

100

Aniversário
Anniversary

1924 - 2024

Regras de Haia | Hague Rules

Comemorações | Celebrations



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



FCT
Fundação para a Ciência e a Tecnologia
INSTITUTO DE CIÊNCIAS, INOVAÇÃO E INTELIGÊNCIA

COMEMORANDO OS 100 ANOS DAS REGRAS DE HAIA

COMMEMORATING 100 YEARS OF THE HAGUE RULES

VOLUME I

Coordenadores

MARIA JOÃO ANTUNES · ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS



I
•
J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UIDB/04643/2020).

EDIÇÃO
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA
Tipografia Lousanense, Lda.

CONTACTOS
geral@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij
Colégio da Trindade | 3000-018 Coimbra

ISBN
978-989-9075-25-2

e-ISBN
978-989-9075-24-5

DOI
<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02>

© SETEMBRO 2022

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

**COMEMORANDO OS 100 ANOS
DAS REGRAS DE HAIA
COMMEMORATING 100 YEARS
OF THE HAGUE RULES**

VOLUME I

Coordenadores

MARIA JOÃO ANTUNES · ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS

1 2 9 0



**INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA**

ÍNDICE

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Maria João Antunes / Alexandre de Soveral Martins ix

1. O DIREITO APLICÁVEL AO CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA UNIÃO EUROPEIA
Rui Manuel Moura Ramos 1
2. AS REGRAS DA HAIA (E HAIA-VISBY) FACE AOS NOVOS DESAFIOS DO *SHIPPING*
M. Januário da Costa Gomes 19
3. LAS REGLAS INCOTERMS 2020: NOVEDADES Y MEJORAS
Martín González-Orús Charro 45
4. PIRACY AND PRIVATE ARMED PROTECTION ONBOARD MERCHANT SHIPS: THE ROLE OF INDUSTRY SELF-REGULATION
Christian Frier 75
5. TRANSPORTE MARÍTIMO, TERRORISMO E SEGURO
Alexandre de Soveral Martins 85
6. O PAPEL DA VONTADE NA *CISG*
César Pires 99
7. TRANSPORTE FERROVIÁRIO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO PANORAMA ATUAL
Monize Maioli Caetano 129

NOTA DE APRESENTAÇÃO

No dia 26 de novembro de 2021 teve lugar o Webinar que inaugurou as Comemorações dos 100 Anos da Convenção de Bruxelas de 1924 relativa à unificação de certas regras em matéria de conhecimentos de carga. Conhecida como contendo as Regras de Haia, aquela Convenção vincula Portugal e largas dezenas de outros Estados, tendo encontrado ampla divulgação e aplicação. Muitos milhares de conhecimentos de carga foram já emitidos por todo o Mundo incorporando as suas disposições, na sua versão original ou com as alterações do Protocolo de Visby e do Protocolo SDR.

O Webinar de 2021 contou com a presença de Professores das Faculdades de Direito das Universidades de Coimbra e de Lisboa, da Universidade Jaume I de Castellón, da University of Southern Denmark, de investigadores das Universidades de Coimbra e de Messina. Foi, por isso, um verdadeiro encontro internacional. Aos conferencistas e moderadores deixamos um muito sincero e reconhecido Obrigado!

As Comemorações iniciaram-se em 2021 porque foi em 1921 que, numa Conferência da *International Law Association* realizada em Haia, foram adotadas as Regras que vieram a influenciar a Convenção de Bruxelas de 1924. As muitas objeções que têm sido apresentadas às Regras de Roterdão, bem mais recentes e modernas, levam a supor que ainda iremos lidar com as Regras de Haia por alguns anos. Isso já seria suficiente para justificar o lançamento deste marco miliar.

Em primeiro lugar, as Comemorações em curso destinam-se a suscitar a renovação do debate sobre as Regras de Haia perante, designadamente, os desafios que a evolução tecnológica lhes lança e as insuficiências que as alterações de Visby e o Protocolo SDR não ocultaram. A utilização da informática na navegação, a *Internet of Things* e o controlo da mercadoria em trânsito, os conhecimentos de carga eletrónicos e muitas outras novidades interrogam intensamente um texto de 1924.

Mas os nossos horizontes são da largura dos Oceanos. Aproveitaremos a ocasião festiva para refletir sobre tantos e tão importantes desafios que a utilização do meio marítimo apresenta à Humanidade no século XXI: desde os problemas ambientais à segurança na navegação, passando pela utilização das requisitadas e invejadas zonas portuárias e pelas relações contratuais em torno do transporte com ou sem uma *maritime leg*.

Estão previstos atos de celebração em 2022, 2023 e 2024, sendo este último ano reservado para a realização de um momento especialmente marcante. Mas não se trata apenas de celebrar: pretende-se igualmente mostrar as latitudes e longitudes dos temas que podem ser investigados.

Os Estudos que se publicam neste livro são um contributo para essa reflexão, percorrendo um leque colorido e variado de problemas. E este é apenas o começo de uma série de volumes que marcam a presença do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra em áreas tão relevantes para o nosso futuro comum.

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 8 de março de 2022

Maria João Antunes

Coordenadora da Área de Investigação «Risco,
Transparência e Litigiosidade»

Alexandre de Soveral Martins

Presidente da Comissão Organizadora
das Comemorações dos 100 Anos das Regras de Haia

O DIREITO APLICÁVEL AO CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA UNIÃO EUROPEIA

✉ (<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02/cap01>)

RUI MANUEL MOURA RAMOS*

Sumário: 1. Introdução. 2. A sede da regulação: o Regulamento «Roma I». 3. O regime do contrato de transporte internacional. 4. Outros aspectos pertinentes. 5. Conclusão.

Palavras-chave: transporte internacional, lei aplicável ao contrato de transporte, autonomia das partes.

Summary: Introduction. 2. The seat of regulation: the “Rome I” Regulation. 3. The regime of the international transport contract. 4. Other relevant aspects. 5. Conclusion.

Keywords: international carriage, applicable law to carriage contracts, party autonomy

1. Introdução

Permitam-me algumas breves palavras antes de iniciar as considerações que dedicarei ao tema objecto desta comunicação. A primeira para cumprimentar todos os presentes, e para os saudar, ainda que virtualmente, por ocasião deste reencontro. E a segunda para felicitar muito sinceramente os organizadores desta sessão pela *occasio* deste *webinar*.

O tema que nos congrega é a comemoração do centenário das Regras da Haia (*Hague Rules*), de 1924, ou seja, da Convenção de Bruxelas de 25 de Agosto de 1924 relativa à unificação de certas regras em matéria de conhecimentos de carga (*bills of lading*), a que Portugal se vinculou bem cedo¹.

