

C/M/S/ Rui Pena & Arnaut

Sociedade de Advogados

Guia Prático

**Cláusulas de Força Maior e
Alteração das Circunstâncias**



Com o presente Guia, pretende-se enquadrar, de forma breve e numa perspetiva essencialmente prática, o instituto da alteração das circunstâncias e as cláusulas de força maior no âmbito contratual, abordando-se, numa matriz primeiramente expositiva e seguidamente de perguntas e respostas, as principais questões jurídicas que, a nosso ver, se colocam quanto a estes temas quando confrontados com o mosaico da “legislação COVID-19” e a assinalável disrupção inevitavelmente sentida na vida de qualquer agente económico singular ou empresarial.

ENQUADRAMENTO

Em 30 de janeiro de 2020, numa altura em que a transmissão comunitária do novo coronavírus SARS-CoV-2 apenas havia sido detetada regionalmente, a **Organização Mundial de Saúde** decidiu qualificar a situação relativa à **doença COVID-19** como de **emergência sanitária a nível internacional**, dado o surgimento de novos casos confirmados num número crescente de Estados.

Desde então, a velocidade exponencial de contágio do vírus associado a esta doença, levou a Organização Mundial de Saúde a declarar, no **dia 11 de março de 2020**, que o **surto de COVID-19** se convertera numa **pandemia**.

Perante o materializar diário de uma crise de saúde pública de proporções alarmantes, diversos **Estados** viram-se forçados a **declarar o estado de emergência** – que, em Portugal, vigorou entre 19 de março e 2 de maio de 2020, tendo sido aprovado pelos Decretos do Presidente da República n.ºs 14-A/2020, de 18 de março, 17-A/2020, de 2 de abril, e 20-A/2020, de 17 de abril – e a adotar um conjunto de **medidas excecionais, temporárias e de carácter urgente**, em variadíssimas matérias.

Nestas medidas se incluíram, entre outras, **medidas restritivas de liberdades fundamentais dos cidadãos**, entre as quais a liberdade de circulação interna e internacional (cfr. Decretos n.os 2-A/2020, de 20 de março, 2-B/2020, de 2 de abril, e 2-C/2020, de 17 de abril), **medidas de reforço da capacidade de resposta do sistema no combate à pandemia** e **medidas de carácter económico e de apoio às empresas** visando mitigar o impacto de um cenário que se avizinhava negativo.

Consequencialmente, em termos práticos, verificou-se uma **alteração profunda do modo de funcionamento da sociedade, das empresas e dos negócios e do Estado, que implicou a supressão (total ou parcial) ou um forte condicionamento de uma série de atividades básicas e de setores de negócio** (v.g., setor do turismo, do transporte aéreo, rodoviário e marítimo, das obras públicas e da construção civil, da venda automóvel, dos combustíveis e da restauração e pequeno comércio), **com implicações transversais a todo o tecido económico**.

A **situação atual** constitui, inegavelmente, **um dos maiores desafios das últimas décadas**, não só à sociedade, mas, necessariamente também, ao próprio **Direito**, ao qual se exige assegurar um **compromisso sério** entre, por um lado, a necessidade de **flexibilização e de criatividade** das medidas adotadas e das soluções encontradas e, por outro, a defesa (na medida do possível) da **estabilidade e da segurança jurídica**.

A esta luz – e atendendo ao facto de que, considerando as previsões epidemiológicas atuais, as medidas excecionais e temporárias continuarão a ser a médio prazo (e com efeitos prováveis a longo prazo) uma necessidade regulatória ineliminável num **contexto de calamidade pública** (declarada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril) –, julgamos necessária a análise e compreensão de duas realidades jurídicas que serão, **peças-chave nas soluções a encontrar para uma série de problemas jurídicos: o instituto da alteração das circunstâncias e as cláusulas de força maior no âmbito contratual**.

DOS IMPACTOS EM MATÉRIA CONTRATUAL

A **pandemia de COVID-19**, e as medidas legislativas e regulamentares recentemente adotadas pelo Estado português e demais entidades públicas, vieram, inegavelmente, **afetar significativamente as relações jurídicas e a dinâmica contratual** usualmente estabelecida entre operadores ou agentes económicos de mercado.

Encontrando-se **qualquer relação jurídica ou contratual**, a maior ou menor nível/grau, **extrinsecamente dependente** da sua **ambiência** ou do contexto no qual se insere, é natural que um **evento** com a **aptidão disruptiva** como aquele que vivemos se assuma como um elemento que acrescente um **cariz de imprevisibilidade e de instabilidade** assinalável ao conteúdo ou regulamentação contratual adotada ou a adotar pelas partes.

