

CLÁUSULAS DE PREÇO FIXO, DE AJUSTAMENTO DE PREÇO E DE ALTERAÇÃO MATERIAL ADVERSA (“MAC”) E CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR —

Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos

Por Catarina Monteiro Pires()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Cláusulas de preço fixo, cláusulas de ajustamento do preço, cláusulas de alteração material adversa (“MAC”) e risco de desequilíbrio contratual em contratos prolongados. **3.** Cláusulas de força maior e risco de maiores despesas.

Na progressão, nenhum sistema judiciário poderia suportar a avalanche de processos que surgiriam. Não é desejável a judicialização da vida corrente: só casos patológicos devem ser trazidos a juízo. A segurança jurídica obsta a que sobre todas as relações da vida pare a ameaça de apreciação judicial, por invocação de alteração de circunstâncias⁽¹⁾.

1. Introdução

1. A pandemia trouxe consigo várias perturbações na execução de contratos. Na lei, e em particular no Código Civil, vários são os institutos

(*) Doutora em Direito e Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

(1) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”*, ROA, ano 65, 2005, p. 625 ss.

que podem resolver muitas dessas perturbações e os desequilíbrios por elas gerados. Há ainda um conjunto amplo de diplomas emergenciais, de cariz excecional, por vezes a acrescentar meios de reação aos que resultam da lei geral, em particular no que respeita à distribuição de riscos contratuais.

No mês de março de 2020, estavam pendentes variados negócios de aquisição de empresas com contratos já assinados, em marcha diversas empreitadas comerciais, em curso muitos contratos de fornecimento comerciais, entre outros negócios. Vários desses contratos terão contemplado cláusulas relevantes para determinar a quem pertencem os riscos resultantes das contingências trazidas pela pandemia. Ora, no presente artigo, pretendemos analisar não os institutos legais, sobre os quais já nos debruçámos, antes⁽²⁾ e depois da pandemia⁽³⁾, mas precisamente certas cláusulas contratuais comerciais típicas com influência, direta ou indireta, na distribuição de riscos contratuais, em particular em dois riscos específicos: desequilíbrio contratual e de dispêndios perante uma impossibilidade temporária.

2. Restringiremos a nossa análise a contratos comerciais, tendo em mente a realidade de acordos negociados sem indícios de assimetrias informativas de base, sendo as partes contraentes sofisticados, conhecedores dos negócios, com oportunidade de esclarecer o que lhes parece relevante antes de celebrar o contrato. Não quer isto naturalmente dizer que, do ponto de vista negocial, tivessem tido oportunidade de convencionar uma cláusula de *hardship* ou de ajustamento do preço: tudo depende do contexto da negociação. Mas pode querer dizer que, de acordo com regras da experiência, a possibilidade de um contrato prolongado no tempo estar sujeito a flutuações económicas e financeiras esteve no horizonte de representações, expressas ou implícitas das partes⁽⁴⁾. A redistribuição de riscos terá de ser então limitada a casos de alteração radical das fundações factuais do contrato.

⁽²⁾ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra, 2017, em particular p. 213 ss, e, mais recentemente, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 21 ss. Pode ainda ver-se *Efeitos da alteração das circunstâncias*, *O Direito*, 2013, I-II, p. 181 ss.

⁽³⁾ Vide CATARINA MONTEIRO PIRES, *Novo Coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa 2020, coord. Catarina Monteiro Pires, anotação aos arts. 790.º e ss e *Modificar, Renegociar o Contrato, Reduzir as prestações*, em *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual — Estratégias Jurídicas*, ebook CIDP, 2020, p. 36 ss.

⁽⁴⁾ Sobre este ponto, e justificando a contenção de tribunais arbitrais internacionais na aceitação da existência de *hardship* com o argumento segundo o qual os contraentes poderiam ter previsto uma cláusula que acautelasse o risco, MAHMOUD REZA FIROOZMAND/JAVAD ZAMANI, *Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding*, em *Arbitration International*, 2017, 33, (p. 395 ss), p. 410.

3. Sob pano de fundo da nossa pesquisa, estão ainda duas outras circunstâncias. Por um lado, nos contratos comerciais é comum que as partes pretendam desenhar cláusulas “feitas à medida” em vez de deixar a atribuição de riscos causados por superveniências contratuais à mercê de normas legais, em regra de caráter relativamente indeterminado. Por outro lado, alguns estudos depõem no sentido de um aumento de referências expressas a pandemias em contratos comerciais, mesmo que no sentido de excluir a situação de um caso de força maior⁽⁵⁾. A ideia de que a pandemia que afeta a atual economia era algo totalmente impensável para os agentes económicos (enquanto fenómeno pandémico, naturalmente, não *enquanto tal*) pode ser difícil de sustentar perante estes dados.

4. A delimitação do nosso tema torna claro que não esgotaremos aqui todos os problemas de determinação de risco num contrato. Por um lado, porque existem ainda outras cláusulas com influência em *riscos contratuais*, por atribuírem um determinado contorno e âmbito à própria prestação. Reservaremos, desde logo, para um estudo subsequente a análise da cláusula de *hardship*⁽⁶⁾. O mesmo faremos em relação às cláusulas de renegociação⁽⁷⁾ e às cláusulas de *change in law*, que habitualmente estabelecem que o contrato deve ser renegociado entre as partes, se se tornar mais difícil o seu cumprimento em virtude de alteração legal superveniente. Por outro lado, porque a omissão contratual também suscita questões complexas do ponto de vista da distribuição de risco⁽⁸⁾.

(5) MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, em *Law in the time of Covid-19*, coord. Katharina Pistor, Columbia University, 2020, p. 145.

(6) Sobre estas pode ver-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES, “A «hardship clause» e o problema da alteração das circunstâncias: breve apontamento”, *Juris et de Jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto*, 1998, p. 17 ss ou, dos mesmos Autores, *Rebus sic stantibus — hardship clauses in the Portuguese law*, ERPL, 1998, p. 319 ss.

(7) Entre nós, JÚLIO GOMES, *Cláusulas de hardship*, p. 167 ss, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, *Rebus sic stantibus*, p. 319 ss.

(8) Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Erro sobre a base do negócio*, CDP n.º 43, Julho/Setembro 2013, p. 3 ss) existiriam alguns parâmetros que permitiriam auxiliar o juízo de atribuição do risco. Além dos casos em que o problema pudesse ficar esclarecido através da interpretação do contrato, nos casos omissos, a definição da margem de risco poderia operar através de vários critérios, de forma isolada ou conjugada, que impõem uma incidência tendencial do risco: imputação à parte que controla o fator alterado, imputação à parte a quem compete a prestação característica, imputação à parte que atua com motivação especulativa, atribuição à parte mais forte, pelo nível de conhecimentos ou pelo poder económico-financeiro e, finalmente, repartição equitativa, através de modificação.

