



Coronavírus: ganhando tempo em meio a incerteza

Os impactos econômicos do Coronavírus (COVID-19) serão sentidos nos próximos anos. Para as empresas que precisam tomar decisões consideradas críticas para sua sobrevivência, o tempo se tornou a mercadoria mais preciosa para enfrentar a atual tempestade. Abaixo, nossa equipe apresenta alguns dos problemas enfrentados globalmente em face de uma correta invocação da doutrina.

2020 03 20

Os impactos econômicos do Coronavírus (COVID-19) serão sentidos nos próximos anos. Para as empresas que precisam tomar decisões consideradas críticas para sua sobrevivência, o tempo se tornou a mercadoria mais preciosa para enfrentar a atual tempestade. Abaixo, nossa equipe apresenta alguns dos problemas enfrentados globalmente em face de uma correta invocação da doutrina.

À medida em que a economia global desacelera a uma velocidade sem precedentes, os fluxos de receita diminuem e o dólar norte-americano se valoriza dramaticamente em relação às outras moedas, as empresas passam a enfrentar situações de tomadas de decisões críticas para garantir a sobrevivência. Dívidas e outras obrigações contratuais se acumulam enquanto os trabalhadores são enviados para casa para se colocarem em quarentena e as perspectivas de negócios evaporam.

O COVID-19 trará consequências econômicas brutais no futuro próximo. Diante desse cenário, a preservação do dinheiro tornou-se crítica para muitas empresas, fazendo que o tempo seja um bem precioso para enfrentar a tempestade.

Uma vez que ganhar tempo é fundamental para que as operações de uma empresa continuem, preparar-se para alegar força maior em empréstimos com credores ou com outras partes pode aumentar significativamente a probabilidade de um resultado comercial positivo, além de possibilitar um resultado favorável em eventual processo judicial subsequente.

Força Maior em Pandemias

A maioria dos contratos comerciais regidos pelas leis de Nova York ou da Inglaterra contém uma cláusula de force majeure (“força maior”) que pode ser usada para dispensar uma ou ambas as partes de suas obrigações quando ocorrer um ato ou dificuldade não previstos, fora do controle de ambas as partes, que materialmente impeça, adie ou evite o cumprimento das obrigações contratuais.

Frequentemente essas cláusulas fazem referência a uma epidemia relacionada à saúde como justificativa para o não cumprimento e suspensão das obrigações contratuais de uma das partes. Elas também podem conter um limite de tempo para a extensão da crise e, caso esse limite seja excedido, qualquer uma das partes poderá rescindir um contrato, normalmente sem penalidade.

Um desafio é que as cláusulas de força maior muitas vezes não indicam expressamente quando tal direito pode ser invocado. Mais do que isso, os contratos podem nem ao menos conter uma cláusula de força maior.

A pandemia de COVID-19 é um evento único na história moderna, mas não há indícios claros para determinar se caracterizaria como um evento de força maior baixo as leis de jurisdições como Nova York. Ressalta-se, ainda, que a força de um argumento para alegar força maior será determinada pela redação do contrato, pela natureza e pelas circunstâncias contratuais e pelas circunstâncias das partes.

Os tribunais americanos não desenvolveram uma orientação clara sobre o fato de epidemias ou pandemias constituírem eventos de força maior.

A análise para determinar se uma pandemia constitui força maior, por exemplo, segundo a lei de Nova York, é complexa, porque existem diferentes eventos decorrentes de uma pandemia (exemplo: quedas no mercado de ações, fato do príncipe, regulamentos de bloqueio por governos, medo, etc.). Nesse sentido, os tribunais poderiam considerar que cada evento teria um nível diferente de previsibilidade e de controle, de modo que as partes poderiam cumprir efetivamente determinada obrigação. Assim, é provável que um tribunal de Nova York analise casos de força maior observando as circunstâncias que levaram a parte a invocar força maior para suspender obrigações contratuais.

