



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**A Força Maior em tempos de Pandemia: as
Cláusulas de Força Maior nos Contratos de
M&A**

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para
obtenção do grau de Mestre no âmbito do Mestrado em Direito e
Gestão

Por

Miguel Andias Loura

Faculdade de Direito

Sob orientação do Prof. Doutor Pedro Moniz Lopes

Março, 2021

Resumo

A presente tese tem como objetivo o estudo da figura da Força Maior e a possibilidade de a Pandemia COVID-19 se poder enquadrar neste regime, que permite a exoneração da responsabilidade da parte faltosa, em concreto nos contratos de Fusões e Aquisições (contratos de M&A).

Em primeiro lugar, será feita uma breve análise desta figura no Direito internacional e de como esta se desenvolveu até à atualidade. Para isto, será apurado o impacto que teve em certos ordenamentos jurídicos e como se moldou a cada um deles, analisando-se depois, concretamente, as teorias que resultaram deste desenvolvimento, sendo elas as teorias da impossibilidade superveniente, da frustração e da impraticabilidade.

Posteriormente, será estudada a figura da Força Maior no ordenamento jurídico português, de forma a entender como foi introduzida e como se encontra disposta no Direito nacional nos dias de hoje. Em seguida desenvolver-se-á uma análise mais atenta do regime da impossibilidade superveniente.

Devido ao interesse transversal desta figura, analisar-se-á também legislação internacional e o seu acolhimento e concretização da Força Maior, nomeadamente, na Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias, bem como nos Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais.

Por fim, será examinada a presença das cláusulas de Força Maior nos contratos de M&A e a sua necessidade e modo de estipulação, para que depois se possa aferir a possibilidade de a Pandemia, que tem vindo a assombrar este tipo de contratos, se poder incluir numa destas cláusulas e quais as consequências contratuais que daí advêm.

Palavras-chave: Impossibilidade; Força Maior; Exoneração; Contratos de M&A; Cláusulas de Força Maior; Pandemia; COVID-19.

Abstract

The purpose of this thesis is to study the rule of Force Majeure and the possibility of COVID-19 Pandemic being able to fit into this regime, which allows for the exemption of liability by the defaulting party, specifically in M&A contracts.

Firstly, a brief analysis of this regime under international law will be carried out, focusing on how it has developed towards these days. In order to do so, the impact that the rule of Force Majeure had on specific legal systems and how that shaped each one of them will be ascertained. Later the theories that resulted from these developments will be specifically analyzed, such as the theories of supervening impossibility, frustration and impracticability.

Subsequently, the figure of Force Majeure in the Portuguese legal system will be studied, in order to understand how it was introduced and how it is arranged in national law today. This will be achieved through a closer analysis of the regime of supervening impossibility.

Due to this figure's transversal interest, it will also be analyzed under international legislation. Force Majeure's reception and concretization will also be specifically studied under the United Nations Convention for the International Sale of Goods and under the UNIDROIT Principles Related to International Commercial Contracts.

Finally, the presence of Force Majeure clauses in M&A contracts will be examined, as well as their necessity and method of stipulation, so that it can then be assessed whether the Pandemic, that has been haunting this type of contracts may be included in one of these clauses and what contractual consequences may occur.

Keywords: Impossibility; Force majeure; Exoneration; M&A Contracts; Force Majeure Clauses; Pandemic; COVID-19.

Em homenagem às minhas avós,

Eulália e Inocência.

Agradecimentos

Aos meus pais, pelas noites mal dormidas e por todo o apoio incondicional, mesmo perante as minhas maiores falhas. Por me terem tornado no que sou hoje e por terem transmitido aqueles que são os melhores valores e ensinamentos. É graças a isto que hoje saio pela “porta grande”.

À minha irmã, por ser exemplo de persistência e resiliência. Pelas discussões elucidativas e por ser sempre o meu porto seguro. Que esta tese lhe sirva de inspiração.

Aos meus avós, tios e primas, por construírem as restantes peças que hoje me erguem. Às histórias, ensinamentos e tertúlias sobre uma (qualquer) mesa de jantar.

À Nini, pelas garfadas de carinho e ternura.

À Helena, pelos juro que cobrámos ao tempo e por ser a calma na tempestade. Porque sem ela nenhuma destas palavras teriam lugar para serem escritas.

Ao Prof. Doutor Pedro Moniz Lopes, pela orientação e ajuda indispensável.

Índice

Abreviaturas	7
1. Introdução	8
2. Evolução da figura da Força Maior no Direito Internacional	9
2.1. Teoria da impossibilidade superveniente.....	10
2.2. Teoria da Frustração	11
2.3. Teoria da Impraticabilidade	13
3. A Força Maior no Direito Português.....	15
3.1. Introdução no direito português	15
3.2. Distinção entre Força Maior e Caso Fortuito.....	16
3.3. Inadimplemento das obrigações no sistema português.....	18
4. A Força Maior na Legislação Internacional.....	22
4.1. Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias ..	22
4.2. Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais ...	24
5. Força Maior nos Contratos de M&A	26
5.1 Aplicabilidade das Cláusulas de Força Maior à Pandemia COVID-19.....	34
6. Conclusão	44
7. Bibliografia	46

Índice de Figuras

Figura 1 – Frequência do uso do termo de “Força Maior”. Comparação dos termos gerais e específicos referentes a carve-outs.	39
Figura 2 - a) Contratos de M&A (2003-2020) e b) Contratos de M&A Pendentes (a 26/3/2020)	39
Figura 3 – a) - Carve-outs relativos a Força maior, b) - Carve-outs relativos a pandemias, c) - Carve-outs gerais	40
Figura 4 – comparação entre a existência (ou não) de carve-ins por efeitos desproporcionais relativos a cláusulas que contenham pandemias (ou equivalente) ou eventos de força maior (ou equivalentes) nos seus contratos	41
Figura 5 – Diagrama de Venn das Cláusulas MAC que potencialmente referem o COVID-19	42

Abreviaturas

Art. / Arts. – Artigo / Artigos

CISG – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

ICC – International Chamber of Commerce

M&A – Mergers and Acquisitions

MAC – Material Adverse Change

N.º / N.ºs – Número / Números

UCC – Uniform Commercial Code

1. Introdução

A Organização Mundial de Saúde declarou a 11 de Março de 2020 o Coronavírus (SARS-CoV-2) como uma pandemia, devido à sua rápida difusão mundial e às consequências de saúde pública que dele se originam. O vírus teve a sua origem na cidade chinesa de Wuhan, na província de Hubei, tendo sido o primeiro caso reportado explicitamente como infeção por este novo vírus a 31 de Dezembro de 2019.

Um mês após essa mesma data, o *China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT)* tinha emitido um número recorde de 5 637 certificados de força maior. Estes justificam uma exceção ao cumprimento de contratos internacionais, desde que se comprove que o inadimplemento se deveu a *lockdowns* motivados pela pandemia COVID-19. Estes certificados cobriram contratos no valor total de 70.9 mil milhões de dólares, numa tentativa por parte do governo chinês de mitigar uma previsível catástrofe económica¹. Já a 28 de Fevereiro de 2020, o Governo francês declarou que a pandemia COVID-19 seria considerada como um evento de força maior e que, dessa forma, o incumprimento existente em contratos públicos relacionado com o coronavírus seria justificado².

Estes dois exemplos demonstram o impacto contratual que o vírus apresenta ao paralisar, quase por completo, as economias dos países afetados. Muitos deveres e direitos contratuais foram atingidos por este travão ao movimento do comércio nacional e internacional. Os exemplos permitem também contemplar a aplicação da figura da força maior no âmbito da pandemia, permitindo assim uma exoneração da responsabilidade pelo inadimplemento contratual.

Este evento e o seu colossal impacto na vida contratual a nível global tinha e terá de ser acautelado, não podendo a responsabilidade pela falta de cumprimento das prestações ser imputada a qualquer uma das partes, ou pelo menos àquelas que não poderiam ter previsto e, acima de tudo, mitigado as consequências desta pandemia. Caso contrário, o

¹ CCPIT, “CCPIT Issues Force Majeure Certificates to Foreign-Funded Enterprises to Cope with the Epidemic” CCPIT News, 2020, disponível em <https://english.ccpit.org/infoById/40288117668b3d9b01711b60896d07e4/2>.

² République Française, “Déclaration de M. Bruno Le Maire, Ministre de l’économie et Des Finances, Sur l’impact Économique de l’épidémie de COVID-19 et Les Mesures de Soutien En Faveur Des Entreprises”, disponível em <https://www.vie-publique.fr/discours/273763-bruno-le-maire-28022020-coronavirus>, 2020.

desequilíbrio contratual e a assimétrica distribuição do risco resultaria na frustração de diversos princípios que regem as obrigações em geral, e resultaria também na grave frustração dos interesses que estiveram na base dos negócios jurídicos que, devido ao evento em análise, ou já não podem ser alcançados ou simplesmente perderam o seu interesse e relevância. Por tudo isto, as figuras previstas no Direito que possibilitam a exoneração da responsabilidade das partes nos casos em que esta não lhes pode ser imputada, como a figura da Força Maior, devem ser utilizadas, pois perante um evento assolador a nível global, como a pandemia COVID-19, agora e mais do que nunca, esta proteção deve ser garantida.

Toda esta problemática será estudada na presente tese, tendo especial enfoque na resposta à questão se a Pandemia COVID-19 poderá ser considerada como um evento de força maior, de forma a que, perante uma impossibilidade contratual causada por este evento, as partes possam abrigar-se na exoneração da responsabilidade que lhes poderia ser imputada. Termina-se por averiguar a sua aplicação, em concreto, aos contratos internacionais de M&A e as consequências que daí resultam.

2. Evolução da figura da Força Maior no Direito Internacional

Segundo os estudos de Santos Justo³ e Max Kaser⁴, no Direito Romano recorria-se ao critério da custódia para solucionar a imputabilidade do incumprimento. Desta forma, o devedor, por ter a coisa em sua posse, deveria ser diligente o suficiente para que esta não fosse danificada ou extraviada, caso contrário, ser-lhe-ia imputada a responsabilidade proveniente do inadimplemento. Assim não seria quando o dano ou o desaparecimento da coisa tivesse como causa factos imprevisíveis ou insuscetíveis de serem evitados por um devedor diligente e prudente, surgindo assim a responsabilidade objetiva com exclusão por *casus fortuitus* ou *vis maior*⁵.

³ A Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano - Vol. II: Direito Das Obrigações* (COIMBRA PORTUGAL, 2019), 205.

⁴ M Kaser, *Direito Privado Romano*, Manuais Universitários (Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999), 215.

⁵ Esta exclusão aconteceria apenas se as partes não tivessem disposto em contrário, pois as normas relativas à responsabilidade são de carácter dispositivo.

Dito isto, Santos Justo acaba por afirmar que, na origem destas duas figuras, no Direito Romano o *vis maior* era um acontecimento natural ou humano não imputável ao devedor, de tal forma que qualquer ação praticada, por mais diligente que fosse, nada poderia este opor (*cui resisti non potest*), caracterizando-se então como um evento inevitável. Já a figura de *casus fortuitus* era descrita como um acontecimento natural ou humano não imputável ao devedor de carácter totalmente imprevisível.

A adaptação da figura da Força Maior, segundo o Direito Romano Clássico, não foi feita por igual em todos os ordenamentos jurídicos, e pode até não ter sido feita por alguns destes. Deste modo, as doutrinas relacionadas com a Força Maior têm de ser analisadas consoante a jurisdição em causa. Ainda assim, é possível aglomerar todas as ideologias internacionais em três abordagens que justificam a exclusão da responsabilidade que decorre da impossibilidade não imputável às partes, decorrente de eventos como a força maior, sendo estas⁶: impossibilidade superveniente, frustração e impraticabilidade.