2. Cláusulas de preço fixo, cláusulas de ajustamento do preço, cláusulas de alteração material adversa e risco de desequilíbrio contratual em contratos prolongados

1. É comum o entendimento de que, nos contratos de preço fixo, os riscos relativos ao preço e a agravamento de custos são suportados apenas pelo comprador, construtor ou fornecedor⁽⁹⁾, mas o ponto está longe de gerar consenso, discutindo-se se as exigências da boa-fé permitem, neste caso, um total afastamento de uma modificação do preço⁽¹⁰⁾.

Esta é uma questão antiga no civilismo europeu. Assim, já no caso julgado pelo BGH a 8 de fevereiro de 1978, estava em causa uma situação em que um importador celebrou um contrato de fornecimento de longo prazo de petróleo por preço fixo no final do ano de 1972, para o ano de 1973, sobrevivendo, porém, uma subida extraordinária do preço (seis vezes mais caro). O importador viu-se privado da possibilidade de fornecer, porque o seu próprio fornecedor recusou o fornecimento. O comprador pediu ao tribunal a condenação do importador a uma indemnização. O BGH recusou aplicar a doutrina do desaparecimento da base do negócio, uma vez que o contraente poderia ter previsto a subida do preço, mas aludiu, também (embora não viesse a ser esse o fundamento da decisão) ao facto de o devedor ter aceitado um preço fixo⁽¹¹⁾.

2. Não é da existência abstrata de uma cláusula que se extrai uma conclusão de relevância ou de irrelevância de um mecanismo ou a possibilidade de modificar um contrato, por alteração das circunstâncias (cf. art. 437.º do Código Civil)⁽¹²⁾. A relevância de uma cláusula de preço fixo depende do tipo de contrato e do tipo de prestações e só pode ser apurada mediante interpretação do negócio jurídico. Saber se o preço fixo visou “estabilizar o contrato” contra qualquer variação endógena ou exó-

⁽⁹⁾ Cf., por exemplo, HERFRIED WÖSS, ADRIANA RIVERA, [et al.], *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts*, Oxford University Press, 2014, p. 68, THOMAS FINKENAUER, anotação ao §313 BGB, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§241-432, org. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Harmut Oetker, Bettina Limperg, red. Wolfgang Krüger, Beck, Munique, 2016, (7.ª ed.) (cit., MÜKo/FINKENAUER, §313), n.m. 67.

⁽¹⁰⁾ Vide por exemplo, MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübinga, p. 116 ss, TOBIAS LETTL, *Die Anpassung von Verträgen des Privatrechts*, JuS 2001, p. 248 ss e JuS 2001, p. 347 ss.

⁽¹¹⁾ WM, 1978, p. 322 ss, em particular p. 323. Pode ainda ver-se a anotação de VOLKER EMMERICH, anotação JuS 1978, p. 487 ss.

⁽¹²⁾ Sobre os requisitos do art. 437.º, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 179 ss e bibliografia aí citada.

gena, com reflexos no preço, é uma conclusão que só se pode extrair mediante interpretação das estipulações contratuais.

3. É certo que uma cláusula de preço fixo numa empreitada chave na mão tende a equivaler a uma transferência do risco para o empreiteiro, desde que não haja elementos em contrário no contrato.

A empreitada comercial é um contrato prolongado, de atividade prolongada, sendo ainda, na maioria dos casos, um contrato com relações de cooperação intensas. Os contratos de empreitada são normalmente contratos com regulação exaustiva e que contemplam cláusulas de força maior e podem contemplar outras cláusulas com relevância neste contexto. Se se tratar de uma empreitada que siga um padrão contratual previamente fixado, como um contrato chave na mão do modelo FIDIC, existirão, além das cláusulas de força maior, outras cláusulas típicas de distribuição de riscos.

Ora, a fixação do preço num contrato de empreitada significa, na maioria dos casos, a eliminação do risco de maiores custos a cargo do dono da obra e, conseqüentemente, a aceitação de possíveis variações de custos a cargo do empreiteiro. Contudo, o S.T.J. já considerou que “uma empreitada ajustada por “preço global” só tendencialmente assume uma feição rígida e fixa quanto a este elemento do contrato de empreitada”⁽¹³⁾.

Uma análise interessante deste problema, com aplicação nas empreitadas, encontramos em HELMUT KÖHLER. Segundo o Autor, saber a quem deve ser atribuído o risco seria uma questão de interpretação do contrato e da interpretação das normas dispositivas⁽¹⁴⁾. Uma cláusula de preço fixo não significaria que o empreiteiro devesse aceitar todo e qualquer risco de subida anormal do preço das matérias-primas. A interpretação complementadora do contrato poderia conduzir a um outro resultado, revelando que em causa estavam apenas riscos previsíveis, que um empreiteiro, agindo racionalmente, poderia calcular aquando da celebração do contrato, ou mesmo mais tarde, antes da verificação da subida do preço (tendo em vista a cobertura do mesmo, se possível)⁽¹⁵⁾.

4. Num contrato de compra e venda de participações sociais, em particular na venda da empresa através da venda de participações sociais,

⁽¹³⁾ Ac. 8 de maio de 2012, relator Gabriel Catarino.

⁽¹⁴⁾ HELMUT KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Munique, 1971, p. 304.

⁽¹⁵⁾ *Idem*, p. 303.

distinguem-se vários modos de determinação do preço⁽¹⁶⁾. Um deles é o de preço fixo, também designado de “*locked box mechanism*”, muitas vezes contraposto ao modelo de preço ajustável em função das contas de fecho, também designado de “*completion accounts mechanism*”⁽¹⁷⁾. No caso de preço fixo, tal como o nome sugere, o preço acordado e estabelecido no contrato (na data da celebração do contrato) não sofre alteração posterior, designadamente por ocasião do chamado “fecho do negócio” que corresponde à efetiva transmissão das participações sociais. O cálculo do preço é realizado tendo por base elementos financeiros com data anterior à efetiva transmissão das participações sociais, sejam eles as últimas contas anuais aprovadas ou um balanço intercalar. Uma vez que o contrato de compra e venda de participações sociais é um contrato de execução diferida, havendo, nesta medida, um prolongamento temporal e um hiato entre a celebração do contrato e o fecho do negócio (o chamado “*interim period*”), poderão ocorrer vicissitudes entre a data dos dados financeiros e a data do fecho do negócio que não são refletidas no preço. Contudo, não quer dizer que essas contingências não sejam refletidas ou acauteladas no próprio contrato de compra e venda de participações sociais, seja através de cláusulas de declarações e garantias, seja através do estabelecimento de regras relativas à condução dos negócios sociais no *interim period*⁽¹⁸⁾.

Em regra, uma disputa de M&A não se resume a uma só questão jurídica, sendo frequente a articulação, conjugada ou subsidiária, de vários meios de reação. Procurando analisar os problemas mais agudos, a pergunta que se coloca muitas vezes é a de saber se o acordo de uma cláusula de preço fixo exclui a aplicação do art. 437.º do Código Civil, podendo ainda perguntar-se se ausência de uma cláusula de ajustamento ou de uma cláusula MAC equivale à aceitação de um preço fixo.

