

REVISTA OA | DOCTRINA

Doutrina

Processo

Data do documento

Relator

1641bbb8ce9e90eef74f_INDF

9 de abril de 2026

Bastonário Mário Raposo

DESCRITORES

Transporte Marítimo De mercadorias: Hoje e Amanhã(*)

SUMÁRIO

N.D.

TEXTO INTEGRAL

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: HOJE e AMANHÃ(*) Pelo Bastonário Mário Raposo Sumário: 1. A Convenção de 1924 e a lei interna portuguesa. 2. As Regras de Visby e o Protocolo de 1979. 3. As Regras de Roterdão. 4. O contrato de volume. 5. Transporte no convés (Conv. de 1924). 6. Transporte no convés (Regras de Roterdão). 7. Atraso na entrega das mercadorias transportadas. 8. A entrega das mercadorias sem apresentação do título. 9. Intermodalidade e Regras de Roterdão. 10. Incorporação da cláusula compromissória das cartas-partidas nos contratos de transporte de mercadorias. 11. As Regras de Roterdão e as “anti-suit injunctions”. 12. O Direito Marítimo português: problemas e perspectivas. 13. Um caso exemplar: a lei de salvação “marítima”. 14. Reflexão final.

1.

A Convenção de 1924 e a lei interna portuguesa

1. A Convenção de Bruxelas de 1924 em matéria de conhecimentos de carga ingressou na ordem jurídica portuguesa em 1932, quando a adesão de Portugal produziu efeitos (25.6.1932). Portugal aderira à Convenção pelo Dec. n.º 19 857, de 18.5.1931, complementado pela Carta de lei de 5.12.1931. (*) Comunicação destinada às 3.as Jornadas de Direito Marítimo (Faculdade de Direito de Lisboa).

526

MÁRIO RAPOSO

Ora, como se sabe, anteriormente à Constituição de 1933 não era controvertida a doutrina da recepção ou incorporação automática plena do direito internacional na ordem jurídica interna, sobretudo no caso dos tratados e Convenções(1). Pelo entendimento dado ao anfibológico art.10.º da Convenção(2) as normas que a compõem ficaram afectadas apenas aos contratos internacionais de transporte marítimo(3). Por

assim ser as normas do Código Comercial (livro III) continuaram a reger os transportes internos, i.e., entre portos nacionais(4). 2. Foi neste contexto que o Governo sentiu a “necessidade urgente” de introduzir em direito interno alguns preceitos da Convenção (arts. 1.º a 8.º). Isto mesmo é dito no curtíssimo preâmbulo do diploma (Dec.-lei 37 748, de 1.2.1950). Como é óbvio, o que se “aproveitou” para regular os transportes internos foi o conteúdo material das normas em causa. (1) Cf., mais desenvolvidamente, MÁRIO RAPOSO, Sobre o contrato de transporte de mercadorias por mar, separata do Boletim do ministério da Justiça (B.M.J.) n.º 376, Maio de 1988, pp. 5-62, maxime p. 6. (2) Refere FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (em El contrato de transporte marítimo de mercancías..., 2.ª ed., Thomson-Reuters (Aranzadi), 2010, p. 34) que nos estados que ratificaram a Convenção foram dados pelo menos 8 entendimentos a esse art. 10.º. (3) Assim também NUNO CASTELLO-BRANCO BASTOS, Da disciplina dos contratos de transporte internacional, Almedina, 2004, p. 43. (4) No mesmo sentido IUIS DE LIMA PINHEIRO, Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias, em i Jornadas de Direito marítimo (Fac. de Direito de Lisboa), Almedina, 2008, p. 163-202, maxime p. 170. Sobre os critérios adoptados em diversos estados no tocante às soluções (alternativas) previstas no Protocolo de Assinatura da Convenção cf. il Diritto marittimo (D.M.), 1999, maxime pp. 7-120 (textos de IGNACIO ARROYO, FRANCESCO BERLINGIERI, PIERRE BONASSIES, SERGIO CARBONE, PATRICK GRIGGS e ROIF HERBER) e WILLIAM TETLEY, marine Cargo Claims, 4.ª ed., vol. 2, Thomson-Carswell, 2008, contendo súmulas dos direitos nacionais (pp. 2417-2608). É significativo referir que a lei espanhola de 22.12.1949 não se aplica aos transportes internos mas apenas aos transportes internacionais. Espanha tinha já ratificado a Convenção em 2.6.1930. em 1949 decidiu incorporar na legislação nacional as normas da Convenção “de forma apropriada às peculiaridades do Direito espanhol”. De qualquer modo o seu âmbito de aplicação circunscreve-se nos transportes internacionais. Só então o fez devido a “los acontecimientos que se han sucedido en nuestra Patria desde 1930” (exposição de Motivos da lei). Nesta foram integrados em 1984 as Regras de Visby e o Protocolo de 1979, do que resultou a modificação de vários preceitos. O que nunca aconteceu em Portugal com a Convenção de 1924, qua tale.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: HOJE e AMANHÃ

527

em 1952, já Ripert se apercebera disto mesmo, dizendo: “la loi portugaise du 1.er février 1950 (art. 1.º) applique les dispositions de la Convention de Bruxelles à tout connaissement émis sur le territoire portugais “quelle que soit la nationalité des parties contractantes”. Mais il faut remarquer qu’il s’agit d’une disposition de droit interne”(5).

Dos transcritos passos de Ripert decorre, concludentemente, que não foi pretendido introduzir, agora como direito interno, a Convenção — que desde 1932 entrara em vigor no nosso País. O que aconteceu foi que, por acto do Governo, o regime legal português aplicável aos transportes internos passou a ser o do referido Dec.-lei 37 748, o qual acolhia, fundamentalmente, “o disposto nos arts. 1.º a 8.º da Convenção”. A esta fora já dada força de lei em 1932, quando Portugal optara pelo primeiro termo da dualidade de opções proposta no Protocolo de Assinatura da Convenção. Pelo Dec.-lei 37 748 equiparou-se o regime a vigorar nos transportes entre portos portugueses ao já vigente regime internacional. Tratou-se (remember Ripert!) “duma disposição de direito interno”, que apenas por interposto diploma (o de 1950) tinha a ver com a Convenção(6). 3. Não obstante, a orientação jurisprudencial largamente dominante é a de que o regime da

Convenção é o aplicável aos transportes internos nacionais, designadamente no tocante ao prazo de caducidade. este é mesmo o mais flagrante “casus belli”.

(5) Droit maritime, 4.ª ed., tomo II, ed. Rousseau, 1952, p. 263, em nota. Na p. 269 da mesma obra RlPeRT repete: “le Portugal, par la loi du 1er février 1950, a introduit le texte des articles 1 à 8 de la Convention de Bruxelles dans la législation interne”. (6) Que não estava em causa uma re-adesão à Convenção mas o aproveitamento de preceitos da Convenção já ingressada na vida jurídica portuguesa foi intuitivo por Miguel Galvão Teles, ao sublinhar que o legislador de 1950 “parece ter tido o cuidado de nunca falar da Convenção, mas dos preceitos da Convenção” (em *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 83, Nov. de 1965, p. 147). Cf. o meu cit. Sobre o contrato de transporte de mercadorias por mar, pp. 6 e 7, onde já referia a pertinente observação de Galvão Teles.

528

MÁRIO RAPOSO

e isto porque foi publicado em 1986 o Dec.-lei 352/86, de 21.10, no qual se estabeleceu um prazo diverso(7). Firmando uma doutrina global, que abarca esta hipótese e todas as da mesma natureza, é de citar — até por provir de um Magistrado especialmente qualificado (SeBASTIÃO PóVOAS) — o seguinte passo do Ac. STJ de 18.12.2007(8): “Já o transporte internacional de mercadorias por mar (Convenção Internacional para Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimentos de Carga, assinada em Bruxelas em 25/08/24 — aprovada para adesão por Carta de 05/12/31 (DG, I, 02/06/32) — introduzida pelo Dec.-lei n.º 37 748, de 01/02/50, e regulamentada (sic) pelo Dec.-lei n.º 352/86, de 21 de Outubro) é de natureza formal, sujeito a escrito particular (bill of lading (sic), conhecimento de embarque ou conhecimento de carga)”(9).

4. De uma reflexão mais atenta da questão concluir-se-á que a orientação dominante na jurisprudência portuguesa não é a mais certa e que o Dec.-lei 37 748 teve como exclusivo papel o de evitar que aos transportes internos se aplicasse o livro III do Código Comercial de 1888. Não introduziu a Convenção na ordem jurídica portuguesa — que já nela estava, desde 1932, como direito internacional(10).

(7) De 1 ano na Convenção (art. 3.º-6) mas de 2 anos no Dec.-lei 352/86. Serão dezenas os Acórdãos dos Tribunais Superiores que neste concreto aspecto (prazo de caducidade aplicável a transportes entre portos portugueses) dão prevalência ao regime da Convenção. Assim, por ex., Ac. S.T.J. de 18.9.2007 (MÁRIO CRUZ), Ac. Rel. de Lisboa de 27.11.2008 (VAZ GOMES) e Ac. Rel. Lisboa de 14.07.2011 (MÁRIA JOÃO AREIAS).

(8) CJ/STJ (2007), III, 174. (9) Isto é: o Dec.-lei 352/86 foi feito para regulamentar a Convenção, “introduzida” pelo Dec.-lei 37 748. Noutro aspecto, figura-se que a expressão bill of lading tenha advindo de um lapso de escrita, embora a mesma grafia seja usada noutro passo do mesmo aresto e surja também no Ac. Rel. Porto (proc. n.º 7512/2004/6). Ora, como é sabido, para além, da expressão bill of lading é apenas (muito raramente) usada a expressão bill of loading. Cf. WILLIAM TETLEY, *marine Cargo Claims*, cit., p. 2289. (10) Cf. MÁRIO RAPOSO, *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito marítimo*, Almedina, 2006, p. 125. Parece, entretanto, de reconhecer que o art. 2.º do Dec.-lei 352/86 embora contendo uma fórmula relativamente usual é, na circunstância, um preceito “pouco feliz” (M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O ensino do Direito marítimo*, Almedina, 2005, p. 230). Com efeito, em certa leitura pode apontar para a ideia de que o

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

2.

529

As Regras de Visby e o Protocolo de 1979

5. A Convenção não dispunha de modo concludente que os transportes marítimos por ela regulados devessem ter um carácter internacional. O seu art. 10.º não continha o requisito da nacionalidade objectiva, i.e, o de que os transportes devessem ter lugar entre portos de estados diferentes. Só o Protocolo de 1968 (Regras de Visby) veio assumir esse requisito, ao dar uma nova redacção precisamente ao art. 10.º(11). A internacionalidade dos transportes, no regime do anterior art. 10.º da Convenção, advinha, simplesmente, de se tratar de uma Convenção internacional. Foi isso, precisamente, o que aconteceu em Portugal e que justificou o tão falado Dec.-lei 37 748. 6. esquecida ficou a aprovação das Regras de Visby, que viriam superar deficiências graves da Convenção. Aprovadas em Fevereiro de 1968, apenas entrariam em vigor em 23 de Junho de 1977. É de crer que muitos estados, “resolvidas” que tinham sido já as questões de entendimento postas pela Convenção, não tivessem manifestado grande urgência na ratificação. Assim, por ex., a Itália (apenas em 1985), a Grécia (1993) e a Rússia (1999). Aventa FRANCISCO BERLINGIERI que estando em fase final da preparação as Regras de Hamburgo, cujo articulado preparatório denotava uma evidente superioridade técnica sobre a velha Convenção (assim também Sánchez Calero, ob. cit., p. 75), melhor seria aguardar pela sua entrada em vigor(12). contrato de transporte de mercadorias por mar é disciplinado pela Convenção de Bruxelas de 1924 e apenas subsidiariamente por ele, Dec.-lei 352/86. O que, como sobejamente está demonstrado na doutrina, não é exacto. Contem uma regra teórica e universal e não um regime aplicável in casu. A “infeliz” inclusão do “tabelar” art. 2.º deu causa a afirmações menos certas como a de que a Convenção se aplica imperativamente ao contrato de transporte de mercadorias por mar sujeito ao regime definido no Dec.-lei 352/86, i.e., aos transportes entre portos portugueses. (11) FRANCESCO BERLINGIERI (La disciplina della responsabilità del vettore di cose, Giuffrè, 1978, pp. 9-10). Cf., também, entre outros, MARTINE REMOND-GOUIIIOD, Droit maritime, 2.ª ed., Pedone, 1993, p. 335. (12) FRANCESCO BERLINGIERI, uniformité de la loi sur les transports maritimes, em mélanges Pierre Bonassies, ed. Moreux, 2001, pp. 57-65.