E isto de uma forma **transversal** a todos os **setores de negócio e de atividade**, afetando **qualquer tipo de contrato** (seja contrato de execução duradoura continuada ou reiterada/de trato sucessivo ou, inclusivamente, contrato de execução instantânea) independentemente do momento (passado, presente ou futuro) da sua celebração.

O que, invariavelmente, coloca em cheque o (porventura) mais basilár princípio em matéria contratual: o **princípio *pacta sunt servanda* ou princípio do cumprimento pontual dos contratos**. É por demais evidente que o princípio *pacta sunt servanda* – entre nós consagrado no artigo 406.º do Código Civil –, **se encontra em crise**, num momento em que se afigura, ainda, desconhecida a resposta à questão de saber se tal princípio se manterá, nos próximos tempos, como a **regra** ou, inversamente, se terá que assumir como a **exceção** no atual contexto.



...julgamos essencial perceber se, por um lado, a pandemia de COVID-19 constituirá ou não fundamento para acionar as cláusulas de força maior previstas em diversos contratos ou invocar o instituto da alteração das circunstâncias, em que termos tal poderá ser feito e quais as consequências jurídicas daí advenientes.

De facto, situações em que as medidas excecionais e temporárias adotadas **impossibilitem uma das partes do contrato de cumprir** as suas obrigações contratuais ou **tornem excessivamente oneroso para uma das partes** o cumprimento do contrato, nos termos anteriormente estipulados, poder-se-ão tornar numa realidade bastante mais comum do que em qualquer outra altura antes vivida.

Surge, por isso, como natural a **miríade de dúvidas e de questões** que, neste momento, perpassarão por qualquer parte numa **relação contratual** relativamente ao **destino das prestações e das contraprestações** em face da incerteza e da insegurança jurídica que, de alguma forma, se encontra instalada.

Por essa razão, julgamos essencial perceber se, por um lado, a **pandemia de COVID-19** constituirá ou não fundamento para acionar as **cláusulas de força maior** previstas em diversos contratos ou invocar o **instituto da alteração das circunstâncias**, em que **termos** tal poderá ser feito e quais as **consequências jurídicas** daí advenientes.

Isto não descurando, naturalmente, a importância de se efetuar uma **análise casuística** da **situação contratual concreta e individual** em que **cada operador ou agente económico** se encontre inserido (v.g., poderá, por exemplo, o clausulado contratual prever e regular a ocorrência de uma situação de calamidade pública sanitária ou a distribuição do risco contratual consoante um evento semelhante).

Assim, e sem prejuízo do que abaixo se dirá, **recomenda-se** que seja feita uma **análise rigorosa e cuidada ao conteúdo de cada contrato e das suas cláusulas**, em especial às cláusulas de força maior, atendendo à vontade das partes, e a qualquer tipo de situação ou relação jurídica sobre a qual o instituto da alteração das circunstâncias possa vir a ter impacto ou a ser aplicado.

CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR

As **cláusulas de força maior** são cláusulas frequentemente utilizadas pelas partes no âmbito contratual através das quais se prevê uma determinada regulamentação caso ocorram **eventos** designados de “**casos de força maior**”.

Os **casos de força maior** são, tipicamente, eventos imprevisíveis que escapam **ao controlo da vontade das partes e que impedem a execução do contrato**, que não poderiam (e, embora possa ser discutível, cujos efeitos também não poderiam) ter sido razoavelmente previstos aquando da negociação e conclusão do contrato.

São, nesse sentido, cláusulas que modelam ou regulam os impactos de certos e determinados eventos que, em normalidade de circunstâncias, escapam ou **não se refletem diretamente na matriz de risco normal assumida pelas partes** no contrato.

Ou seja, são cláusulas respeitantes à ocorrência de eventos que perturbam **a dinâmica contratual acordada** e criam uma **verdadeira impossibilidade de prestar**, o que não se confunde com os casos em que a prestação ainda é possível mas excessivamente onerosa ou desproporcional para uma das partes.

Nestes últimos casos, embora a justiça contratual ou o equilíbrio das prestações surja afetado, **não se verifica, tendencialmente, uma verdadeira impossibilidade de prestar**, sendo mais curial a sua tutela ser efetuada através de cláusulas de hardship ou do instituto de alteração das circunstâncias (do qual, adiante, se dará nota mais detalhadamente).

Pese embora as cláusulas de força maior não se encontrem expressamente consagradas na lei, constituem um **instrumento contratual de uso bastante generalizado**, cuja aplicação se deverá ter, ainda que a título meramente subsidiário, compaginar com **o regime da impossibilidade consagrado no Código Civil** (artigos 790.º e ss.).