O art. 437.º, n.º 1, do Código Civil estabelece o seguinte: “se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e **não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato**” (o negrito é

(16) Sobre outros aspetos da venda da empresa pode ver-se CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de empresas e de participações acionistas — problemas e litígios*, Almedina, Coimbra, 2018.

(17) GERHARD WÄCHTER, *M&A Litigation. M&A Recht im Streit*, RWS, Colónia, 2017 (3.ª ed.), p. 757 ss. Para outros modelos, nomeadamente, determinação por terceiro, MATHIAS HABERSACK, *Preisfeststellung durch Schiedsgutachten beim Unternehmenskauf*, Der Betrieb, 2009, p. 44 ss.

(18) Sobre este *interim period* e os *covenants* desta fase, pode ver-se o que diremos abaixo sobre o caso *Akorn Inc v Frenesius Kani AG*.

nosso). Embora o domínio da alteração das circunstâncias não seja incontrovertido, parece-nos que estão em causa *em primeira linha* perturbações na equivalência originária das prestações (que não se confunde com sinalagma)⁽¹⁹⁾, na esteira do que tem vindo a ser admitido no direito alemão⁽²⁰⁾ e que não ficam excluídas do art. 437.º situações de “grande alteração das circunstâncias”⁽²¹⁾. A doutrina portuguesa tem refletido abundantemente sobre os requisitos necessários a uma modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias e realçado que uma tal alteração pressupõe um prejuízo relevante⁽²²⁾, fazendo-se acompanhar por uma jurisprudência de um modo global cautelosa na aplicação destes mecanismos.

O art. 437.º não é um artigo para “ser aplicado” pelos tribunais. É uma norma que os tribunais interpretam e densificam com inarredáveis margens de densificação em função do caso concreto. É para isso que serve, enquanto *válvula de escape* do sistema. A utilização de uma cláusula de distribuição de risco pode até servir para afastar a aplicação do art. 437.º, mas nunca anula totalmente um juízo de concretude, nem dispensa uma interpretação do contrato como um todo e a estipulação contratual sobre o risco será também um enunciado aberto a interpretação. Contudo, o art. 437.º não serve para alterar a distribuição de risco projetada pelas partes, mas sim para a preservar. Se o risco tiver sido contratualmente acautelado, a intervenção do art. 437.º não deverá servir para corrigir supervenientemente o que *ab initio* não deve ser corrigido. Acautelar um risco num contrato não é apenas fazer-lhe referência expressa: pode haver referências implícitas, acordos tácitos e até lacunas a suprir pelo tribunal.

Na indagação sobre a aplicabilidade do art. 437.º, o argumento segundo o qual as partes não tiveram em mente *aquela vicissitude* ao contratar deve ser relativizado, dado que o Código Civil manifesta abertura a um conceito objetivo de base do negócio, mas não pode deixar de se notar também que em negócios comerciais prolongados e sofisticados, com vários mecanismos de distribuição de risco, a omissão pode, efetivamente, equivaler, perante as circunstâncias do caso concreto, à aceitação da regra segundo a qual o risco se materializa na esfera onde se projeta. Mas dizer

(19) CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 197 ss.

(20) Assim, WALTER DORALT, *Langzeitverträge*, p. 376 *et passim*.

(21) Sustentando que, no caso da pandemia, os prejuízos e riscos não devem ser transferidos de uma parte para a outra, mas partilhados, MARC-PHILIPPE WELLER/MARCUSLIEBERKNECHT/VICTOR HABRICH, *Virulentes Leistungsstörungen — Auswirkungen der Coronakrise auf die Vertragsdurchführung*, *NJW* 2020, (p. 1017), p. 1021.

(22) Aludindo mesmo a um “dano” com “certa envergadura”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 687.

isto não é afirmar que a mera circunstância de as partes não terem atribuído um determinado risco a uma delas equivale a acordar que o risco deva cair na esfera da outra.

O aspeto fundamental está na ligação entre a circunstância ocorrida e os riscos próprios do contrato. A confirmação de que a cláusula de preço fixo exclui o art. 437.º só pode ser encontrada depois de determinado o sentido da cláusula de preço fixo e a esfera de riscos subjacente à mesma. A conclusão de que, tendo as partes acordado um preço fixo, o contrato é modificável ou resolúvel por alteração das circunstâncias não parece ser a mais favorecida pelas máximas da experiência. Contudo, não é possível excluir em absoluto que, mediante alegação e prova⁽²³⁾, seja possível fixar que não resulta do contrato uma atribuição dos riscos exteriores à atividade de condução dos negócios sociais, ou de todos eles, ao comprador⁽²⁴⁾. Além destes aspetos factuais, haverá, depois, que examinar o contrato como um todo, nomeadamente no que respeita a cláusulas de declarações em garantias, cláusulas de condução dos negócios sociais e *covenants* relativos ao *interim period*.

Nenhum destes aspetos contraria a ideia de uma “omnipresença da boa fé” no preceito do art. 437.º⁽²⁵⁾, a justificar “o tipo e a intensidade que as alterações hão-de assumir” e a “justificar a modificação ou a resolução do contrato”⁽²⁶⁾.

5. Nos contratos de compra e venda de ações, cujo valor se altera com o fluir da atividade comercial e das próprias condições de mercado, as partes podem optar por um método de determinação de preço de acordo com as contas de fecho. Neste caso, o preço de referência acordado aquando da celebração do contrato é modificado, em função de certas

⁽²³⁾ Quanto à prova em causa, podem também ter relevância as chamadas cláusulas de *entire agreement*. As cláusulas de acordo integral podem ter redações variadas, mas, na sua tipicidade social, uma redação frequente é a que dispõe que “este contrato corresponde ao acordo integral das Partes quanto às matérias nele tratadas”. Sobre este aspeto, cf. o nosso estudo CATARINA MONTEIRO PIRES, *Cláusulas de acordo integral e de solução única ou de “remédio” único, A tutela dos credores*, UCP, no prelo. A doutrina continental tem admitido ainda a validade das cláusulas de *entire agreement* e a sua projeção na delimitação dos elementos interpretativos relevantes. Assim, MARK ANDRÉ CZARNECKI, *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2016, p. 208 ss, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas. Problemas e Litígios*, pp. 69-70.

⁽²⁴⁾ Retomamos o que dissemos em *Reduzir as prestações*, em *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual — Estratégias Jurídicas*, ebook CIDP, 2020, p. 36 ss.

⁽²⁵⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, p. 1108.

⁽²⁶⁾ *Idem*, p. 1108.

variáveis financeiras (como a dívida financeira líquida ou o fundo de manei) e à luz de contas preparadas num momento posterior, em regra coincidente com o fecho do negócio ou transmissão efetiva das participações (“contas de fecho”). Também aqui se podem colocar questões no que respeita à alteração de circunstâncias. O acordo entre as partes quanto ao ajustamento do preço é definido em função de certos parâmetros ou variáveis. Podem, porém, verificar-se vicissitudes, desde logo contingências relativas a expectativas futuras de investimento não concretizadas nas contas, que venham a lograr-se, perguntando-se qual deverá ser o seu enquadramento, se se traduzem numa lacuna contratual ou, no limite, se as mesmas podem ser compreendidas como uma “base do negócio” cuja perturbação justifica a aplicação do art. 437.º do Código Civil.

