



Crise COVID-19 – Alteração anormal das circunstâncias

Resolução ou modificação de contratos

A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, a situação de Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional da COVID-19 e, em 11 de março de 2020, classificou-a como uma pandemia. De certa forma, é determinante o dia 11 de março de 2020, enquanto possível marco temporal do momento **da verificação da alteração das circunstâncias**.

No seguimento da análise do alcance jurídico das cláusulas de “Força Maior”, assim como incerteza do dia de amanhã sentida pelos agentes económicos, fruto do paradigma em que vivemos, torna pertinente a análise do tema da alteração das circunstâncias como **instrumento de resolução de negócios jurídicos e como elemento de renegociação dos contratos pelas partes**.

Urge por isso compreender o alcance do sentido conferido pelo legislador português bem como o seu enquadramento internacional.

Enquadramento nacional

As condições de admissibilidade da **alteração anormal das circunstâncias** estão previstas no artigo 437.ºss do Código Civil (doravante “CC”). Não é coincidência que se encontrem seguidas da subsecção VI relativa à “Resolução de Contratos”, uma vez que também estas disposições constituem um meio de resolução ou modificação do contrato.

A alteração anormal das circunstâncias constitui um **desequilíbrio superveniente** da base do negócio jurídico. É essencial que as circunstâncias “anormalmente alteradas”, tenham servido de base à decisão de contratar.

Estamos, portanto, perante um acontecimento ou um quadro de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que frustram as expectativas das partes, gerando-se um peso que não conseguem suportar.

Na ausência destes acontecimentos extraordinários e imprevisíveis – como o COVID-19 - as partes mantêm a sua vinculação, não podendo simplesmente impor à outra parte a onerosidade decorrente de acontecimentos normais e previsíveis.

I. Condições de admissibilidade para a resolução contratual

Para que as partes possam recorrer à aplicação dos efeitos do regime da resolução ou

modificação do negócio por alteração das circunstâncias previsto no n.º 1 do artigo 437.º do CC, exige-se a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar;
- a anormalidade dessa alteração;
- uma lesão para uma das partes provocada por essa alteração (onerosidade excessiva);
- que a lesão seja tal que se apresente como contrária à boa fé a exigência do cumprimento das obrigações assumidas; e
- que não se encontre coberta pelos riscos próprios do contrato e/ou do próprio negócio (por sua natureza aleatório).

Acresce ainda do artigo 438.º do CC um sexto requisito: **“a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora, no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou”**.

Este pressuposto faz referência aos casos de mora (culposa) que antecedem a alteração das circunstâncias. A mora, é, portanto, a existente no momento em que se verificou a alteração das circunstâncias (ex. antes de 11 de março).

Caso contrário, o regime da alteração das circunstâncias não traria segurança jurídica necessária aos negócios jurídicos. Por outras palavras, não se coadunaria com os ditames da boa fé.

II. Resolução (ou modificação) contratual

A resolução configura por isso uma opção e/ou consequência da alteração anormal das circunstâncias, com vista à dissolução do vínculo contratual.

Verificados os pressupostos acima mencionados, a parte lesada deve, mediante declaração escrita (aqui também alertamos para a **importância das cláusulas relativas às notificações / forma de comunicações**), comunicar à outra parte os fundamentos da requerida resolução.

É importante referir que **o silêncio não tem valor declarativo**. Isto é, a inércia ou a ausência de resposta não significam que a outra parte aceite a fundamentação apresentada para a resolução extrajudicial, caso em que, poderá ser indispensável o recurso à via judicial.

Não menos pertinente, fazemos também referência à importância de as partes convencionarem um **meio de resolução alternativa de litígios – como a arbitragem** - não só pela celeridade que a resolução alternativa de litígios comporta, como também pela economia de custos. É por isso essencial, que os agentes económicos, na formação dos contratos, negoceiem estes aspetos.

A parte contrária poderá ainda **opor-se à resolução, declarando aceitar a modificação do contrato**, de acordo com o n.º 2 do disposto no artigo 437.º do CC.