530

MÁRIO RAPOSO

7.

Mas quem assim pensasse veria lograda a sua expectativa. As Regras de Hamburgo apenas entraram em vigor em Novembro de 1992. e apenas dela fazem parte, como regra, países de escasso significado no “shipping”. Com algum relevo serão, por ex., a Áustria (1993) e a República Checa (1995). 8. Mantemos, no entanto, a ideia de que deverão ser ratificados os dois protocolos (o de Visby e o de 1979). Para além do mais as Regras de Visby têm a vantagem de na nova redacção do art. 10.º da Convenção esclarecer em definitivo que esta apenas se aplica ao transporte de mercadorias entre portos de estados diferentes. Da Convenção, ela mesma, já resultaria isso mesmo, mas apenas com alguma instabilidade exegética. Uma análise relativamente detida da questão está feita na nossa anotação ao Acórdão da Rel. de Évora de 22.10.2001 (R.O.A., 2002, pp. 635-648, maxime p. 642)

(13). Por diversas vezes o justificámos(14).

(13) Neste sentido cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES: "... sem prejuízo de reconhecermos o carácter polémico desta questão, somos de opinião de que o art. 10.º da CB (Convenção de Bruxelas) impõe, mesmo antes ou independentemente da clarificação resultante do Protocolo de Visby, o carácter internacional objectivo do transporte marítimo, como requisito para a aplicação da Convenção" (Do transporte "port to port" ao transporte "door to door", em i Jornadas de Direito marítimo (Fac. de Direito de Lisboa), Almedina, 2008, maxime p. 373. (14) Acresce que no novo art. 10.º está mais amplamente prevista a cláusula Paramount, que, designadamente, pode tornar aplicável a Convenção a casos a que ela normalmente não se aplicaria. Cf. PAOIA IVAIDI, La volontà delle parti nel contratto di trasporto marittimo: note sulla "paramount clause, cit. por CARIOS GÓRRIZ LÓPEZ, La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonha 2001, p. 62. Como é sabido, a cláusula Paramount ou "principal" ou "suprema" — surgiu com o propósito de fazer prevalecer a Convenção de 1924 em relação a quaisquer diplomas que existissem respeitadamente ao conhecimento de carga ou documento similar. esse propósito foi evoluindo sempre nesse sentido — que é o de concludentemente sujeitar o contrato de transporte à Convenção. Sobre a cláusula Paramount cf. IIMA PINHEIRO, Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias, cit., maxime, pp. 187-195. TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: HOJE e AMANHÃ

3.

531

As Regras de Roterdão

9. Quem descomprometidamente ler a novíssima Convenção esboçará, no percurso, alguns sorrisos, logo seguidos de momentos de tédio. Para quê — dirá — uma definição como a que respeita ao "transporte não regular"(15). e a generalidade dos preceitos é estirada e densa. e é um diploma polémico. Gerou amores e desamores, uns e outros, quase sempre com alguma razão de ser. Mas o saldo final não deixa de ser significativamente positivo. Destinam-se as Regras a alcançar um regime jurídico uniforme, actualizando o transporte marítimo internacional de mercadorias. este objectivo consta do texto preliminar apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas, que em 11.12.2008 aprovou a Convenção, no qual se distingue como principal inovação a viabilização dos contratos de "porta a porta"(16). Não sendo tão favoráveis à posição dos carregadores como são as Regras de Hamburgo (em termos realísticos definitivamente ultrapassadas) são obstante terem sido ratificadas por 34 estados (sem relevo no shipping) — é de encarar a perspectiva de Portugal poder vir um dia a aderir às novas Regras, até como país predominantemente de carregadores que continuará, certamente por alongados anos, a ser(17).

(15) Art. 8.º, 4: "Por transporte não regular entender-se-á aquele que não seja... de linha regular"...O transporte de linha não regular será o transporte tramp. BERLINGIERI — ZUNARELLI-AIVISI (La nuova Convenzione uncitral sul trasporto internazionale di merci..., D. M., 2008, pp. 1161 ss., maxime p. 1168) consideram a norma "complessa e force un poco tortuosa". (16) RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, El nuevo Convenio sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías, na Revista de Derecho de Negocios, n.º 221 (2009), pp. 1 ss. (17) Sobre a nova Convenção cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES. Do transporte "port to port" ao transporte "door to door", em i.as Jornadas de Lisboa de Direito marítimo, cit. pp. 367-405. É o

primeiro estudo completo feito em Portugal sobre as Regras. Do mesmo Autor cf., mais desenvolvidamente, introdução às Regras de Roterdão — a Convenção “marítima plus” sobre transporte internacional de mercadorias, em Temas de Direito dos Transportes, vol. 1, Almedina, 2010, pp. 7-83.

532

MÁRIO RAPOSO

10. Certo é que além de um generalizado reparo quanto aos defeitos de forma⁽¹⁸⁾ formou-se um claro antagonismo de posições entre alguns destacados maritimistas. O ponto mais significativo das críticas seria alcançado na Declaração de Montevideu de 22.10.2010⁽¹⁹⁾. Subscrevem-na WILLIAM TETLEY, JAN RAMBERG, SVANTE JOHANSSON, KAY PYSDEN e outros. Aderiram depois à Declaração algumas dezenas de juristas sul-americanos e espanhóis. Põe-se nela em causa, além do mais: — a configuração do contrato de volume; — a eliminação do conhecimento de carga e a sua substituição por um documento de transporte que, designadamente, não constituirá um título de crédito; — a sua não aplicação a conhecimentos ou documentos de transporte emitidos com base em contratos de fretamento total ou parcial do navio. 11. entretanto, as Regras, depuradas, por via exegética, das dificuldades (por vezes mais de leitura do que de entendimento), poderão constituir um factor determinante da globalização do comércio mundial, agora prejudicada pela dispersão de textos uniformes como as Regras de Haia, as Regras de Haia — Visby e as Regras de Hamburgo. Daí o apoio que sempre lhes deu Francesco Berlingieri que, logo como presidente do CMI, desde finais dos anos 80 do século passado justificou a necessidade de uma nova lei uniforme e que

(18) Um dos seus mais declarados defensores, PHILIPPE DELEBEQUE, não deixa de reconhecer: “Sans doute le texte n’est-il pas parfait. les phrases sont souvent lourdes, parfois redondantes, le style manque souvent d’élégance et le plan suivi n’est pas d’une parfaite rigueur” (Gazette de la Chambre Arbitrale maritime de Paris 2009, n.º 20). há, realmente, uma quase unanimidade crítica sobre a extensão e a complexidade excessivas das Regras (assim IGNACIO ARROYO, Las Reglas de Rotterdam. Para qué?, em ADM, vol. XXVII, 2010, p. 25-43). (19) Publicada em ADM, vol. XXVIII, 2011, pp. 687-691.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: HOJE e AMANHÃ

533

impulsionou a formação do Grupo de Trabalho que nas Nações Unidas foi criado para a sua preparação⁽²⁰⁾. e o certo é que muitas das inovações contidas nas Regras serão marcos significativos na evolução do Direito Marítimo. É o que designadamente se passa com a preocupação de oferecer garantias efectivas no caso de utilização de documentos electrónicos de transporte, no sentido já recomendado anteriormente pela CNUDCI (Uncitral). Desde que produzidos em conformidade com as regras exigíveis, os documentos electrónicos equivalem aos documentos escritos⁽²¹⁾.

(20) Sobre o acompanhamento por BERLINGIERI dos trabalhos preparatórios das Regras cfr. Ambito di applicazione del progetto uncitral sul trasporto door-to-door e libertà contrattuale, D.M., 2005, pp. 768-786 e STUART BEARE — ANTHONY DIAMOND — FRANCIS REYNOLDS, Francesco Berlingieri and the Rotterdam Rules, em Scritti in onore di Francisco Berlingieri, D.M., 2010, p. 132-146. Na sua D.M., tem publicado importantes estudos sobre a nova Convenção (2009, pp. 955; 2012, p. 3, por ex.). É fundamental a sua in-difesa delle Regole di Rotterdam (D.M., 2009, p. 559). Aí responde a algumas das críticas feitas à nova Convenção, designadamente pelo European Shipper’s Council. Cf. ainda BERLINGIERI, Aspects multimodaux

des Règles de Rotterdam, em *Le Droit maritime français (D.M.F.)*, 708, 2009, pp. 867 ss. e BeRIINGleRI — DeleBeCQUe, *Analyse des critiques aux Règles de Rotterdam*, D.M.F., 731, 2011, pp. 767 ss. BeRIINGleRI e DeleBeCQUe, em conjunto com outros especialistas (como hANNU hONKA, RAFAel IlleSCAS, TOMOKATA FUJITU, MICHael STURieY e AleXANDeR VON zleGleR) tornaram público um novo documento em abono das Regras (citado e resumido em ADM, vol. XXVIII, 2011, pp. 213-236). (21) As Regras assumem “uma perfeita da fungibilidade entre os documentos de transporte e os documentos electrónicos de transporte”, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMeS, ob. cit. de 2010, p. 37. Para uma análise detalhada da problemática dos documentos electrónicos, já com uma larga “história” de aplicação (Bolero ou Atlantic Container Line datafreight system cf. JOhN wILSON, *Carriage of Goods by Sea*, 6.ª ed., Pearson-longman, 2008, pp. 169-170). É de assinalar que para JAN RAMBERG, *Sea Waybill and Electronic Transmission* (em *Hamburg Rules: a choice for the E.C.C.?*, Schulthess, 1994, pp. 103-115), “nem as Regras de haia nem as de hamburgo contêm soluções para que os sistemas eDI substituam os conhecimentos de carga”. Sobre o regime das Regras quanto aos documentos electrónicos, cf. também ANDRÉS ReCAIDe CASTeIS, em *Las Reglas de Rotterdam...* (dir. A. eMPARANZA SOBeJANO), Marcial Pons, 2010, maxime, p. 173.

534

4.