6. As cláusulas de ajustamento de preço acima referidas não se confundem com as chamadas cláusulas de *earn out*, que visam permitir um ajustamento do preço em função de determinadas variáveis, após o momento do fecho do negócio, isto é, da efetiva transmissão da empresa ou das participações sociais para o comprador⁽²⁷⁾. Essas variáveis podem ser diversas, pode tratar-se da evolução financeira da sociedade visada ou de objetivos a cumprir por esta. A verificação do facto previamente acordado implica um ajustamento do preço e o pagamento de uma parcela adicional. Podem ser propostas pelos vendedores como forma de partilha de um benefício incerto ou propostas pelo comprador, ao oferecerem um preço mais baixo do que o proposto pelo vendedor.

Na ausência de uma cláusula de *earn out* será extremamente difícil sustentar que o preço de um contrato de compra e venda já executado (ativos ou participações sociais transferidas e preço pago) deve poder ser modificado ao abrigo do art. 437.º. A partilha de um determinado *upside* com o vendedor depende da estipulação do *earn out* ou de mecanismo convencional funcionalmente semelhante, sob pena de preterição do princípio da estabilidade dos contratos já executados⁽²⁸⁾.

7. Ainda com relevo para o problema que nos ocupa, são conhecidas as cláusulas “MAC” nos contratos de compra e venda de participações

⁽²⁷⁾ FERNANDO SÁ, *A determinação contingente do preço de aquisição de uma empresa, Aquisição de empresas*, Coimbra editora, Coimbra, 2011, p. 401 ss.

⁽²⁸⁾ Entre nós, a visão dominante parece ser no sentido da *inadmissibilidade* de resolução ou modificação de contratos já executados por alteração das circunstâncias, muito embora se admitam reservas ou desvios a este princípio geral, por exemplo, no caso de existir um interesse futuro de uma das partes contratualmente acautelado.

sociais⁽²⁹⁾. Na sua fisionomia típica, estabelecem um direito de desvinculação extrajudicial sem custos, verificado um determinado contexto, caracterizado por determinadas ocorrências desfavoráveis entre o momento da celebração do contrato de compra e venda de ações e o da efetiva transmissão das mesmas⁽³⁰⁾. Dizemos “desvinculação contratual” porque, em regra, não se trata de uma “resolução típica” ou, pelo menos, com os efeitos típicos previstos na lei portuguesa⁽³¹⁾. É menos frequente que as cláusulas MAC estabeleçam um direito de modificação do contrato.

Note-se, ainda, que as cláusulas de “*material adverse change*” não definem, em regra, o que é *material*, o que ocorre muitas vezes por opção das partes, dado que correspondem, na experiência comum, a cláusulas bastante negociadas entre as partes.

Um cenário de disputa típico⁽³²⁾ será aquele em que o comprador se desinteressa do negócio, perante uma quebra do EBITDA entre a assinatura do contrato e a transmissão das ações. Se as partes não tiverem de acordo quanto à desistência do negócio, é possível que o comprador alegue que a quebra daquele indicador financeiro se deve a uma circunstância prevista na cláusula MAC e que a quebra em causa é suficiente para permitir a desvinculação e que o vendedor procure alegar que não se trata de uma circunstância incluída na cláusula (ou excluída por um *carve out*) e/ou que a deterioração dos dados financeiros não é suficientemente intensa para permitir a desvinculação.

As cláusulas “MAC” têm conteúdos muito diferenciados, sendo impossível uma catalogação completa. Em termos gerais, a doutrina tem

⁽²⁹⁾ Parece-nos que estas cláusulas têm autonomia social. Contudo, em estudos práticos, conhecem-se posições no sentido de as reconduzir a cláusulas de força maior — assim, no contexto de contratos de financiamento, pode ver-se RAFAL ZAKRZEWSKI, *When is a material adverse change clause a force majeure clause?*, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, outubro de 2012, p. 547 ss.

⁽³⁰⁾ MARTIN HENSSLER, *Material Adverse Change-Klauseln in deutschen Unternehmenskaufverträgen (reine Modeerscheinung?)*, *FS für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, org. Theodor Baums und Johannes Wertenbruch, Mohr Siebeck, 2006, p. 739 ss, KLAUS PETER BERGER/ESTHER FILGERT, *Material-Adverse-Change Klauseln in Wertpapiererwerbs- und Übernahmeangeboten*, WM 6/2005, p. 253 ss. No direito português, de FERNANDO OLIVEIRA SÁ, *Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, in *Direito Comercial e das Sociedades. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 427 ss.

⁽³¹⁾ Na definição de ROBERT T. MILLER, *The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements*, 50 *Wm. & Mary L. Rev.* 2007, 2012 (2009), citada na sentença da Court of Chancery de Delaware, no caso *Akorn Inc v Frenesiun Kani AG* que adiante analisaremos “*MAC’ clauses, which provide that, if a party has suffered a MAC within the meaning of the agreement, the counterparty can costlessly cancel the deal*”.

⁽³²⁾ Não é o único, não fica excluída a utilização de cláusula em casos de frustração do fim.

proposto distinguir, consoante o meio de reação associado, entre cláusulas específicas e genéricas e, consoante o âmbito de aplicação desse mesmo meio, entre cláusulas relativas à sociedade visada, ao negócio desta, ao mercado em que esta opera ou a condições financeiras.

É igualmente importante atentar ao âmbito de aplicação da cláusula, por vezes construída com base em sucessivas exceções, como é o caso das cláusulas que estabelecem *carve-outs* (por exemplo, excluindo alterações regulatórias ou económicas do País onde a sociedade tem a sua sede) e, logo depois, limitações aos mesmos (por exemplo, aceitando que não fiquem excluídas tais alterações se tiverem um impacto desproporcional na sociedade visada quando comparada com outros agentes do mesmo mercado ou setor). Estas cláusulas frequentemente atribuem os riscos gerais do mercado ou indústria ao comprador e os riscos específicos da sociedade visada ao vendedor, mas a redação pode seguir um modelo de regra-exceção ou mesmo de regra-exceção-exceção (*rule/ carve out/ carve right back ou carve in*), o que aumenta a exigência interpretativa, tornando a cláusula numa espécie de “queijo suíço”. Esta dificuldade será tanto maior quanto determinada circunstância — a pandemia — não se encontre “nem no queijo, nem no buraco”, parafraseando um estudo recente a propósito do M&A da Tiffany & Copela LVMH⁽³³⁾.

No caso recentemente em discussão da *Sycamore Partners vs L Brands Inc* quanto à aquisição da Victoria Secret (e Bath and Body Works)⁽³⁴⁾, além da repercussão dos atos praticados no *interim period*, um

(33) MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, pp. 142-143.