2.1. Teoria da impossibilidade superveniente

Esta teoria baseia-se no princípio de Direito Romano *impossibilium nulla est obligatio*, referindo-se à ideia de que, em caso de impossibilidade de prestar, a obrigação não pode ser exigível.

Já na era clássica poderiam ser encontradas duas doutrinas de impossibilidade que ainda hoje são conhecidas, a inicial/originária e a superveniente. Na impossibilidade originária da prestação, não há qualquer obrigação exigível, pois o contrato é nulo. Estando o vínculo negocial afetado desde o início da relação contratual, não pode ser exigido a nenhuma das partes qualquer tipo de prestação.

Já na impossibilidade superveniente, a exigibilidade da prestação será excluída apenas se: a) a parte que invoca a exclusão não estava em falta; b) a prestação é objetiva (nem o devedor nem qualquer outra pessoa poderia prestar) e subjetivamente impossível (o

⁶ Klaus Berger e Daniel Behn, «Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study» [2020] McGill law journal. 78.

devedor não poderia prestar, mas outros sujeitos poderiam); c) a impossibilidade, quer legal ou física, é absoluta.

É possível, desta forma, afirmar que a teoria agora em análise permite a exclusão da responsabilidade no caso de se dar um evento imprevisível e incontrolável, que ocorra depois da formação do negócio jurídico e em que a impossibilidade não se deva a culpa de nenhuma das partes. Devido à consequência da sua aplicação, esta teoria não pode ser tomada de ânimo leve, daí que se tenha de verificar uma impossibilidade absoluta, e não a chamada *difficultas praestandi* (impossibilidade relativa). Por isso, a mera dificuldade em prestar não pode fundamentar, sem mais, a exoneração da parte faltosa. Terá então de haver uma tal dificuldade que a concretização da prestação se torne impossível, ou que os obstáculos face à sua realização consubstanciariam um enorme sacrifício para o devedor.

É esta a teoria adotada pela maioria dos países de *civil law* nos dias de hoje, onde se considera que servirá apenas como exoneração do cumprimento das obrigações a impossibilidade superveniente que afetou a base do negócio jurídico, e em que a sua causa não pode ser imputada a qualquer uma das partes.

Por ter sido a teoria adotada no sistema jurídico português, esta será analisada com maior detalhe posteriormente.

2.2. Teoria da Frustração

O sistema jurídico britânico e muitos outros sistemas de *Common Law* não reconhecem a teoria da impossibilidade superveniente *per se*. Em vez disto, os Tribunais ingleses desenvolveram a teoria da frustração, onde se inclui a frustração do contrato (*frustration of contract*) e a frustração do propósito (*frustration of purpose*). Esta teoria foi primordialmente desenvolvida no caso *Taylor v. Caldwell*⁷, onde a jurisprudência britânica, pela primeira vez, decidiu que um evento imprevisível e superveniente, que tenha ocorrido sem culpa de qualquer uma das partes e que tornasse a *performance* do

⁷ Nicola Jackson, “Taylor v Caldwell (1863) 3 B & S 826,” in *Essential Cases: Contract Law* (Oxford University Press, 1863).

contrato impossível, poderia excluir a responsabilidade, caso uma condição implícita do contrato desaparecesse ou se tornasse impossível.

De acordo com um dos ilustres juizes do caso em questão, Colin Blackburn, esta condição implícita diz respeito a algo que é essencial ao contrato e que, devido a esta essencialidade, se terá de manter ao longo da vida do vínculo contratual que une as partes. Esta conceção, considerada demasiado ampla e abstrata, fez com que a procura pela frustração da prestação fosse um escape fácil para a exclusão da responsabilidade, tendo vigorado até recentemente, até que a *House of Lords* a considerou como uma mera ficção, declarando a sua inaplicabilidade⁸.

Posteriormente, a teoria da frustração foi desenvolvida e aperfeiçoada pelo caso *Davis Contractors v. Fareham*⁹, onde se criou um critério estrito para a exclusão da responsabilidade, requerendo-se que as circunstâncias em causa deveriam envolver uma fundamental ou radical mudança do que foi originalmente estabelecido. Assim, a frustração deve ser fundamentada por uma alteração da natureza da obrigação e não apenas uma alteração das circunstâncias mundanas ou económicas que envolvem as partes. Houve então um avanço desta doutrina ao detalhar a definição do que se pode considerar como a frustração do contrato, de modo a que a sua aplicação não fosse tomada de ânimo leve, devido à sua definição ampla e abstrata. Tornou-se então necessário demonstrar que o que havia sido negociado pelas partes, devido às suas convicções na altura da celebração do contrato, não poderia agora ser verificado tal foi a alteração da natureza da obrigação.

Como consequência desta mudança radical da obrigação, o contrato frustrado é automaticamente anulado e as partes ficam eximidas de prestar, desde a ocorrência do evento que originou a frustração. Devido ao efeito disruptivo associado à doutrina em causa, é dito que: “the doctrine must not be lightly invoked and must be kept within very narrow limits”¹⁰.

Para demonstrar a rigidez da teoria da frustração, pode-se tomar como exemplo os casos que envolveram o fecho do Canal do Suez na década de 60, em que a *House of*

⁸ House of Lords, “National Carriers Ltd v Panalpina (Northern)”⁸; House of Lords, “James B Fraser & Co Ltd v Denny, Mott & Dickson Ltd.”

⁹ House of Lords, “Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council.”

¹⁰ Court of Appeal, “J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V.”

Lords declarou que, por haver uma rota alternativa pelo Cabo da Boa Esperança e por não haver qualquer indicação clara nos contratos de que aquela rota era estritamente necessária, a teoria da frustração não poderia ser aplicada. Exemplifica-se assim que a exoneração da parte faltosa não poderá ser tomada com leviandade. Deverá ser demonstrado que o facto que frustrou a prestação teve um impacto colossal na base do negócio e que não haverá qualquer alternativa se não a extinção do contrato.

2.3. Teoria da Impraticabilidade

Os Estados Unidos, tomando como base a teoria britânica, desenvolveram a doutrina comercial da impraticabilidade para lidar com situações onde mudanças radicais no contrato levem à impossibilidade de prestação¹¹.

A *Restatement (first) of the Law of Contracts*, na secção 454, define impraticabilidade como “not only strict impossibility but impracticability because of extreme and unreasonably difficulty, expense, injury or loss involved”¹².

A diferença entre a teoria da frustração e da impraticabilidade e o consequente afastamento do regime britânico e americano tem origem no caso *Mineral Park v. Howard*, onde o Tribunal decidiu que “a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at excessive and unreasonable cost”¹³.

De acordo com a secção 467 da *Restatement (first) of the Law of Contracts*, quando existam eventos que dificultem ou tornem demasiado onerosa a prestação, esta pode ser escusada¹⁴. Demonstrando-se assim que há uma maior abertura no sistema norte-americano quanto à exceção de cumprimento.

A teoria da impraticabilidade foi em grande parte desenvolvida com a sua introdução no *Uniform Commercial Code (UCC)*, secção 2-615, onde é permitido o não

¹¹ Paula Walter, “Commercial Impracticability in Contracts,” *St. John’s Law Review Volume*, 1987, 226.

¹² Tyrrell Williams, “Restatement of the Law of Contracts of the American Law Institute, Sections 512-525, with Missouri Annotations,” *Washington University Law Review*, 1933.

¹³ California Supreme Court, “*Mineral Park Land Co. v. Howard*,” 156 P. 458 (Cal. 1916).

¹⁴ Williams 296.

cumprimento da prestação se esta se tornou impraticável, tendo o evento que deu origem a esta inexecutibilidade afetado a base do negócio¹⁵. O UCC requer que, para a aplicação da doutrina da impraticabilidade, haja uma pressuposição tácita das partes que uma certa circunstância em que se baseou o contrato persista durante a vida do vínculo contratual, tendo assim de ser feito um *shared tacit assumption test*.

A jurisprudência americana restringe a aplicação desta teoria tendo como base uma conhecida decisão onde consta que “discharge of a party’s obligations under this doctrine (...) has been limited to situations in which a virtually cataclysmic, wholly unforeseeable event, renders the contract valueless to one party”¹⁶. Esta visão restritiva traduz-se numa aplicação da teoria baseada apenas num evento que tenha quebrado de tal forma o vínculo contratual que a vitalidade do contrato já não está assegurada e que, por isso mesmo, as prestações advenientes deste já não têm qualquer fundamento. Ainda assim, por não haver a necessidade de o contrato se tornar impossível, mas apenas impraticável, a teoria americana é substancialmente menos restritiva que a britânica.

Poderá concluir-se que a doutrina americana se aproxima mais da figura da alteração das circunstâncias do que do regime da impossibilidade superveniente, dado que os seus requisitos de aplicação são considerados mais liberais, permitindo a sua aplicação pelo simples facto de as circunstâncias que rodearam a negociação do contrato terem sido transformadas, dando-se uma preferência à proteção das partes sobre o vínculo contratual.

¹⁵ Legal Information Institute, «§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions», Uniform Commercial Code, que estabelece que é permitido o não cumprimento se a “performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was the basic assumption on which the contract was made (...)”, disponível em <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-615>.

¹⁶ United States Court of Appeals Second Circuit, “United States v. General Douglas MacArthur Senior Village, Inc.”

3. A Força Maior no Direito Português

3.1. Introdução no direito português

Desde as Ordenações Filipinas que o Direito Português consagra a ideia de impossibilidade e as suas consequências, chegando até a prever a noção de caso fortuito¹⁷, referindo-se a um objeto extraviado ou destruído. Já no Século XIX, Coelho da Rocha introduz e define a noção de “acaso” demonstrando que a impossibilidade gerada por um evento externo e incontornável não poderá responsabilizar a parte afetada por este acontecimento:

“Diz-se acaso todo o acontecimento, que o homem não pode prever, nem desviar naturalmente. Em regra o acaso reputa-se uma desgraça, e ninguém é obrigado a indemnizar a perda que d'elle proveio, excepto: a) se o tomou expressamente sobre si; b) ou se foi precedido de culpa, ou mora.”¹⁸

Ainda por volta deste período, o Código Comercial de Ferreira Borges (1833) previa expressamente a força maior e o caso fortuito, tendo sido esta a primeira vez que estas figuras foram codificadas como causas que impossibilitaram o cumprimento das obrigações das partes e a exoneração das suas responsabilidades:

“Não tem lugar indemnização alguma de perdas e danos, quando, em consequência de caso fortuito ou força maior, o devedor foi impedido de fazer ou dar o que era obrigado, ou fez o que lhe era defeso.”¹⁹

Com a composição do primeiro Código Civil Português (Código de Seabra), no seu art. 705º, era referido o seguinte acerca da impossibilidade superveniente:

“O contraente, que falta ao cumprimento do contracto, torna-se responsável pelos prejuizos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contraente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuido.”

¹⁷ António Menezes Cordeiro, «Tratado Direito civil, vol. IX, Direito das Obrigações» (Almedina 2019), 323–24.

¹⁸ M. Coelho da Rocha, Instituições de Direito Civil portuguez, vol. 8a edição, 1917, 73–74.

¹⁹ Ferreira Borges, Codigo Commercial Portuguez, 1856, art. 173º.