* Professor Catedrático Jubilado, Univ Coimbra, IJ, FDUC

¹ Ou seja, logo em 1931, em plena Ditadura Militar, tendo a possibilidade de adesão sido autorizada (paralelamente a outro instrumento internacional conexo, a

Não será nunca despidiendo evocar a importância deste texto no desenvolvimento do direito do transporte marítimo², domínio de particular relevância no sector do comércio internacional a que a nossa doutrina, mau grado algumas iniciativas isoladas, talvez não tenha ainda dedicado a merecida atenção, como de resto sucedeu em geral com a problemática do transporte³. E é-nos particularmente caro verificar que esta iniciativa é entre nós assumida pelo *Instituto Jurídico*,

Convenção internacional para a unificação de certas regras relativas aos privilégios e hipotecas marítimas, assinada também em Bruxelas, a 10 de Abril de 1926) pelo Decreto n.º 19.857, de 18 de Maio desse ano (*in Diário do Governo*, I.ª Série, n.º 31, de 6 de Junho de 1931, p. 1070). O Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 5603 (publicado no *Diário do Governo*, I.ª Série, de 2 de Junho de 1932, p. 1017) torna público que a Carta de Adesão é de 5 de Dezembro de 1931 e fora depositada em 24 do mesmo mês e ano (p. 1038).

Mais tarde, pelo Decreto-lei n.º 37.748, de 1 de Fevereiro de 1950, seriam incorporados no nosso direito certos preceitos daquele instrumento (*in Diário do Governo*, I.ª Série, n.º 22, daquela data, p. 55).

Sorte diferente tiveram os Protocolos de 23 de Fevereiro de 1968 (*Visby Rules*) e de 21 de Dezembro de 1979, que desenvolvem as *Hague Rules*, ambos assinados também em Bruxelas, a que Portugal se não vincularia.

² Cfr., por exemplo, as monografias de Sergio M. CARBONE, *La Disciplina Giuridica del Traffico Marittimo Internazionale*, Bologna: Il Mulino, 1982; e Riccardo MANFRINI, *Il Traffico Marittimo nel Diritto Comunitario*, Torino: G. Giappichelli, 1994, Mariana Casati Nogueira da GAMA, *O Regime Jurídico do Contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias*, São Paulo, Brasil: PUC/SP, 2005; e, entre nós, Mário RAPOSO, «Transporte Marítimo de Mercadorias: Hoje e Amanhã», *Revista da Ordem dos Advogados* 73/2 (2013) 525-565; Nuno Manuel Castelo-Branco BASTOS, *Da Disciplina do Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Mar*, Coimbra: Almedina, 2004; Luís Lima PINHEIRO, «Direito aplicável ao transporte marítimo de mercadorias», in IDEM, *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2009, 311-348; Duarte Lynce de FARIA, *O Contrato de Volume e o Transporte Marítimo de Mercadorias: Dos Granéis aos Contentores, do Tramping às Linhas Regulares*, Coimbra: Almedina, 2018; e a obra colectiva M. Januário da Costa GOMES, coord., *Das Regras da Haia às Regras de Roterdão: Perspectivas para o Transporte Marítimo e para o Transporte Multimodal no Século XXI* (III Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo, 23 e 24 de Maio de 2013), Coimbra: Almedina, 2014.

³ Cfr. os estudos de Nuno Manuel Castelo-Branco BASTOS, *Direito dos Transportes*, Coimbra: Almedina, 2004; Carlos Alberto Neves ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*, Coimbra: Almedina, 2010; Dário Moura VICENTE, «A Convenção de Montreal sobre o Transporte Aéreo Internacional», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2005, 57-87; e Luís Lima PINHEIRO, «Breves notas sobre o Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional», in Lima PINHEIRO, Luís, *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. III, Lisboa: AAFDL Editora, 2021, 55-74.

instituição cujo reconstituição como unidade de investigação e desenvolvimento acompanhámos e que nos é grato verificar que continua a assumir o enlace entre o ensino e a investigação que há mais de um século justificou a sua criação.

Por outro lado, também nos não é indiferente que a actividade do Instituto (e da Faculdade, que é a nossa, em que ele se insere) se debruce sobre disciplinas, no caso o direito do comércio internacional, que nos são caras e a que devotámos parte do nosso labor como investigador. Como ainda que essa actividade de reflexão se insira num redobrado interesse pela codificação internacional desta disciplina a que a recente adesão do nosso país à Convenção de Viena de 11 de Abril de 1980 sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias⁴ se espera tenha provocado.

Enfim, tudo razões para que nos tenha sensibilizado particularmente o convite para participar nestes trabalhos que nos foi transmitido pelo nosso Colega Alexandre Soveral Martins e a que passamos a corresponder.

⁴ Adesão aprovada pelo Decreto n.º 5/2020 (in *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 153, de 7 de Agosto, p. 7-43) e concretizada pelo depósito do respectivo instrumento a 23 de Setembro seguinte (cfr. o Aviso n.º 48/2020, in *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 205, de 21 de Outubro de 2020, p. 2), tendo a Convenção entrado em vigor na nossa ordem jurídica, nos termos do seu artigo 99.º, n.º 2, a 1 de Outubro de 2021.

Sobre este importante instrumento convencional, cfr., entre nós, Maria Ângela Bento SOARES / Rui Manuel Moura RAMOS, «Do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Análise da Convenção de Viena de 1980 e das disposições pertinentes do direito português», in *Contratos Internacionais. Compra e Venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 1986, 1-273; Luís Lima PINHEIRO, «Direito material unificado. A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias – comparação com o Direito material português», in *Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*, Coimbra: Almedina, 2005, 259-324; Dário Moura VICENTE, «A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, 39-55; Rui Manuel Moura RAMOS, «La Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises trente-cinq ans après», in *Eppur si muove. The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, V. II, Rome: UNIDROIT, 2016, 1793-1805, e Alexandre de Soveral MARTINS, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG. Primeiros Comentários*, Coimbra: Almedina, 2021.

2. A sede da regulação: o Regulamento «Roma I»

Tendo ficado à nossa escolha o tema da presente comunicação pareceu-nos útil abordar neste contexto «O direito aplicável ao contrato de transporte internacional no direito internacional privado da União Europeia», não só por o contrato de transporte de que se cura no âmbito temático desta sessão comemorativa ser em grande medida um contrato internacional como por a disciplina de direito da União que se lhe refere não ter sido especialmente estudada entre nós. Falamos do artigo 5.º do Regulamento n.º 593/2008⁵, que constitui, como é sabido, o resultado da transformação em acto de direito da União⁶ de um

⁵ Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Para uma análise deste acto, cfr. Hélène GAUDEMET-TALLON, «Le principe de proximité dans le Règlement Rome I», *Revue Hellénique de Droit International*, 2008, 189-203; Esperanza CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada: Comares, 2009; Ulrich MAGNUS, «Die Rom I – Verordnung», *IPRax*, Bielefeld: Gieseking Verlag, 2010, 1, 27-44; Paul LAGARDE / Aline TENEBEAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Rev. crit. DIP*, Paris: Dalloz, 97 (2008) 727-780; Michael Joachim BONELL, «El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I») – Es decir, una ocasión perdida», in Jurgen BASEDOW / Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO / José A. MORENO RODRÍGUEZ, coord., *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción: La Ley, 2010, 209-218; Ulrich MAGNUS / Peter MANKOWSKI, *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Commentary. Rome I Regulation*, Köln: Otto Schmidt, 2017; e, entre nós, Luís Lima PINHEIRO, «Rome I Regulation: Some controversial issues», in Herbert KRONKE / Karsten THORN, *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2011, 242-257; e Luís Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, Direito de Conflitos: Parte Especial, 4.ª ed. refundida, Coimbra: Almedina, 2015, 303-410; Maria Helena BRITO, «Determinação da lei aplicável aos contratos internacionais: da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I», in IDEM *et al.*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 427-473; e Rui Manuel Moura RAMOS, «O Direito Internacional Privado das Obrigações Contratuais na União Europeia», in XX *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2017, 647-679.