As cláusulas de força maior permitem:

- **Salvaguardar a posição das partes contratantes**, na medida em que constituem regulamentação contratual para o caso de ocorrer um evento que não esteja previsto na matriz de risco normal do contrato;
- **Equiparar a casos de força maior eventos que, à partida, não seriam considerados como constituindo impossibilidade de prestar**, qualificando como caso de força maior um evento que, em tese, não seria como tal considerado, mas antes como de excessiva onerosidade e, nesse sentido, dando azo à aplicação de outras soluções legais de tutela; e
- **Restringir ou eliminar casos que, à partida, seriam considerados como tal**, “desqualificando” determinados casos (v.g., guerras civis em Estados que se encontram nessa situação há diversos anos) no sentido de fortalecer o cumprimento pontual do contrato.

O que significa que **às partes** é reconhecida a liberdade de negociar e definir quais os eventos que constituem casos de força maior e quais as consequências jurídicas do acionamento dessas cláusulas (v.g., desonera a parte da realização da prestação ou suspende a prestação ou permite a resolução do contrato), ao abrigo da sua autonomia privada e nos limites da lei, da boa-fé e do abuso de direito.

Tal poderá, de acordo com o já referido, passar por equiparar a caso de força maior ou excluir um caso de excessiva onerosidade (e não de impossibilidade) de prestar (v.g., **perda de clientela** ou de **quota de mercado** ou **dificuldades na obtenção da margem de lucro acordada**).

As **técnicas utilizadas para redigir** uma cláusula de força maior no âmbito contratual são bastante variadas, consoante os próprios **modelos disponibilizados estandardizados** por diversas entidades e organizações internacionais, o que influencia diretamente qual o escopo e a interpretação a fazer da própria cláusula.

A **pandemia COVID-19** levou, recentemente, a que muitos destes **modelos sofressem revisões ou reformulações**, tal como sucedeu com o modelo disponibilizado pela International Chamber of Commerce (ICC).

A concreta formulação da cláusula de força maior é, por isso, essencial:

- Se a cláusula prever, especificamente, como casos de força maior, a ocorrência de **“epidemias”, “pandemias” e “crises sanitárias ou de saúde pública”**, parece-nos claro que a mesma poderá ser acionada em face das circunstâncias atuais;
- Se a cláusula prever, como casos de força maior, eventos baseados em **conceitos funcionais mais gerais ou abrangentes** (v.g., “alterações legislativas ou regulamentares” ou “situações de calamidade pública”), parece-nos necessário realizar uma demonstração de que a correta interpretação de tais conceitos abrangem (ou pretenderam abranger) situações como a da pandemia de COVID-19;
- Se a cláusula se limitar a uma **enunciação geral do conceito de força maior** e de quais os **requisitos** para se considerar um evento como tal, parece-nos que se afigurará exigível demonstrar que a situação atual é caracterizada pelas notas prototípicas de um caso de força maior (entre as quais, a imprevisibilidade) e quais as suas implicações na própria economia do contrato.

Importa, também, aferir se há uma **causalidade** entre **o evento que constitui caso de força maior e a impossibilidade de prestar**, dependendo o grau de causalidade e a sua demonstração dos **requisitos** estabelecidos pela (v.g., o modelo de cláusula de força maior da LOGIC exige a apresentação de uma comunicação que a **própria cláusula** demonstre a existência de causalidade direta entre o evento e a impossibilidade de prestar).

Poder-se-ão, inclusivamente, levantar problemas ao nível da **concausalidade**, isto é, de múltiplas causas que concorrem para a impossibilidade de prestar (v.g., os efeitos da pandemia de COVID-19 e da guerra comercial entre Rússia e Arábia Saudita na queda abrupta do preço do petróleo verificada em maro/abril de 2020), afigurando-se necessário **determinar** em que medida a **pandemia COVID-19** configura ou não, em si mesma, a causa de força maior que determina a **impossibilidade de prestar**.

Sem prejuízo do já referido quanto à importância e eficiência que os modelos estandardizados de cláusulas permitem conferir à atividade de redação de contratos, consideramos essencial que as partes negociem e acordem a introdução de **cláusulas de força maior *taylor made*** nos contratos, perfeitamente adaptadas às **especificidades das prestações** a ocorrer e **do tipo de contrato** em causa.

PERGUNTAS FREQUENTES

1. Pode a pandemia de COVID-19 ser qualificada como evento de força maior no âmbito de cláusulas de força maior?

Dependendo de uma análise casuística, nomeadamente, da forma como a cláusula de força maior se encontra redigida no contrato e da melhor interpretação contratual assente na vontade das partes, a pandemia de COVID-19 poderá constituir, em diversos casos, um evento de força maior para efeitos de tais cláusulas.