MÁRIO RAPOSO

O contrato de volume

13. Uma das “pedras de escândalo” assacadas às Regras é o regime previsto para o contrato de volume, proposto pela Austrália e pela França na 39.ª sessão da Comissão das Nações Unidas. entretanto, é de lembrar que o regime da liberdade contratual, contrastante com o da imperatividade imposta nas Regras, obedece a normas de actuação elencadas no art. 80.º. Ou seja: decorre da realidade e do art. 80.º que nas Regras não está em causa uma liberdade arbitrária. A “liberdade contratual” não significa inexistência de uma regulamentação, “mas apenas a possibilidade da sua alteração por vontade das partes, que tendencialmente terão a mesma força negocial”(22). É o que se vê do art. 80.º, n.º 2, al. c). 14. Acontece que, como é sabido, o contrato de volume não é uma inovação das Regras mas uma prática perfeitamente caracterizável, embora com diferentes designações(23), desde os anos 80 do século passado. Já em 1984, em estudo publicado no B.M.J(24), referi com algum detalhe o volume contract ou contrat de tonnage, que estava a ser usado com bastante frequência em países desenvolvidos (sobretudo nos estados-Unidos). Através dele um empresário estabelecia com um armador a deslocação, em um ou vários navios, dentro de uma moldura temporal delimitada, mediante o pagamento de um frete, logo determinável, embora só apurado no final. Desde então o recurso a essa “nova” figura contratual aumentou exponencialmente, dando lugar a profuso entendimento naqueles países, ao ponto de, quando dos trabalhos preparatórios das (22) “Con riferimento ai volume contracts, l’esigenza di tutela di uno dei contraenti non sussiste, poiché il pottere contrattuale del caricatore è uguale, se non superiore, a quello del vettore” (SeRGIO M. CARBONe, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 2.ª ed., Giuffrè, 2010, p. 167). (23) Assim, por ex., *contrat de tonnage*, *volume contract of carriage*, *quantity contract*, *shipping contract*, etc. (24) MÁRIO RAPOSO, *Fretamento e Transporte marítimo. Algumas questões*, no Bol. min. Justiça, n.º 340, Nov. de 1984, pp. 12-52, maxime 27-30.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANhÃ

535

Regras, as delegações da Austrália e da França terem proposto, como dissemos, a sua inclusão no projecto em preparação. Ao sistema dos formulários sucederá um regime legal estabilizado(25). 15. Tradicionalmente, o que sempre determinou as partes a celebrar o contrato de volume foi o propósito de transportar em sucessivas viagens certas mercadorias suas (matérias-primas ou produtos acabados), em quantidade e preço ainda não determinados. O navio usado em cada viagem não é designado no contrato e poderá não ser um só. É um elemento secundário do contrato, embora, naturalmente, o empresário possa exigir que o ou os navios que vierem a ser usados obedeçam a compreensíveis especificações de segurança e de adequabilidade à mercadoria transportada(26). Realmente, o contraente com menor poder impositivo é o

(25) Nas Regras de Hamburgo o tipo contratual já era definido (n.º 4 do art. 2.º) mas sem que a ele se aplicasse um regime especial. hoje, os formulários mais usados são o INTerCOA/80 (Tanker Contract of Affreightment da intertanko) e os formulários da BIMCO, cuja versão mais actualizada é o GeNCOA (IóPez RUeDA, Las Reglas de Rotterdam: un régimen uniforme para los contratos de volume, em ADM, XXVI, 2009, pp. 101 ss.). (26) AIFReDO ANTONINI, Corso di diritto dei trasporti, 2.ª ed., Giuffrè, 2008, pp. 164-165. É no slot charter que o armador transfere temporariamente a disponibilidade (total ou parcial) de um navio para transporte de mercadorias (ANTONINI, id., p. 166). Aí é que se tratará, declaradamente, de um fretamento. Para IGNACIO ARROYO (Curso de Derecho marítimo, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2005, pp. 508-509) o contrato de volume é um “verdadeiro contrato de transporte de mercadorias”, já que a causa do contrato é a deslocação da mercadoria de um lugar para outro. De fretamento será o slot charter, O “slot” é uma unidade de medida equivalente ao espaço ou volume de um contentor-tipo. Pelo contrato o afretador passa a dispor de um espaço num navio — embora não de um navio completo. A sua ampla (e recente) difusão levou a BIMCO a aprovar uma fórmula-tipo denominada Slothire. No sentido anteriormente apontado pronunciou-se Jan Ramberg: o contrato de volume tem, no essencial, a natureza de um transporte (em New scandinavian maritime codes, D.M., 1994, p. 1222). No sentido de que é um contrato de transporte cf. também GABAIDÓN GARCIA-RUIz SOROA, manual de Derecho de Navegación marítima, 2.ª ed., Marcial Pons, 2002, p. 544. MARIA TeReSA GóMez PRieTO, Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de una nueva modalidad de contrato de fletamento: el contrato de fletamento por tonelaje, ADM, XXIV (2007), pp. 43 ss. caracteriza o contrato de volume como sendo o transporte de uma quantidade determinada ou determinável de mercadorias durante um certo período de tempo e com datas de embarque fixadas com certa precisão (p. 47) — do que parece resultar que é um contrato de transporte. Da mesma autora cf. La unidad contractual del fletamento a volumen..., em ADM, XXV (2008), pp. 75 ss., onde assinala que a

536

MÁRIO RAPOSO

transportador. Os carregadores, pelo menos usualmente, são grandes industriais ou grandes comerciantes. Tem razão Carbone (nota 20 supra). Mas também a quererá ter hannu honka quando, referindo-se à moldura do art. 80.º, entende que nela “cabe” “o transporte de apenas dois contentores em duas viagens sucessivas”. Isto embora aconteça que tal será difícil de acontecer. O certo, porém, é que algumas

delegações propuseram que deveria ser estabelecido um número mínimo de viagens (possivelmente 5) e uma quantidade mínima de carga (talvez 500 contentores ou 600.000 toneladas) para que fosse aplicável o regime do art. 80.º. Prevaleceu no entanto, a ideia que o qualificativo “sucessivas” neutralizaria o risco que viria depois a ser divisado por honka(27). 16. As Regras de Roterdão definem o contrato de volume como sendo “o contrato de transporte que preveja o transporte de uma determinada quantidade de mercadorias em sucessivas remessas durante o período estabelecido. Para a determinação da quantidade o contrato poderá desde logo prever um mínimo, um máximo ou uma certa margem quantitativa” (art. 1.º-2). Não sofrerá dúvida que ele é tido aí como um contrato de transporte — e como um contrato definitivo. Aliás, as Regras excluem do seu âmbito os contratos de fretamento (art. 6.º, 1, a) e os que tenham como marca dominante no contrato de volume é a de assegurar o transporte de mercadorias. logo diz, porém, que cada viagem é executada nas condições de um fretamento por viagem (p. 92). Ainda desta autora cf. El contrato de volumen (COA), Vitoria, 2008, maxime pp. 68 e 177. É de referir que nos referidos códigos escandinavos de direito marítimo (1994) fora já regulado o “contract of affreightment” (Shipbroking and Chartering Practice, de IARS GORTON, ROIF IhRe e ARNe SANDeVARN, 5.ª ed., I.I.P., 1999, p. 296). Os novos Códigos escandinavos advieram da tradicional cooperação legislativa entre a Dinamarca, a Finlândia, a Noruega e a Suécia (JAN RAMBeRG, loc. cit.). (27) hANNU hONkA, em The Rotterdam Rules..., coord. por Alexander Von ziegler, John Schalin e Stefano zuncarelli, kluwer law, 2010, pp. 338 ss. e, realmente, BeRIINGleRI entende que o preceito (art. 80.º) deveria ter sido melhor redigido (D.M., 2012, p. 61). Só que, também a nosso ver, a realidade e a “tradição contratual” corrigirão, por si só a norma.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MeRCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

537

objecto a utilização de um navio ou de qualquer espaço a bordo de um navio (art. 6.º, 1, b). Do regime especial contido no art. 80.º-1 das Regras resulta que o transportador e o carregador podem estabelecer, com inteira liberdade, um sistema de obrigações e responsabilidades maiores ou menores do que as fixadas nas Regras. Isto desde que sejam observados os requisitos previstos no mesmo art. 80.º-2. Ou seja: (1) que do contrato de volume constem de maneira visível essas condições especiais; (2) que o contrato de volume tenha sido individualmente negociado; (3) que se dê ao carregador oportunidade de obter um contrato de transporte cujas condições sejam conformes ao regime geral das Regras(28). 17. entretanto, a celebração de um contrato que, no âmbito do art. 80.º-2 não constituirá um “pacto secreto” entre as partes. Vinculará os terceiros que com o contrato tenham a ver (designadamente os destinatários) desde que estes sejam informados do contrato e expressamente aceitem as suas condições. entretanto, Anastasiya kozabouskaya-Pellé interroga-se sobre se o preceito virá a ser “respeitado” na realidade. Não se cairá, na prática, num consentimento meramente tabelar?(29).

5.

Transporte no convés (Conv. 1924)

18. Seguindo uma tradição que remontava já ao Consulado do Mar e à Ordenança de Colbert declarou-se a Convenção de 1924 contrária ao transporte no convés. Aí arrumada, a carga afectaria a estabilidade do navio e a sua aptidão para enfrentar o mar. Num convés onde se amontoassem demasiadas mercadorias (28) Uma análise equilibrada dos contratos de volume é feita por ANASTASIYA kOzUBOVSkAYA-PellÉ em Le

contrat de volume et les Règles de Rotterdam, D.M.F., 712, Março de 2010, p. 715 e Contractual flexibility in volume contracts..., D.M., 2013, p. 326. (29) De qualquer modo deixo aqui a dúvida “para memória futura”. Cf. o estudo da autora de 2013 referido na nota anterior.

538

MÁRIO RAPOSO

tornar-se-ia difícil a movimentação dos tripulantes e criar-se-ia mais uma causa de ocorrência de acidentes de trabalho. O que preponderava, no entanto, era a consideração dos interesses dos carregadores, tendo sobretudo em vista o risco de queda ao mar(30). 19. Precisamente porque preponderava o interesse dos carregadores as soluções legais admitiam que deles fundamentalmente dependesse a regularidade desta forma de estiva(31). Fora este o caso do art. 497.º do nosso Cód. Comercial, que previa no § único que “a simples declaração, exarada nos conhecimentos da carga, de que as mercadorias (iam) no convés (importava) assentimento do carregador”. Numa certa área doutrinal manteve-se esta perspectiva, a par de outras (como se verá), até hoje. Dá-se mesmo o caso de alguns autores, como Carlos Górriz López(32), entenderem considerá-la absoluta (sic), face ao advento dos porta-contentores. O transporte no convés é aí sempre presumidamente consentido. Para a mesma solução propende Giorgia M. Boi(33). 20. Nesta linha de entendimento, uma sentença de um tribunal norte-americano (de 1999) decidiu que o transporte no convés de um contentor sem qualquer menção no conhecimento de carga não constitui “unreasonable deviation” se corresponder a uma prática usual dos transportadores(34). (30) MÁRIO RAPOSO, cit. est. de 1984, maxime pp. 33-42. idem, Estudos sobre o novo Direito marítimo, Coimbra editora, 1999, maxime pp. 282-283. (31) Estiva é aqui usada numa acepção ampla, correspondente à expressão francesa “arrimage”, que abrangerá a colocação e arrumação no navio da carga embarcada (VICTOR NUNES, A influência da estiva... na Rev. dos Tribunais, 1963, p. 342). (32) Ob. cit. (2001), p. 66. (33) il trasporto marittimo a mezzo contenitori..., D.M., 1994, p. 734 s, maxime pp.736-737. A autora refere principalmente sentenças dos tribunais de Milão e de Génova, que decidiram no sentido da regularidade da estiva desde que estivessem em causa portacontentores. Para o Tribunal de Génova (20.7.1991) o consentimento pode ser dado verbalmente desde que a estiva seja efectuada num porta-contentores. (34) United States District Court-Southern District of New York, 30.12.1998, em D.M., 1999, p. 1376. Tem sido entendido que a deviation, em sentido estrito, significa a criação de um risco maior durante a viagem. O tribunal entendeu, pois, que o transporte de contentores no convés em circunstâncias “normais” não dará causa a uma “unreasonable deviation”.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

539

em sentido de certo modo idêntico — i.e., numa visão “simplificadora” da questão — é a jurisprudência do Supremo Tribunal do Canadá(35). 21. Para Francesco Berlingieri(36) se o carregador consentir na estiva no convés o transporte é regular. e alguns autores figuram que se o transporte fôr feito num porta-contentores o acordo é implícito. Carlos Górriz López, agora em 2009(37), entende que a alínea c) do art. 1.º da Convenção (de 1924) não terá aplicação se o transporte se processar num porta-contentores e a estiva no convés for do conhecimento (e não tiver a oposição do carregador)(38). 22. As várias posições adoptadas nesta sede nem sempre coincidem por completo. Mas tentam sempre actualizar o regime preparado numa época em que não havia porta-contentores. deviation”. entende, aliás, GIORGIA M. BOI

que a estiva de um contentor “sotto coperta” (i.e., no porão) num navio porta-contentores sem autorização do carregador constituirá uma conduta ilegítima do transportador. (35) JeAN PINeAU, *Le contrat de transport*, ed. Thémis (Fac. Direito de Montréal), 1986, p. 175. entendia o Supremo Tribunal que se o transportador carregasse a mercadoria no convés (presume-se que num porta-contentores) bastaria uma declaração formalmente feita no conhecimento de carga. Jean Pineau entende mesmo que as partes poderão estipular que a mercadoria será transportada no convés mas que a Convenção de 1924 se aplicará ao contrato de transporte mesmo que tal não conste do conhecimento de carga, desde que se trate de um porta-contentores. era a completa “ultrapassagem” do regime da Convenção. (36) *Problemi giuridici del trasporto in container*, D.M., 1971, maxime pp. 147 ss. Para PieRRé BONASSIeS-ChRISTIAN SCAPeL (*Traité du Droit maritime*, 2010, I.G.D.J., pp. 692-694) quando no contrato de transporte esteja previsto que o transporte se fará no convés isso significa que “par avance le chargeur donne son autorisation à un tel chargement”. Ou seja, o consentimento pode advir da aceitação de uma cláusula do contrato de transporte. (37) *Contrato de transporte marítimo internacional...*, ADM, vol. XXVI, 2009, pp. 25 ss., maxime p. 41. A posição do autor não é muito concludente. Parece que, na circunstância, o conhecimento dessa forma de estiva bastará. O que relevará, em síntese, é que o carregador dela esteja consciente e que a tenha assumido (sic). (38) Aliás, como também lembrava RiGheTTI, em 1988, a estiva de uma mercadoria no porão do navio se estiver em causa um porta-contentores deverá ser expressamente consentida pelo carregador (cit. por SIVIO MAGNOSI, *i trasporto marittimo di merci in container*, en *Trattato breve di Diritto marittimo*, coord. por AIFReDO ANTONINI, II, Giuffrè, 2008, p. 471).