KOBRE & KIM

Já os tribunais ingleses reconhecem as pandemias como eventos de força maior, sujeitos aos fatos específicos de cada caso. De acordo com a lei inglesa, o conceito de “fora do controle razoável” pode ser suficiente para um tribunal determinar que as circunstâncias de fato causadas pela pandemia estão fora do controle razoável das partes e nenhum outro fator as impediu de observar as obrigações contratuais.

No Brasil, os tribunais também já reconheceram eventos epidêmicos e pandêmicos, como o H1N1, como eventos de força maior. A principal característica de um evento de força maior que os tribunais brasileiros consideraram é sua inevitabilidade, derivando-se de eventos naturais, como terremotos, inundações e, neste caso, de uma epidemia.

Segundo a lei argentina, a força maior é estabelecida no código civil e definida como um evento que não poderia ter sido previsto ou que, tendo sido previsto, não poderia ter sido evitado. Uma pandemia global também pode desencadear outra teoria jurídica conhecida como teoria de la improvisation, sob a qual o cumprimento contratual seria adiado no caso de uma mudança nas circunstâncias, pelo tempo o novo cenário durar, mas não evitaria a parte que alegou força maior de cumprir com as obrigações assumidas assim que o evento imprevisível se extinguisse.

Preparando-se para Invocar Força Maior

Os parâmetros para se invocar força maior com sucesso são altos. Pode-se esperar que os credores e outras contrapartes comerciais que não pretendem ser dispensadas do cumprimento do contrato contestem vigorosamente a parte que alegar força maior. Portanto, para alcançar as melhores chances de um resultado bem-sucedido, seja por meio de uma negociação, do judiciário ou até mesmo de uma arbitragem, é fundamental que se entenda cuidadosamente os detalhes de cada jurisdição antes de invocar a força maior.

A lei que rege determinado contrato será a que determinará se a pandemia do COVID-19 constitui um evento de força maior. Assim, mesmo que um contrato não contenha uma cláusula de força maior, a lei que o rege pode fornecer amparo.

Os requisitos jurídicos para obter êxito em litígios de força maior variam significativamente de uma jurisdição para outra. Dadas as diferenças, é importante traçar uma estratégia personalizada envolvendo os fatos e as leis que regem um contrato. Por exemplo, Nova York permite a não observância do contrato apenas quando seu cumprimento for realmente impossível, e não apenas impraticável, o que geralmente exige demonstrar que a perda do objeto do contrato ou dos meios de sua execução impossibilita o cumprimento das obrigações. O estado da Califórnia, por outro lado, permite que a força maior seja invocada quando o cumprimento das responsabilidades contratuais for apenas impraticável, o que significa que o cumprimento, nessas circunstâncias, exigiria despesas excessivas ou irracionais.

Ponto Principal: As empresas que possuem contratos regidos pelas leis de Nova York ou da Inglaterra se beneficiariam com uma preparação prévia para se invocar força maior, com o intuito de se alcançar maior probabilidade de sucesso em litígios futuros, no cenário de uma solução comercial amigável tornar inviável. Para empresas que precisam economizar dinheiro para garantir a sobrevivência, alegar força maior em seus contratos com credores pode ser a única opção viável.

Sobre a equipe de Monetization & Delution do Kobre & Kim

Kobre & Kim é um escritório de advocacia Am Law 200 livre de conflitos, focado em disputas e investigações, geralmente envolvendo fraude e má conduta.

Somos o único escritório que fornece serviços integrados e holísticos para disputas complexas e internacionais. Nossa equipe, composta por ex-promotores federais dos EUA, advogados de Hong Kong, do Reino Unido (incluindo Queen’s Counsel) e offshore, nos posiciona de maneira única para criar e antecipar estratégias de ambos os lados de uma determinada disputa. Além disso, nosso modelo sem conflitos nos permite permanecer independentes e prontos para litigar contra praticamente qualquer instituição.

Muitos de nossos casos envolvem processos internacionais, os quais monitoramos e coordenamos de perto, podendo atuar diretamente ou em cooperação com advogados locais em jurisdições nos EUA, América Latina, EMEA, Ásia nos principais centros financeiros offshore.