2. Se o contrato tiver sido celebrado após serem conhecidos ou expectáveis os efeitos da pandemia, poderá a mesma, ainda assim, constituir caso de força maior?

Podem as partes, mesmo tendo conhecimento da situação atual, ter pretendido aplicar a cláusula de força maior ao contrato enquanto a situação atual não se alterar, passando a aplicar-se a regulação contratual normal quando a pandemia for declarada extinta.

3. Considera o Legislador que a pandemia de COVID-19 pode ser qualificada como evento de força maior no âmbito de tais cláusulas?

Pese embora não tenha sido aprovado um diploma especificamente dirigido a este tipo de cláusulas, considerou o Legislador, pontualmente, na legislação excecional e temporária recentemente aprovada, que a pandemia de COVID-19 pode ser considerada como caso de força maior, nomeadamente, (i) para efeitos da impossibilidade de cumprimento das obrigações a cargo das entidades gestoras de centros de inspeção decorrentes dos respetivos contratos de gestão (Decreto-Lei n.º 10-C/2020, de 23 de março) e (ii) para efeitos de indemnização pelo sacrifício dos danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia de COVID-19 (Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril).

4. Relativamente à indemnização pelo sacrifício, poderá algum particular, em face deste regime, vir, ainda assim, a obter tal indemnização?

Apesar de o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril excluir expressamente a possibilidade de se obter uma indemnização, tal medida é de duvidosa constitucionalidade (em face do princípio da responsabilidade e da Administração e do princípio da justa repartição e da igualdade perante os encargos públicos), pelo que não é de excluir, em absoluto, que possa vir a ser possível, com esse fundamento, obter a referida indemnização.

5. Podem as medidas excecionais e temporárias adotadas em função do combate à pandemia de COVID-19 constituir um evento de força maior no âmbito de cláusulas de força maior?

As medidas excecionais e temporárias adotadas poderão, mediante os casos, constituir uma das partes na impossibilidade objetiva e absoluta de cumprir determinadas obrigações (não sendo possível, inclusivamente, que um terceiro efetue a prestação). Nestes casos, tais medidas podem constituir evento de força maior para efeitos destas cláusulas.

6. Pode uma cláusula de força maior vir a ser acionada perante uma impossibilidade de prestar meramente parcial?

Sem prejuízo da regulamentação contratual acordada pelas partes, a impossibilidade de prestar deve ser definitiva, independentemente do seu caráter total ou parcial quanto ao grau de afetação das prestações previstas no contrato.

7. O que sucede neste tipo de casos?

Sendo a impossibilidade meramente parcial, a cláusula de força maior terá, à partida, uma aplicabilidade condicionada à prestação sobre a qual a impossibilidade se verifica. Isto significa que, dependendo da vontade das partes, o devedor poderá continuar obrigado a prestar as prestações não afetadas, reduzindo-se o objeto do contrato às mesmas.

8. Pode uma cláusula de força maior vir a ser acionada perante a impossibilidade de cumprimento de uma obrigação pecuniária?

Tem-se entendido, na doutrina e na jurisprudência, que as dificuldades financeiras de um devedor (causadas por eventos de força maior) apenas excepcionalmente poderão constituir uma impossibilidade objetiva de prestar. O que não obsta a que as partes possam ter previsto tal situação no contrato como constituindo um caso de força maior.

9. O que sucede caso o evento de força maior previsto numa cláusula de força maior seja meramente temporário?

Sem prejuízo da concreta regulamentação contratual, se se afigura como expectável que a impossibilidade que afeta a prestação venha a cessar em tempo útil (isto é, sem que o credor perca o interesse na prestação), a prestação (e a respetiva contraprestação) fica suspensa, não ocorrendo mora do devedor.

PERGUNTAS FREQUENTES

10. Como se pode acionar uma cláusula de força maior?

Não existe uma regra uniforme que determine o modo de acionamento deste tipo de cláusula. Assim, mediante a vontade das partes, pode ser efetuada unilateralmente ou através de acordo ou, inclusivamente, exigir a que seja judicial ou extrajudicialmente (por um terceiro independente e qualificado) declarada.

11. É necessário provar a existência de um evento de força maior no âmbito deste tipo de cláusulas?

À partida, um evento de força maior que resulte da pandemia em curso será público e notório e, nessa medida, poderá estar dispensado de ser demonstrado.

12. Para se fazer valer de uma cláusula de força maior, qual o procedimento a adotar?

É necessário atender à própria cláusula, de forma a descortinar qual o grau de causalidade exigido (isto é, de demonstração de que a impossibilidade de cumprimento advém ou é causal do evento de força maior) e/ou a (des)necessidade da realização de diligências complementares.