540

MÁRIO RAPOSO

Assim, WILLIAM TeTleY, clarificando a sua posição inicial(39), entende que mesmo que os contentores sejam carregados num porta-contentores e mesmo que sejam assumidas todas as medidas adequadas a assegurar uma boa sistematização da carga, existirão sempre riscos adicionais insuperáveis. e, por assim ser, “carregar contentores no convés sem uma declaração do carregador que o permita constituirá inapelavelmente uma violação da Convenção”. Mas a autorização do carregador deverá ser dada especificamente no conhecimento. Não será suficiente uma liberty clause genérica, impressa no conhecimento. A autorização terá caso a caso que ser dada pelo carregador(40). esclarece Alfredo Antonini(41) que há quem considere o contentor como uma parte da carga. Mas não é assim. Será um meio usado para o transporte, não assimilável nem ao navio, nem às mercadorias, embora destinado a conservar e a movimentar estas últimas. Nesta perspectiva diz Martine Remond-Gouilloud, “le conteneur est lui-même une cale amovible, et la marchandise s’y trouve à l’abri où le conteneur soit placé. Au reste, sur les navires porteconteneurs, la notion de cale perd son sens”(42). (39) Que não era muito clara. Por um lado dizia que o contrato de transporte no convés ficava ferido de nulidade, segundo a Convenção de 1924. esta apenas não existiria se a estiva no convés fosse declarada no conhecimento e autorizada pelo carregador. V. *Nullité du contrat suivant les Règles de la Haye* (D.M.F., n.º 194, Fev. de 1965, p. 67). O texto serviu para “promover” a 1.ª ed. de *marine Cargo Claims*, que seria nesse ano publicado. (40) TeTleY, *marine Cargo Claims*, 4.ª ed., vol. 1, Thomson-Carswell, 2008, pp. 1546-1547. No mesmo sentido, JOHn WILSON, *Carriage of goods by sea*, 6.ª ed., Pearson-longman, 2008, p. 178, que precisa que, quer no caso

do transporte de contentores, quer na hipótese de transporte de animais, o acordo das partes deve constar caso a caso de uma declaração específica do carregador depois incluída no conhecimento de carga (“a further clause on the bill”) — WILSON, loc. cit.. Para SIMON BAUGHEN, *Shipping Law*, 3.ª ed., Cavendish Publishing law, 2004, p. 118, bastará uma liberty clause de carácter genérico impressa no conhecimento. Wilson admite que, na prática, isso possa acontecer em certas hipóteses (id, p. 180). (41) Cf. Vecchi e nuovo spunti... referido por SIVIO MAGNOSI, est. cit., pp. 461 ss. (42) *Droit maritime*, cit., 1993, p. 365. De seu lado CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ, em *Contrato de transporte marítimo*, (est. cit. de 2009), entende também que num porta-contentores desaparece o conceito de convés (p. 41). É a “unitarização” do navio, que assim deixa de ter, diferenciadamente, um porão e um convés. Significativamente, e com relevo

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: HOJE e AMANHÃ

541

É, no entanto, óbvio que o risco de queda ao mar dos contentores nunca será superável. e continua a verificar-se. Mas será por certo agravado se a sua colocação nos navios tiver sido defeituosamente efectuada. Uma situação típica será a colocação de contentores mais pesados e de maior dimensão sobre contentores de menor peso e dimensão(43). 23. Face ao que se acaba de dizer teria pertinência questionar se uma mercadoria carregada no convés de um porta-contentores poderá integrar, mesmo que não abonada por alguns (raros) autores, a previsão da al. c) do art. 1.º da Convenção. Ou seja, se reconstituindo o pensamento legislativo e as circunstâncias em que a lei foi elaborada, a sua formulação corresponderá às condições específicas do tempo em que é aplicada. Realmente, em 1924 não eram configuráveis os modos de transporte hoje correntes, i.e., os contentores e os porta-contentores. Teriam as palavras da lei em 1924 o mesmo sentido que hoje terão, na hipótese, claro está, de transporte de contentores em navios porta-contentores, nos quais, como já foi dito, se esbate a clássica noção de convés? Consentirá o art. 9.º do Cód. Civil um entendimento por assim dizer actualizante? É de crer que sim: poder-se-á ensaiar uma leitura que aproxime a expressão formal da norma dos interesses que lhe foram subjacentes e aos quais as circunstâncias deram uma conformação diferente(44). meramente “histórico”, já em 1932 FRANCESCO BERLINGIERI (avô do actual) realçava que frequentes vezes era difícil apurar o que constituía o porão e o que integrava o convés. Isto algumas dezenas de anos antes do surgimento dos contentores... e dos porta-contentores (assim La polizza di carico de la Convenzione internazionale di Bruxelles, Génova, 1932, pp. 149-150). (43) JEAN-YVES GRONDIN, *Conteneurs à la mer!*, na *Gazette de la Chambre Arbitrale maritime de Paris*, 2003, n.º 9, pp. 5-7. (44) Sobre a interpretação jurídica cf., em geral, CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, Wolters Kluwer, 2.ª ed., 2010 (reimpressão), pp. 337-377. Cf., também, MENDES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo I, 3.ª ed., 2005, pp. 149 e ss., que, desde logo, pertinentemente observa que a maioria dos Códigos Civis “evita quaisquer regras sobre a interpretação e a integração, remetendo-as para o foro doutrinário-

542

MÁRIO RAPOSO

24. Demonstrou-se, que é de ter como óbvio que o modo natural de carregar contentores será o convés, quando se trate de navios porta-contentores. Constituirá, porém, uma falta comercial que não exonera o transportador de responsabilidade numa arrumação no convés feita deficientemente. e se dessa má

arrumação advier a incapacidade do navio de resistir ao mar ela não se converte numa falta náutica(45). Isso seria um absurdo. O que estará sempre em causa será uma falta comercial, como Rodière veio a entender com peremptoriedade, depois de ter sustentado a opinião contrária(46). 25. Como se sabe, a falta comercial não está prevista na Convenção de Bruxelas. Mas tem sido geralmente caracterizada desde que foram publicados os primeiros comentários da Convenção. Já em 1928 o Tribunal de Apelação de Roma a configurava, dizendo: “Nota è la distinzione ormai universalmente accettata, fra la colpa cosiddette commerciali del capitano (...) e la colpa nautiche”. Na culpa (ou falta) comercial incluir-se-ia, precisamente, a má arrumação e guarda da carga(47). Para leOPOIDO TULLIO(48) a diferenciação entre culpa (falta) náutica e culpa (falta) comercial teve a sua origem no propósito de limitar a amplitude de “novas” negligence clauses, que isentariam de culpa o transportador por qualquer tipo de culpa da tripulação. Na origem do art. 9.º (e do 10.º) esteve “uma certa preocupação dirigista própria do estado Novo (que) levou o legislador a aventurar-se em semelhante área, ainda que à custa de ambiguidades”. O que não significa que os arts. 9.º e 10.º do nosso Código Civil sejam inúteis. Só que, “sendo úteis”, “não correspondem aos actuais conhecimentos no tocante à realização do Direito. (45) A al. a) do n.º 2 do art. 4.º da Convenção de Bruxelas fala de “actos, negligência ou falta do capitão, mestre, piloto ou empregados do armador na navegação ou na administração do navio”. (46) Sobre essa evolução doutrinal cf. NICOIAS MOIFeSSIS, Requiem pour la faute nautique, em mélanges Pierre Bonassies, ed. Moreux, 2001, pp 207 ss., maxime pp. 219-220. Aí se lembra que RODIèRe viria a sustentar firmemente que a má estiva (faute d’arrimage) deverá ser sempre qualificada de falta comercial. (47) Ap. Roma 30.8.1928, em D.M., 1928, p. 380. (48) Responsabilità del vettore sul trasporto marittimo di cose, em Trattato cit., coord. por AIF. ANTONINI, II, p. 187. Cf. também HUGO RAMOS AIVeS, Da limitação da responsabilidade do transportador na Convenção de Bruxelas... Almedina, 2008, maxime p. 81.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MeRCADORIAS: hOJe e AMANhã

543

A configuração de uma culpa ou falta comercial teve, pois, um objectivo de política legislativa: o de limitar o “poder contratual” dos transportadores. Assim, a expressão “na administração do navio” (“in the management of the ship”) contida na alínea a) do n.º 2 do art. 4.º da Convenção terá a ver com a navegabilidade do navio. A má conservação da carga integrar-se-á na culpa comercial, que não isenta o transportador de responsabilidade. entretanto Sergio Carbone(49) convoca para a clarificação dos conceitos o princípio da causalidade. Assim, uma errada distribuição do peso da carga, abstractamente idónea para afectar a segurança de expedição, mas que não dá efectivamente causa à inavaliabilidade, será uma falta (ou culpa) comercial. 26. Aliás, a faute nautique caiu por assim dizer “em desgraça” e é hoje encarada numa perspectiva declaradamente restritiva. e a sua supressão nas Regras de Hamburgo foi tida pelos carregadores como uma “grande vitória”.

6.

Transporte no convés (R. Roterdão)

27. Sem se afastarem muito das Regras de Hamburgo, as Regras de Roterdão (art. 25.º) dizem, em síntese, que o transporte no convés será de admitir se assim o exigir alguma norma aplicável (n.º 1, a), se as mercadorias forem transportadas em contentores ou sobre veículos adequados para o seu transporte num

convés especialmente equipado para esse tipo de transporte (n.º 1, b) ou se o transporte no convés fôr estipulado no contrato de transporte ou em conformidade com usos do comércio ou práticas do tráfico (n.º 1, c). 28. Como é óbvio, se as mercadorias forem transportadas em condições diversas das previstas naquele art. 25.º o transporta-

(49)

Contratto di trasporto marittimo di cose, cit., p. 332.

544

MÁRIO RAPOSO

dor será responsável pela perda, pelo dano ou pelo atraso na entrega das mercadorias que sejam exclusivamente atribuíveis ao transporte no convés. Verificado este condicionalismo, o transportador não poderá invocar qualquer dos casos de exoneração da responsabilidade previstas no art. 17.º das Regras. O regime das Regras quanto ao transporte no convés estará próximo do já adoptado nas Regras de Hamburgo (art. 9.º)(50).

7.