⁶ Sobre os passos que a precederam, cfr. Nerina BOSHIERO, «Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: Problemi Generali», in Paolo PICONE, *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Padova: Cedam, 2004, 319-420; Michel WILDERSPIN, «Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», in Angelika FUCHS / Horatia MUIR-WATT / Étienne PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris: Dalloz, 2004, 173-183; Erik JAYME, «Der

instrumento de direito convencional comunitário celebrado no início da penúltima década do século que findou – a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais⁷,

Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsubereinkommen (Rom I)», in *Europäisches Kollisionsrecht. Anwendbares Recht. Gerichtliche Zuständigkeit. Vollstreckung von Entscheidungen im Binnenmarkt*, Wien: Manz, 2004, 3-11; Stefan LEIBLE, Hrsg., *Das Grunbuch zum internationalen Vertragsrecht. Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, München: Otto Schmidt, 2004; Marc FALLON/Patrick KINSCH / Christian KOHLER, ed., *Le Droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge: Intersentia, 2011, 212-216, 233-236, 254-262, 289-316, 349-350, 352-379, 425-451, 463-470, 612-613, e 734-735; Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, «La communautarisation du droit international privé des contrats: Remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats», *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris: Dalloz, 2005, 781-801; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)», *RabelsZ* 71/6 (2007) 225-344; Stefan LEIBLE, «La propuesta para un Reglamento "Roma I": Algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)», *AEDIPr* 6 (2006) 541-568; TITO BALLARINO, «Unificación de las normas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. La Transformación en Reglamento del Convenio de Roma de 1980», *AEDIPr* 6 (2006) 331-344; e Paul LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Rev. crit. DIP* 95 (2006) 331-359.

⁷ Cfr. o respectivo texto, na versão que resultou da Convenção de adesão de 14 de Abril de 2005 (in JOUE, c, 169, de 8 de Julho de 2005, p. 1-8) pela qual se incorporaram a este texto os dez Estados (República Checa, República da Estónia, República de Chipre, República da Letónia, República da Lituânia, República da Hungria, República de Malta, República da Polónia, República da Eslovénia e República Eslovaca) que aderiram à União Europeia em 2004, in JOUE, C, 334, de 30 de Dezembro de 2005, p. 3-27. Em Portugal, o texto vigoraria por força da Convenção de adesão (de Portugal e de Espanha) de 18 de Maio de 1992, assinada no Funchal. Para uma análise geral da Convenção, cfr. Hélène Gaudemet TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 17 (1981) 215-285; Paul LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev. crit. dr. internat. Privé* 80 (1991) 287-340; Jean-Michel JACQUET, «Aperçu de la Convention de Rome», in Paul LAGARDE / Bernd von HOFFMANN, *L'Européanisation du Droit International Privé*, Köln: Bundesanzeiger, 2011, 21-32; Michael WILDERSPIN, «The Rome Convention – Experience to date before the Courts of Member States, and interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Brussels Convention and its possible impact on the interpretation of the Rome Convention», in Paul LAGARDE / Bernd von HOFFMANN, ed., *L'Européanisation du Droit*

que, como é sabido, desempenhou um papel relevante na unificação do direito internacional privado europeu dos contratos.

Tal como a Convenção de Roma, que o precedeu, como acabamos de ver, o Regulamento Roma I «é aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis»⁸ (artigo 1.º, n.º 1) e tem por objectivo o estabelecimento de regras uniformes sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Regras de que os Estados membros da União Europeia⁹ se dotaram, a partir de 24 de Julho de 2008¹⁰, e que por eles passaram a ser aplicadas nos termos do mesmo acto (artigo 29.º), a partir de 17 de Dezembro de 2009¹¹, aos contratos celebrados após esta data (artigo 28.º).

Essas regras, que constituem o que poderíamos considerar o capítulo relativo aos contratos de um sistema de direito internacional privado da União Europeia¹², consagram o princípio fundamental da

International Privé, Köln: Bundesanzeiger, 2011, 47-61; Catherine KESSEDIAN, «La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Vingt ans après», in *Private Law in the International Arena. From national conflict rules towards harmonization and unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000, 329-340; e Richard PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2001.

⁸ Com as exclusões que resultam dos n.º 2 e 3 do artigo referido em texto, e independentemente de a lei por ele designada ser ou não a de um Estado membro (artigo 2.º).

⁹ Com excepção da Dinamarca, que, por força dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo relativo à posição da Dinamarca, anexo ao Tratado da União Europeia, não participou na aprovação do regulamento não ficou nem a ele vinculada nem sujeita à sua aplicação (cfr. o *considerandum* 46 do Regulamento 593/2008). A Dinamarca continua, porém, sujeita à Convenção de Roma (*cit. supra*, nota 7).

Por outro lado, acrescenta-se que, apesar de o Reino Unido ter deixado de pertencer à União Europeia a partir de 31 de Janeiro de 2020, também neste Estado (hoje um Estado não membro) o Regulamento 593/2008, nos termos do artigo 66.º, alínea a), do Acordo de Saída (*Withdrawal Agreement*), se continua a aplicar aos contratos celebrados anteriormente ao fim do período de transição (31 de Dezembro de 2020) previsto no artigo 126.º deste diploma.

¹⁰ Data da entrada em vigor do Regulamento, nos termos do seu artigo 29.º.

¹¹ Cfr. também o mesmo artigo 29.º

¹² Sobre este sistema, cfr., entre outros, Jurgen, BASEDOW *et al.*, «The Communitarisation of Private International Law», *RebelsZ* 73/3 (2009) 455-664; Marc FALLON / Paul LAGARDE / Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, dir., *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles: P.I.E. Peter Lang, 2011; Rui Manuel Moura RAMOS, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016; Geert van CALSTER, *European Private*

liberdade de escolha da lei aplicável ou da autonomia das partes (artigo 3.º)¹³, prevendo também, naturalmente, regras supletivas para a determinação da lei aplicável na falta de escolha (artigo 4.º). E se elas têm, em princípio, um carácter geral, uma vez que valem para todos os contratos, o legislador não deixa de prever para alguns deles uma regulamentação especial, em grande medida determinada pelas suas particularidades próprias¹⁴, ou, noutras situações, pela necessidade de acautelar um imperativo específico – a protecção de uma parte contratualmente mais fraca¹⁵.

