

A presente NL tem em consideração o quadro legislativo vigente em 02 de Abril de 2020. No entanto, considerando que é expectável que os órgãos competentes do Estado façam aprovar e publicar a regulamentação que materialize as medidas de contenção da propagação do novo coronavírus, responsável pela pandemia da COVID-19 (cfr. Artigo 4 da Lei n.º 1/2020 que ratificou a Declaração do Estado de Emergência, constante no Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março), a TTA irá proceder, quando necessário, à actualização da NL em conformidade.

MOÇAMBIQUE

Visão Global, Experiência Local.

13 ABRIL 2020

CORONAVÍRUS: GESTÃO DO RISCO DE INCUMPRIMENTO CONTRATUAL

As empresas devem avaliar em que medida o impacto do Covid-19 pode afectar a sua capacidade de cumprir as obrigações contratualmente assumidas, bem como avaliar os mecanismos de reacção ao seu alcance em caso de incumprimento da contraparte.

I. CONTEXTUALIZAÇÃO:

É incontestável que sobreviver à pandemia do Covid-19 tornou-se a maior batalha comum em todo o mundo, nos últimos meses. Não obstante existir esta (suprema) preocupação, é importante não deixar de lado o facto de que antes da mesma, as pessoas celebraram acordos, contrairam empréstimos e firmaram compromissos, o que faz com que uma especial atenção seja dada a estes factos, porque, é também incontestável que, esta pandemia está e continuará a influenciar os compromissos pessoais e profissionais traçados. Nesta sequência, surge a necessidade de saber como será feita a gestão do risco de incumprimento contratual, que tem em si também o risco reputacional.

Primeiro, as empresas (também os particulares) devem avaliar em que medida o impacto do Covid-19 pode afectar a sua capacidade de cumprir as obrigações contratualmente assumidas (em particular para com os seus clientes), bem como avaliar os mecanismos de reacção ao seu alcance em caso de incumprimento da contraparte. Esta análise deve ser duplamente orientada (i) pelo contrato a que as partes se vincularam, bem como (ii) pelo regime jurídico suplectivamente aplicável.

Segundo, há que ter em consideração que o impacto desta pandemia não é o mesmo, nem em todos os cantos do Mundo, nem em todos os sectores de produção, razão pela qual não é estranho ouvir que alguns países têm sofrido mais que os outros e até mesmo dentro de um país, haver zonas mais afectadas que outras. Por esta razão e especialmente quando se tratar de partes baseadas em pontos geográficos diferentes, torna-se complicado gerir as situações de (in)cumprimento contratual.

Para os contratos que têm prevista a cláusula de força maior, a situação tende a ser menos dramática. As partes podem ter incluído esta cláusula de duas formas, (i) elencando os eventos de forma exemplificativa, o que é bom, porque há-de certamente encaixar-se a pandemia do Covid-19 como um evento de força maior, exonerando o devedor ou reduzindo a sua prestação, conforme os casos e (ii) elencando taxativamente os eventos de força maior e de forma detalhada, fazendo com que aplicação daquela cláusula seja problemática, uma vez que que pandemias com as características do Covid-19 são quase que imprevisíveis, se não nunca previsíveis.

Pensamos não haver dúvidas sobre a subsunção deste vírus no que se entende por força maior, por ser um vírus desconhecido, que está a se espalhar pelo mundo e não era esperado. Além disso, não pode ser controlado pelas partes porque está fora de sua esfera de controlo, sendo completamente independente da vontade das partes (a vontade do ser humano).

II. REGIME SUPLETIVO: ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.

Caso as partes não tenham incluído a cláusula de força maior, então recorreremos ao regime supletivo que consta do Código Civil, entre os artigos 437.º, 438.º e 790.º a 793.º.

i. Alteração das circunstâncias (artigos 437.º e 438.º do Código Civil):

Trata-se da alteração das circunstâncias que motivaram a contratação, culminando com o aumento da onerosidade da obrigação: a obrigação torna-se (justificadamente) difícil de ser prestada. Assim, a parte lesada (incumpridora), tem o direito de resolver o contrato ou solicitar a sua modificação segundo os juízos de equidade e desde que, à data da verificação daquelas circunstâncias, não se encontrasse em mora.

A parte também deve demonstrar que não podia prever o evento e suas consequências no momento da celebração do contrato, e que era impossível controlá-lo, demonstrando, naturalmente, o nexo de causalidade existente.

ii. Impossibilidade de cumprimento (artigos 790.º a 793.º do Código Civil):

Aqui, em vez de mais oneroso, o contrato torna-se impossível de ser cumprido. Em termos de duração e quantidade da prestação, interpretados estes quatro artigos, percebe-se que a Lei distingue entre impossibilidade total e definitiva (artigos 790.º e 791.º), temporária (artigo 792.º) e parcial (artigo 793.º).