A redação deste artigo consagra explicitamente as duas figuras, caso fortuito e força maior, como formas de exoneração da responsabilidade, mas nunca as definindo. Caberia à doutrina a sua interpretação e também deveria ser feita uma análise casuística, de forma a que o conceito de inevitabilidade e de imprevisibilidade fossem aferidos caso a caso.

Esta falta de concretização e definição levou a que Vaz Serra, nos seus ensaios preparatórios para a elaboração do Código Civil de 1966, dedicasse grande parte dos seus estudos a uma profunda análise dos vários tipos de impossibilidades. Fica-se a dever a este autor o regime de impossibilidade que hoje vigora no ordenamento jurídico nacional, que será estudado de seguida.

3.2. Distinção entre Força Maior e Caso Fortuito

É imperativo falar de uma questão muito debatida na doutrina nacional ao longo dos anos, que é a da diferença entre a figura da força maior e de caso fortuito. Há quem distinga as duas figuras pelo seu grau, traduzindo-se na ideia de que o caso fortuito teria como consequência a simples impossibilidade relativa, mas a força maior seria já um facto imprevisível e irresistível, que conduziria a uma situação de impossibilidade absoluta. Adicionalmente, de acordo com esta linha de pensamento, o caso fortuito seria um evento relacionado com o devedor e a força maior com uma circunstância externa insuscetível de responsabilizar o devedor pelo incumprimento da prestação.

Poderemos também estar perante autores que distinguem as duas figuras com referência a teorias subjetivistas ou objetivistas, dizendo a primeira respeito à ideia de que a força maior traduzir-se-ia na inevitabilidade do acontecimento, onde, mesmo que as partes o previssem, este não poderia ter sido evitado. Por outro lado, quanto ao conceito de caso fortuito prevalece a ideia de imprevisibilidade, onde o evento não poderia ter sido prevenido mas, caso fosse, este poderia ter sido evitado. Já de acordo com as teorias objetivistas, a distinção dependerá da origem do evento, caracterizando a força maior como uma circunstância estranha às partes e a figura do caso fortuito teria já um carácter interno, sendo que o impedimento derivaria das partes.

A lei tende a distinguir, no domínio da responsabilidade pelo risco²⁰, a figura da força maior e do caso fortuito, sendo que este remete para factos inerentes ao funcionamento das coisas e aquele para qualquer acontecimento imprevisível e inevitável estranho às partes ou à própria coisa²¹.

Também no Decreto-Lei nº 294/97, de 24 de Outubro, que diz respeito ao contrato de concessão de autoestradas à BRISA se refere:

“(…) consideram-se casos de força maior unicamente os que resultam de acontecimentos imprevistos e irresistíveis cujos efeitos se produzem independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais da concessionária, nomeadamente actos de guerra ou subversão, epidemias, radiações atómicas fogo, raio, graves inundações, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais que directamente afectem os trabalhos da concessão”.

Tudo isto aponta para que a pandemia COVID-19 remeta para a figura da força maior, pois trata-se de um evento que, na maioria dos casos, seria inevitável de abalar os mais variados negócios jurídicos e que cairá na esteira de diversos preceitos jurídicos nacionais, naquilo que estes consideram ser força maior.

Apesar disto, é já pacífico na doutrina que a diferenciação entres estes dois conceitos indeterminados será meramente académica e não terá grande interesse prático, pois os seus efeitos serão praticamente os mesmos. O que realmente releva aqui, explica Brandão Proença, é a:

“(…) total imprevisibilidade do facto, a imprevisibilidade do efeito e a inevitabilidade (de efeitos) do facto ocorrido. (...) O caso fortuito ou de força maior não é, assim, algo de absoluto ou de abstracto, na medida em que o seu circunstancialismo só releva se não houver «interferências» por parte do devedor, ou seja, há que confrontar o factualismo anómalo com o conjunto de

²⁰ Regulada nos arts. 505º e 509º do Código Civil

²¹ Ana Maria Correia Rodrigues Prata e Jorge Francisco de Carvalho Melo, *Direito civil - Processo civil - Organização judiciária, Dicionário Jurídico*, 5. ed., ac (Coimbra: Almedina, 2011), 93 a 94.

medidas preventivas que o devedor possa ou não ter adoptado para evitar o evento ou minorar ou afastar as consequências verificadas.”²²

3.3. Inadimplemento das obrigações no sistema português

Como já analisado, o objetivo do Código Civil de 1966 não era, à imagem da redação anterior, colocar explicitamente os conceitos indeterminados da força maior e de caso fortuito como figuras que justificariam a exoneração da parte faltosa, mas sim prever, de modo amplo, a impossibilidade superveniente e absoluta. Dito isto, para estudar a figura da força maior no Direito nacional, terá de ser examinado o regime da impossibilidade superveniente não imputável ao devedor, presente no Código Civil e, em concreto, no seu art. 790º, que refere o seguinte:

“Artigo 790.º

(Impossibilidade objectiva)

1. A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor.

2. Quando o negócio do qual a obrigação procede houver sido feito sob condição ou a termo, e a prestação for possível na data da conclusão do negócio, mas se tornar impossível antes da verificação da condição ou do vencimento do termo, é a impossibilidade considerada superveniente e não afecta a validade do negócio.”

O não cumprimento de uma obrigação é, segundo Antunes Varela, “(...) a situação objectiva de não realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede.”²³. De acordo com o mesmo autor e Almeida Costa²⁴, a imputação do inadimplemento pode ser feita: às partes, a terceiro, à

²² José Carlos Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento Das Obrigações*, 1ª ed (Coimbra: Coimbra Editora, 2011), 165.

²³ Joao de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral. Vol. 2*, 7. ed. rev (Coimbra: Livr. Almedina, 1999), 350-351.

²⁴ Mário Júlio Almeida Costa, *Direito das obrigações* (Almedina, 2014), 1034.

própria lei ou ao caso fortuito ou força maior (sendo esta última a que efetivamente será relevante para a presente tese).

Deve ser distinguida a impossibilidade efetiva da impossibilidade meramente económica, onde a primeira diz respeito a uma inviabilidade que mesmo por qualquer esforço das partes, a prestação não tem possibilidade de ser efetuada, podendo assim o devedor abrigar-se sob a esteira do art. 790º do Código Civil. Já a segunda remete para os casos em que a prestação é possível, mas em que esta tem um encargo económico tal que se torna de difícil execução. Nestas situações diz-se que estamos perante uma impossibilidade relativa (*difficultas praestandi*).

Vaz Serra, defensor da doutrina germânica do limite do sacrifício, considerava que, no caso de a prestação ser de tal ordem onerosa que vá contra os ditames da boa-fé e tendo-se ponderado todos os fatores que envolvem o negócio, o devedor poderia ser exonerado do cumprimento da obrigação. Equiparando assim a impossibilidade relativa à impossibilidade absoluta.

Esta equiparação foi altamente rejeitada pela maioria da doutrina nacional, considerando que, desta maneira, seria criado um escape demasiado acessível para o não cumprimento, podendo este ser facilmente utilizado de maneira desleal para contornar a realização das prestações. Para além disto, nestes casos de excessiva onerosidade, o Direito português tem outros mecanismos que as partes poderão invocar para se defenderem, como o abuso de direito, a colisão de deveres, o regime da alteração das circunstâncias, ou até a invocação do princípio da boa-fé. O regime do art. 790º do Código Civil, por ter um efeito tão radical (a quebra justificada do vínculo negocial), não pode ser tomado de ânimo leve. Daí que a letra e o espírito desta norma digam apenas respeito à impossibilidade absoluta.

Ainda assim, “o Direito tem pés de terra”²⁵ e terá de ponderar, caso a caso, a medida de tal onerosidade e a verdadeira capacidade de as partes a conseguirem suportar ou ultrapassar. Deveremos então ter sempre em conta as palavras de Oliveira Ascensão, referindo que “Servir a justiça coincide assim com garantir a manifestação concreta de

²⁵ José de Oliveira Ascensão, “Onerosidade Excessiva Por Alteração Das Circunstâncias - Revista Da Ordem Dos Advogados, 2005” , disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-onerosidade-excessiva-por-alteracao-das-circunstancias/>

autonomia que foi substancialmente consentida, e não em impor uma cega subordinação aos termos que a exprimiram em circunstâncias históricas diferentes. Por isso, só nos casos em que esse realinhamento não for realizável é que nos temos de resignar a que a defesa da autonomia concreta das partes não permita atribuir efeitos àquele negócio”²⁶.

Acrescente-se que esta ponderação deverá refletir também a proteção da confiança das partes²⁷. Por isso, não poderá qualquer frustração fazer com a que as crenças assimiladas à data da celebração de um negócio jurídico sejam esbatidas sem mais. Será necessário um facto tal que justifique e, acima de tudo, legitime a quebra da confiança do credor, que apesar de baseada em factos objetivos e plausíveis e alicerçada numa boa-fé subjetiva e ética, terá de ser posta de parte por motivos que lhe são superiores.

A exoneração do devedor operada pelo já referido art. 790º do Código Civil tem lugar quando a impossibilidade é superveniente²⁸ e inimputável ao devedor, sendo que para isto é necessário, cumulativamente, que:

- a) o devedor não tenha tido uma atuação culposa que tenha tornado a prestação inviável;
- b) a impossibilidade não se tenha dado numa área de risco que tivesse de ser suportada pelo devedor;
- c) o devedor não tenha arrogado a própria garantia do resultado da prestação.

Da distribuição do ónus da prova operada pelo art. 342º, n.º 2 do Código Civil, resulta que caberá ao devedor a obrigação de demonstrar todos estes requisitos.

Adicionalmente, a impossibilidade, para efeitos do art. 790º, deverá também ser objetiva, querendo isto dizer que a impossibilidade é inultrapassável tanto pelo devedor, como por qualquer outra pessoa, dizendo assim respeito à generalidade dos cidadãos. A

²⁶ José de Oliveira Ascensão, “Onerosidade Excessiva Por Alteração Das Circunstâncias - Revista Da Ordem Dos Advogados, 2005” , disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-onerosidade-excessiva-por-alteracao-das-circunstancias/>

²⁷ António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II (Livraria Almedina – Coimbra 1984), 1247-1251

²⁸ Caso haja uma impossibilidade originária, a sua consequência será a nulidade do negócio jurídico, aplicando-se o art. 401º do Código Civil

impossibilidade subjetiva só se poderá equiparar à objetiva quando a prestação for infungível.

Isto também dependerá do tipo de obrigação de que se trata, pois se estivermos perante uma obrigação de meios, onde o devedor se compromete a atingir um certo efeito, mas sem se conseguir certificar que este acontecerá, então o devedor será exonerado quer a impossibilidade seja objetiva como subjetiva. Já se o devedor for obrigado (legal ou contratualmente) a conseguir que o efeito se produza, estando assim perante uma obrigação de resultado, então nestes casos apenas a impossibilidade objetiva pode exonerá-lo²⁹.

Por último, para se aplicar o art. 790º do Código Civil, é necessário que a impossibilidade seja definitiva. Citando Galvão Telles, “(...) se a prestação se impossibilita para sempre, a obrigação extingue-se (art. 790º, n.º 1). Se a prestação se impossibilita transitoriamente, a obrigação fica paralisada ou suspensa enquanto o impedimento subsistir (...)”³⁰. Demonstrando-se assim que, a quebra total do vínculo contratual apenas poderá ser consequência de uma impossibilidade absoluta e definitiva. Já na impossibilidade temporária, apesar de poder ter os mesmos efeitos, estes apenas prevalecem enquanto a impossibilidade se mantiver. Após a cessação desta é obrigação das partes retomarem o que havia sido acordado, a menos que o credor tenha perdido, de forma justificada, o interesse na prestação.