International Law, 2nd ed., Oxford: Hart Publishing, 2016; as contribuições reunidas em Stefan ARNOLD, Hrsg., *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016; e Stefan LEIBL, ed., *General Principles of European Private International Law*, Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2016; Michael BOGDAN / Marta Pertegás SENDER, *Concise Introduction to EU Private International Law*, 4th ed., Groningen: Europa Law Publishing, 2019; Felix M. WILKE, *A Conceptual Analysis of European Private International Law. The General Issues in the European Union and its Member States*, Cambridge: Intersentia, 2019; e os trabalhos recolhidos em Jan von HEIN / Eva-Maria KIENINGER / Giesela RÜHL, ed., *How European is European private international law?: sources, court practice, academic discourse*, Cambridge: Intersentia, 2019.

¹³ Sobre este princípio e o relevo que nesta matéria lhe é reconhecido, cfr., por último, Matthias LEHMANN, «Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict Laws», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41 (2008) 381-434; Kathrin KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013; Christian KOHLER, *L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe universel entre libéralisme et étatsisme (Recueil des Cours 359)*, Hague: Brill, 2013, 285-478; Sandra WANDT, *Rechtswahlregelungen im Europäischen Kollisionsrecht. Eine Untersuchung der Hauptkodifikationen auf Kohärenz, Vollständigkeit und rechtstechnische Effizienz*, München: Peter Lang, 2014; Alex MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018; e, ainda que com especial incidência noutros domínios que não o contratual, Amélie PANET/Hugues FULCHIRON / Patrick WAUTELET, dir., *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles: Bruylant, 2017; Cristina González BEILFUSS, *Party Autonomy in International Family Law (Recueil des Cours 408)*, Hague: Brill, 2020, 91-361; e Jacqueline GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law: Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession*, Cambridge: Intersentia, 2021.

¹⁴ É o que ocorre, designadamente, com o contrato de transporte, a que é dedicado o artigo 5.º.

¹⁵ É o que se passa com certos contratos celebrados por consumidores, em determinada medida com o contrato de seguro, e com o contrato individual de trabalho (cfr., respectivamente, os artigos 6.º, 7.º e 8.º do Regulamento). Sobre esta preocupação e os meios utilizados para lhe fazer face, cfr. Fausto POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé (Recueil des Cours 188)*, Hague: Brill, 1984; Anne

3. O regime do contrato de transporte internacional

Se atentarmos agora em especial na regra dedicada ao contrato de transporte¹⁶ (o já referido artigo 5.^{o17}) poderemos fazer desde logo duas constatações. Por um lado, a disposição refere-se a dois contratos distintos¹⁸, o de transporte de mercadorias e o de transporte de passageiros, não introduzindo, porém, qualquer diferenciação a propósito do meio de transporte utilizado¹⁹. Depois, ela obedece de algum modo ao módulo geral que informa o sistema do regulamento e que se traduz na adopção do princípio da autonomia das partes (seja com carácter pleno, seja com maiores ou menores limitações) combinado, para os casos em que esta não é utilizada pelos contraentes ou não o pode ser porque o próprio regulamento a exclui, com a opção por conexões objectivas essencialmente inspiradas pelo princípio da conexão mais estreita ou, quando tal se justifica, pela ideia de protecção da parte mais fraca. Finalmente, se é certo que apenas um dos contratos cuja regulação conflitual constitui objecto desta disposição (o relativo ao transporte de mercadorias) se integra no âmbito temático das presentes jornadas, cremos ser vantajoso abordar também o que se refere ao do transporte de passageiros, até porque o confronto entre os dois regimes

SINAY-CYTERMANN, «La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 737-748 (cit. *supra*, nota 6); Giesela RUHL, «Der Schutz des “Schwächeren” im europäischen Kollisionsrecht», in Herbert KRONKE / Karsten THORN, *Grenzen Überwinden – Prinzipien Bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 364-377 (cit. *supra*, nota 5); e, entre nós, Rui Manuel Moura RAMOS, «Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português», in *Contratos: Actualidade e Evolução: Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, 331-357.

¹⁶ Para uma desenvolvida análise desta categoria contratual, veja-se a monografia que lhe dedicou Jürgen BASEDOW, *Der Transportvertrag: Studien zur Privatrechtsangleichung auf Regulierten Märkten*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987.

¹⁷ Segundo o *considerandum* 22 do Regulamento, esta regra «não pretende fazer qualquer alteração substancial em relação à terceira frase do n.º 4 do artigo 4.º da Convenção de Roma, pelo que os contratos de fretamento para uma só viagem e outros contratos que têm como objecto principal o transporte de mercadorias deverão ser tratados como contratos de transporte de mercadorias».

¹⁸ Distinção que, como teremos ocasião de ver, releva no plano do direito de conflitos.

¹⁹ Fluvial, marítimo, terrestre (e aqui ferroviário ou por estrada) e aéreo.

é elucidativo sobre as preocupações que presidiram à determinação da disciplina de cada um deles.

Quanto ao transporte de mercadorias, o seu regime consta essencialmente do n.º 1 do artigo 5.º, onde se consagra uma implícita recepção do regime regra contido no artigo 3.º do regulamento, uma vez que o legislador da União limita expressamente o âmbito de aplicação daquela disposição às situações em que a lei aplicável «não tiver sido escolhida nos termos do artigo 3.º». O que implica o reconhecimento de que neste domínio vale plenamente o princípio da liberdade de escolha («o contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes²⁰») afirmado nesta disposição, e que essa escolha tanto pode ser expressa como implícita («resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso»)²¹, podendo ainda a designação da lei aplicável referir-se «à totalidade ou apenas a parte do contrato^{22,23}». Para além disso, a escolha não tem sequer de ser contemporânea ou anterior à celebração do contrato, uma vez que também se clarifica que «as partes podem acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições do presente regulamento²⁴», determinando-se contudo que «qualquer modificação

²⁰ O n.º 5.º do artigo 3.º acrescenta que «a existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável são determinados nos termos dos artigos 10.º, 11.º e 13.º (isto é, aqueles que valem para a existência e validade substancial e formal do contrato).

²¹ Muito embora tenha sempre que ser real, pelo que este regime não permite que se possa fazer apelo à vontade hipotética ou presumida das partes, isto é, aquela que os contraentes teriam manifestado se se tivessem colocado a questão. Diferentemente, na hipótese admitida nesta disposição está sempre em causa uma escolha efectiva, admitindo-se, porém, diferentes formas por que esta se possa manifestar.

