelo
com qualquer outra
que se tenha vivido.

Sobre a PLMJ

Somos uma sociedade de advogados com sede em Portugal que combina a oferta de um escritório *full-service* com a maestria e competência de uma relojoaria jurídica.

Possuímos um genuíno entusiasmo na resolução de impossibilidades que nos leva a lugares “menos comuns” que transformam velhas certezas em novas disrupções. Há mais de 50 anos que nos pautamos por abordagens arrojadas e transformadoras que se traduzem em soluções concretas que tanto respeitam as exigências da lei como promovem uma defesa eficaz dos interesses dos nossos clientes.

Apostamos na especialização. Reunimos a experiência profissional e académica necessárias para continuarmos a ser parceiros essenciais na vida e negócios dos nossos clientes e parceiros.

Conhecermos os clientes, partilharmos os seus riscos e apoiarmos as suas decisões através da emissão de opiniões e da proposta de soluções estratégicas que lhes acrescentam valor, foi e será sempre o nosso maior compromisso.

Sobre a equipa de Resolução de Litígios

Apoiamos os nossos clientes em litígios de grande complexidade, críticos para o seu negócio e reputação.

A nossa área de resolução de litígios é composta por uma equipa altamente especializada que lida com um amplo leque de disputas, arbitragens e outros meios alternativos de litígios. A equipa presta assessoria em disputas da mais variada natureza, representando clientes de vários setores de atividade.

A nossa abordagem multidisciplinar permite-nos ter uma equipa de especialistas que combina conhecimento em várias áreas como concorrência, bancário, financeiro e mercado de capitais, com sólida experiência em litígios e arbitragem.

KEY CONTACT



**Mariana
França Gouveia**

Sócia na área de
Resolução de Litígios

(+351) 211 592 507
mariana.francagouveia@plmj.pt



**Catarina
Félix Pericão**

Associada na área de
Resolução de Litígios

(+351) 213 197 350
catarina.felixpericao@plmj.pt



**Jeice
Filipe**

Estagiária na área de
Resolução de Litígios

(+351) 213 197 440
jeice.filipe@plmj.pt



**Joana Ribeiro
de Faria**

Estagiária na área de
Resolução de Litígios

(+351) 213 197 463
joana.ribeirofaria@plmj.pt

Área recomendada

Chambers Europe
Chambers Global
The Legal 500

+25

Prémios internacionais

TOP 50

Sociedade de
advogados mais
inovadoras da Europa
Financial Times – Innovative
Lawyers Awards