13. Quais as consequências de não se efetuar as demonstrações ou diligências exigidas pela cláusula de força maior?

Caso as demonstrações ou as diligências exigidas pela cláusula de força maior não sejam realizadas, o acionamento da própria cláusula poderá ficar comprometido.

14. Que regras se devem aplicar perante uma situação de impossibilidade de prestar no âmbito de um contrato que não prevê uma cláusula de força maior?

As regras do Código Civil relativas à impossibilidade de prestação das obrigações poderão ser aplicáveis a este tipo de situações, caso as partes não tenham previsto qualquer outro tipo de cláusula que regulamente a referida situação.

15. Não se prevendo uma cláusula de força maior, é possível, em caso de suspensão da prestação, efetuar-se uma redistribuição do risco contratual?

Inexistindo mecanismo contratual específico para este cenário, as partes terão de chegar a acordo caso queiram alterar a redistribuição do risco ou o equilíbrio das prestações assumidas no contrato.

16. E se, no caso anterior, as partes não conseguirem alcançar um acordo?

Muitas vezes, a suspensão de uma prestação pode envolver prejuízos consideráveis sobre uma das partes, na medida em que a mesma não recebe a contraprestação (v.g., o preço) por uma prestação que está impedida de realizar, e continua obrigada a suportar despesas fixas. Não se conseguindo alcançar um acordo que redistribua o risco contratual equitativa ou proporcionalmente pelas partes, poder-se-á ponderar a aplicação do regime legal de impossibilidade previsto no Código Civil ou do instituto da alteração das circunstâncias, consoante os seus pressupostos se encontrem ou não verificados..

17. O que sucede caso o evento, aparentemente temporário, dê mostras de ter, afinal, um caráter definitivo?

Caso se verifique uma perda de interesse (objetiva) por parte do credor ou seja inexigível a manutenção do vínculo, devido a um período excessivamente longo de suspensão da prestação, poderá resolver-se o contrato, quer com fundamento contratual (se tal estiver previsto na cláusula de resolução contratual presente no contrato), quer com fundamento no regime da impossibilidade previsto no Código Civil.

18. O que sucede caso o seja invocada pela devedor uma impossibilidade de prestar que não é objetiva e/ou absoluta?

Se deixar de efetuar a sua prestação, sem que haja fundamento para tal, verifica-se um incumprimento contratual, que gera uma obrigação de indemnização dos danos causados ao credor.

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

A **alteração das circunstâncias** é um instituto de direito civil cuja aplicabilidade é **transversal** em **matéria contratual**, encontrando-se previsto no **artigo 437.º do Código Civil**.

Diferentemente das cláusulas de força maior, a alteração das circunstâncias é um instituto usualmente associado **não a uma impossibilidade de prestar**, mas a uma **excessiva onerosidade** ou **profundo desequilíbrio** das **prestações acordadas** em função de acontecimentos externos que afetam a dinâmica contratual.

Este regime foi bastante discutido aquando da **crise financeira** iniciada em **2007**, que afetou significativamente diversos Estados (entre os quais, Portugal), tendo sido por diversas vezes a solução encontrada pelas partes para a **manutenção dos contratos à altura em vigor**.

Verificados os seus pressupostos legais, a alteração das circunstâncias permitirá às partes, segundo juízos de equidade, **modificar o conteúdo do contrato** visando o seu **reequilíbrio** (v.g., alterando as cláusulas relativas ao **prazo de realização das prestações** ou ao **pagamento do preço** ou, inclusivamente, ao **montante do preço acordado**, de modo a distribuir equitativamente os prejuízos ou os benefícios inesperados) ou, no limite, a **resolução do próprio contrato**.

São pressupostos da alteração das circunstâncias:

- **As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar:** apenas relevam as circunstâncias objetivas, isto é, o conjunto de elementos factuais que compõem a base do negócio e que motivaram a decisão das partes de contratar e de contratar naqueles termos (v.g., as condições de procura e oferta de mercado à data da conclusão do contrato em determinado setor de negócio);
- **Tiverem sofrido uma alteração anormal:** a anormalidade da alteração é aferida em função da imprevisibilidade, ou seja, de ser alheia à vontade das partes e não ter sido razoavelmente previsível, no momento da celebração do contrato, a ocorrência de determinado evento e os seus efeitos sobre a dinâmica contratual;
- **Desde que a exigência das obrigações assumidas afete gravemente o princípio da boa-fé:** o princípio da proteção da confiança, que tutela as legítimas expectativas das partes no âmbito da relação contratual, e/ou o princípio da materialidade subjacente, devem justificar a modificação ou resolução do contrato, como forma de restaurar a justiça contratual inicialmente estabelecida pelas partes (v.g., alterações de circunstâncias menores e de reduzida relevância, sem impacto necessariamente gravoso em termos monetários ou de risco assumido por cada uma das partes, não afetará gravemente o princípio da boa fé);
- **Não esteja coberta pelos riscos do contrato:** o evento que altera as circunstâncias com base nas quais as partes fundaram a decisão de contratar não deve estar previsto e enquadrado na matriz de risco assumido pelas partes, uma vez que, nesse caso, bastará aplicar a regulamentação contratual por elas previamente acordada consoante o fim e a natureza do contrato.