²² O que implica o reconhecimento da possibilidade do desmembramento (ou *dépeçage*) do contrato, que por isso é sujeito à aplicação de mais do que uma ordem jurídica. Sobre esta problemática, cfr. Willis L. M. REESE, «Dépeçage: A common phenomenon in choice of law», *Columbia Law Review* 73 (1973) 58-75; Paul LAGARDE, «Le “dépeçage” dans le droit international privé des contrats», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 11 (1975) 649-677; Erik JAYME, «Betrachtungen zur “dépeçage” im internationalen Privatrecht», in Hans-Joachim MUSIELAK / Klaus SCHURIG, *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart: Kohlhammer, 1987, 253-268; e, entre nós, Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra: Almedina, 1990, 465-474.

²³ Cfr. o n.º 1 do artigo 3.º do regulamento.

²⁴ Tem-se aqui em vista o caso em que a liberdade de escolha não foi exercida e a lei aplicável foi determinada através de conexões supletivas.

quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11.º, nem prejudica os direitos de terceiros»²⁵. E não deixa igualmente de implicar a consagração de alguns limites e precisões, quando se dispõe que «caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo»²⁶ e, em aplicação da mesma ideia, que «caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados-membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-membro não prejudica a aplicação, se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-membro do foro»²⁷.

Nas situações em que, em contratos de transporte de mercadorias, não exista uma válida *professio iuris*, o n.º 1 do artigo 5.º determina a aplicação da lei do país em que o transportador²⁸ tem a sua residência habitual²⁹, «desde que o local da recepção ou da entrega ou a residência

²⁵ É nestes termos que o n.º 2 do artigo 3.º admite quer a escolha tardia quer a modificação de uma escolha inicial.

²⁶ Veja-se o n.º 3 do artigo 3.º do regulamento. Fica assim claro que, em tal situação, a referência à lei escolhida não constituirá uma verdadeira *Kollisionsrechtliche Verweisung*, para utilizar a terminologia da doutrina germânica, mas uma pura *materiellrechtliche Verweisung*, ou seja, a simples incorporação das disposições daquela lei na disciplina do contrato, ao contrário do que aconteceria se nos encontrássemos perante a primeira hipótese, caso em que as disposições imperativas de qualquer lei que não a escolhida não seriam em princípio tomadas em consideração. Na verdade, entendeu-se que a vontade das partes não deveria, numa situação em que a internacionalidade do contrato é tão só subjectiva, decorrendo apenas de uma manifestação de vontade no sentido da escolha da lei ou da jurisdição, ter a virtualidade de afastar a aplicação das prescrições imperativas («não derogáveis por acordo») do país onde se situa, no momento da escolha, todos os elementos relevantes da situação.

²⁷ Cfr. o n.º 4 do artigo 3.º do regulamento.

²⁸ Segundo o *considerandum* 22, transportador é a «parte no contrato que se obriga a transportar as mercadorias, independentemente de esta efectuar ela própria o transporte».

²⁹ Segundo o regulamento (artigo 19.º), a residência habitual de sociedades e outras pessoas dotadas ou não de personalidade jurídica é o local onde se situa a sua administração central, enquanto a residência habitual de uma pessoa singular, no exercício da sua actividade profissional, é o local onde se situa o seu estabelecimento principal (n.º 1). Por outro lado, «caso o contrato seja celebrado no âmbito da exploração de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento, ou se, nos termos

habitual do expedidor se situem igualmente nesse país». Diferentemente do que ocorre com a grande maioria das situações elencadas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 4.º, o legislador da União não recorre assim, sem mais, à lei do país do estabelecimento da parte que realiza a prestação característica do contrato (no caso, de transporte)³⁰, ou seja, do transportador. Na verdade, ele opta antes por uma cumulação de conexões³¹, fazendo depender a aplicação daquela lei do facto de nesse país se situar igualmente «o local da recepção ou da entrega ou a residência habitual do expedidor³²», com o que se asseguraria que essa lei seria a que apresentava com o contrato a conexão mais estreita³³. Faltando tal cumulação, como que se constata que o lugar da residência habitual do transportador carece de ligação bastante para justificar a aplicação da respectiva lei, pelo que se determina a aplicação da «lei do país em que se situa o local da entrega tal como acordado pelas partes»³⁴ (n.º 1, *in fine*). De qualquer forma, saliente-se a afirmação, também aqui³⁵, do

do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes é da responsabilidade de tal sucursal, agência ou estabelecimento, considera-se que a residência habitual corresponde ao local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento» (n.º 2).

Finalmente, «para determinar a residência habitual, o momento relevante é a data da celebração do contrato» (n.º 3).

³⁰ Sobre a justificação do recurso à doutrina que se baseia nesta ideia e os termos e limitações com que foi consagrada, cfr., Massimo MAGNANI, *La Prestazione Caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 Giugno 1980*, Milano: Giuffrè Editore, 1989; e, entre nós, Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional (cit. supra, nota 21)*, 544-574.

³¹ Ou por aquilo a que a doutrina francesa designa por *groupement des points de contact* (cfr., por exemplo, LOUSSOUARN / Pierre BOUREL / Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International Privé*, 9^{ème} éd., Paris: Dalloz, 2007, 166-168).

³² Por este se entendendo, ainda segundo o *considerandum* 22, «qualquer pessoa que celebre um contrato de transporte com o transportador».

³³ Sobre esta cláusula geral, cfr. Paul LAGARDE, *Le Principe de Proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé (Recueil des Cours 196)*, Hague: Brill, 1986, 11-237; e, entre nós, Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional (cit. supra, nota 21)*, 364-410; e Eugénia Galvão TELES, «Determinação do direito material aplicável aos contratos internacionais. A cláusula geral da conexão mais estreita», in Luís Lima PINHEIRO, coord., *Estudos de Direito Comercial Internacional*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2004, 63-141.

³⁴ Ou seja, a clássica *lex loci executionis*.

³⁵ Como, em geral, no n.º 3 do artigo 4.º, e, e particular, no n.º 2 do artigo 7.º a propósito do contrato de seguro no caso dos contratos que cubram um grande risco (tal como definido na alínea d) do artigo 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE, do

jogo da cláusula de excepção³⁶, que determina que «se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que (...) o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente» dos assim indicados, é aplicável a lei desse outro país (n.º 3).