É também necessário ter em conta que, nos contratos sinalagmáticos a impossibilidade não gerará apenas a extinção do direito do credor, mas também a extinção de todo o contrato. Sendo que, se uma prestação já tiver sido realizada, esta deve ser restituída³¹, dado que o risco deve ser distribuído por ambas as partes, dando-se assim a extinção recíproca das suas obrigações.

Conclui-se então do que foi até aqui mencionado, que um evento de força maior, devido à sua externalidade, imprevisibilidade e inevitabilidade, irá caber dentro do regime da impossibilidade superveniente presente no Direito português, preenchendo os requisitos do art. 790º do Código Civil. Isto resulta até numa paridade de pressupostos

²⁹ Acontecendo o mesmo nas obrigações de garantia

³⁰ Inocêncio Galvão Telles, *Direito Das Obrigações*, 7. ed., re (Coimbra: Coimbra Editora, 1997), 365.

³¹ Exceto se o credor exercer o seu Direito ao *commodum* de representação (art. 794º Código Civil)

entre a verificação de um evento de força maior e o regime da impossibilidade no ordenamento jurídico nacional.

4. A Força Maior na Legislação Internacional

4.1. Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias

A *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG), em português Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias consagra no seu art. 79º a exoneração da responsabilidade pelo incumprimento contratual com base em acontecimentos exteriores às partes. De forma a dar uma maior abrangência a esta norma, a expressão força maior não foi integrada, para que o âmbito da sua aplicação não ficasse restringida com a inclusão deste termo. Apesar disto, os seus pressupostos e efeitos serão idênticos a esta figura.

Estabelece o art. 79º CISG:

“1 – Uma parte não é responsável pelo não cumprimento de qualquer uma das suas obrigações se provar que o mesmo se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não seria razoável esperar que o considerasse no momento da conclusão do contrato, ou que o evitasse ou ultrapassasse, bem como as respetivas consequências.

2 - Se o não cumprimento por uma parte é consequência do não cumprimento por um terceiro a quem confiou a execução do contrato, no todo ou em parte, essa parte é exonerada da responsabilidade apenas se:

a) For exonerada em virtude do disposto no número anterior; e

b) A pessoa a quem confiou a execução do contrato também for exonerada, se as disposições desse número lhe forem aplicáveis.

3 - A exoneração prevista no presente art. produz efeitos enquanto durar o impedimento.

4 - A parte que não cumpre as suas obrigações tem que notificar a outra parte do impedimento e dos efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir. Se a outra parte não receber a notificação num prazo razoável após a data em que a parte em incumprimento teve ou devesse ter tido conhecimento do impedimento, esta última é responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de receção.

5 - Nada no presente art. impede qualquer parte de exercer qualquer outro direito para além de pedir indemnização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção.”

É evidente, no número 1 e 2 deste artigo, a correspondência dos pressupostos de aplicação da figura da força maior, estabelecendo-se a exoneração de responsabilidade da parte faltosa, caso:

- a) A obstrução ao cumprimento da obrigação tenha sido alheia à sua vontade e controlo;
- b) O facto gerador deste impedimento seja imprevisível e inevitável, de acordo com o critério do homem médio, posto nas mesmas condições e circunstâncias àquelas em que a parte faltosa se encontrava, tal como consta do art. 8º n.ºs 1, 2 e 3 CISG;
- c) O facto relevante teria de impossibilitar totalmente o cumprimento da obrigação, havendo assim umnexo de causalidade entre os dois.

Pode-se concluir, então, que serão essenciais para a aplicação desta norma os seguintes fatores: a imprevisibilidade, a irresistibilidade e a ocorrência do evento independentemente da vontade das partes (à imagem da figura da Força Maior, tal como já evidenciado).

Do texto do número 3 do presente artigo, pode-se notar que a exoneração da responsabilidade por impossibilidade temporária não está afastada, concedendo ao credor, nestes casos, o direito à redução proporcional do preço.

O dever de comunicação presente no número 4, estabelece a necessidade de o devedor atuar de forma diligente, para que o credor não seja surpreendido por um facto que frustrou o vínculo contratual entre ambos. Estaremos então perante um verdadeiro dever

acessório de conduta, que deverá ser respeitado, sob pena de o devedor ser responsabilizado pelo atraso na comunicação.

O número 5 é referente aos efeitos da exoneração, dando-se a hipótese de se ir para além do pedido de indemnização pelos danos causados. Também poderão ser atendidos outros meios como a resolução do contrato, a possibilidade de ser concedida uma prorrogação do prazo para o cumprimento da prestação, ou a redução proporcional do preço estipulado.

4.2. Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais

O diploma agora em análise³², no seu art. 7.1.7, prevê expressamente a figura da Força Maior, concretizando-a da seguinte forma:

“(1) A parte inadimplente isenta-se de responsabilidade se provar que o inadimplemento foi causado por um obstáculo que escapa ao seu controle e que não poderia, razoavelmente, tê-lo levado em conta ao tempo da formação do contrato, ou ter-lhe evitado ou superado as consequências.

(2) Quando o impedimento é apenas temporário, a isenção produz efeitos pelo prazo que for razoável, tendo em vista os efeitos do obstáculo sobre a execução do contrato.

(3) A parte inadimplente deve notificar a outra parte do obstáculo e de seus efeitos sobre sua aptidão para adimplir. Se a notificação não for recebida pela outra parte em prazo razoável, contado a partir do momento em que a parte inadimplente sabia ou deveria ter sabido do obstáculo, essa responderá pelas perdas e danos resultantes da falta do recebimento.

³² “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) constitute a non-binding codification or “restatement” of the general part of international contract law. They provide a balanced set of rules adapted to the special requirements of modern international commercial practice and are designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied.” Em Unidroit, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)” 2016, disponível em <https://www.unidroit.org/contracts>.

(4) As disposições deste art. não impedem que as partes exerçam o direito de extinguir o contrato ou suspender seu adimplemento ou, ainda, reclamar juros sobre o valor devido.”

À imagem da CISG, esta norma dá relevância à imprevisibilidade, irresistibilidade e à externalidade do evento, para que se dê a aplicação da força maior. Reitera-se assim a necessidade de um acontecimento que impede o cumprimento da obrigação que não poderia ser evitado pela parte faltosa, mesmo quando este tivesse sido diligente (até porque não poderia prever tal facto).

Permite-se a produção de efeitos da norma para além da duração do impedimento (tal como acontece na CISG), permitindo que as consequências desencadeadas por tal situação sejam tidas em consideração para efeitos de exoneração. Esta possibilidade deverá ser destacada, pois o facto que origina o incumprimento pode ser de diminuta duração, mas as suas consequências poderão prorrogar-se no tempo. Tome-se por exemplo a explosão numa fábrica, que poderá ter a duração de minutos, mas a consequente paragem obrigatória na produção terá efeitos negativos prolongados, tendo como consequência o incumprimento contratual perante os seus clientes.

Os efeitos da aplicação deste artigo poderão ser de diversa ordem, tal como é possível depreender do número 4. Mas deve ter-se em atenção que a opção pela extinção do vínculo contratual apenas poderá ser empregue se o incumprimento contratual tiver afetado uma estipulação contratual considerada essencial para as partes, tal como estipulado no art. 7.3.1. Para que esta essencialidade se verifique é necessário que:

- a) o incumprimento prive as partes de receber aquilo que fora determinado;
- b) o cumprimento da prestação que se tornara impossível seja essencial ao contrato;
- c) as partes estejam convictas que, futuramente, a prestação não se tornará exequível.

Estamos então perante um princípio que é bastante reconhecido e de notória relevância para o comércio internacional, onde a justiça contratual deve ser alcançada e assegurada. Algo que se pode denotar pela sua consagração em legislação como esta, que regula e orienta as mais variadas relações comerciais mundiais.

5. Força Maior nos Contratos de M&A

Com a evolução da pandemia COVID-19 sentiu-se a chegada de uma crise económica e, conseqüentemente, todas as interrogações que rodeiam as relações contratuais intensificaram-se a um nível que só seria comparável, numa recordação histórica mais contemporânea, à crise financeira de 2008. Toda esta incerteza, que se transpôs inevitavelmente para o mundo dos contratos de M&A³³, trouxe-nos um tempo em que o cumprimento do princípio *pacta sunt servanda* passou a ser a exceção e não a regra.

O primeiro semestre de 2020 apresentou uma queda em Portugal de 23%, relativa aos negócios de Fusões e Aquisições face ao mesmo período no ano de 2019³⁴, algo que atrasou gravemente todo o crescimento que este tipo de negócios tinha vindo a ter em território nacional.

Não se está perante um contrato de execução instantânea, mas sim uma sucessão de negócios jurídicos, o que significa que qualquer impacto negativo se traduzirá num transtorno contínuo que poderá terminar com as longas negociações entre as partes. Por esta razão é que, entre a celebração do contrato (*signing*) e a sua conclusão (*closing*), as partes pretendem adequar a alocação do risco entre eles, perante os obstáculos que, no longo período de tempo associado a estas negociações, podem vir a ser encontrados.

Para acautelar tal adversidade contratual, é habitual estabelecerem-se cláusulas que permitem um equilíbrio relativo à distribuição do risco. Estas podem agrupar-se da seguinte forma³⁵:

- a) Fixação de garantias relativas à situação da sociedade;
- b) Deveres de conduta (*covenants*) do vendedor;
- c) Condições para o *closing* (suspensivas ou resolutivas);
- d) Cláusulas de ajustamento do preço.

³³ Mergers and Acquisitions

³⁴ Alberto Teixeira, “Pandemia Afunda M&A. Fusões e Aquisições Caem 23% No Primeiro Semestre” *Jornal Eco*, 2020, disponível em <https://eco.sapo.pt/2020/07/09/pandemia-afunda-ma-fusoes-e-aquisicoes-caem-23-no-primeiro-semester/>.

³⁵ José Ferreira Gomes, «Contratos de M&A em tempos de pandemia: impossibilidade, alteração das circunstâncias e cláusulas MAC, hardship e força maior», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 19 de Dezembro de 2020.

Dito isto, nos contratos de M&A é habitual as partes estabelecerem este tipo de cláusulas, que serão desenvolvidas e adaptadas consoante o tipo negócio em si, a sua duração, o mercado relevante em que se estará a operar e o risco envolvido.

Em referência às Cláusulas de Força Maior, estas poderão ser genéricas, querendo tal definição significar que a sua aplicação dependerá de conceitos indeterminados, o que resulta em custos de negociação menores, pois esta estará facilitada pela abrangência da cláusula, que acautelará o maior número de eventos possíveis. Por outro lado, teremos o efeito contrário que resultará em maiores custos de *enforcement*, dado que em caso da sua aplicação, a tentativa de correspondência entre o facto que impossibilitou a transação e o seu possível enquadramento no que foi clausulado poderá ser argumentado facilmente pelas partes, dependendo daquilo que lhes é conveniente, travando-se assim uma batalha relativa à alocação do risco. Por oposição, podem ser estipuladas cláusulas de força maior específicas, que terão os efeitos contrários aos referidos, devido à sua vigorosa concretização e atenção ao detalhe, premiando a prevenção de possíveis custos elevados de *enforcement*, apesar de maiores custos de negociação.

O interesse na determinação deste tipo de cláusulas nos contratos de M&A poderá ter como fundamento:

- a) Clarificar situações que exoneram a parte faltosa, aquando um acontecimento que lhe é imprevisível e irresistível;
- b) Ampliar as situações que serão consideradas, para efeitos da relação contratual em causa, como força maior. Na prática, poderão ser acauteladas situações que, por regra, seriam apenas consideradas de excessiva onerosidade;
- c) Afastar situações que normalmente seriam incluídas nesta figura³⁶.