É, por diversas vezes, apresentada uma distinção entre **grandes e pequenas alterações de circunstâncias**, consoante afetem ou não a sociedade como um todo.

Independentemente do facto da atual pandemia de COVID-19 se assumir, indesmentivelmente, como uma grande alteração das circunstâncias, a verdade é que o **regime de alteração das circunstâncias**, previsto no artigo 437.º do Código Civil, **não faz essa distinção** e, portanto, pode entender-se que se aplica indistintamente a ambos os casos.

O que importa é conseguir identificar uma **causalidade** entre a **alteração das circunstâncias ocorrida** e o **fundamento para a modificação ou resolução do contrato** ao seu abrigo.

O mesmo é dizer, entre o **evento que alterou as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar** e o **desequilíbrio superveniente das prestações contratuais acordadas** ou a sua **excessiva onerosidade**.

No âmbito dos **contratos públicos**, ao instituto da alteração das circunstâncias é reconhecida a sua importância ao nível da **flexibilização da dinâmica contratual**, constituindo fundamento para a **modificação unilateral do contrato** ou para a **resolução**.

No caso de ocorrer uma modificação unilateral do contrato com base em alteração das circunstâncias, reconhece o Código dos Contratos Públicos o **direito à reposição do equilíbrio financeiro ao cocontratante**.

Este direito veio, contudo, a ser **fortemente limitado** pelo **Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril**, que estabeleceu um **regime excecional e temporário** de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no qual se **suspende**, de dia 3 de abril a 2 de maio de 2020, as **cláusulas contratuais e disposições normativas que preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização** em qualquer contrato de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, não podendo os contraentes privados delas valer-se por factos ocorridos durante esse período.

Importa, ademais, referir que, historicamente, e de um modo transversal aos contratos celebrados ao abrigo dos diversos ramos do Direito, os **nossos tribunais** têm demonstrado **bastantes reservas na aplicação do instituto da alteração das circunstâncias**, dado o **impacto socioeconómico** que lhe pode estar associado.

De facto, é abundante a **jurisprudência** relativa à crise financeira iniciada em 2007 que **recusa a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias**, não pelo não reconhecimento da existência de um evento anormal que alterou as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, mas, isso sim, **por aspetos técnico-jurídicos ligados aos seus pressupostos ou aos juízos de ponderação**.

Consideramos, por isso, **essencial** que a **verificação dos pressupostos do instituto da alteração das circunstâncias**, assim como o **modo** e as **consequências** da sua aplicação, seja alvo de uma **análise rigorosa, cuidada e aprofundada**.

PERGUNTAS FREQUENTES

1. Pode a pandemia de COVID-19 constituir fundamento para a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias?

Ainda que necessariamente dependente de uma análise casuística quanto aos pressupostos do instituto da alteração das circunstâncias, poderá a pandemia COVID-19 vir a ser, em diversos casos, considerada como tal, desde que se demonstre que o desequilíbrio das prestações ou a sua excessiva onerosidade decorre desse evento.

2. É o elemento temporal relevante para efeitos da pergunta anterior?

Sendo a imprevisibilidade um pressuposto do instituto da alteração das circunstâncias (no âmbito da aferição da anormalidade da alteração), é inegável que o elemento temporal se afigura de extrema relevância. Se, por um lado, dificilmente se compreenderá a sua invocação se o contrato tiver sido celebrado após a Organização Mundial de Saúde ter declarado a doença associada à COVID-19 como uma pandemia, já não será assim se o contrato tiver sido celebrado na altura em que a doença associada à COVID-19 tinha já uma expressão significativa mas territorialmente localizada (China).

3. Pode a parte lesada pela alteração das circunstâncias recorrer ao referido instituto em qualquer circunstância?

Não, a parte lesada não goza do direito à resolução ou modificação do contrato no âmbito do instituto da alteração das circunstâncias se estava em mora no momento em que tal alteração se verificou.

4. Se o cumprimento das prestações contratuais se tiver tornado impossível, pode ser invocado o instituto da alteração das circunstâncias?