Atraso na entrega das mercadorias transportadas

29. Ao invés do que se passa com a Convenção de Bruxelas, as Regras de Hamburgo regulam explicitamente o atraso na entrega das mercadorias transportadas. Dispõem, com efeito, que o transportador será responsável pelos prejuízos causados pelo atraso na entrega das mercadorias, a menos que prove que ele próprio ou os seus mandatários tomaram as medidas razoavelmente exigíveis para evitar o evento danoso (art. 5.º-1). Existe atraso na entrega quando as mercadorias não são entregues no porto de descarga no prazo previsto no contrato ou razoavelmente exigível tendo em conta as circunstâncias do caso (art. 5.º-2). 30. Na mesma linha, as Regras de Roterdão encaram o incumprimento em caso de atraso na entrega (art. 17.º-1). O atraso ocorre quando a entrega não seja feita dentro “do prazo acordado” (art. 21.º). Não referem as Regras, ao contrário do que acontecia nas Regras de Hamburgo, o motivo subsidiário do “prazo razoável” de entrega. Daí que as novas Regras tenham sido criticadas pelo seu carácter neste aspecto restritivas(51).

(50) Nas Regras de Roterdão é explicitamente mencionado o transporte no convés de contentores, já implicitamente subjacente ao art. 9.º das Regras de Hamburgo. Questão de forma? Talvez. Ou decorrência do facto de actualmente cerca de 60% do total de toda a carga transportada ser feita em contentores? (51) Assim JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE, Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso en las Reglas de Rotterdam, em Las Reglas de Rotterdam..., dir.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

545

31. e quanto à Convenção de Bruxelas? Comportará ela a responsabilização por atraso na entrega? É óbvio que a questão estará resolvida se o prazo da entrega estiver fixado, como condição essencial(52), no contrato de transporte, por tal constar do conhecimento de carga ou de qualquer documento similar. 32. em escrito de 2008 figurámos que decorrendo do contrato de transporte uma obrigação de resultado e vinculando-se o transportador a entregar as mercadorias no prazo razoavelmente pressuposto, mesmo que apenas tacitamente (e não expressamente) previsto, do atraso advirá responsabilidade para o

transportador. Com efeito, deve o transportador proceder de modo apropriado e diligente ao transporte (Convenção, art. 3.º-2). A sua responsabilidade advirá não apenas de perdas e danos fisicamente causados nas mercadorias mas de todos os prejuízos que lhes digam respeito(53) — e que decorrerem do atraso na entrega. Ou seja, por exemplo, o desvio não justificável da rota, já que, como referiu SCRUTTON(54), o transportador está adstrito a fazer com que o navio siga uma “usual and reasonable route”. ALBERTO eMPARANZA SOBEJANO, cit., maxime p. 263. Isto porque raramente é estabelecido o prazo de entrega. entretanto, BERLINGIERI, DeleBeCQue e IlleSCAS ORTIZ apoiam a supressão do critério do “prazo razoável” por considerarem que ele daria lugar a um aumento de litigiosidade. (52) Diz-se por vezes que o prazo de entrega no transporte marítimo será um elemento acessório (MARTINE ReMOND-GOUILLIUD, ob. cit., p. 388). Obrigação essencial do transportador é a da entrega de mercadoria à chegada do navio, nos termos previstos na Convenção e no contrato de transporte. Ora, como se disse, neste raramente se prevê a data da entrega ou a duração da viagem marítima (ALAIN TYNALRE, *Réflexions sur le retard*, em *Études Pierre Bonassies*, ed. Moreux, 2001, pp. 387 ss.). Mas o prazo da entrega será mesmo elemento acessório? Duvida-se que assim seja, pelo menos como regra. PHILIPPE DeleBeCQue já em 2004 (D.M.F., 2004, pp. 363 ss.), em anotação ao acórdão da Cour de Cassation de 19.3.2002, afirmou, em síntese: “le retard est aujourd’hui un type majeur de préjudice, beaucoup plus important en tout cas que les pertes et les avaries”. (53) “les concernant” (art. 4.º-5) da Convenção. (54) em *Charterparties and bills of lading*, 20.ª ed., a cargo de S. BOYD, A. BURROWS e D. FOXTON, ed. Sweet & Maxwell, 1996, p. 256. Deviation será não apenas o clássico desvio de rota, mas também a redução deliberada de velocidade durante o percurso. e se ocorrer uma interrupção prolongada da viagem? Além de ser causa de resolução do contrato de transporte se o transportador não fizer substituir de imediato o navio em causa,

546

MÁRIO RAPOSO

33. O que referi no aludido estudo de 2008(55) tem, por certo, razão de ser, sendo apoiado por uma significativa orientação doutrinal(56). Mas não deixará de poder ser adoptada a solução contida nas Regras de Roterdão no sentido de apenas ser considerado o atraso na hipótese de o prazo do transporte ser expressamente fixado no conhecimento de carga ou documento similar e desde que o transportador não possa invocar com êxito uma causa de exoneração(57). 34. e se fôr feita a prova do atraso culposo na entrega das mercadorias ao destinatário? Quais serão os prejuízos reclamáveis? Sintetiza JOHN WILSON(58): “O destinatário não apenas fica desprovido do uso dos bens durante o tempo do atraso como de uma possível venda dos mesmos. Acresce que as mercadorias transportadas podem deteriorar-se, total ou parcialmente”.

Para TeTleY, para além destes prejuízos outros podem advir para o destinatário: perda de interesse na mercadoria, perda de reputação comercial (“loss of reputation”)(59).

podem o carregador ou o destinatário reclamar uma indemnização significativa (assim arts. 70.º e 71.º da lei francesa de 18.6.1966 e ALAIN SÉRIAUX, *La faute du transporteur*, 2.ª ed., economica, 1998, pp. 20-21). (55) MÁRIO RAPOSO, *Transporte marítimo de mercadorias. Os problemas*, 1.as Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (Centro de estudos de Direito Marítimo e dos Transportes da Fac. Direito de Lisboa), Almedina, 2008, pp. 41 e ss. maxime pp. 63-64. (56) Assim JUAN CARIOS SÁENZ GARCIA De ALBIZU, *La responsabilidad*

del porteador por retraso en el transporte marítimo, em AA.VV. estudios Broseta Pont, III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 3355 ss., RAYMOND AChARD, La responsabilité resultant du retard dans le transport international de marchandises par mer, em D.M.F., 1990, p. 678, JeAN BAPTISTe RACINe, Le retard dans le transport maritime de marchandises, na Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 2003, pp. 223 ss. (57) Diz, como referimos, o art. 21.º das novas Regras: “há atraso na entrega quando as mercadorias não tenham sido entregues no lugar do destino indicado no contrato de transporte dentro do prazo estipulado”. (58) Ob. cit., p. 349. (59) marine Cargo Claims, cit., (2008), pp. 789-792. MAURO CASANOVA-MONICA BRIGNARDeLlO apontam como exemplos de “economic losses” o atraso na entrega de uma

TRANSPORTE MARÍTIMO De MeRCADORIAS: hOJe e AMANhã

547

35. Tendencialmente será o destinatário a responsabilizar judicialmente o transportador. Como é sabido, o destinatário constitui a figura dominante do contrato de transporte, tendo mesmo sido já considerado como parte. Seja ou não seja o contrato de transporte qualificado como um contrato a favor de terceiros não sofre dúvida que ele possui legitimidade plena para demandar o transportador(60). e em que prazo? Afigura-se que a solução não estará muito distanciada da resultante da Convenção de 1924 (para os transportes internacionais) e da figurada no Dec.-lei 352/86, complementado, subsidiariamente, pelo Dec.-lei 37 748(61). A diferença estará em que o prazo de propositura de acções na Convenção é de 1 ano e nas Regras de Roterdão(62) de 2 anos. 36. entretanto, no sumário do Acórdão da Relação do Porto de 10.12.2001 (FONSeCA RAMOS) diz-se que a “Convenção de Bruxelas de 1924 não prevê a responsabilidade do transportador por atraso na entrega da mercadoria”(63). Desde logo, como é óbvio, se fôr estipulado entre o carregador e o transportador um prazo para a entrega das mercadorias embalagem com um conjunto de vestidos que deveria ser apresentado num desfile de moda ou um quadro que não chega a tempo de ser exposto numa exposição (Diritto dei Trasporti, Giuffrè, 2007, p. 241). (60) Cf. FRANCISCO COSTeIRA DA ROChA, O contrato de transporte de mercadorias..., Almedina, 2000, pp. 151 ss. O que aí se pondera mantém plena actualidade e cabimento. COSTeIRA DA ROChA entende, como DIOGO IeITe De CAMPOS, que o contrato de transporte não deve ser considerado como um contrato a favor de terceiro (pp. 227 ss.), enquanto outros autores sustentam doutrina diversa (por ex., SÁNChEZ CAleRO, ob. cit., p. 201) — mas ninguém põe em dúvida que o destinatário é o protagonista “pressentido” da relação contratual entre o carregador e o transportador (CARIOS GóRRiz lóPez, La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías, cit. (2001), p. 165). (61) este Dec.-lei de 1950 não foi totalmente derogado pelo Dec.-lei 352/86. Desde logo para efeitos interpretativos aquele Dec. pode actuar como “complemento” avant la lettre do diploma de 86. e funciona, quase que “involuntariamente”, como ponte entre a Convenção e este último Dec.-lei, embora sempre com carácter subsidiário (IIMA PINheIRO, est. cit. de 2008, p. 209). (62) e nas de Hamburgo (art. 20.º). (63) CJ, 2001, Tomo V, pp. 209-216.

548

MÁRIO RAPOSO

haverá, fora de qualquer dúvida, não cumprimento de uma obrigação se do atraso (culposo) advierem prejuízos. Reitero, assim, o que disse no aludido estudo de 2008(64). 37. As Regras de Hamburgo usam de

um critério mais complexo quando tratam da responsabilidade por atraso na entrega da mercadoria transportada. e dizem (art. 5.º-2): “há atraso na entrega quando as mercadorias não são entregues (...) no prazo expressamente acordado ou, na falta desse acordo, no prazo que seria razoável exigir a um transportador diligente, tendo em conta as circunstâncias do caso”.

Para entendimento do regime que deve ser aplicado no âmbito da Convenção (1924) qual o que poderá servir de modelo: o das Regras de Hamburgo ou o das Regras de Roterdão? Realmente, deve o transportador proceder de modo apropriado e diligente no transporte (Convenção, art. 3.º-2). Sendo assim, se o carregador ou o destinatário fizerem prova de que a entrega tardia resultou da preterição desse fundamental dever do transportador, dando causa, com isso, a prejuízos, o transportador será, virtualmente, responsabilizável. Como é óbvio, este poderá invocar uma causa justificativa. Assim o desvio de rota legítimo ou razoável. 38. O prazo de propositura da acção tendente a obter a indemnização devida pelo atraso será de 1 ano se ao caso se aplicar a Convenção de 1924 e de 2 anos se tiverem aplicação os regimes do Dec.-lei 352/86 ou das duas restantes Convenções. O que não parece de aceitar é o critério contido no Acórdão do S.T.J. de 17.2.2005 (Custódio Montes)(65) no sentido de que apenas nos casos em que a indemnização se funde em danos nas mer-

(64) O que acontece é que raramente as partes do contrato de transporte fixam um prazo para a entrega da mercadoria transportada. (65) Proc. 04B4682. A anotação, fortemente (e fundamentalmente) crítica deste Acórdão está feita em M. RAPOSO, Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito marítimo cit., pp. 131-138.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

549

cadorias o prazo de caducidade será de 1(ou 2) anos. evidentemente que do atraso na entrega a indemnização por perdas e danos não terá de decorrer (pelo menos imediatamente) da ocorrência de danos por assim dizer físicos nas mercadorias. Com o entendimento sufragado no Acórdão será de concluir que a má entrega da mercadoria constituiria um cumprimento defeituoso — ao qual se aplicaria o prazo prescricional de 20 anos (!).

8.

A entrega sem apresentação do título

39. No regime da Convenção de Bruxelas a entrega da mercadoria transportada pode ser feita se a mercadoria fôr transportada a coberto de um documento de carga não negociável, i.e., de um “straight bill of lading”. O conhecimento não negociável não é um título de crédito, mas um mero documento probatório do contrato de transporte(66).