Se passarmos agora ao contrato de transporte de passageiros, não se torna difícil atentar nas diferenças de regime existentes. Assim, e muito embora a estrutura da regra seja a mesma, o seu conteúdo é diverso. Tal ocorre desde logo na afirmação do princípio da autonomia das partes, uma vez que o legislador é claro ao dispor que «as partes podem escolher como lei aplicável ao transporte de passageiros, nos termos do artigo 3.º, exclusivamente a lei do país em que» o passageiro ou o transportador têm a sua residência habitual, o transportador tem a sua administração central, e se situa o local da partida ou o local do destino. O que significa que a escolha da lei (*professio iuris*) não se faz com a ampla liberdade reconhecida em geral no artigo 3.º³⁷, estando antes limitada a recair sobre um conjunto de ordens jurídicas ligadas à situação concreta por conexões de carácter pessoal (a residência habitual de cada uma das partes e a administração central daquela que exerce a actividade de forma profissional – o transportador) ou ligadas ao objecto do contrato (o local de destino e o local de partida). Já quanto aos casos em que as partes se não tenham manifestado em termos vinculativos sobre a lei aplicável, o legislador recorre à lei da residência habitual do passageiro, desde que o local de partida ou de destino se situe nesse

Conselho, de 24 de Julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício), e no n.º 4 do artigo 8.º, todos do regulamento, no caso dos contratos de trabalho.

³⁶ Cfr., designadamente, a monografia de Claus DUBLER, *Les Clauses d'exception en droit international privé*, Genève: Georg, 1983; Monika PAUKNEROVA, «Escape clauses and legal certainty in private international law», *Yearbook of Private International Law*, Köln: Otto Schmidt, 18, 2016/2017, 61-82; e, entre nós, Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (cit. supra, nota 21), 379-410; e IDEM, «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado», *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, (Studia Iuridica 38; Colloquia 1), 93-124, 109-117; e Maria João Matias FERNANDES, *A Cláusula de Desvio no Direito de Conflitos. Das condições de acolhimento da cláusula de desvio geral implícita no direito português*, Coimbra: Almedina, 2007.

³⁷ Que apenas sofre, como vimos, os limites decorrentes dos n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º.

país, e, quando se não verifique essa cumulação de conexões, à lei da residência habitual do transportador (n.º 2). Finalmente, como vimos suceder em relação ao contrato de transporte de mercadorias, também as leis cuja competência resulta destas conexões supletivas podem ser afastadas «se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com um país diferente do por elas indicado», ou seja, pelo recurso à cláusula de excepção.

A exposição precedente deixa assim bem identificadas as diferenças entre a lei reguladora do contrato de transporte de mercadorias e a do de transporte de passageiros. Tais diferenças encontram-se quer no regime da *professio iuris* em cada um dos casos adoptado quer no relativo à determinação da lei aplicável na falta de escolha. Quanto àquele primeiro aspecto, importa referir que se no contrato de transporte de mercadorias se admite plenamente a autonomia das partes, já no contrato de transporte de passageiros nos encontramos perante uma possibilidade de escolha mais restricta, que apenas pode incidir sobre uma de cinco leis ligadas à situação contratual por conexões de carácter pessoal ou atinentes ao objecto do contrato. Esta diferença de regime, ao traduzir-se numa limitação da autonomia das partes, aproxima de algum modo este contrato daqueles em que o legislador se preocupa de forma mais nítida com a protecção de contraentes especialmente vulneráveis³⁸. Já no caso em que não exista uma escolha de lei nos termos admitidos pelo regulamento, a conexão supletiva primacialmente adoptada é, no caso do transporte de mercadorias, a residência habitual do transportador³⁹, enquanto no contrato de transporte de passageiros se atende à residência habitual do passageiro⁴⁰, recorrendo-se, na falta de cumprimento dos requisitos em cada caso previstos⁴¹, à lei do local da entrega tal como acordado pelas partes, no contrato de transporte de mercadorias, e à lei da residência habitual do transportador no caso do

³⁸ Cfr. também, a propósito do contrato de seguro, o n.º 3 do artigo 7.º, e, para situações em que esta preocupação se encontra ainda mais patente, as limitações mais claras constantes do n.º 2 do artigo 6.º (no caso de certos contratos celebrados por consumidores) e do n.º 1 do artigo 8.º (no caso dos contratos individuais de trabalho).

³⁹ Desde que exista a cumulação de conexões a que nos referimos, ou seja, que o local da recepção ou da entrega ou a residência habitual do expedidor se situem igualmente nesse país.

⁴⁰ Sujeita embora ao mesmo circunstancialismo referido na nota anterior, isto é, à cumulação de conexões com o local da partida ou do destino.

⁴¹ Cfr. para cada um dos casos, as duas notas anteriores.

contrato de transporte de passageiros. Também aqui, encontramos, na preferência pela residência habitual do transportador manifestada no contrato de transporte de mercadorias, em relação à residência habitual do passageiro a que se recorre no contrato de transporte de passageiros, uma confirmação da inserção daquele primeiro contrato na categoria dos *commercial contracts* e da especial natureza do segundo, a que já aludimos a propósito dos termos em que é possível a escolha da lei.

4. Outros aspectos pertinentes

Cumpra também realçar que o regime dos contratos de transporte no Regulamento Roma I, como de resto o de todos os demais⁴², prevê expressamente que as disposições nele contidas «não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro» (n.º 2 do artigo 9.º) e que «pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal; para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objecto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação» (n.º 3 do mesmo artigo). Acrescentando de resto, no n.º 1 da mesma disposição, e agora como novidade em relação ao que sucedia na Convenção de Roma, uma definição legal da categoria de normas de aplicação imediata, referindo-as como «disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento». Deve assim ter-se em conta que, também em sede de contrato de transporte, a unificação levada a cabo do direito internacional privado no seio da União se faz sem prejuízo da aplicação daquela categoria de normas⁴³, quando se integrem na ordem jurídica do foro, ou da

⁴² De forma semelhante à que, em termos um pouco distintos embora, ocorria já na Convenção de Roma. Veja-se o artigo 7.º deste instrumento convencional.

⁴³ Para maiores desenvolvimentos sobre este tema, cfr., por exemplo, Andrea BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich: Schulthess

tomada em consideração (*Berücksichtigung, prise en considération*) das pertencentes à *lex loci executionis*.

Por outro lado, saliente-se que o Regulamento precisa ainda o âmbito da lei a quem as suas disposições reconhecem a competência para ser aplicada nas situações de conflito de leis (artigo 12.º), do mesmo modo que regula certas situações específicas [como a cessão de créditos e a sub-rogação contratual (artigo 14.º), a sub-rogação legal (artigo 15.º) e a pluralidade de devedores (artigo 16.º)] e disciplina alguns problemas particulares [como a compensação (artigo 17.º) e o ónus da prova (artigo 18.º)]. Trata-se, no entanto, de disposições que se referem a todas as categorias contratuais abarcadas pelo regulamento, não sofrendo a sua modelação qualquer modificação pelo facto de serem aplicáveis a contratos de transporte ou a quaisquer outros. O que de resto sucede igualmente quer com as regras que disciplinam certos problemas da parte geral do direito de conflitos, como é o caso do reenvio (artigo 20.º), da excepção de ordem pública internacional (artigo 21.º) e da referência a ordenamentos jurídicos plurilegislativos (artigo 22.º), quer com outras que regulam a relação deste instrumento com o direito comunitário globalmente considerado (artigo 23.º) ou com determinadas convenções internacionais (artigo 25.º), em particular a própria Convenção de Roma (artigo 24.º)⁴⁴.