O instituto da alteração das circunstâncias destina-se a corrigir os casos de desproporcionalidade superveniente das prestações contratuais, e não a impossibilidade do seu cumprimento. Sendo este o caso, aplicar-se-á a cláusula de força maior contratualmente prevista ou, sendo esta omissa no contrato, o regime de impossibilidade previsto no Código Civil.

5. É possível optar livremente pela modificação ou pela resolução do contrato enquanto consequências da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias?

À luz do princípio do aproveitamento dos negócios nos contratos privados, e do princípio da prossecução do interesse público (nomeadamente, em assegurar a continuidade de determinado serviço público), a resolução deve ser entendida como uma última opção. Será preferível a modificação do contrato sempre que possível.

6. Significa isto que não é permitido resolver o contrato nos casos em que a sua modificação seja possível?

Pese embora os regimes legais aplicáveis demonstrem uma preferência pela modificação do contrato, não se exclui que, em certos casos (v.g., quando a modificação do contrato seja possível, mas não permita restabelecer totalmente o equilíbrio contratual originariamente acordado), as partes possam preferir a modificação e recorrer diretamente à resolução do contrato.

7. Como se opera a modificação do contrato?

Nos contratos privados, a modificação poderá operar extrajudicialmente (por acordo) ou judicialmente. Nos contratos públicos, para além da modificação do contrato por acordo ou decisão judicial ou arbitral, afigura-se discutível se poderá o mesmo ser modificado unilateralmente por parte da entidade adjudicante quando fundado em alteração das circunstâncias, entendendo, alguma doutrina, que tal se afigura possível quando a alteração das circunstâncias ponha em causa a aptidão do contrato para prosseguir o interesse público subjacente à sua celebração.

8. Como se opera a resolução do contrato?

Está assente que a resolução pode ocorrer judicialmente, em qualquer caso. No entanto, não existe unanimidade de opiniões, na doutrina e na jurisprudência, entre quem defende que a resolução do contrato pode ou não ocorrer por resolução extrajudicial, nos contratos privados. Quanto aos contratos públicos, a resolução poderá ser unilateralmente imposta por parte da entidade adjudicante com fundamento em alteração das circunstâncias, caso a modificação do contrato não seja possível ou não bastar para assegurar a melhor prossecução do interesse público.

9. O que sucede caso uma das partes não aceite a resolução extrajudicial do contrato por considerá-la ilícita?

Admitindo-se que a resolução pode ser efetuada e produzir efeitos extrajudicialmente, por simples declaração de uma parte à outra, terá a parte que não a aceite de impugnar essa resolução junto dos tribunais.

10. No âmbito da modificação do contrato com fundamento em alteração das circunstâncias, pode ser modificável toda e qualquer cláusula prevista no contrato?

Pode ser modificada qualquer cláusula que, à luz da alteração de circunstâncias verificada, comprometa o equilíbrio das prestações inicialmente acordada (v.g., redução do preço ou partilha dos prejuízos).

PERGUNTAS FREQUENTES

Da modificação não poderá, contudo, resultar um equilíbrio diferente do original, nem constituir um expediente para alterar cláusulas que não sejam necessárias à reposição do mesmo, à luz do princípio da boa-fé.

11. Se as partes tiverem previsto um mecanismo contratual para o caso de se verificar uma alteração das circunstâncias nas quais fundaram a decisão de contratar, é possível aplicar o instituto da alteração das circunstâncias previsto no artigo 437.º do Código Civil?

Em princípio, tendo as partes decidido regular contratualmente tal situação, aplicar-se-á o mecanismo contratual especificamente previsto para tal cenário.

12. E se o referido mecanismo não foi previsto para a concreta situação de alteração das circunstâncias que ocorreu?

Pode, nesse caso, ser aplicado o instituto da alteração das circunstâncias na sua configuração legal.

13. Pode um contrato afastar totalmente a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, sem qualquer mecanismo contratual substitutivo?

É uma questão discutível, à luz, por um lado, do princípio da irrenunciabilidade antecipada de direitos (previsto no artigo 809.º do Código Civil) e, por outro lado, do princípio da autonomia privada das partes. Sem prejuízo de uma análise caso a caso, não se deve, à partida, excluir tal possibilidade.

14. E se as partes celebrarem um contrato com uma matriz de risco desequilibrada, pode aplicar-se o instituto da alteração das circunstâncias?

Sem prejuízo do que se dispõe no regime das cláusulas contratuais gerais e da demais legislação e regulamentação aplicável, podem as partes acordar numa matriz de risco bastante mais onerosa para uma das partes, sendo tal instituto aplicável quando esse “equilíbrio” (originariamente desequilibrado) sofrer alterações.