(66) Assim Tribunal Supremo de Espanha, 17.2.1997, D.M., 1999, p. 949, com anotação favorável de PAOLO BERLINGIERI. No mesmo sentido o Tribunal de Génova, 2.8.2005, em D.M. 2007, p. 494. Na anotação a esta sentença CHIARA TUO adverte, no entanto, que a jurisprudência e a doutrina de common law consideram que o straight bill of lading não exclui a necessidade da sua apresentação no acto da entrega. Assim, Câmara dos lordes, 16.2.2005 (caso Rafaela S): o conhecimento de carga nominativo deve ser considerado “document of title” sendo a sua apresentação pelo destinatário necessária para a entrega da mercadoria. Cf. FILIPPO IORENZON, La polizza di carico nominativa nella common law..., D.M., 2007, pp. 750-772 (Ref.ª

adicional: a “house of lords” foi substituída em 1.10.2009 pelo novo “Supreme Court of the United Kingdom”). No direito dos estados-Unidos o documento chamado de “straight bill of lading” não é considerado um título de crédito, não sendo destinado à circulação (MARIO RICOMAGNO, anotações jurisprudenciais em D.M., 1989, p. 171 e D.M., 2002, p. 1003). É de esclarecer, no entanto, que o “straight bill of lading”, criado nos estados-Unidos (Pomerene Act, 1916), é agora legalmente designado por “non-negotiable bill” (Tetley, *marine Cargo Claims*, vol. 2, 4.ª ed., cit. p. 2293). Mas a anterior designação continua também a ser usada. Aliás, desde finais do séc. XX a utilização de documentos negociáveis está a decrescer de ano para ano. esse desinteresse advem da necessidade de todos os protagonistas do contrato de transporte marítimo em tornar as operações de transporte e de entrega de mercadorias mais rápidas (GIORGIA M. BOI, *La lettera di trasporto marittimo*, Giuffrè, 1995, p. 7). Quatro anos volvidos GIORGIO M. BOI voltaria a insistir no tendencial abandono do conhecimento de carga como título valor, ou seja, como título de crédito (Perfil evolutivo delle polizza di carico

550

MÁRIO RAPOSO

40. Os arts. 45.º, 46.º e 47.º das Regras de Roterdão fazem com que SÁNCHEZ CALERO — por regra muito comedido nas suas referências críticas — diga que eles tratam de modo “excessivamente detalhado” a matéria a que principalmente se referem. Desde logo, e sintetizando, no caso de ter sido emitido um documento de transporte não negociável o transportador deverá entregar as mercadorias ao destinatário, devendo este, caso isso lhe seja pedido, identificar-se e restituir o documento de transporte em seu poder, se isso resultar do teor do documento. Na hipótese do art. 47.º (entrega em caso de ter sido emitido um documento de transporte negociável ou um documento electrónico de transporte negociável) o possuidor do documento terá uma de duas atitudes(67): — ou restitui o documento cartular(68); — ou faz a prova do seu direito nos termos do art. 9.º-1 das Regras. 41. Poderá acontecer, no entanto, que do documento de transporte negociável ou do documento electrónico de transporte conste expressamente que as mercadorias poderão ser entregues sem necessidade de que seja restituído o documento que estiver em e prospettive di riforma della disciplina uniforme, D.M., 1999, p. 312). Daí a crescente utilização dos sea waybills (ou waybills), funcionalmente equivalentes aos straight bills of lading. Segundo a doutrina dominante não são também documents of title (WILSON, ob. cit., p. 158). Uma alongada análise do “estatuto” dos waybills é feita por Tetley (ob. cit., pp. 1289 ss.). JAN RAMBERG, *The vanishing bill of lading*, no *American Journal of Comparative Law*, n.º 27, 1979, p. 391, antevia já a supressão, a médio prazo, dos conhecimentos de carga no transporte de carga geral em linhas regulares (cit. por M. RAPOSO, *Temas de Direito marítimo*, na R.O.A., Jan. de 1998, maxime, p. 580, onde refiro também que há mais de 20 anos apenas 10 a 20% das cargas transportadas no Atlântico Norte eram documentadas por conhecimentos). (67) PEDRO BAENA BAENA, *La regulación en Reglas de Rotterdam de la entrega de las mercancías (...)*, em ADM, vol. XXIX, 2012, p. 37 ss., maxime pp. 50 e 51. Designadamente a solução encontrada no art. 47.º-2 é um exemplo acabado de uma desnecessária complexidade normativa, nem lhe valendo a defesa de BERLINGIERI (cit. D.M., 2009, p. 565). (68) Sobre a “restituição” do documento electrónico cf. BAENA BAENA, ob. cit., p. 44.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: HOJE e AMANHÃ

551

causa. Aplicar-se-ão nesse caso as regras consignadas nas extensas alíneas a), b), c), d) e e) do n.º 2 desse art. 47.º. Tratar-se-á de um sistema que, globalmente, “... redundará em maior dificuldade prática da (...) transmissão das mercadorias (transportadas)”.

9.

Intermodalidade e Regras de Roterdão

42. Na expressiva síntese de STURLeY as Regras “son un po’ di meno di una vera e propria convenzione sul trasporto multimodale (...) ma un po’ di più di una convenzione sul trasporto marittimo”(69). É o que, aliás, anuncia o seu art. 1.º-1: “Por contrato de transporte entender-se-á o contrato pelo qual um transportador se compromete, mediante o recebimento de um frete, a transportar mercadorias de um lugar para outro. esse contrato deverá dizer respeito ao transporte marítimo das mercadorias, ou, para além disso, ao transporte por outros modos (de transporte)”. 43.

Concretizando, dispõe o art. 26.º das Regras:

“Quando a perda ou o dano das mercadorias, ou o facto ou circunstância que ocasionou o atraso na entrega, se tiver produzido durante o período de responsabilidade do transportador, mas exclusivamente antes de as mercadorias serem carregadas a bordo do navio, ou exclusi-

(69) Cit. por CARBONE, Trattato, cit., p. 119. Por outras palavras DÍAZ MORENO — NIEVeS lóPez SANTANA, El tratamiento de la multimodalidad en las Reglas de Rotterdam, em Las Reglas de Rotterdam, dir. ALBERTO eMPARANZA SOBeJANO, cit., pp. 220 ss., dizem: “As Regras de Roterdão não constituem uma convenção geral para o transporte multimodal, uma vez que somente tratam do problema da multimodalidade na medida em que exista uma fase marítima. Daí as expressões como “maritime plus” ou “wet multimodal”. O que é natural que aconteça tratando-se, como se trata, de uma convenção de D.M. que, no entanto, implica uma considerável alteração relativamente à Conv. de 1924, que era por completo unimodal. A Convenção de Genebra de 1980 não obteve acolhimento e as Regras CNUCeD-CCI, tendo mera natureza negocial, apenas serão aplicáveis quando tal for acordado pelas partes.

552

MÁRIO RAPOSO

vamente depois de serem descarregadas do navio, o regime da presente Convenção não impedirá a aplicação das disposições de outro instrumento internacional (“international instrument”) que, quando se produziu a referida perda ou dano, ou o facto ou circunstância causador do atraso (se aplicariam — al. a) b) e c)”.

Para além disso o art. 82.º das Regras assegura que nada do que nela fica disposto afecta o que consta (ou poderá vir a constar) em matéria de responsabilidade das Convenções aplicáveis a outros modos de transporte. 44. É óbvio que a solução encontrada despontou da vontade de evitar conflitos entre as Regras e as Convenções unimodais que regem os transportes terrestres, aéreos, ferroviários e fluviais. A “concessão” feita prejudica o sistema preconizado por Berlingieri no decurso dos trabalhos preparatórios no sentido do “uniform liability system”(70). Relativamente a este e ao network liability system equivalem-se as vantagens e as desvantagens. No primeiro não surge o problema de localizar o local e a causa do dano. e não mescla mais do que um sistema de responsabilidade(71). Veio, entretanto, a optar-se por um

sistema de rede (network) limitado, que só parcialmente colide com o sistema preconizado por BERLINGIERI (uniform liability system). Como se mostra do referido art. 26.º o que se exclui da aplicabilidade deste sistema, ou seja, da própria Convenção, são as fases externas (anterior e posterior) à viagem de navio(72). (70) Cf. ANDREA IA MATTINA, *il trasporto multimodale e le Regole di Rotterdam*, em *Scritti in onore de Francesco Berlingieri*, D.M., 2010, pp. 643 ss., maxime p. 655. (71) Quanto ao regime fragmentado (network liability system ou de rede) depara-se com a indeterminação virtual da causa e do lugar do dano e o conseqüente aumento de litigiosidade. Cf. ANDREA IA MATTINA, *il trasporto multimodale*, D.M., 2007, pp. 1010-1037 e MONICA BADAGLIACCA, em *Trattato breve de Diritto marittimo*, coord. AIFRÉDO ANTONINI, II, Giuffrè, 2008, pp. 442-459. (72) M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *introdução às Regras de Roterdão*, em *Temas de Direito dos Transportes (por ele coordenado) I*, Almedina, 2010, maxime p. 70.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: HOJE e AMANHÃ

553

45. É, por vezes, feito reparo ao facto de as Regras não terem abrangido todo o trajecto, mesmo que dele não faça parte uma fase marítima. Isso poderá acontecer mas não numa Convenção de D.M. Por isso mesmo se fala aqui em “maritime plus” ou “wet multimodal”. É a 1.ª Convenção que dá resposta audível (e efectiva) ao propósito que surgiu logo que o transporte em contentores se difundiu a partir dos anos 60 do século passado. Seria o transporte de carga door to door e não o somatório de transportes diversos com rotura de sequência(73).

10. A incorporação da Cláusula Compromissória das cartas partidas nos contratos de transporte de mercadorias 45. É hoje frequente, em D.M., a referência feita nos conhecimentos de carga à cláusula compromissória constante de uma carta-partida. É assim incorporada no contrato de transporte a convenção de arbitragem prevista no contrato de fretamento. A situação acontece por via de regra nos navios fora de linhas regulares (navios tramp). essa prática está validada na Convenção de Bruxelas (1924), ao dizer no art. 5.º (parte final): “Nenhuma disposição da presente Convenção se aplica às cartas partidas; mas, se no caso de um navio regido por uma carta-partida forem emitidos conhecimentos, ficarão sujeitos aos termos da presente Convenção”.

46. A cláusula compromissória do contrato de fretamento incorporada no contrato de transporte marítimo de mercadorias é designada por cláusula arbitral por referência ou per relationem.

(73) MAURO CASANOVA — MONICA BRIGNARDELLO, *Diritto dei Trasporti*, Giuffrè, 2007, maxime p. 288.

554

MÁRIO RAPOSO

A Lei-Modelo, na versão de 1985, universalizou esta realidade normativa, dizendo na parte final do art. 7.º-2: “A referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que esse contrato revista a forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do contrato”.

Na actual versão do art. 7.º-6 da Lei-Modelo diz-se que “a referência feita num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória constitui um acordo de arbitragem escrito, desde que essa referência implique que a cláusula passará a fazer parte integrante do contrato”. 47. É frequente a incorporação da cláusula compromissória da carta-partida no documento que titula o contrato de

transporte marítimo de mercadorias(74). Como se vê da Lei-Modelo, a incorporação da cláusula compromissória noutra documento aplicar-se-á noutras hipóteses, fora do âmbito do D.M. As leis, como norma, estabelecem uma regra com aplicabilidade mais ampla. Assim, por ex., o Arbitration Act “inglês” de 1996 (art. 6.º-1) ao dispor que “uma convenção que faça referência a uma cláusula compromissória estipulada sob a forma escrita, ou a um documento contendo uma cláusula compromissória, constitui uma convenção de arbitragem se a referência for de molde a fazer da cláusula parte da convenção” (art. 6.º-1). No que quase todas são conformes é com a exigência da forma escrita(75). Reportando-se concretamente à arbitragem marítima

(74) TeTeY, *marine Cargo Claims*, vol. 1, (2008) cit., pp. 1448-1471, CARIOS eSPIUGUEs MOTA, *Arbitraje marítima internacional*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 175-338; MÁRIO RAPOSO, *Arbitragem marítima*, em *Est. sobre Arbitragem Com. e D.M.*, Almedina, 2006, pp. 69-74; ANDReA IA MATTINA, *L’Arbitrato marittimo...*, Giuffrè, 2012, pp. 132-139. (75) PleRO BeRNARDINI, *L’arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2.ª ed., Giuffrè, 2008, p. 104. Assim também na lei portuguesa de arbitragem (2011): art. 2.º-4: “Sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo”.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

555

assinala Francesco Berlingieri que a doutrina dominante em Itália é no sentido de a referência dever ser específica. Salienta ainda que deverá ocorrer uma aceitação expressa do destinatário das mercadorias até ao momento em que estas lhe forem entregues(76). 48. A incorporação da cláusula compromissória por referência tem no D.M. um tão significativo relevo que a lei de arbitragem alemã (§ 1031.4 zPO) particulariza, no âmbito genérico dessa incorporação, a relativa ao D.M. Com efeito, dispõe: “Uma convenção de arbitragem pode igualmente resultar da transmissão de um conhecimento que faça expressa referência à cláusula compromissória incluída num contrato de fretamento”. 49. Como acontece na Convenção de Bruxelas de 1924 (art. 1.º b) e art. 5.º-2) as Regras de Hamburgo excluem expressamente da sua aplicabilidade os contratos de fretamento (art. 2.º-3). Diz este preceito: “Não obstante (a sua não aplicabilidade aos contratos de fretamento), quando for emitido um conhecimento de carga decorrente de um contrato de fretamento, as disposições da Convenção (Regras de hamburgo) aplicar-se-ão a esse conhecimento de carga enquanto este regular as relações entre o transportador e o portador do conhecimento, se este não for o fretador”.