(34) Veja-se por exemplo <<https://www.ft.com/content/3f458e9c-e864-4fe1-8740-37136bae7b62>>, acessido em 12.06.2020. De acordo com um contrato firmado em fevereiro de 2020 entre Sycamore e a L Brands, a Buyer LP, uma sociedade detida pela Sycamore, compraria uma participação maioritária na L Brand. Em virtude da pandemia causada pelo novo coronavírus, em março a L Brands adotou medidas de gestão que incluíam o fecho de determinadas lojas nos Estados Unidos e Canadá. Em abril de 2020, a Sycamore reagiu, anunciando a sua desvinculação do contrato e pedindo ao tribunal de Delaware que declarasse a validade da desvinculação (Court of Chancery, Delaware), alegando violação de “*covenants*” no *interim period*, designadamente a cláusula que previa o dever da vendedora de agir com os seus melhores esforços para preservar intactas as organizações dos negócios e as relações de negócio com terceiros. Na versão divulgada, o *interim covenant* dispunha (...), “*Parent shall and shall cause its subsidiaries to conduct the Business in the ordinary course consistent with past practice and to use their reasonable best efforts to preserve intact the Business and the relationships the Business with third parties and to keep available services of the Business’s present officers and employees...*”. O fecho do negócio estava condicionado ao cumprimento dos deveres da L Brands (“*The obligation of Buyer to consummate the Closing subject to the satisfaction (or, to the extent permissible, waiver by Buyer) of the following further conditions: Parent shall have performed in all material respects all of its... obligations hereunder required to be performed by it on or prior to the Closing Date*”).

dos problemas dizia respeito ao âmbito da cláusula MAC e do “carve out” acordado, que transcrevemos na versão divulgada, em língua inglesa:

*“Material Adverse Effect” means any state of facts, circumstances, condition, event, change, development, occurrence, result or effect (i) that would prevent, materially delay or materially impede the performance by Parent of its obligations under this Agreement...; or (ii) that has a material adverse effect on the financial condition, business, assets, or results of operations of the Business, **excluding, in the case of clause (ii) any effect to the extent directly or indirectly resulting from (A) national, international, foreign, domestic or regional social or political conditions (including changes therein) or events in general... (B) changes in any economic, financial, monetary, debt, credit, capital or banking markets or conditions (including any disruption thereof) or trends, ... (D) changes in regulatory conditions, including changes or proposed changes to Applicable Law..., (E) changes or conditions generally affecting the industry of the Business..., (H) the existence, occurrence or continuation of any pandemics, tsunamis, typhoons, hail storms, blizzards, tornadoes, droughts, cyclones, earthquakes, floods, hurricanes, tropical storms, fires or other natural or manmade disasters or acts of God or any national, international or regional calamity... except in the case of clauses (A) through (D), (G) and (H) to the extent (and only to the extent) that the Business is materially and disproportionately adversely affected thereby as compared to similar businesses in the industry of the Business”***⁽³⁵⁾.

8. Quando um contrato preveja uma cláusula “MAC”, podem ser várias as questões que se colocam ao jurista. A *primeira*, a de saber se a contingência que causa a decisão de desvinculação constitui uma circunstância prevista na cláusula, depois de interpretada. A *segunda*, a de saber como se concretiza o “efeito material adverso”. A *terceira*, a de saber qual a relação entre o contrato e a norma do art. 437.º do Código Civil, questão a que já fizemos alusão a propósito de outras cláusulas de distribuição de risco.

Quanto à *primeira questão*, a análise global do risco não dispensará, entre outras tarefas, a investigação do restante clausulado contratual. Neste âmbito, poderão ter particular relevância as chamadas cláusulas de solução única ou de “remédio único”, numa tradução literal de “*sole remedy*” que visam, de um modo geral, demarcar os meios de reação das partes a uma perturbação contratual⁽³⁶⁾. Imaginemos uma cláusula que disponha o seguinte “*na medida permitida por lei, a indemnização será a reação única e exclusiva disponível ao comprador em virtude de uma violação de uma garantia do vendedor*”. Imaginemos uma cláusula deste tipo em que

⁽³⁵⁾ <<https://www.deallawyers.com/blog/2020/04/big-mac-attack-sycamore-partners-seeks-to-exit-l-brands-deal.html>>, acessido em 12.6.2020.

⁽³⁶⁾ Retomamos o que escrevemos em CATARINA MONTEIRO PIRES, *Cláusulas de acordo integral e de solução única ou de “remédio” único, A tutela dos credores*, UCP, no prelo.

as partes positivamente indiquem, mais latamente, que o meio de reação a perturbações contratuais é apenas o previsto no contrato, não se encontrando estipulado contratualmente um mecanismo análogo aos consagrados no art. 437.º do Código Civil. Ultrapassada a questão da validade da cláusula⁽³⁷⁾, a pergunta que se coloca é a de saber se uma cláusula destas pode, em certos casos, dificultar a aplicação do art. 437.º do Código Civil, o que não é, naturalmente, de excluir.

Quanto à *segunda questão*, ela deve ser enquadrada num âmbito mais vasto, que é o da *materialidade* exigível para uma “intervenção” em contratos prolongados. Como escrevemos noutro estudo, “a ideia de um “equilíbrio contratual”, quando referida a um contrato prolongado, não pode ser transformada num juízo pontual, a refletir apenas um momento, um episódio limitado, da vida desse mesmo contrato”⁽³⁸⁾. No caso das cláusulas MAC, tratar-se-á, muitas vezes, de alegar e provar uma diminuição de proveitos significativa, do ponto de vista substancial e temporal⁽³⁹⁾. A jurisprudência norte-americana tem vindo a construir, ainda que com algumas hesitações, alguns critérios de materialidade, realçando precisamente que a onerosidade ou desequilíbrio verificado tem de ser significativa, temporal e materialmente (“*durational significant*”)⁽⁴⁰⁾.

Destaca-se, entre as decisões de Delaware, por ser recentes e pelo facto de ter decidido em sentido favorável à existência de *material adverse change*, o caso *Akorn Inc v Fresenius Kabi AG*, decidido em 2018⁽⁴¹⁾. Neste caso, depois da celebração do acordo entre as partes em abril de 2017 (*Merger Agreement*), a Fresenius declarou a desvinculação do contrato. Além da degradação dos dados financeiros da sociedade visada no *interim period*, um dos pontos em discussão prendia-se com a falta de verificação de uma *closing condition*, que correspondia à veracidade e completude de todas as declarações e garantias na data de fecho, salvo no caso de a violação não representar *material adverse change*⁽⁴²⁾. No essen-

(37) No sentido da validade de vários mecanismos de remédio único, *vide* o nosso estudo citado na nota anterior.

(38) CATARINA MONTEIRO PIRES/DIOGO TAPADA DOS SANTOS, o “*Contratos prolongados*”: *entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização*, no prelo.

(39) Entre nós, pode ver-se FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, p. 439 ss.

(40) MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, p. 150, sintetizando as linhas de força das decisões de Delaware.

(41) *Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG*, 2018 WL 4719347 (Del. Ch. Oct. 1, 2018), *aff'd*, 2018 WL 6427137 (Del. Dec. 7, 2018).