15. Se o Legislador ou a Administração vierem aprovar medidas que restabeçam o equilíbrio contratual entre as partes, pode, ainda assim, aplicar-se o instituto da alteração das circunstâncias?

Se as medidas legislativas ou regulamentares restabelecerem efetivamente o equilíbrio contratual que existia antes dos impactos associados aos efeitos da pandemia COVID-19, e da legislação a ela associada, não será possível a invocação deste instituto, dado que o equilíbrio originário das prestações já se encontrará restabelecido.

16. E se, pese embora essas medidas fossem (em teoria) aptas e adequadas a restabelecer efetivamente esse reequilíbrio, tal não venha a suceder na totalidade?

É bastante provável que qualquer medida legislativa ou regulamentar aprovada venha a ter efeitos diferenciados nos contratos, consoante a situação de base e as especificidades que lhe subjazem. Assim, importa analisar se essas medidas conseguem eliminar por completo os desvios ao equilíbrio contratual originário ou se apenas os conseguem mitigar, caso em que será possível recorrer a este instituto.

17. Há, atualmente, alguma restrição legal à aplicação do instituto da alteração das circunstâncias?

Conforme já se deu nota, no âmbito dos contratos públicos, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril, pese embora não tenha restringido ou eliminado diretamente a possibilidade de se invocar o instituto da alteração das circunstâncias para se modificar unilateralmente o contrato, veio restringir fortemente o direito à reposição do equilíbrio financeiro do cocontratante enquanto consequência da invocação do instituto da alteração das circunstâncias para este fim.

18. Em que consistem essas restrições?

No período que antecede o dia 3 de abril, não é estabelecida qualquer restrição.

No período entre 3 de abril e 2 de maio, as cláusulas contratuais e disposições normativas que preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro, ou compensação por quebras de utilização, ficaram suspensas, impedindo os contraentes privados de valer-se delas por factos ocorridos durante o referido período.

No período após o dia 2 de maio, caso os contratos prevejam expressamente o direito a compensação por quebra de utilização, ou caso a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento do direito à reposição do equilíbrio financeiro dos seus contratos, a reposição do equilíbrio financeiro deverá ser realizada através de prorrogação do prazo de execução das prestações ou do prazo da vigência do contrato, e não através da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, de outras prestações.

19. Será, em face deste regime, expectável que o cocontratante não venha a ter direito à reposição do equilíbrio financeiro, no período entre o dia 3 de abril e o dia 2 de maio?

Apesar de o diploma excluir expressamente essa possibilidade, admite-se que seja discutida a constitucionalidade da medida (em face do princípio da proporcionalidade, na vertente da adequação, no confronto entre a opção político-legislativa de eliminar o direito ao invés de o restringir ou condicionar), pelo que não é de excluir, em absoluto, que possa vir a ser possível obter a referida reposição

CMS Equipa de Direito Público



Mónica Carneiro Pacheco
Sócia
E: monica.carneir pacheco@cms-rpa.com



Gonçalo Guerra Tavares
Sócio
E: goncalo.tavares@cms-rpa.com



Bernardo Cunha Ferreira
Associado Sénior
E: bernardo.ferreira@cms-rpa.com



Duarte Lebre de Freitas
Associado Sénior
E: duarte.freitas@cms-rpa.com



António Magalhães e Menezes
Associado Sénior
E: antonio.menezes@cms-rpa.com



Guilherme da Fonseca Teixeira
Associado
E: guilherme.teixeira@cms-rpa.com



Duarte Lacerda
Associado
E: duarte.lacerda@cms-rpa.com



Catarina Pinto Santos
Advogada-estagiária
E: catarina.santos@cms-rpa.com

CMS Rui Pena & Arnaut

Somos parte da equipa global CMS, líder mundial que integra o ranking das Top 10 Global Law Firm com profundo conhecimento e experiência local, em mais de 40 países.

Dispomos de uma equipa multidisciplinar de advogados especializados em sectores de atividade, empenhados no desenvolvimento de estratégias inovadoras, práticas e eficientes adaptadas à realidade de cada cliente, a partir do know-how jurídico de referência, adquirido ao longo de 50 anos.

Os elevados padrões de exigência do mundo digital e do mundo físico estão a transformar os mercados e a impulsionar novos modelos de negócio. Na CMS, prestamos um acompanhamento focado no cliente, antecipando as tendências do mercado de maneira a desenvolver soluções rápidas e eficientes perante os constantes desafios.

Prémios e Reconhecimentos

Chambers and Partners
The Legal 500
Iberian Lawyer – Law Firm of the Year
Leaders League
Best Lawyers



Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
cms-lawnow.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.