Existem três modelos de Cláusulas de Força Maior que são habitualmente adotados nos contratos de M&A³⁷:

³⁶ Algo que não será considerado como uma renúncia antecipada de um direito que é garantido às partes, mas sim uma repartição das suas obrigações e do risco contratual envolvido. Tudo dependerá de uma interpretação do contrato e da sua teleologia. Em Ana Paz Ferreira Perestelo de Oliveira, “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada,” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Dezembro, 2020.

³⁷ Margaryta Rudnieva, “Cláusula de Força Maior Nos Contratos Internacionais de Compra e Venda” (2018).

- a) Modelo Geral: não fazem qualquer enumeração dos eventos que podem vir a ser considerados força maior. É apenas estipulado que, perante um incidente irresistível e imprevisível, a parte faltosa será exonerada. Formulando-se assim uma cláusula à imagem do art. 79º da CISG, algo que, pela sua abrangência, poderá ser de difícil concretização;
- b) Modelo Aberto: enumera-se de forma geral certos eventos (uma “lista aberta”) que podem ser considerados como força maior, deixando a possibilidade de o faltoso poder invocar outro evento para além dos que constam no contrato, desde que estejam preenchidos os requisitos desta figura. A título de exemplo:

“Strikes, lockouts, labour disturbances, anomalous working conditions, accidents to machinery, delays en route, policies or restrictions of governments, including restrictions on export or import or other licences, war (whether declared ou not), riot, civil disturbances, fire, act of god, or any other contingency whatsoever beyond the control of either party, to be sufficient excuse for any delay ou non-performance traceable to any of these causes.”³⁸.

c) Modelo Fechado: é estabelecida uma lista exaustiva de eventos que as partes poderão invocar, como se fosse um *numerus clausus*. Tudo o que extravase tais acontecimentos não poderá ser causa de exoneração da parte faltosa;

d) Modelo *two-stage force majeure clause*³⁹: dando-se um dos eventos de força maior estipulados no contrato, é permitida à parte faltosa uma prorrogação do prazo para o cumprimento da sua obrigação. Caso o evento se mantenha e, conseqüentemente, o incumprimento, as partes terão o direito de pôr fim ao contrato.

³⁸ Lloyd’s Law Reports, “‘Baltimex’ Baltic Import & Export Company, Ltd. V. Metallo Chemical Refining Company, Ltd.,” 1956, 438–46; Lloyd’s Law Reports, “Sonat Offshore S.A. V. Amerada Hess Development Ltd. And Texaco (Britain) Ltd.,” 145–48.

³⁹ C M Schmitthoff, *Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law* (Springer Netherlands, 1988).

Independentemente do modelo adotado, os seus efeitos serão idênticos: dar-se-á a exoneração da parte faltosa, relativamente à prestação da obrigação que ficou impossibilitada, tendo também como consequência a impossibilidade de o credor poder vir a exigir o cumprimento da obrigação ou uma indemnização pelos danos sofridos. O credor apenas terá a faculdade de, nos contratos bilaterais, exigir a restituição do que já havia prestado, ou exigir o cumprimento parcial da obrigação do devedor que é ainda possível, o que resultará numa redução proporcional da sua contraprestação.

A melhor forma de entender a estrutura e âmbito de uma cláusula de Força Maior será analisá-las de acordo com o instrumento que, ao longo dos últimos anos, terá servido de base para vários contratos internacionais de M&A, o modelo de cláusula de Força Maior formulado pela *International Chamber of Commerce (ICC)*⁴⁰. Este modelo poderá ser adaptado segundo os objetivos e interesses dos negócios em causa. Poderá até ser simplesmente invocado pelas partes por mera remissão expressa no contrato ao modelo em análise, cabendo apenas à parte faltosa o ónus de comprovar que na cláusula caberá realmente a situação que o impossibilitou de cumprir com a sua prestação.

Devido à incerteza trazida pela pandemia e o acrescido risco que lhe advém, a ICC atualizou e modificou a fórmula da sua cláusula de força maior de 2003 para fazer frente à crise vivida nos dias de hoje. Para isto, criou uma cláusula de força maior “detalhada” e outra em denominada “forma curta”, dando pela primeira vez dois modelos pelos quais se pode optar⁴¹.

O primeiro parágrafo da *ICC Force Majeure Clause 2020* dá-nos a definição de força maior da seguinte forma:

⁴⁰ “ICC aims to promote international trade and investment as vehicles for inclusive growth and prosperity. From resolving disputes when they arise in international commerce to supporting global efforts to streamline customs and border procedures, we support multilateralism as the best way to address global challenges and reach global goals. Having witnessed the power of international commerce to lift millions of people out of poverty, today we have our sights set on the future of globalization, working to promote inclusive and sustainable growth to the benefit of all. We work to promote international trade, responsible business conduct and a global approach to regulation by combining our global influence with our unique expertise in advocacy, standard setting activities and global services. In the activities we carry out every day—in our work to support the resolution of commercial disputes, through policy advocacy, in the development of rules and guidelines, in our training courses, and in the delivery of other practical tools and services, we help you adapt to the challenges of trading in today’s fast-paced global economy.” Em International Chamber of Commerce, “Our Mission,” ICC, 2018, disponível em <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/our-mission/>.

⁴¹ Para efeitos desta tese, irá ser analisada a forma “detalhada”. Em International Chamber of Commerce, “ICC Force Majeure Clause,” *ICC Force Majeure and Hardship Clauses* March (2020).

“1. Definition. *Force Majeure* means the occurrence of an event or circumstance (*Force Majeure Event*) that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that the party affected by the impediment (*the Affected Party*) proves:

- a) that such impediment is beyond its reasonable control; and
- b) that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and
- c) that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the Affected Party.”⁴²

Pode-se interpretar desta definição que não será apenas relevante a impossibilidade absoluta, bastará que o impedimento escape à vontade e controlo da parte faltosa para que esta se exonere, mesmo que afete somente parte do contrato. Mas, à imagem da cláusula de 2003, o modelo da ICC não concretiza o que entende por “impedimento”. Ainda assim poderemos afirmar que a onerosidade ou a mera inconveniência não poderão ser incluídas nessa definição, pois o instituto de exclusão da responsabilidade deve ser interpretado de forma restrita, devido à sua aplicação excepcional, tal como referia Lima Pinheiro nas suas anotações relativas à anterior cláusula-modelo da ICC⁴³.

O segundo parágrafo regula o inadimplemento de terceiros:

“2. Non-performance by third parties. Where a contracting party fails to perform one or more of its contractual obligations because of default by a third party whom it has engaged to perform the whole or part of the contract, the contracting party may invoke Force Majeure only to the extent that the requirements under paragraph 1 of this Clause are established both for the contracting party and for the third party.”⁴⁴

⁴² International Chamber of Commerce, “ICC Force Majeure Clause.”.

⁴³ Luís Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional: Contratos Comerciais Internacionais; Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias; Arbitragem Transnacional* (Coimbra: Almedina, 2005), 234.

⁴⁴ International Chamber of Commerce, “ICC Force Majeure Clause.”.

Estando preenchidos os requisitos estabelecidos no parágrafo anterior, o incumprimento de um terceiro que resulte diretamente no incumprimento de uma das partes pela relação contratual entre estas, poderá exonerar a parte contratante afetada.

As anotações da *ICC* relativas ao parágrafo anterior referem que, face ao incumprimento por terceiro, deverá também ser comprovado que as presunções relativas aos acontecimentos que são considerados como Força maior estão demonstradas, aplicando-se desta forma o parágrafo seguinte da *ICC*.

O Diploma em análise prevê uma enumeração dos eventos que podem, em regra, ser qualificados como Força maior:

“3. Presumed Force Majeure Events. In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions (a) and (b) under paragraph 1 of this Clause, and the Affected Party only needs to prove that condition (c) of paragraph 1 is satisfied:

a) war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive militar mobilisation;

b) civil war, riot, rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy;

c) currency and trade restriction, embargo, sanction;

d) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation;

e) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event;

f) explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy;

g) general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.”⁴⁵

⁴⁵ International Chamber of Commerce, “ICC Force Majeure Clause.”.

Ocorrendo um dos eventos presentes nesta lista, dá-se uma inversão do ónus da prova, cabendo à contraparte demonstrar que o impedimento estava dentro do controlo da parte faltosa. Apesar disto, a parte incumpridora continuará a ter de provar que não poderia ter evitado o incumprimento, mesmo que o evento seja presumidamente considerado exterior à sua vontade e que não poderia tê-lo conjeturado.

Não poderá então haver uma exoneração automática através da invocação de um destes eventos. Todos os pressupostos do primeiro parágrafo terão, obrigatoriamente de estar preenchidos, caso contrário a parte lesada terá direito a ser indemnizada pelos danos sofridos pelo não cumprimento do contrato.

A *ICC* refere que as partes têm toda a liberdade para excluir ou introduzir novos elementos na lista presente neste parágrafo, adaptando-a às suas situações específicas e possíveis eventualidades que poderão surgir a cada caso em concreto. Pode-se então concluir que a *ICC* adotou o anteriormente referido Modelo Aberto, pois apesar de listar os eventos caracterizáveis como força maior, não o faz de forma perentória, estabelecendo apenas presunções de que poderão ou não as partes recorrer.

Na ocorrência de uma destas eventualidades, será necessário proceder-se à notificação da contraparte, tal como estipula o quarto parágrafo:

“4. Notification. The Affected Party shall give notice of the event without delay to the other party.”

A exoneração apenas terá efeitos no momento da receção da notificação pela contraparte, o que incentivará a que a parte faltosa cumpra o seu dever de comunicação, de forma a manter e respeitar a boa-fé contratual, que nunca deverá ser afetada mesmo perante um evento de força maior.

No parágrafo 5 referem-se as consequências e efeitos da aplicação desta cláusula, que terá os seus efeitos proporcionalmente reduzidos em caso de inadimplemento parcial, tal como consta do parágrafo 6:

“5. Consequences of Force Majeure. A party successfully invoking this Clause is relieved from its duty to perform its obligations under the Contract and from any liability in damages or from any other contractual remedy for breach of contract, from the time at which the impediment causes inability to

perform, provided that the notice thereof is given without delay. If notice thereof is not given without delay, the relief is effective from the time at which notice thereof reaches the other party. The other party may suspend the performance of its obligations, if applicable, from the date of the notice.

6. Temporary impediment. Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the consequences set out under paragraph 5 above shall apply only as long as the impediment invoked prevents performance by the Affected Party of its contractual obligations. The Affected Party must notify the other party as soon as the impediment ceases to impede performance of its contractual obligations.

7. Duty to mitigate. The Affected Party is under an obligation to take all reasonable measures to limit the effect of the event invoked upon performance of the contract.”⁴⁶

É deste modo determinado que, aplicando-se esta cláusula, dois efeitos lhe sucedem: a suspensão e conseqüente isenção do cumprimento da obrigação contratual e, em segundo lugar, a exoneração de indemnizar a contraparte pelos danos sofridos. Os mesmos efeitos serão aplicáveis à impossibilidade temporária, mas estes durarão apenas enquanto o evento impossibilitar a obrigação.

É imperativo que, apesar da exoneração, a parte afetada não se liberte totalmente dos seus deveres contratuais, tendo de aliviar os efeitos perniciosos que o evento provocou, pois o inadimplemento, apesar de ser a consequência mais gravosa, não será a única que influenciará a relação contratual. Ou seja, apesar de haver uma exceção justificada ao cumprimento das obrigações, todos os outros deveres contratuais, que ainda possam ser saciados, devem ser obedecidos.