50. Neste aspecto as Regras de Hamburgo mantêm o regime da Convenção de 1924(77).

(76) *Trasporto marittimo e arbitrato*, 2004, pp. 423 ss., maxime p. 431. Cf. ainda leONARDO D. GRAFFI, *international Arbitration Agreements “by reference”: a european perspective*, em *Les Cahiers de l’Arbitrage*, vol. III, 2006, pp. 19-26. A solução da actual lei portuguesa (v. nota anterior) é a mais adequada, embora não coincidente com a jurisprudência e a doutrina predominantes em Itália e Inglaterra (ANDReA IA MATTINA, ob. e loc. cit.). A lei portuguesa recebe — e bem — a posição adoptada por DÁRIO MOURA VICENTe (A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem, na *Rev. Fac. Dir. Lisboa*,

2002, p. 1000). É, aliás, o que se passa nos estados Unidos, onde se tem como válida a referência implícita ou indirecta (“constructive notice”). (77) Confrontando as Regras de Hamburgo com a Convenção de 1924 vê-se que aquelas tomam mais em conta o contrato de transporte que o conhecimento (SÁNChez CALERO, ob. cit., p. 572).

556

MÁRIO RAPOSO

Já as Regras de Roterdão, continuando a separar o regime do contrato de fretamento de transporte marítimo de mercadorias, mudam aqui radicalmente de critério. e assim eliminam a excepção acima referida, constante das Regras de Hamburgo (e da Convenção de 1924). É o que expressamente consta da alínea b) do n.º 2 do art. 76.º. Põem assim categórico fim à tão usada incorporação da cláusula compromissória por referência a um contrato de fretamento. Daí que, neste aspecto, seja de reflectir sobre a crítica feita na Declaração de Montevideú: “11. (a Convenção) não se aplica a conhecimentos ou documentos de transporte emitidos em razão de contratos de fretamento total ou parcial de um navio, modalidade comercial que tem muitos anos de pacífica aplicação(78).

11. As Regras de Roterdão e as “Anti-suit Injunctions” 51.

No que agora releva PHILIPPE DeleBeCQUE(79) sintetiza:

“No shipping, as anti-suit injunctions surgem num contexto muito específico. Tipicamente isso acontece com os litígios baseados num conhecimento emitido com base numa carta-partida. A maioria das cartas-partidas prevê que todas as questões serão resolvidas por arbitragem em Londres”.

52. Dir-se-á, brevitatis causa, que as anti-suit surgem não apenas em Inglaterra mas, embora em menor grau, noutros países de common law (USA, Austrália, Canadá). Deles têm surgido problemas complexos(80).

(78) ADM, Vol. XXVIII, 2011, p. 688. (79) DeleBeCQUE, Anti-suit injunction and arbitration: what remedies? D. M., 2007, pp. 979 ss. (80) ReGINA ASARIOTIS, Anti-suit injunctions..., em Scritti F. Berlingieri, I, D.M. 2010, p. 111, maxime p. 121.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANhã

557

A generalidade dos autores “continentais” considera que as anti-suit “sono strumenti estremamente invasivi”(81). há, no entanto, vozes até certo ponto contemporizadoras, como a de SYIVAIN BOllÉe(82). Mas o certo é que designadamente no caso Front Comor/West Tankers/Erg Petrol SpA, para proteger uma arbitragem que se processava em Londres, a West Tankers requereu sem sucesso uma anti-suit destinada a impedir uma acção judicial proposta em Siracusa. Sobre a questão há numerosos comentários. Um dos mais recentes propõe novas perspectivas processuais para resolução do problema(83). 53. O caso West Tankers é descrito em síntese por MIGUel TeIXeIRA De SOUSA(84). O Tribunal de Justiça, em consonância, aliás, com a House of Lords considera, como questão prejudicial, que a anti-suit é incompatível com o Regulamento (Ce) n.º 44/2001, mesmo quando a violação invocada pelo requerente seja uma convenção arbitral. O que releva é que cada tribunal tem a faculdade de definir qual a sua própria competência (Kompetenz-Kompetenz). Ora, foi isto que aconteceu com o Tribunal de Siracusa. 54. Seja como for a questão continua a ocupar páginas e páginas e não é de crer que venha a ser superada em definitivo pelo

menos fora do espaço europeu(85).

(81) ANDReA ATTeRITANO, Anti-suit in ambito arbitrati: provvedimenti illeciti o semplicemente odiosi?, na Riv. dell'Arbitrato, 2010, pp. 441 ss., maxime p. 237. (82) Qualquer remarques sur les injonctions "anti-suit" (...), na Revue de l'arbitrage, 2007, pp. 223 ss., maxime p. 237. (83) IUCA PeNASA, i giudice inglese statuisce che la sentenza West Tankers non pone ostacolo "alla action for damages for breach of the obligation to arbitrate", na Riv. dell'Arbitrato, 2013, pp. 158-170. (84) A incompatibilidade das "anti-suit injunctions" com o Regulamento (CE) n.º 44/2001..., na Revista internacional de Arbitragem e Conciliação, II, 2009, pp. 191-204, maxime pp. 199 ss. (anotação). (85) AleXIS MOURRe — AleXANDRe VAGeNHeIM, A propos de l'exclusion de l'arbitrage dans le Règlement 44/2001..., em Cahiers de l'Arbitrage, Pedone, V, 2011, pp. 313 ss., maxime p. 321.

558

MÁRIO RAPOSO

Como as Regras de Roterdão vedam a incorporação da cláusula compromissória da carta-partida no documento que titula o contrato de transporte marítimo desaparecerá assim uma fonte de virtuais litígios — quase sempre de longa duração. Ou seja: poder-se-á ver aí uma "vantagem" (pragmática) decorrente das novas Regras: a eliminação (em parte por via indirecta) das anti-suit. Realmente os documentos que titulam o contrato de transporte raramente contêm uma cláusula arbitral. estas são quase sempre neles incorporadas por referência a uma carta-partida. e é nestas que em 80% dos casos se estabelece uma cláusula compromissória, para valer em Londres.

12. O Direito Marítimo Português: problemas e perspectivas 55. Durante algumas décadas, na 2.ª metade do século passado, foi o Direito Marítimo (D.M.) um direito "quase judicial", no sentido de que "a doutrina (ia) despontando do somatório de decisões dos tribunais, elas próprias tributárias do esforço pessoal do juizes e do carrear de decisões aduzidas pelas partes". A Conferência do CMI em Lisboa em Maio de 1985(86), durante uma semana, trouxe até nós 380 delegados ou observadores "de todos os horizontes do mundo marítimo" e marcou o preâmbulo do que se poderá chamar de abertura, entre nós, de um novo D.M.. Tive então ocasião de dizer: "O Direito Marítimo, em Portugal, nunca teve uma decisiva expressão doutrinária autónoma, sobretudo depois dos anos 50. Faltou-lhe o estímulo de uma tradição universitária sistematizada; ora é sabido ser a Escola a mais natural fonte de um escol. Suprimindo este núcleo motivador têm estado, no centro de uma indirecta elaboração dogmática, os tribunais. Como algures assinalei, por entre a floresta de dificuldades

(86) D.M.F., n.º 441, Set. de 1985, pp. 524-527. A realização da Conferência em Lisboa teve o significativo apoio logístico da Comissão de Direito marítimo internacional.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

559

com que se confrontam, os juizes e os advogados vão modelando soluções, pelo impulso da argumentação destes e do juízo crítico e decisório daqueles"(87).

e, realmente, antes da sua introdução como disciplina específica do curso de Direito no ano lectivo de 2001-2002, o D.M. esteve praticamente ausente das preocupações das Faculdades de Direito, embora em Janeiro de 1993 Jorge Miranda tenha proposto ao Conselho Científico da Faculdade de Lisboa a inclusão de

novas disciplinas no âmbito da licenciatura, figurando à cabeça o D.M.(88). A formação e o estímulo decorrentes da intensa actividade universitária que alguns anos depois se consolidaria em Lisboa, conjugada com o surgimento, em Coimbra, de assinaláveis especialistas, como, designadamente, Francisco Costeira da Rocha e Nuno Castello-Branco Bastos, permitirá pensar em promover, finalmente, a feitura de um diploma que torne actual e coerente o nosso Direito Marítimo. Mas o diploma que assim saneará e condensará o nosso D.M. deverá ser um Código ou uma Lei Geral? embora a designação não seja essencial, estou em crer que deverá prevalecer a ideia de uma Lei Geral. Um Código será um diploma mais fechado, mais permanente — numa área em que a mudança sectorial é, não raras vezes, necessária(89) 56. era premente em 1986 a necessidade de refazer a área mais flagrantemente desactualizada do D.M.: a dos contratos de utilização do navio(90). Na origem da reforma esteve, até certo ponto, o nosso estudo sobre Fretamento e Transporte Marítimo (B.M.J., Nov. de 1984, pp. 17 ss.). A Comissão por mim nomeada (87) M. RAPOSO, Em homenagem ao “Comité maritime international”, no B.M.J., n.º 346, Maio de 1985, p. 5. (88) M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, O Ensino do Direito marítimo..., Almedina, 2005, pp. 84 e 86. (89) Cf. MÁRIO RAPOSO, O exercício da função legislativa, em Estudos Profs. Paulo merêa e Braga da Cruz, Bol. Fac. Direito Coimbra, vol. IVIII, 1982, pp. 613 ss. (90) Sobretudo no tocante aos contratos de transporte de mercadorias e ao contrato de fretamento.

560

MÁRIO RAPOSO

manteve, no entanto, plena disponibilidade. Os quatro diplomas de 1986/87, não ficando a coberto de justificados reparos pontuais, representam, no entanto, um passo adequado na evolução recente do nosso D.M. e ao decidir por uma renovação por assim dizer sectorial do D.M. não tomei de forma alguma, uma posição de fundo. enfrentei, sim, uma conjuntura que então era francamente negativa. 57. e, significativamente, nos até agora não logrados tentames para reformular em Espanha o D.M. vigente, o primeiro passo incidiu nos contratos de utilização do navio(91). Foi esse o tema do 1.º anteprojecto, apresentado pela Comissão Geral de Codificação em Fevereiro de 1994(92). Pretendia-se então “libertar” a legislação marítima espanhola do Código Comercial de 1885(93). entretanto, a lei Geral de Navegação Marítima, continua a não entrar em vigor, embora haja um anteprojecto já aprovado em Conselho de Ministros (3.11.2006) entretanto alvo de significativas dissonâncias doutrinárias (assim ADM, vol. XXV, 2008, p. 814). Mas será a metodologia usada em Espanha transponível, ne varietur, para a solução portuguesa? De esquecer não será, por certo, que o projecto espanhol se desdobra em... 535 artigos, alguns tendencialmente regulamentares.