(42) “*Material Adverse Effect*” means any effect, change, event or occurrence that, individually or in the aggregate (i) would prevent or materially delay, interfere with, impair or hinder the con-

cial, o tribunal (*court of chancery*)(⁴³) considerou que as declarações e garantias quanto a aspetos regulatórios teriam sido violadas e que a Akorn não teria satisfeito a condição de fecho, além de não ter cumprido o *interim covenant* (“*commercially reasonable efforts to carry on its business in all material respects in the ordinary course of business*”). No que respeita à *material adverse change*, o tribunal entendeu que as questões regulatórias só poderiam ser resolvidas em três a quatro anos e com custos de cerca de 20% do valor da Akorn antes da aquisição (*standalone value*) e que a

summation of the [Merger] or the compliance by the Company with its obligations under this Agreement or (ii) has a material adverse effect on the business, results of operations or financial condition of the Company and its Subsidiaries, taken as a whole; provided, however, that none of the following, and no effect, change, event or occurrence arising out of, or resulting from, the following, shall constitute or be taken into account in determining whether a Material Adverse Effect has occurred, is continuing or would reasonably be expected to occur: any effect, change, event or occurrence (A) generally affecting (1) the industry in which the Company and its Subsidiaries operate or (2) the economy, credit or financial or capital markets, in the United States or elsewhere in the world, including changes in interest or exchange rates, monetary policy or inflation, or (B) to the extent arising out of, resulting from or attributable to (1) changes or prospective changes in Law or in GAAP or in accounting standards, or any changes or prospective changes in the interpretation or enforcement of any of the foregoing, or any changes or prospective changes in general legal, regulatory, political or social conditions, (2) the negotiation, execution, announcement or performance of this Agreement or the consummation of the [Merger] (other than for purposes of any representation or warranty contained in Sections 3.03(c) and 3.04), including the impact thereof on relationships, contractual or otherwise, with customers, suppliers, distributors, partners, employees or regulators, or any litigation arising from allegations of breach of fiduciary duty or violation of Law relating to this Agreement or the [Merger], (3) acts of war (whether or not declared), military activity, sabotage, civil disobedience or terrorism, or any escalation or worsening of any such acts of war (whether or not declared), military activity, sabotage, civil disobedience or terrorism, (4) pandemics, earthquakes, floods, hurricanes, tornados or other natural disasters, weather-related events, force majeure events or other comparable events, (5) any action taken by the Company or its Subsidiaries that is required by this Agreement or at [Fresenius Kabi's] written request, (6) any change or prospective change in the Company's credit ratings, (7) any decline in the market price, or change in trading volume, of the shares of the Company or (8) any failure to meet any internal or public projections, forecasts, guidance, estimates, milestones, budgets or internal or published financial or operating predictions of revenue, earnings, cash flow or cash position (it being understood that the exceptions in clauses (6), (7) and (8) shall not prevent or otherwise affect a determination that the underlying cause of any such change, decline or failure referred to therein (if not otherwise falling within any of the exceptions provided by clause (A) and clauses (B)(1) through (8) hereof) is a Material Adverse Effect); provided further, however, that any effect, change, event or occurrence referred to in clause (A) or clauses (B)(3) or (4) may be taken into account in determining whether there has been, or would reasonably be expected to be, a Material Adverse Effect to the extent such effect, change, event or occurrence has a disproportionate adverse affect [sic] on the Company and its Subsidiaries, taken as a whole, as compared to other participants in the industry in which the Company and its Subsidiaries operate (in which case the incremental disproportionate impact or impacts may be taken into account in determining whether there has been, or would reasonably be expected to be, a Material Adverse Effect).

(⁴³) Decisão de 1.10.2018, disponível em <<https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=279250>>, consultada em 12.6.2020.

quebra do EBIDTA em 2017 em cerca de 55% tornavam a vicissitude registada “materialmente relevante”. O *Supreme Court de Delaware* confirmou a decisão⁽⁴⁴⁾. Apesar de esta decisão ser muitas vezes interpretada como um movimento de *ressurgimento* ou de *valorização* de desvinculações contratuais fundadas em alterações materiais adversas, é também verdade que os factos que estão na base do caso não apresentam semelhanças com a situação dos desastres financeiros causados pela pandemia⁽⁴⁵⁾.

Quanto à *terceira questão*, conhecem-se posições em sentido negativo⁽⁴⁶⁾. Quanto a nós, como acima dissemos a propósito de outras cláusulas, trata-se de um problema de determinação do plano de risco do contrato.

Retomando ainda o que escrevemos em outro estudo recente, é “de reconhecer o carácter tendencialmente dispositivo das normas do Código Civil acerca das perturbações da prestação”, e se o “caso da estipulação contratual” for o “caso da hipótese verificada” (o que só se poderá determinar por interpretação do negócio jurídico, arts. 236.º e ss), devem as cláusulas contratuais ser convocadas, o que, em certos casos, pode levar ao afastamento do regime civil⁽⁴⁷⁾. Recordando as palavras de Lord Reid no caso *Davis Contractors Ltd v Fareham U.D.C.*: “(...) a verdadeira interpretação dos termos do contrato é feita à luz da natureza do contrato e das circunstâncias que o rodeiam. Nesta perspetiva não há necessidade de considerar o que as partes pensaram ou como elas ou um homem razoável no seu lugar teria agido perante a nova situação se a tivesse previsto. A questão é a de saber se o contrato que as partes celebraram é, depois de interpretado, suficientemente amplo para se aplicar à nova situação (...)”⁽⁴⁸⁾.

Além deste aspeto, há ainda que ter em conta que, apesar de distribuição do risco ser um problema central do direito contratual⁽⁴⁹⁾, nem todos

⁽⁴⁴⁾ Decisão de 7.12.2018, acessível em <<https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=282110>>, consultado em 12.6.2020.

⁽⁴⁵⁾ Notando este aspeto, MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, p. 151.

⁽⁴⁶⁾ Assim, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, p. 438: “as partes não podem, ao abrigo da sua autonomia, excluir genericamente a aplicação do regime da alteração das circunstâncias”.

⁽⁴⁷⁾ *Vide Novo Coronavirus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa 2020, coord. Catarina Monteiro Pires, anotação ao art. 790.º.

⁽⁴⁸⁾ All E.R., 1956, 2, p. 145 ss. Pode também ver-se EWAN MCKENDRICK, *Discharge by frustration*, p. 1485 ss.

⁽⁴⁹⁾ Elegendo o problema da repartição do risco como o tema central perante uma perturbação das prestações, cf. HANNES RÖSLER, *Hardship in German codified private law — in Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*, ERPL, 2007, 3, p. 483 ss. Também MARTIN HENSSLER reconhece ser a repartição do risco contratual uma função central do direito contratual pri-

os riscos podem ser anulados ou transferidos, em virtude da lei ou do contrato. Aliás, sofrer uma contingência pode ser o reverso da medalha de um benefício ou de uma atribuição⁽⁵⁰⁾.