- Na impossibilidade **total e definitiva**, é certo que o devedor não mais conseguirá, de forma alguma, prestar a sua obrigação. Assim sendo, exonera-se dela sem que a contraparte tenha quaisquer espécies de compensações, pois, aquela impossibilidade não é imputável ao devedor.

- Na impossibilidade **temporária**, opera a suspensão da obrigação, enquanto durar tal impedimento, período durante o qual não responde o devedor (por se encontrar perante um “evento de força maior”) pelos danos que o atraso no cumprimento da obrigação vier a causar à contraparte. Note-se que, conforme dispõe o número 2 do artigo 792, a impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse da contraparte.

- Por último, a Lei prevê a **impossibilidade parcial**, na qual o devedor exonera-se da obrigação na parte que se torna impossível de prestar sendo que a obrigação da contraparte é reduzida na mesma proporção, a menos que não haja interesse justificado deste último em receber apenas parte da obrigação, podendo, nesse caso, resolver o contrato.

iii. Ónus da prova:

O ónus de provar a existência de uma situação de força maior que legitima a não execução do contrato cabe à parte que aponta a influência da Covid-19 no não cumprimento.

Assim, a referida parte deve demonstrar que existe um nexo de causalidade entre o motivo de força maior e o seu não cumprimento. Além disso, a parte também deve demonstrar que não podia prever o evento e suas consequências no momento da celebração do contrato, e que era impossível controlá-lo, demonstrando, naturalmente, o nexo de causalidade existente.

É importante deixar claro que não basta a ocorrência do evento, no caso o Covid-19, para que a parte lesada fique exonerada das suas obrigações, será, efectivamente, necessário provar que aquele evento ocorreu fora do seu controlo e que existe um nexo de causalidade entre o evento e o incumprimento.

iv. Nexo de causalidade:

É importante deixar claro que não basta a ocorrência do evento, no caso o Covid-19, para que a parte lesada (incumpridora) fique exonerada das suas obrigações, será, efectivamente, necessário provar que aquele evento ocorreu fora do seu controlo e que existe um nexo de causalidade entre o evento e o incumprimento, bem como provar igualmente que não poderia, de forma razoável, prever o evento em causa, nem as suas consequências no momento da celebração do contrato.

v. Gestão das expectativas da contraparte:

Desde logo, é importante realçar que mesmo nos casos em que os contratos sejam economicamente afectados, a boa-fé deve permanecer, pensando-se em soluções alternativas (especialmente o devedor) para que sejam preservadas as relações jurídicas estabelecidas e o cumprimento das obrigações, de modo que haja uma verdadeira solidariedade social, zelando pela cooperação mútua e lealdade entre as partes. Assim, diante de uma situação em que acredita ser de força maior, o devedor deve:

- Como corolário do princípio da boa-fé, informar a contraparte da impossibilidade da sua prestação, actual ou potencial, de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas.

- O devedor deve acautelar a possibilidade de tal comunicação constituir uma declaração antecipada de não cumprimento, a qual, dependendo dos casos, pode significar o vencimento antecipado da obrigação de prestar, a mora, ou o incumprimento definitivo.
- Não realizar a prestação na data do vencimento da obrigação pode constituir comportamento ilícito e contrário ao Direito. Em tal caso, o devedor pode, todavia, provar que tal incumprimento não é censurável em função das circunstâncias do caso concreto e, assim, afastar o dever de indemnizar.
- Embora a impossibilidade não se confunda com uma maior dificuldade em prestar, pode também ponderar-se se, em certos casos, a onerosidade excessiva da prestação deve ser equiparada à impossibilidade.

Neste momento, como forma de mitigar o impacto da pandemia do Covid-19 nos contratos, as seguintes medidas podem ser adoptadas:

- Fazer uma análise do teor dos contratos em vigor, designadamente com o fim de apurar da existência de cláusulas que versem sobre eventos de força maior, sua abrangência e consequências;
- Manter um registo detalhado dos impactos que o Covid-19 está a ter na empresa e no cumprimento das obrigações contratuais, guardando um registo de todas as comunicações trocadas entre as partes (o que pode ser útil num eventual cenário litigioso);
- Avaliar se as apólices de seguro subscritas cobrem as situações de pandemias e/ou eventos de força maior e, em caso afirmativo, que comportamentos devem ser adoptados para que as mesmas sejam accionadas com sucesso.

Manter um registo detalhado dos impactos que o Covid-19 está a ter na empresa e no cumprimento das obrigações contratuais, guardando um registo de todas as comunicações trocadas entre as partes.