5. Conclusão

Tendo analisado brevemente os resultados da uniformização empreendida no âmbito da União Europeia relativamente à determinação da lei aplicável ao contrato de transporte internacional, resta-nos chamar a atenção para o facto de a disciplina que acabámos de referir não esgotar o complexo normativo regulador deste contrato, devendo em particular “viver” com as numerosas fontes de direito uniforme pertinentes para cada modalidade do tipo contratual que consideramos⁴⁵

Polygraphischer Verlag, 1998, e, na doutrina portuguesa, António Marques dos SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, vol. I e II, Coimbra: Almedina, 1990; e Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (*cit. supra*, nota 21), 659-720.

⁴⁴ Cfr. *supra*, a nota 7.

⁴⁵ Trata-se de uma situação que, naturalmente, é comum a outras espécies contratuais. Cfr. para o contrato de compra e venda, por exemplo, Giorgio CONETTI,

bem como com o direito de fonte autónoma, criado espontaneamente pelos operadores do comércio internacional⁴⁶ e que em não poucos casos vieram a ser objecto de codificação⁴⁷ por parte de instituições

«Uniform substantive and conflict rules on the International sale of goods and their interaction», in Petar SARCEVIC / Paul VOLKEN, *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*, New York: Oceana Publications Inc., 1986, 385-399. Para além dos elementos constantes *supra*, na nota 1, cfr., para um elenco dos instrumentos pertinentes, os numerosos textos dedicados ao transporte pertinentes ao direito marítimo internacional recolhidos pelo *Comité Maritime International* em *Conventions Internationales de Droit Maritime*. Textes, 1987, especialmente a Convenção das Nações Unidas de 31 de Março de 1978 sobre o transporte de mercadorias por mar (Convenção de Hamburgo) e a Convenção das Nações Unidas de 11 de Dezembro de 2008 sobre o transporte internacional de mercadorias efectuado total ou parcialmente por mar (Regras de Roterdão). Quanto ao transporte terrestre, veja-se, para o transporte ferroviário, a Convenção de 9 de Maio de 1980 relativa aos transportes internacionais ferroviários (COTIF) (aprovada para adesão pelo Decreto do Governo n.º 50/85, de 27 de Novembro), posteriormente modificada pelos Protocolos de 20 de Dezembro de 1990 (aprovado pelo Decreto n.º 10/97, de 19 de Fevereiro) e de 3 de Junho de 1999 (aprovado pelo Decreto n.º 3/2004, de 24 de Março), e, para o transporte rodoviário, a Convenção de Genebra, de 19 de Maio de 1956, relativa ao transporte internacional de mercadorias por estrada (CMR) (aprovada para ratificação pelo Decreto-Lei n.º 46.235, de 18 de Março de 1985, e alterada, no artigo 23.º, pelo Decreto n.º 28, de 6 de Setembro de 1988). E, para o transporte aéreo, a Convenção de Varsóvia, de 12 de Outubro de 1929, relativa à unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 26.706, de 20 de Junho de 1936), modificada pelo Protocolo de Haia de 28 de Setembro de 1955 (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45.069, de 12 de Junho de 1963), e alterada pelo Protocolo n.º 4, de Montreal (aprovado pelo Decreto n.º 96/81, de 24 de Julho), e a Convenção de Montreal, de 28 de Maio de 1999, relativa à Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (aprovada pelo Decreto n.º 39/2002, de 27 de Novembro).

⁴⁶ Para alguns constituindo uma verdadeira *lex mercatoria*. Sobre esta figura, cfr., entre outros, Michael Joachim BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, Milano: Giuffrè, 1976; Aleksandar GOLDSTAJN, «Usages of trade and other autonomous rules of international trade according to the UN (1980) Sales Convention», in Petar SARCEVIC / Paul VOLKEN, ed., *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*, New York: Oceana Publications Inc., 1986, p. 55-110 (*cit. supra*, nota 45); Francesco GALGANO, *Lex Mercatoria. Storia del Diritto Commerciale*, terza edizione, Bologna: Il Mulino, 1993, 209-220; e, entre nós, Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (*cit. supra*, nota 21), 499-515; e Luís Lima PINHEIRO, «O Direito Autónomo do Comércio Internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*», in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Coimbra: Almedina, 2006, 391-439.

⁴⁷ Pensemos por exemplo nos *International Commerce Terms* (INCOTERMS), com uma primeira versão de 1936, sucessivamente desenvolvida até à última (de 2020), e que são no fundo uma tabela de siglas (11 na presente versão) que remetem, cada

especializadas⁴⁸. Não teremos porém ocasião de nos deter sobre os termos da aplicação conjunta destes diversos instrumentos⁴⁹, alguns dos quais serão de resto analisados nos trabalhos que se vão seguir, restando-nos, pela nossa parte, renovar a todos as mais vivas saudações, e, desejando o maior êxito a esses trabalhos, agradecer a atenção com que me escutaram.

uma delas, para um conjunto de normas padronizadas que regulam diversos aspectos da relação internacional de comércio (o local da entrega da mercadoria pelo transportador, a responsabilidade pelo pagamento do fretamento internacional, a responsabilidade pela realização e pagamento das formalidades de exportação e importação, pela contratação e pagamento do seguro e a alocação dos riscos do comprador e do vendedor). Cfr., por exemplo, entre nós, Luís Lima PINHEIRO, «Incoterms», in *Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*, Coimbra: Almedina, 2005, 325-339 (*cit. supra*, nota 4); e IDEM, «Incoterms – Introdução e traços fundamentais», in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Coimbra: Almedina, 2006, 305-333 (*cit. supra*, nota 46).

⁴⁸ No que toca ao exemplo dado na nota anterior, por parte da *Chambre de Commerce Internationale* (CCI), sediada em Paris.

⁴⁹ E também não pela forma como diversas instâncias judiciais e arbitrais interagem nessa aplicação. A este respeito, e no que se refere ao papel, por exemplo, do Tribunal de Justiça da União Europeia, vejam-se as recentes conclusões (lidas a 3 de Fevereiro de 2022 no processo *öBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft*, C-500/20) da Advogada-Geral Tamara Capeta, nos termos das quais aquela jurisdição «est compétente s'agissant d'interpréter les règles uniformes concernant le contrat d'utilisation de l'infrastructure en trafic international ferroviaire (CUI)– Appendice E à la convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)».

AS REGRAS DA HAIA (E HAIA-VISBY) FACE AOS NOVOS DESAFIOS DO SHIPPING

✉ (<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02/cap02>)

M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES*

Sumário: 1. Proémio; 2. Nas origens das Regras da Haia: o *Harter Act*; 3. Traços essenciais das Regras da Haia; 4. As alterações às Regras da Haia, em especial o Protocolo de Visby; 5. As convenções “concorrentes”; 6. Portugal e as Regras da Haia; 7. As Regras da Haia e os desafios do *Shipping*.