Pode, porém, neste terceiro plano, surgir um outro problema que é o de saber se, no caso de o contrato ser omissivo, se deve aceitar que a contraparte possa invocar a modificação do contrato. Isto porque a nossa lei prevê expressamente que a parte contra quem é requerida a resolução possa propor a modificação do contrato (cf. art. 437.º, n.º 2).

9. As cláusulas que aqui referimos são frequentes sobretudo em contratos prolongados. Como escrevemos noutra sede⁽⁵¹⁾, *em sentido amplo*, contratos prolongados são aqueles em que o vínculo contratual se estende no tempo, desde o momento da celebração do contrato até o da sua extinção, pelo integral cumprimento. Nesta conceção ampla, compreendem-se, desde logo, os tradicionalmente designados “contratos duradouros” e os “contratos de execução diferida” (instantânea, mas diferida)⁽⁵²⁾. *Em sentido restrito*, contratos prolongados são aqueles em que há uma “prestação-atividade” prolongada e/ou uma “prestação-resultado” prolongada⁽⁵³⁾. Ora, admitindo que a interpretação destes contratos é, muitas vezes, uma interpretação “reconstrutiva”⁽⁵⁴⁾ e sabendo que vários contratos com estas características contemplam cláusulas de distribuição do risco, a conclusão a retirar só pode ser a de que a interpretação do negócio jurídico é um exercício central e imprescindível.

As cláusulas que examinámos, enquanto estipulações contratuais, carecem naturalmente, de ser interpretadas. Este aspeto não constitui nenhuma novidade: qualquer cláusula, simples ou complexa, clara ou ambígua, carece de ser interpretada. No universo específico de contratos comerciais, há, porém, alguns aspetos a realçar. Já tivemos oportunidade de refletir sobre este tema, salientando quatro notas que aqui retomamos.

vado. Assim, as normas sobre impossibilidade da prestação ou sobre a mora, por exemplo, visariam uma adequada repartição de riscos contratuais entre as partes — MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, p. 12 s e 23 ss.

⁽⁵⁰⁾ Na definição de JOÃO BAPTISTA MACHADO, o risco surge como realidade objetiva, enquanto “perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica” — *Risco contratual e mora do credor*, em *Obra Dispersa*, I, Scientia Juridica, Braga, 1991, (p. 257 ss), p. 275.

⁽⁵¹⁾ “*Contratos prolongados*”: *entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização*, em co-autoria com DIOGO TAPADA DOS SANTOS, no prelo.

⁽⁵²⁾ Por exemplo, um contrato de compra e venda de ações em que existe uma separação entre a celebração do negócio e o fecho do mesmo, através dos atos transmissivos das participações sociais.

⁽⁵³⁾ *Idem*, *Contratos prolongados*.

⁽⁵⁴⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, p. 19.

mos⁽⁵⁵⁾. Primeira, há que conciliar as regras de interpretação com a existência de um “horizonte hermenêutico específico, profissional”⁽⁵⁶⁾. Segunda, se o declaratório não for diligente, não for sequer um “declaratório normal”, o negócio é interpretado como se essa normalidade existisse: embora não valendo a regra *contra proferentem*, o declaratório tem um ónus de compreensão, sob pena de desvantagem. Do mesmo lado, quanto ao declarante, há que aceitar a sua responsabilidade pelo sentido objetivo da sua conduta. Terceira nota, num modelo de contratação conjunta, isto é, através de um documento único de subscrição conjunta⁽⁵⁷⁾, exige-se “uma moldagem muito especial dos princípios da interpretação”⁽⁵⁸⁾. Quarta, na falta de acordo contratual em sentido diferente, há que ponderar vários elementos, que podem integrar as negociações e a execução do contrato⁽⁵⁹⁾.

Acrescentemos, agora, algumas *notas adicionais*. Além das regras de interpretação de declarações negociais previstas no Código Civil (art. 236.º e ss) e das próprias regras fixadas contratualmente pelas partes, tem-se ainda admitido que “as regras legais sobre interpretação dos contratos (...) não excluem o recurso a outros meios interpretativos, designadamente máximas baseadas na experiência que sejam comumente partilhadas”⁽⁶⁰⁾. Assim, por exemplo, constitui máxima comum de interpretação a de que qualquer elemento de um conjunto mais amplo de disposições deve ser interpretado como uma parte do acordo comum (regra de globalidade). Uma outra regra com aceitação comum é a de que, em caso de dúvida, se deve presumir que as partes visaram o sentido racional e pretenderam celebrar um contrato dotado de coerência interna (regra de racionalidade e coerência). Além disso, os critérios jurídicos de interpretação de um negócio são aplicados a um *quid* que é um instrumento de prossecução de interesses económicos e comerciais das partes, e que deve ser compreendido na sua singular dimensão prática e económica.

(55) Retomamos as ideias que consignamos em CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de empresas e de participações acionistas — problemas e litígios*.

(56) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, Almedina, 2015, p. 15.

(57) Sobre o modelo de contratação conjunta em contratos comerciais, cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015 (reimp.), p. 132 ss.

(58) JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 (2.ª ed.), p. 184.

(59) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 718, EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos*, AAFDL, 1988, pp. 191-192.

(60) RUI PINTO DUARTE, *A interpretação dos contratos*, p. 16.

3. Cláusulas de força maior e risco de maiores despesas

1. Como notámos num outro estudo, a pandemia, declarada pela OMS em 11 de março de 2020, e as restrições impostas pela pandemia, em particular depois de 18 de março de 2020, podem ser genericamente qualificadas como situações de força maior, isto é, imprevisíveis e inevitáveis ou, pelo menos, inevitáveis, do ponto de vista do controlo das partes. Contudo, para que um contrato seja afetado pela pandemia é necessário que exista uma *ligação causal* entre essas circunstâncias e a insuscetibilidade de cumprimento do programa contratual. Este aspeto é essencial e tem de ser alegado e provado pela parte afetada pela força maior.

A força maior não impede, em regra, o cumprimento de obrigações pecuniárias, a não ser que exista uma disposição legal ou contratual específica que o preveja.

2. As cláusulas de força maior, na sua fisionomia típica, não se confundem com as cláusulas de *hardship* e regulam consequências de situações de impossibilidade, temporária ou definitiva⁽⁶¹⁾. Naturalmente que esta fisionomia só pode ser confirmada perante a concreta estipulação contratual, depois de interpretada.

Pensando ainda na tipicidade social, podemos definir força maior como um “estado ou circunstância, resultante de elementos da natureza ou de atos de um terceiro, de caráter imprevisível, de acordo com o conhecimento e a experiência, e insuscetível de ser prevenida ou atenuada com emprego de meios economicamente suportáveis e com o cuidado exigível”⁽⁶²⁾. Na doutrina, é unânime o reconhecimento da inevitabilidade como traço da força maior e frequente o traço da imprevisibilidade⁽⁶³⁾.