(91) Espanha contava já com a lei de 1949 sobre o transporte internacional de mercadorias. Aos transportes internos continuou a aplicar-se o Código de Comércio de 1885, manifestamente ultrapassado (IGNACIO ARROYO, Curso de Derecho marítimo, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2005, p. 520). (92) JOSÉ MARIA elZAGUIRRe, iii Jornadas de D.m. de San Sebastián: El anteprojecto de contratos de utilización del buque, Donostia, 1996. (93) La reforma de la legislación marítima (colectânea de estudos dirigida por IGNACIO ARROYO e eMÍLIO BelTRAN SÁNChez), ed. Aranzadi (Navarra), 1999. Dizia aí então FERNANDO SÁNChez CALERO (p. 133): “Além da evolução sofrida tanto no Direito nórdico como no alemão, parece digna de atenção a adoptada no D.M. português”. Referia-se à legislação de 1986/87, que ombreava com o

“excelente Código das Sociedades Comerciais” (também de 1986).

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANhÃ

561

13. Um caso exemplar: a lei de salvação “marítima” 58.

Como, por vezes, se tem legislado em Portugal?

“A lei só depois de publicada na folha oficial é que constitui verdadeiramente um projecto de lei, porque é sobre ela que se clama, protesta e representa, e depois se fazem novas publicações da lei, e quando já ninguém a compreende, começa-se de novo — é então revogada a lei”.

Isto está escrito e não agora. Consta do editorial do ano 51 da Revista de Legislação e de Jurisprudência (1918-1919). Mas as más práticas tendem a manter-se. O Código do Registo Comercial de 1986 foi, até 2011, alterado... 27 vezes(94). 59. No D.M. a errática inconstância legislativa atingiu sem dúvida, o apogeu em finais dos anos 90 do século passado. Só que, como regra, as leis, mesmo quando comprovadamente mal feitas, foram apenas “censuradas” pela doutrina — que precisamente nos últimos 20 anos se consolidou. excepção foi apenas o Dec.-lei 202/98, que no art. 17.º, n.º 3, mandava que os navios tidos como “abandonados” fossem sem mais considerados “património do estado”. A situação, em termos de realidade, correspondia a um verdadeiro “confisco”. Face à reacção havida por parte da doutrina(95), o art. 17.º-1 veio a ser revogado pelo Dec.-lei 64/2005, de 15.3. 60. De qualquer modo, o mais marcante desacerto legislativo — desde a forma ao significado — é o do Dec.-lei 203/98, que se ocupa da salvação marítima(96).

(94) Cf. MeNezeS CORDeIRO, De registo de quotas..., em Estudos Prof. Carlos Ferreira de Almeida, IV, Almedina, 2011. pp. 15 ss., maxime p. 27, e J. A. MOUTeIRA GUeRReIRO, Registo Predial — ainda existe?, em O Direito, 2008, II, pp. 367 ss. (95) MÁRIO RAPOSO, Estudos sobre o novo D.m., 1999, cit., pp. 256-261) e Estudos Prof. Soares martinez, I, cit., pp. 677-689. Cf. também, COSTA DIOGO — RUI JANUÁRIO, Direito Comercial marítimo, Quid-Juris, 2008, p. 89. (96) Para uma análise em detalhe desse Dec.-lei 203/98 cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMeS, o Ensino do D.m. cit., pp. 177-224, MÁRIO RAPOSO, ob. cit. de 1999, pp. 11-59 e 90-107 e NUNO AUReLIANO, A Salvação marítima, Almedina, 2006.

562

MÁRIO RAPOSO

Pelo que do seu preâmbulo se vê a ratio essendi da publicação do diploma legal foi a de sintonizar a disciplina jurídica nacional com a Convenção sobre Salvação de 1989, que o estado português assinara... em 28.4.1989. 61. Ora, como tem sido largamente evidenciado, este considerando apontaria para a adesão ou ratificação da Convenção. O que antes disso o estado português teria que decidir é se pretenderia que as suas disposições se aplicariam em quaisquer águas ou se apenas nas salvas águas do mar. Se optasse pela 2.ª solução (que não é a da Convenção) teria, no momento da ratificação, de dizer isso mesmo, aponto as reservas previstas nas alíneas a) e b) do art. 30.º da Convenção. Aliás, para a aplicação desta nem seria exigível qualquer elemento de internacionalidade. e aos juizes ou árbitros caberia uma ampla margem de disponibilidade interpretativa das normas da Convenção, podendo mesmo considerar as derrogações que o contrato de salvação previsse no âmbito facultado pelo seu art. 6.º-1(97). Foi, ainda aqui, ultrapassado o regime da Convenção de 1910 (à qual Portugal se mantém vinculado)(98). 62. Depois

de na al.a) do n.º 1 do seu art. 1.º e no art. 16.º ter (aparentemente) “distinguido” entre navio e embarcação o Dec.-lei 203/98 refere-se, invariavelmente, a embarcação. Ora, o certo é que a Convenção, por ex., na versão (original) francesa, fala apenas em “navio”, que para ela é “tout bâtiment de mer, bateau on engin ou tout structure capable de naviguer” (art. 1.º, al. b). Aliás, é esta a definição contida nos n.º 1 do art. 1.º do Dec.-lei 201/98 e no al. a) do art. 1.º do Dec.-lei 202/98 — diplomas saídos da voluntariosa “fornada” do Dec.-lei 203/98 (10 de Julho) não se vendo razões para diversidade de critérios... terminológicos. (97) PleRANGelO Celle, Note sull’applicazione della Convenzione di Londra de 1989..., em Scritti in onore Francesco Berlingieri, I, 2010, cit., pp. 328 ss., maxime p. 335. (98) “... alors même que la Convention de 1989 ouvre une large place aux contrat — ce que ne faisait pas le texte de 1910 — elle protège du contrat ce qui est au coeur du système: la protection de l’environnement et l’équité de la rémunération d’assistance” (PleRRe BONASSIeS, La Convention internationale de 1989 sur l’assistance, D.M., 2003, pp. 361 ss, maxime p. 367).

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

563

63. Ignora por completo o Dec.-lei 203/98 a arbitragem. Ora, passa como moeda corrente que os contratos de salvação — entre os quais tem não derogável destaque o IOF (Lloyd’s Standard Form of Salvage Agreement) — apontam, como invariável regra, para soluções arbitrais(99). A mais recente edição do IOF é a de 2011 que, significativamente, se refere ao estatuto do árbitro e do árbitro de recurso(100). 64. Como é evidente, os tribunais judiciais são também competentes para as questões de salvação(101). Alinha o art. 15.º do Dec.-lei 203/98 os casos em que os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para o julgamento de acções emergentes de salvação... marítima. Fá-lo em termos excessivos e por completo inúteis quando Portugal aderir ou ratificar a Convenção de 89, como terá por certo que acontecer quando os Orgãos do estado forem rectamente esclarecidos. Realmente, a Convenção tem um carácter “uniformizador e universal”(102), fixando como critério determinante a lex fori. 65. É o Dec.-lei 203/98 um diploma apressadamente feito. logo no preâmbulo isso se revela. Depois de deixar entrever que o regime do Código Comercial era por ele alterado “em razão da assinatura da Convenção (de 1989)” dela se mantém substancialmente arredia. e o regime do seu art. 10.º, apresentado como sendo a “mais arrojada inovação”, faz inapelavelmente recair

(99) GeOFFReY BRICe, maritime Law of Salvage, Sweet & Maxwell, 3.ª ed., 1999, maxime pp. 550 ss. e JeAN-FRANÇOIS ReBORA, L’Assistance maritime, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2003, p. 314. (100) D.M., 2012, p. 330. O regime do recurso da decisão dos árbitros para uma instância arbitral de 2.º grau está previsto, para a arbitragem internacional, na lei 63/2011, de 14.12 (IAV 2011) — art. 53.º. Sobre a sentença arbitral de recurso cf. ChARleS JARROSSON, La spécifité de l’arbitrage maritime international. D.M., 2004, pp. 444 ss. maxime p. 448 e, quanto ao caso concreto do IOF e da arbitragem de recurso, Yearbook Cmi 2011-2012, pp. 274-275. (101) Cf. art. 76.º do actual Cód. Proc. Civil, que ainda se refere à salvação ou assistência e al. I) do art. 4.º da lei 35/86 (Tribunais Marítimos). (102) I IMA P INHEIRO , Direito internacional Privado, III, Almedina, 2002, p. 194.

564

MÁRIO RAPOSO

sobre o estado uma obrigação que poderia caber a um P&I Club(103). Regula o art. 13.º do Dec.-lei o exercício dos direitos decorrentes da salvação marítima. Nos termos do n.º 1 do preceito esses direitos “devem ser exercidos no prazo de dois anos a partir da data da conclusão ou interrupção das operações de salvação marítima”. Trata-se de um critério único em Direito Comparado, alheio, obviamente, à Convenção de 1989. e, vistas bem as coisas, o legislador português adoptou-o provavelmente... por equívoco. Com efeito, a Convenção de 1910, depois de dispor que a acção para pagamento da remuneração devida prescreve no prazo de dois anos a contar do dia em que tiverem terminado as operações de assistência ou de salvação, acrescenta: “As causas de suspensão e de interrupção desta prescrição serão determinadas pela lei do tribunal que conheceu da acção”.

A Convenção de 1989 estabelece um regime mais complexo que, embora sendo de caducidade, pelo menos no tocante ao n.º 1 do art. 23.º, parece consentir uma excepção ao regime da “lex fori”, que seria a portuguesa (n.º 2 do art. 298.º do Cód. Civil). Terá sido, possivelmente, esta alternatividade de critérios que deu causa a que o legislador tenha confundido a interrupção das operações de salvação com o “estranho” regime do art. 23.º, n.º 2, da Convenção 1989(104).

(103) M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, O Ensino do D.m., cit., pp. 204 ss. (104) Sobre as dificuldades de exegese do referido art. 23.º cf. JEAN-FRANÇOIS REBORA, ob. cit., pp. 387-388.

TRANSPORTE MARÍTIMO De MERCADORIAS: hOJe e AMANHÃ

565

14. Reflexão final 66. Dizíamos nas palavras que antecederam, em 1999, os nossos já referidos Estudos sobre o novo Direito Marítimo(105): “Publicar leis é afirmar poder e aqueles que o detêm dificilmente se acomodam à moderação e ao realismo (...). O Direito Comercial Marítimo, enfeitado pelas Universidades (e) subalternizado pelos poderes do estado (...) tem declinado em qualidade e em dignidade doutrinal. Ora, estão em causa no Direito Marítimo relevantíssimos problemas económicos, designadamente em matéria de transportes. Foram os portos de contentores que em 1998 ampararam a crise das economias asiáticas. No topo da movimentação de carga contentorizada estiveram (já estavam) os de Singapura e de hong-kong (...)”.

67. A mudança mais sensível quanto a este estado de coisas operou-se, fora de dúvida, no ensino universitário, em que o caso de Lisboa é exponencial. O seu Centro de Direito Marítimo e de Transportes, coordenado pelo Professor M. Januário da Costa Gomes, alcançou um nível internacional. e a ele se poderá ficar a dever, no plano doutrinal, uma verdadeira regeneração do nosso Direito Marítimo. Tudo estará em que o estado promova, agora sim, a tão necessária Lei Geral. Não será, talvez, uma acção legislativa de réditos imediatos em sede de política “politicienne”. Mas será uma lei útil para o País. e isso deverá (ou deveria) bastar(106).

(105) ed. Coimbra editora. (106) haverá, preliminarmente, que definir em que medida se poderá operar a integração das Convenções internacionais nessa Lei Geral. O problema está equacionado, com a conclidência habitual, por FRANCOESCO BERLINGIERI (È possibile ovviare alla frammentazione del Diritto marittimo uniforme?, em D.M., 2013, p. 33). Diversa solução é a do Direito alemão, com a reforma do Direito Marítimo de 20.4.2013 (Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts), que alterou por completo o livro V do Código de Comércio. Mas a realidade legislativa é aí diversa da que ocorrerá em Portugal — sendo a

nossa semelhante à dos Códigos escandinavos.

Fonte: <https://portal.oa.pt>