Enquadramento em contratos internacionais - a cláusula de *hardship* em contratos de TI

O significado da sua designação - ***hardship*** - corresponde precisamente a dificuldade ou “endurecimento das condições”.

A cláusula de ***hardship*** foi criada pelos operadores do comércio internacional, em meados da década de 70, de forma a conferir proteção jurídica a acontecimentos fundamentais aptos a gerarem modificações que se repercutem na execução do contrato.

A origem destas cláusulas explica-se pelas exigências do comércio internacional, que **fazem com que as partes prefiram a adaptação e a continuidade do contrato à sua extinção**.

A onerosidade em encontrar por exemplo um novo parceiro contratual num projeto de longa

duração e/ou alta complexidade técnica, bem como a dificuldade no ressarcimento dos investimentos realizados e outras motivações, leva-nos a concluir que a **resolução do contrato por vezes acaba por não ter efeito útil**.

Estas cláusulas estipulam um dever de renegociar o contrato quando ocorra uma alteração fundamental das circunstâncias, com a finalidade de manter a execução e o vínculo contratual e **são comuns em contratos de TI**. É igualmente comum que **os contratos de TI comportem *players* de diferentes jurisdições**. São por isso indispensáveis cláusulas que assegurem uma maior harmonia negocial face às diferenças existentes entre as jurisdições dos países de cada uma das partes.

A execução e manutenção deste tipo de contratos é considerada complexa e implica a observação de vários elementos capazes de afetar a relação contratual, designadamente o sistema jurídico dos *players* envolvidos (dicotomia com o sistema anglo-saxónico), a licitude ou ilicitude do objeto do contrato, a natureza jurídica das partes, entre outros aspetos.

Assim, é atual e pertinente a exposição das vantagens e funções das cláusulas de **hardship** quando se negociam contratos com “gigantes” da tecnologia ou **providers** internacionais.

Os objetivos das cláusulas **hardship**, são essencialmente:

- Promover e permitir a **renegociação dos termos do contrato**;
- Promover a **repartição dos riscos entre as partes**; necessidade de repartir custos extraordinários e imprevisíveis;
- Permitir a organização de um **regime adaptado aos interesses das partes**, por contraposição ao direito nacional aplicável;
- Sujeitar as condições contratuais às **evoluções dos métodos** de produção e de transformação dos bens comercializados internacionalmente;
- Conferir maior **flexibilidade**, garantindo por isso a viabilidade da relação contratual.

É certo que não há uma uniformidade plena das normas aplicáveis a estes contratos, que são enquadráveis como **soft-law**.

Apesar de as partes terem uma liberdade para estabelecer o regime que lhes pareça mais conveniente para a composição dos seus interesses, não podem, contudo, olvidar as regras impostas pelo direito aplicável. Será sempre necessária uma ponte com o direito nacional aplicável, **emergindo por isso também a importância da designação do foro**.

Ideias-chave:

Antes de invocar ou comunicar a resolução contratual com base na **alteração das circunstâncias por COVID-19**, as partes devem visitar cuidadosamente os seus principais contratos e considerar:

- Verificação em concreto dos requisitos legais da alteração anormal das circunstâncias;
- Verificação da impossibilidade e/ou onerosidade excessiva da manutenção das obrigações contratuais assumidas;
- Compreender como a alteração anormal das circunstâncias, se relaciona com outras cláusulas contratuais, de entre as quais, a força maior;
- Verificar os meios de notificação / comunicação estabelecido entre as partes no contrato;
- Dispor sobre meios de resolução alternativa de litígios, para situações futuras, em que as partes não estejam de acordo quanto aos fundamentos de resolução ou renegociação do contrato;
- Verificar / utilizar meios alternativos de obrigações – como a cláusula de **hardship** – enquanto instrumento de renegociação e readaptação contratual face a um evento

anormal e imprevisível.

- Observar a lei aplicável ao contrato.

Contacto

Carina Branco - cb.techlawyers@pbbr.pt

Maria Ferreira - maria.ferreira@pbbr.pt

www.pbbr.pt