Por fim, teremos de analisar dois parágrafos que orientam o desfecho da aplicação desta cláusula-modelo:

“8. Contract termination. Where the duration of the impediment invoked has the effect of substantially depriving the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract, either party has the right

⁴⁶ International Chamber of Commerce, “ICC Force Majeure Clause.”

to terminate the contract by notification within a reasonable period to the other party. Unless otherwise agreed, the parties expressly agree that the contract may be terminated by either party if the duration of the impediment exceeds 120 days.⁹

9. Unjust enrichment. Where paragraph 8 above applies and where either contracting party has, by reason of anything done by another contracting party in the performance of the contract, derived a benefit before the termination of the contract, the party deriving such a benefit shall pay to the other party a sum of money equivalent to the value of such benefit.”⁴⁷

Aplicando-se a cláusula aquando da verificação de todos os seus requisitos, é dada a ambas as partes a opção de se resolver o contrato, estipulando-se agora um prazo de 120 dias, que não estava previsto na versão anterior. Este prazo poderá atestar que a cláusula-modelo da ICC poderá ser também caracterizada como um Modelo *two-stage force majeure clause*, pois estabelece um período razoável e suplementar entre o impedimento verificado e a resolução do contrato, numa tentativa de salvaguardar a plenitude do vínculo contratual.

O nono parágrafo prevê a aplicação do regime do enriquecimento sem causa, à imagem do que é referido no art. 795º, n. 1º do Código Civil. Assim, a parte que tenha obtido algum benefício face ao cumprimento de alguma das prestações que estavam relacionadas com o contrato resolvido, deverá restituí-las, de modo a restabelecer a posição em que as partes estavam antes da sua celebração.

5.1 Aplicabilidade das Cláusulas de Força Maior à Pandemia COVID-19

A aplicabilidade das cláusulas de força maior, em sede da pandemia vivida atualmente, dependerá da composição da cláusula em causa. Claramente que se o contrato definir expressamente “pandemia” como um evento que se presume como força maior, a sua aplicabilidade estará facilitada, mas não se poderá olvidar que os pressupostos desta figura terão de estar preenchidos. Quer isto dizer, como anteriormente analisado, que a

⁴⁷ International Chamber of Commerce, “ICC Force Majeure Clause.”.

possível enumeração de eventos que a cláusula de força maior poderá integrar e a ocorrência de um deles não se traduz, automaticamente, na exoneração da responsabilidade da parte faltosa.

Quer estejamos perante uma cláusula que refere especificamente “pandemia” ou apenas caracterize os eventos de força maior de forma genérica, todos os seguintes requisitos terão de estar verificados⁴⁸: 1) Externalidade; 2) Inevitabilidade; 3) Imprevisibilidade; 4) Causalidade.

O primeiro requisito é obviamente cumprido, pois nenhuma das partes poderá ser causa de tamanho evento. Assim, a circunstância causadora da impossibilidade (a pandemia) não se deve a qualquer ato ou omissão de nenhum destes. O segundo e o terceiro requisito estão, na maioria das vezes, interligados e deverão ser analisados em conjunto, pois apesar da possível inevitabilidade da Pandemia COVID-19, esta poderia, ainda assim, ser prevista e acautelada pelas partes.

A questão que deverá ser colocada é a seguinte: para que houvesse tal previsibilidade, seria suficiente a possibilidade de surgir uma (qualquer) pandemia, ou seria necessário surgir uma pandemia causada pelo novo coronavírus⁴⁹?

Um estudo alemão de 2013 considerou uma pandemia como um acontecimento “condicionalmente provável”⁵⁰ (“bedingt wahrscheinlich”), pois é um evento que, estatisticamente, poderia ocorrer uma vez a cada período de 100 a 1000 anos. Na verdade, nos últimos anos várias pandemias e surtos afetaram o quotidiano internacional, como a Gripe das Aves, Gripe A, Ébola, entre outras. Poder-se-ia então questionar se uma pandemia seria realmente um evento conjecturável.

Ainda assim, o estudo alemão refere que a pandemia COVID-19 não poderia verdadeiramente ser previsível, dado que ninguém poderia antecipar quando e onde esta iria ocorrer. Querendo isto dizer que as partes teriam de estar num estado de constante alerta, algo que iria estrangular completamente os mercados internacionais.

⁴⁸ Klaus Peter Berger and Daniel Behn, “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona” *SSRN Electronic Journal*, 2020, 1–52, disponível em <https://doi.org/10.2139/ssrn.3575869>.

⁴⁹ Christian Twigg-Flesner, “A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or What?” 2020.

⁵⁰ Berger and Behn, “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona.”

Para que um evento seja caracterizável como imprevisível, este teria de ser tão improvável que as partes não sentiriam a necessidade de o acautelar. Mas a magnitude do seu impacto seria tal, que se este fosse mais provável de acontecer, as partes pretenderiam tê-lo acautelado. Ora, apesar dos antecedentes, uma pandemia como a COVID-19, na sua imensa extensão, nunca tinha sido experienciada pela maioria dos cidadãos. Nenhum dos surtos já referidos tiveram o impacto do novo coronavírus. Por isso, se o próprio evento era praticamente único na história mais recente, também as suas consequências não poderiam ser conhecidas, daí a sua imprevisibilidade.

Ainda assim, a imprevisibilidade não pode descurar a demonstração do evento como inevitável⁵¹. Para isto, a parte faltosa poderá ter de demonstrar, em concreto, alguns dos seguintes factos: 1) a escassez de tempo para fazer frente ao impacto negativo da pandemia; 2) a inexistência de meios alternativos de execução da prestação; ou 3) o aumento exponencial dos custos (de capital ou não) para dar cumprimento aos seus deveres contratuais.

Deverá ainda ter-se em conta outro fator externo que poderá auxiliar a demonstração da inevitabilidade: as medidas governamentais relacionadas com a quarentena obrigatória e o *lockdown* imposto a inúmeros negócios. Algo que travou totalmente várias cadeias de produção e impossibilitou o cumprimento das mais variadas obrigações contratuais. Poderá até considerar-se que estas medidas são em si um evento de força maior, pois são fatores externos às partes, que estas não poderiam (muitas das vezes) prever ou evitar.

Comprovando-se os três requisitos referidos, faltará apenas a verificação do último: que a pandemia seja condição *sine qua non* da impossibilidade e, conseqüentemente, do incumprimento do negócio jurídico. A demonstração deste requisito dependerá do caso concreto, não podendo avaliar-se em abstrato a verificação do nexo de causalidade.

Para se dar a exoneração da responsabilidade da parte faltosa, terá de ser esta a comprovar todos os requisitos indicados, aplicando-se desta forma o princípio de direito internacional *actori incumbit onus probatio*⁵².

⁵¹ Tal como vimos na cláusula-modelo ICC 2020, apesar de se dar um dos eventos listados no seu parágrafo 3, as partes terão ainda de demonstrar que, apesar de todos os esforços e precauções, os efeitos que impossibilitaram o cumprimento da obrigação se dariam.

⁵² “Since Force majeure is a defense invoked by the non-performing party, this distribution of the burden of proof follows from another transnational legal principle: “actori incumbit onus probatio”. This

Concretizando, a aplicação destes requisitos aos contratos de M&A é de difícil realização, devido à assimetria de risco e de informação, bem como pela longa duração de todo o processo negocial, como previamente aludido. Por isso, a negociação destes contratos deve acautelar o maior número possível de eventos (de força maior) que possam frustrar o seu fim. Resta então saber se os atuais e/ou pendentes contratos internacionais de M&A preveem ou podem vir a prever a Pandemia COVID-19 como um acontecimento de Força Maior.

Para o presente efeito, ter-se-á em conta um estudo⁵³ que analisa a linguagem de Cláusulas *Material Adverse Change* (Cláusulas MAC) em Contratos de M&A por todo o globo, desde 2003 a 2020, e que se traduz numa análise de 1.702 cláusulas MAC ao longo destes 17 anos⁵⁴.

As Cláusulas MAC garantem a possibilidade de modificação ou de resolução do contrato em caso de se dar um efeito material adverso, que impossibilite o cumprimento da prestação entre o *signing* e o *closing* das negociações nos contratos de M&A.

De acordo com a jurisprudência norte-americana, para que este efeito se dê⁵⁵:

- a) A materialidade das suas consequências deve afetar substancialmente a capacidade da sociedade-alvo⁵⁶;
- b) Os seus efeitos terão de se projetar por um “período razoável do ponto de vista comercial”⁵⁷;

distribution of the burden of proof is another reason for the restrictive application of the force majeure doctrine: In those not infrequent cases in which the exact cause of the supervening external event cannot be established, a court or arbitral tribunal will typically not allow the force majeure defense to succeed.”, em Berger e Behn, «Force Majeure and Hardship in the Age of Corona», 34.

⁵³ Matthew Jennejohn, Julian Nyarko, and Eric L. Talley, “COVID-19 As a Force Majeure in Corporate Transactions” *SSRN Electronic Journal*, 2020, 1–11, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3577701>.

⁵⁴ “To take on this question, we updated a data set that we had previously collected and cleaned, consisting of announced transactions and meta information associated with the deals (all drawn from FactSet). The combined volume of the deals is around 10 trillion USD. The dataset covers acquisitions in two dozen distinct industries for deals spanning the years 2003 through the end of 2020, thus providing a broad view of over fifteen years of market practice (including, importantly, the financial crisis). In all, our data set consists of 1702 MAE provisions over an 18-year time span (including about 80 of relatively larger deals representing around \$250 billion).” Em Jennejohn, Nyarko, and Talley.

⁵⁵ Ferreira Gomes, “Contratos de M&A em tempos de pandemia: impossibilidade, alteração das circunstâncias e cláusulas MAC, hardship e força maior,” 381–83.

⁵⁶ A redução dos lucros da sociedade-alvo em 40% ou valor superior pode ser considerado uma alteração material adversa, tal como decidido em Delaware Chancery Court, “Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG” *C.A. No. 2018-0300-JTL*.

⁵⁷ Court of Chancery of Delaware, “In Re IBP, Inc., Shareholders Litigation.”

c) As partes teriam de desconhecer os eventos que provocaram a alteração material adversa.

As cláusulas MAC podem ser diferenciadas das cláusulas de força maior pelo simples facto de estas poderem ser invocadas a qualquer momento, enquanto as cláusulas MAC poderão apenas ser aproveitadas entre o momento do *signing* e do *closing*, garantindo que

“no momento da execução e de produção de efeitos do contrato assinado, se verifica a equivalência contratualmente desejada de riscos e de benefícios. ou seja, definido o regulamento negocial, prevê-se que, perante determinadas mudanças, o contrato não será concluído ou sê-lo-á com conteúdo diferente”⁵⁸.

Apesar disto, é recorrente que as cláusulas MAC inseridas nos contratos de M&A sejam consideradas verdadeiras Cláusulas de Força Maior, não só pelos mesmos efeitos que ambas produzem, mas pela própria configuração dos eventos que normalmente são estipulados, que muitas das vezes são eles próprios verdadeiros casos de força maior. Daqui decorre que, para certos autores (como Peter Berger e Esther Filgert), as duas cláusulas referidas sejam idênticas.

Esclarecida esta equiparação entre os dois tipos de cláusulas, voltaremos à análise do estudo já referido, para que possamos perceber o estado atual dos contratos de M&A e a sua possível prevenção face à pandemia vivida.