Na jurisprudência não raras vezes a impossibilidade e a força maior surgem unificadas. O acórdão de 2 de dezembro de 1988 decidiu o seguinte “o incêndio que destruiu totalmente a secção de cerâmica da empresa constitui caso de força maior que, por determinar a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva (...)”⁽⁶⁴⁾. Porém, a disciplina do Código português não menciona a força maior (nem o caso fortuito) como

⁽⁶¹⁾ CHRISTOPH BRUNNER, *Force majeure*, pp. 392-393, TOBIAS LETTL, *Die Anpassung von Verträgen*, p. 350.

⁽⁶²⁾ JÜRGEN BAUR, *Preisänderungsklauseln*, p. 909.

⁽⁶³⁾ O conceito clássico de força maior, de matriz francesa, reúne as características da irresistibilidade e imprevisibilidade, sendo retomado no atual Código Civil francês, que alude expressamente a inevitabilidade e imprevisibilidade no art. 1218.º.

⁽⁶⁴⁾ Ac. de 2 de dezembro de 1988, relator Conselheiro Salviano de Sousa, processo n.º 001976.

causa de exclusão da culpa, distanciando-se, assim, da solução do direito francês (cf. 1218.º do Código Civil francês), apenas por influência alemã, compreende uma regulação extensa da impossibilidade da prestação (arts. 790.º e ss)⁽⁶⁵⁾.

Qual a utilidade de uma cláusula de força maior?

Os efeitos da impossibilidade temporária são os que constam do art. 792.º e, além disso, o “efeito de *suspensão* ou de *paralisação* de posições jurídicas que ficam num estado de *quiescência*”⁽⁶⁶⁾, como decorrência do princípio subjacente ao art. 790.º⁽⁶⁷⁾.

A pandemia causada pelo SARS CoV-2 e a Covid-19 pode causar impedimentos suscetíveis de convocar a aplicação do art. 792.º.

Uma cláusula de força maior pode ter uma função clarificadora do âmbito de casos de impossibilidade, mas, em bom rigor, apesar de poder facilitar o exercício de qualificação, a verdade é que, no direito português, na ausência de uma cláusula de força maior, uma prestação impossível não passa a ser possível. Podem as partes, é certo, tratar como força maior casos que, em rigor, não seriam casos de impossibilidade, isto é, excluir a pretensão de cumprimento natural em situações em que esta não estaria arredada *ex lege*, mas não o inverso, isto é exigir o cumprimento de prestações impossíveis⁽⁶⁸⁾.

Contudo, não podemos, de igual modo, esquecer que estas cláusulas regulam frequentemente as consequências da força maior, nelas incluindo a possibilidade de resolução do contrato, decorrido certo período de tempo. Torna-se assim, mais clara a possibilidade de desvinculação do devedor que, quanto a nós é admissível, mas que não consta expressamente do art. 792.º, n.º 2⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁵⁾ Sobre este regime, pode ver-se, entre outros Autores aí citados, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da prestação*, p. 213 ss ou *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 21 ss ou *Novo Coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa 2020, coord. Catarina Monteiro Pires, anotação aos arts. 790.º e ss.

⁽⁶⁶⁾ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 175.

⁽⁶⁷⁾ *Idem*, p. 176.

⁽⁶⁸⁾ Este afastamento é, quanto a nós, lícito. Remetemos para o nosso artigo CATARINA MONTEIRO PIRES, *Cláusulas de acordo integral e de solução única ou de “remédio” único, A tutela dos credores*, UCP, no prelo.

⁽⁶⁹⁾ “O prolongamento temporal do contrato intensificará a necessidade de um juízo de prognose e de valoração complexo que, tomando embora em consideração o interesse primário do credor que orienta a própria relação obrigacional, não seja totalmente indiferente aos efeitos negativos de uma prolongada situação de incerteza na esfera do devedor”, como sustentamos em CATARINA MONTEIRO PIRES/DIOGO TAPADA DOS SANTOS, o “*Contratos prolongados*”: *entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização*, no prelo.

Ilustremos esta situação com um exemplo. No caso *Finelvet AG v Vinava Shipping Co Ltd*, de 15 de dezembro de 1982⁽⁷⁰⁾, a Vinava Shipping Co Ltd, empresa proprietária do navio *Chrysalis*, locou-o à Finelvet, com vista à realização de uma viagem da América do Norte até ao Golfo Pérsico, tendo sido acordada a entrega do navio à proprietária em Muscat. Em virtude do início da guerra entre o Irão e o Iraque, o navio foi impedido de navegar no rio Shatt al-Arabe, ficando, por isso, retido no porto de Basrah. O tribunal negou o recurso, confirmando o teor da sentença arbitral, segundo o qual o contrato não poderia considerar-se frustrado até que a demora da devolução do navio fosse tal que transformasse as obrigações contratuais em algo diverso do acordado.

Além deste aspeto, na cláusula de força maior as partes podem também prever deveres de notificação a cargo das partes, deveres de mitigação de danos e, particularmente importante embora menos frequente, uma partilha do risco de maiores despesas.

Com efeito, na ausência de regulação contratual, será difícil considerar que os riscos de maiores despesas em virtude da impossibilidade temporária podem ser partilhados entre credor e devedor. A impossibilidade de prestar afeta a prestação e contraprestação, mas o certo é que no período de quiescência o devedor pode ter de suportar despesas (por exemplo, de armazenamento, de cativação da mão-de-obra afeta ao contrato etc) que não teria se o impedimento não se tivesse verificado. Como já sustentámos em outros estudos, reconhecem-se variações internas, mas também variações externas do esforço exigido ao devedor⁽⁷¹⁾. O devedor pode ter de suportar custos necessários à superação de um impedimento e, também, custos necessários à manutenção da sua “capacidade de prestar”, sem prejuízo de a incerteza quanto à cessação do impedimento poder justificar a desvinculação do devedor e de outras modelações admissíveis em contratos prolongados. A aplicação do art. 437.º do Código Civil, já de si de âmbito limitado, a estes casos de agravamento de custos, sem certezas de possibilidade de cumprimento, para transferência dos mesmos para o credor, é duvidosa⁽⁷²⁾. Também não

(70) All E.R. 1983, 2, p. 658 ss.

(71) CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 76, 2016, 123 e ss., disponível em <https://portal.oa.pt/media/130278/catarina-monteiro-pires_revista-da-ordem-dos-advogados-2016-8.pdf> (consultado a 12.6.2020).

(72) Em sentido diferente, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung*, FS für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, org. Theodor Baums und Johannes Wertbruch, Mohr Siebeck, 2006, (p. 143 ss), p. 157.

há lugar a uma indemnização moratória, porque o devedor não está em mora⁽⁷³⁾.

Contudo, o regime de distribuição do risco de contraprestação previsto na lei é supletivo. As cláusulas de força maior podem, por isso, estabelecer um critério distinto do que resultaria da aplicação do Código Civil.

⁽⁷³⁾ No mesmo sentido, MARC-PHILIPPE WELLER/ MARCUS LIEBERKNECHT/VICTOR HABRICH, *Virulentes Leistungsstörungen*, p. 1020.