Começa-se por analisar que eventos são excluídos para efeitos destas cláusulas presentes nos contratos de M&A, os chamados *carve-outs*⁵⁹.

A figura abaixo inclui (a vermelho) os *carve-outs* formulados de forma genérica e, em concreto, aqueles que referem expressamente “pandemia” ou termo equivalente (a azul):

⁵⁸ Ana Perestelo de Oliveira, “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada,” 69.

⁵⁹ Os *carve-outs* são os eventos excluídos pelas partes que não poderão ser invocados como causa justificadora do incumprimento do contrato, tendo assim, a parte faltosa, de assumir os riscos e os encargos da sua prestação.

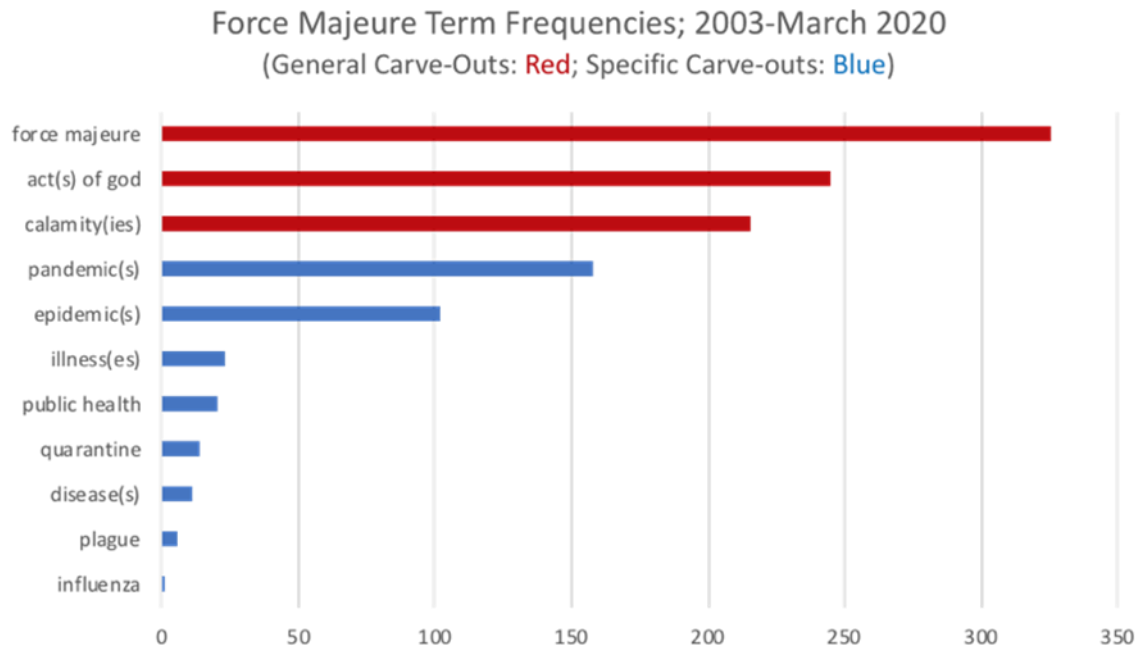


Figura 1 – Frequência do uso do termo de “Força Maior”. Comparação dos termos gerais e específicos referentes a *carve-outs*.⁶⁰

Apenas 30% dos contratos de M&A analisados contêm *carve-outs* específicos que poderão, de uma forma mais incisiva, excluir a Pandemia COVID-19. Para os restantes, este evento poderá ainda ser invocado e argumentado pelas partes, dependendo assim de uma análise casuística e interpretativa.

No cômputo geral, a possível exclusão do COVID-19 parece ser uma pequena parte (ainda que considerável) dos *carve-outs* analisados, tal como podemos verificar pelos seguintes gráficos:

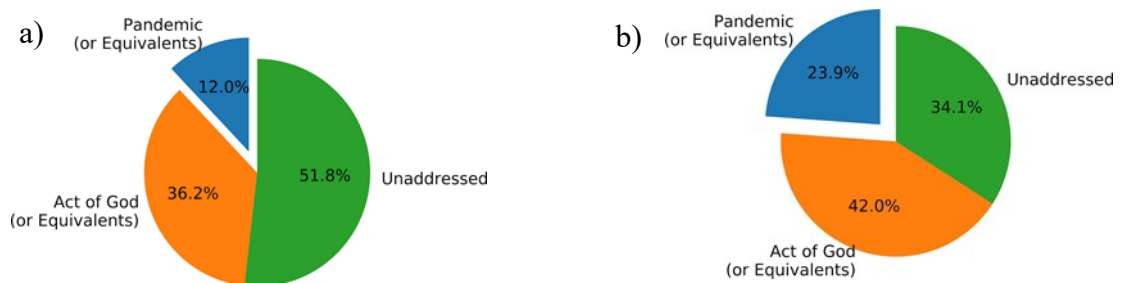


Figura 2 - a) Contratos de M&A (2003-2020) e b) Contratos de M&A Pendentes (a 26/3/2020)⁶¹

⁶⁰ Jennejohn, Nyarko, and Talley, “COVID-19 As a Force Majeure in Corporate Transactions,” 4.

⁶¹ Jennejohn, Nyarko, and Talley, 4.

Dos três gráficos analisados podemos concluir que a maioria dos contratos, ao longo dos 17 anos em análise, não mencionam qualquer exclusão específica relacionada com pandemias. Apesar disto, quando analisados apenas os contratos pendentes à data do estudo, verifica-se um aumento dos *carve-outs* estipulados, o que demonstra que ao longo dos anos, as partes têm diminuído os eventos que podem resultar na aplicação das cláusulas MAC. O mesmo pode ser comprovado pelos seguintes gráficos:

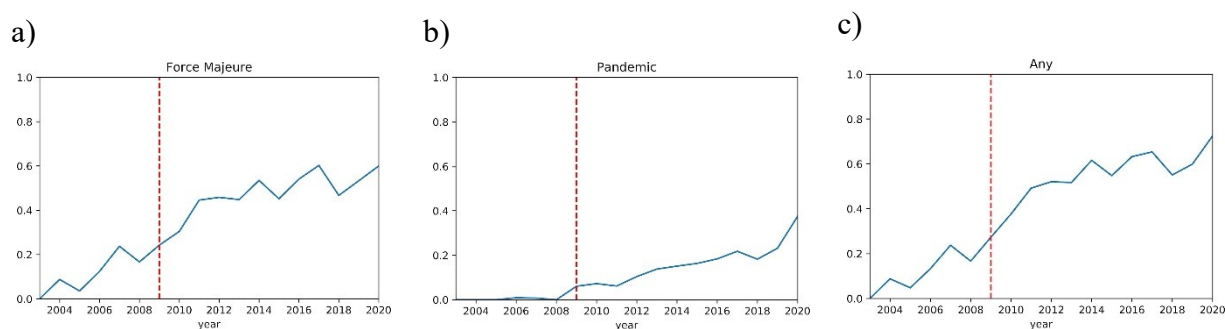


Figura 3 – a) - *Carve-outs* relativos a Força maior, b) - *Carve-outs* relativos a pandemias, c) - *Carve-outs* gerais ⁶²

Está assim demonstrado o aumento de *carve-outs* clausulados nos contratos de M&A, aumento este que pode ser justificado por vários fatores, nomeadamente a crise financeira que se instalou globalmente em 2008/2009. Este aumento poderá também dever-se às pandemias que se verificaram ao longo dos últimos anos, como a Gripe A (que se desenvolveu por volta do ano 2009), a Gripe das Aves (meados de 2005), Ébola (2014) e até outras estirpes de coronavírus, sendo assim perceptível o aumento exponencial dos *carve-outs* relativos a pandemias de 2008 em diante.

Tudo isto se traduz numa alocação do risco para a esfera do comprador, algo que transtorna o equilíbrio contratual. Adicionalmente, este tipo de negócios jurídicos comporta, desde logo, uma assimetria informativa, pois o comprador não conseguirá conhecer totalmente a empresa-alvo. Consequentemente, os seus custos de transação serão superiores quando comparados aos do vendedor, afetando mais ainda o equilíbrio contratual.

⁶² Jennejohn, Nyarko, and Talley, 5.

Apesar disto, grande parte dos contratos preveem uma cláusula que mitiga os factos realmente contraproducentes referidos no parágrafo anterior, estabelecendo que, apesar de os tais eventos excluídos não poderem ser invocados, dar-se-á uma exceção quando estes afetem de forma desproporcional a empresa-alvo⁶³. Assim, restabelece-se o equilíbrio contratual ao transformar-se estes *carve-outs* em *carve-ins* caso haja uma quebra acentuada do seu valor.

Este tipo de *carve-in* é frequentemente utilizado, tal como pode ficar demonstrado pelo seguinte gráfico onde se compara, a verde, a existência (ou não) de *carve-ins* por efeitos desproporcionais relativos a cláusulas que contenham pandemias (ou equivalente) ou eventos de força maior (ou equivalentes) nos seus contratos:

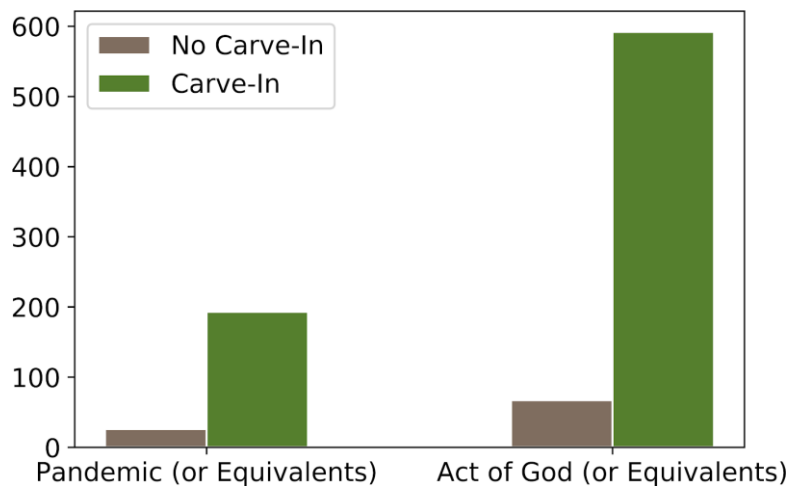


Figura 4 – comparação entre a existência (ou não) de *carve-ins* por efeitos desproporcionais relativos a cláusulas que contenham pandemias (ou equivalente) ou eventos de força maior (ou equivalentes) nos seus contratos ⁶⁴

Sendo o regime da exclusão da responsabilidade da parte faltosa uma solução excecional e de última *ratio*, este modo de formulação das cláusulas em análise poderá ser o mais indicado, pois a extensa inclusão de eventos que poderiam desencadear a exoneração de uma das partes poderia traduzir-se num escape demasiado acessível. Isto banalizaria a utilização deste regime, que deveria apenas ser utilizado residualmente, devendo primar-se pelo cumprimento contratual. Por isso, se a exclusão (*carve-out*) destes eventos poderia acarretar uma certa injustiça, por outro lado a sua inclusão sem

⁶³ Os habitualmente chamados Disproportional Effects Carve-In.

⁶⁴ Jennejohn, Nyarko, and Talley, 6.

mais, poderia também frustrar o equilíbrio contratual, daí que o *carve-in* por efeitos desproporcionais seja a simetria desejada por ambas as partes.

Outra questão que deve ser analisada é se as cláusulas MAC que incluem (*carve-in*) eventos de força maior ou outras definições igualmente gerais podem compreender a Pandemia COVID-19. Para isto, no estudo em questão, foram apuradas as vezes em que palavras específicas relacionadas com pandemias foram integradas nas definições de termos mais gerais (por exemplo como “eventos de força maior”) e as vezes em que as palavras específicas relacionadas com pandemias aparecem de forma autónoma:

Venn Diagram of Target MACs Addressing Coronavirus

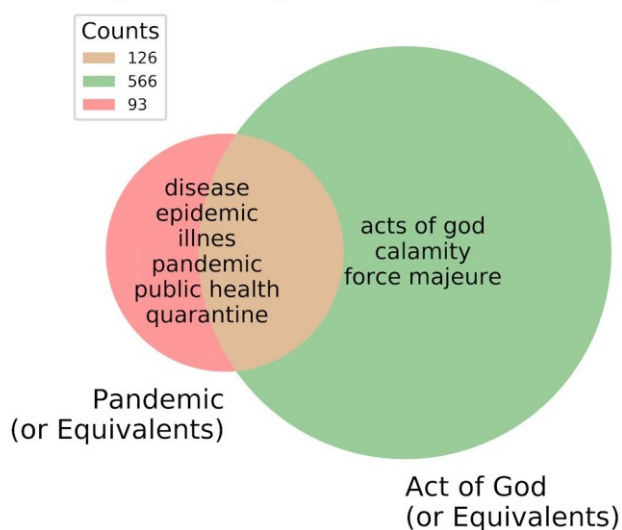


Figura 5 – Diagrama de Venn das Cláusulas MAC que potencialmente referem o COVID-19 ⁶⁵

Quando é expressamente referido um evento em específico relacionado com pandemias (a rosa), cerca de 50% dessas referências ocorrem como um exemplo de uma definição geral de força maior e a outra metade autonomamente.

Poder-se-ia interpretar destes dados que, pelo facto de grande parte das cláusulas MAC conterem na sua definição eventos específicos como pandemias ou relacionados com estas, poderia dizer-se que caso não haja tais referências em concreto, a COVID-19 não poderá ser usada como um acontecimento que exonere a parte faltosa. Apesar disto, o estudo interpreta de forma contrária a informação retirada, dizendo que as cláusulas onde apenas se inclui uma definição abrangente de Força Maior não podem excluir pandemias, devido ao impacto que poderia ter e às consequências negativas que poderiam advir para

⁶⁵ Jennejohn, Nyarko, and Talley, 7.

os contratos⁶⁶, daí que essa interpretação radical não possa ser acolhida perante uma fundamentação tão débil.

Pode-se concluir do presente estudo que, apesar de haver a exclusão de determinados eventos, onde se pode incluir a COVID-19, na sua grande maioria os contratos de M&A estarão preparados para acautelar tais situações e para restabelecer o equilíbrio entre as partes, que poderá ter sido afetado pela pandemia. Mas, ainda assim, o espaço de manobra que advém de cláusulas abertas ou de cláusulas que podem levantar dúvidas interpretativas, através dos *carve-outs* analisados, pode gerar várias incertezas, e a litigância passível de ocorrer pode frustrar a execução de importantes negociações.

Deve-se também ter em atenção que os contratos de M&A (apesar de pouco provável) poderão não conter qualquer cláusula que acautele a quebra justificada do vínculo contratual aquando da ocorrência de um evento que o justificaria, o que poderá levar a que as partes recorram a outros institutos do Direito. Não se deverá esquecer que serão inúmeras as normas que poderão revelar-se proveitosas (como os já analisados Princípios UNIDROIT ou a CISG) e os instrumentos de Direito interno, com grande relevância nestes casos, como o regime da alteração das circunstâncias e o próprio regime da impossibilidade.

⁶⁶ Jennejohn, Nyarko, and Talley, 7.

6. Conclusão

A configuração da Pandemia COVID-19 como um evento de Força Maior releva como uma caracterização acertada. Todos os pressupostos desta figura parecem estar preenchidos perante este evento, devido à sua externalidade, imprevisibilidade e inevitabilidade. A pandemia causada pelo novo coronavírus não tem quaisquer antecedentes para a vida contemporânea e qualquer medida para combater os seus impactos não poderia seguir quaisquer exemplos, nem ter sido estudada previamente, devido ao avanço inesperado desta ocorrência.

Os contratos não poderiam ter acautelado tal situação, nem a magnitude das suas consequências. Assim sendo, não pode ser imputado às partes o incumprimento devido a causas relacionadas com a pandemia. Se assim fosse, a confiança e a segurança jurídica não estariam asseguradas e o balanço entre os direitos e deveres das partes estariam totalmente desequilibrados, pois o peso das obrigações penderia para a parte faltosa, sem que nenhuma culpa lhe pudesse ser apontada. É perante estes casos que a balança do Direito deve atuar, e será também sob esses que figuras como a Força Maior devem ser empregues, para proteger a parte mais fraca: o prestador faltoso, mas não culposos.

Apesar disto, a Força Maior é um conceito indeterminado que poderá sempre gerar debate quanto à possibilidade de a Pandemia COVID-19 ser realmente integrada dentro desta figura, e se os contratos o permitem de tal forma. Tudo dependerá de uma análise casuística a dois níveis, em primeiro lugar a da formulação da cláusula em si e dos eventos que aí estão incluídos e, em segundo lugar, a do impacto que a Pandemia COVID-19 pode ter tido ou pode vir a ter no negócio em si e nas partes envolvidas na negociação. Nos contratos de M&A, esta análise não é diferente, tendo sempre de haver uma profunda examinação do contrato e um exaustivo exercício interpretativo, pois tal como anteriormente referido, as cláusulas inseridas nestes contratos podem ser de difícil apreensão. Mesmo perante casos em que o evento “pandemia” esteja incluído nas cláusulas, a aplicação e concretização dos seus efeitos terá ainda de passar por diversos testes e pela verificação de diferentes requisitos.

Em última análise o equilíbrio contratual, perante um evento como a pandemia COVID-19, deve ser garantido e o sinalagma genético deve ser conservado. Qualquer extrapolação deste equilíbrio importará a obrigação de se restabelecer a paridade entre as

partes. A integridade da relação contratual não se alcança apenas com a concretização do contrato, mas também com a possibilidade de as partes terem meios ou capacidade para tal concretização. A partir do momento em que uma se encontra impossibilitada de prestar, por causas que não lhe são imputáveis, a justiça deve intervir para que a integridade do contrato seja restabelecida.

7. Bibliografia

- Almeida Costa, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. Almedina, 2014.
- Antunes Varela, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. 2. 7. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1999.
- Berger, Klaus, and Daniel Behn. “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study.” *McGill Law Journal.*, 2020.
- Brandão Proença, José Carlos. *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento Das Obrigações*. 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- California Supreme Court. “Mineral Park Land Co. v. Howard.” *156 P. 458 (Cal. 1916)*. 1916.
- CCPIT. “CCPIT Issues Force Majeure Certificates to Foreign-Funded Enterprises to Cope with the Epidemic.” CCPIT News, 2020.
- Coelho da Rocha, M. *Instituições de Direito Civil Portuguez*. Vol. 8ª edição, 1917.
- Court of Appeal. “J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V.” 1990.
- Court of Chancery of Delaware. “In Re IBP, Inc., Shareholders Litigation.” 2001.
- Delaware Chancery Court. “Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG.” *C.A. No. 2018-0300-JTL*. 2018.
- Ferreira Borges, José. *Codigo Commercial Portuguez*, 1856.
- Ferreira Gomes, José. “Contratos de M&A em tempos de pandemia: impossibilidade, alteração das circunstâncias e cláusulas MAC, hardship e força maior.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Dezembro 2020.
- Galvão Telles, Inocêncio. *Direito Das Obrigações*. 7. ed., re. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- House of Lords. “Davis Contractos Ltd. v. Fareham Urban District Council.” 1956.
- House of Lords. “James B Fraser & Co Ltd v Denny, Mott & Dickson Ltd.” 1945.

- House of Lords. “National Carriers Ltd v Panalpina (Northern).” 1980.
- International Chamber of Commerce. “ICC Force Majeure Clause.” *ICC Force Majeure and Hardship Clauses* March (2020).
- International Chamber of Commerce. “Our Mission.” ICC, 2018, International Chamber of Commerce, “Our Mission,” ICC, 2018, <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/our-mission/>.
- Jackson, Nicola. “Taylor v Caldwell (1863) 3 B & S 826.” In *Essential Cases: Contract Law*. Oxford University Press, 1863.
- Jennejohn, Matthew, Julian Nyarko, and Eric L. Talley. “COVID-19 As a Force Majeure in Corporate Transactions.” *SSRN Electronic Journal*, 2020, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3577701>.
- de Oliveira Ascensão, José, “Onerosidade Excessiva Por Alteração Das Circunstâncias - Revista Da Ordem Dos Advogados, 2005”
- Kaser, M. *Direito Privado Romano*. Manuais Universitários. Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- Legal Information Institute. “§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.” Uniform Commercial Code, <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-615>
- Lima Pinheiro, Luís. *Direito Comercial Internacional: Contratos Comerciais Internacionais; Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias; Arbitragem Transnacional*. Coimbra: Almedina, 2005.
- Lloyd’s Law Reports. “‘Baltimex’ Baltic Import & Export Company, Ltd. V. Metallo Chemical Refining Company, Ltd.,” 1956.
- Lloyd’s Law Reports. “Sonat Offshore S.A. V. Amerada Hess Development Ltd. And Texaco (Britain) Ltd.” 1988.
- Menezes Cordeiro, António. “Tratado Direito Civil, Vol. IX, Direito das Obrigações”, Almedina, 2019.
- , “Da Boa Fé no Direito Civil, vol. II”, Livraria Almedina – Coimbra, 1984.

- Perestelo de Oliveira, Ana Paz Ferreira. “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Dezembro 2020.
- Prata, Ana Maria Correia Rodrigues e Jorge Francisco de Carvalho Melo. *Direito civil - Processo civil - Organização judiciária. Dicionário Jurídico*. 5. ed., ac. Coimbra: Almedina, 2011.
- République Française. “Déclaration de M. Bruno Le Maire, Ministre de l’économie et Des Finances, Sur l’impact Économique de l’épidémie de COVID-19 et Les Mesures de Soutien En Faveur Des Entreprises”, <https://www.vie-publique.fr/discours/273763-bruno-le-maire-28022020-coronavirus> 2020.
- Rudnieva, Margaryta. “Cláusula de Força Maior Nos Contratos Internacionais de Compra e Venda”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.
- Santos Justo, A Dos. *Direito Privado Romano - Vol. II: Direito Das Obrigações*. COIMBRA PORTUGAL, 2019.
- Schmitthoff, C M. *Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law*. Springer Netherlands, 1988.
- Teixeira, Alberto. “Pandemia Afunda M&A. Fusões e Aquisições Caem 23% No Primeiro Semestre.” *Jornal Eco*, <https://eco.sapo.pt/2020/07/09/pandemia-afunda-ma-fusoes-e-aquisicoes-caem-23-no-primeiro-semester/>, 2020.
- Twigg-Flesner, Christian. “A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or What?”, University of Warwick - School of Law , 2020.
- Unidroit. “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC),” 2016.
- United States Court of Appeals Second Circuit. “United States v. General Douglas MacArthur Senior Village, Inc.” 1974.

Walter, Paula. "Commercial Impracticability in Contracts." *St. John's Law Review* Volume, 1987.

Williams, Tyrrell. "Restatement of the Law of Contracts of the American Law Institute, Sections 512-525, with Missouri Annotations." *Washington University Law Review*, 1933.