Palavras-chave: transporte marítimo de mercadorias; responsabilidade do transportador marítimo; conhecimento de carga.

Summary: 1. Proemium; 2. In the origins of the Hague Rules: the Harter Act; 3. Essential features of the Hague Rules; 4. Amendments to the Hague Rules, in particular the Visby Protocol; 5. The “competing” conventions; 6. Portugal and the Hague Rules; 7. The Hague Rules and Shipping challenges.

Keywords: maritime carriage of goods, maritime carrier liability, bill of lading.

1. Proémio

O título genérico deste simpósio – “A propósito da Convenção de Bruxelas de 1924 relativa à unificação de certas regras em matéria de conhecimentos de carga” –, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 26 de novembro de 2021, é pertinente e feliz, agora que estamos a preparar o centenário das chamadas Regras da Haia, ou seja, da Convenção de Bruxelas de 1924 relativa à unificação de certas regras em matéria de conhecimentos de carga.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra começou já a preparar a “festa” do centenário, sendo que a robustez das Regras da Haia – sobretudo após o Protocolo de Visby – nos dá garantias de que a “velha e cansada”¹ Convenção chegará placidamente aos cem anos e irá, com muita probabilidade, ultrapassar essa idade.

Esperam-se, naturalmente, várias celebrações um pouco por todo o mundo, às quais se juntará também, oportunamente, a minha Faculdade.

São, assim, devidos parabéns à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade da qual é, de resto, oriunda a melhor dissertação sobre as Regras da Haia publicada em Portugal até à data, sob a pena de Nuno Castello-Branco Bastos². O rosto dos parabéns é, naturalmente, o Doutor Alexandre Soveral Martins.

O presente texto corresponde, em substância, ao teor da minha comunicação no simpósio.

2. Nas origens das Regras da Haia: O *Harter Act*

Falar das Regras da Haia é trazer à evidência uma história de compromisso, de ponto de encontro entre interesses contrapostos, não só a nível dos operadores, mas também a nível de países.

Em rigor, o efetivo progenitor Convenção de Bruxelas de 1924 – que têm o singular “pseudónimo” de “Regras da Haia”, não obstante a Convenção ter sido assinada em Bruxelas – é o *Harter Act* norte-americano, de 1893.

O *Harter Act*, enquanto instrumento normativo – conquanto nacional norte-americano – impulsor de um regime internacional uniforme relativo ao transporte marítimo de mercadorias e à

¹ A expressão é de Mário RAPOSO, «Transporte marítimo de mercadorias. Os problemas» in Manuel Januário da Costa GOMES (coord.), *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. 6 e 7 de Março de 2008. O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra: Almedina, 2008, 41-78, 60. O autor prognosticava, mesmo, que a Convenção de 1924, conquanto “velha e cansada”, corria o risco “de vir a ser, eventualmente por alargados anos, a realidade que se terá que encarar quanto aos transportes internacionais”.

² Cf. Nuno Castello Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, Coimbra: Almedina, 2004, *passim*.

responsabilidade do transportador³, tem, na evolução da disciplina internacional do Direito dos Transportes, um lugar de relevo.

O *Harter Act* marca uma reação contra os exageros da aplicação do princípio da liberdade contratual e a da sua exaltação no campo do transporte marítimo de mercadorias, exageros esses que subvertiam inteiramente o até aí imperante regime – vigente nos vários ordenamentos nacionais – de responsabilidade *ex recepto*⁴ ou com base na equiparação do transportador a um segurador (*insurer*)⁵.

Na verdade, o *Harter Act* marca uma reação dos Estados Unidos da América, então um jovem país com pouco mais de 100 anos, à prática do *shipping* imposta por armadores europeus, sobretudo britânicos e norte-europeus, no transporte transatlântico de mercadorias, os quais, escudados na legislação liberal, apologética do princípio da liberdade contratual, em vigor no final do século XIX, impunham à carga – carregadores e consignatários – condições que hoje caracterizaríamos como abusivas, mormente através de cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade por perdas e avarias na mercadoria transportada.

O *Harter Act*, na sequência de anterior jurisprudência que declarara nulas certas cláusulas dos conhecimentos de carga contrárias à *public policy*, fixou “inderroavelmente o regime da responsabilidade aplicável ao transporte de coisas com partida ou chegada aos USA”⁶.

³ Cf. Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 2.^a ed., Milano: Giuffrè, 2010, 251 e ss.; sobre as razões do *Harter Act*, cf. também Giorgio RIGHETTI, *Tratato di Diritto Marittimo*, II, Milano: Giuffrè, 1990, 427 e ss., Giuseppe RICARDELLI, *Harter Act*, in “Enciclopedia del Diritto” XIX, Milano: Giuffrè, 1970, 946-952, *passim*; e G. Fernand MONTIER, *Le Harter Act. Son interprétation par les cours américaines et françaises. Son avenir*, Paris: LGDJ, 1932, *passim*; na literatura portuguesa, cf., por todos, Carlos Oliveira COELHO, «Três datas, um século de Direito Marítimo. Esboço de evolução do direito comercial marítimo no século XX», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I: *Direito Privado e vária*, Coimbra: Almedina, 2002, 632 e ss.; e Manuel Januário de Costa GOMES, «Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador de mercadorias», in *Temas de Direito dos Transportes*, IV, Coimbra: Almedina, 2019, 449-510, 473 e ss.

⁴ Cf., por todos, António dos Santos JUSTO, «Contrato de transporte marítimo (direito romano)», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II: *Vária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 29 e ss.

⁵ Cf. Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 254.

⁶ Cf. Sergio CARBONE / Pierangelo CELLE / Marco LOPEZ DE GONZALO, *Il Diritto Marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*, 6.^a ed., Turim: Giappichelli, 2020, 213. Sobre a evolução histórica do regime, cf. também Stefano ZUNARELLI /

O impacto – a irradiação – do *Harter Act* no *shipping* foi de tal ordem que, em 1923, foram redigidas, na cidade da Haia, regras *standard* dos conhecimentos de carga, fortemente inspiradas no *Harter Act*. Tratava-se, *in casu*, de regras de *soft law*, dependentes, em termos de aplicação, da sua adoção pelas partes nos contratos de transporte de mercadorias.

Tudo isto marca a interligação entre regras de *soft law* e de *hard law*, já que, pouco tempo depois, aquelas regras *standard* foram, no essencial, “transpostas” para a Convenção de Bruxelas de 1924, ratificada por um grande número de países e considerada, com boas razões, a rainha das convenções marítimas.

Sob o impulso do *Harter Act*⁷, a Convenção de Bruxelas de 1924 tem o mérito de, ao construir um compromisso, “assaz eficaz”⁸, entre interesses de carregadores e transportadores, ter constituído o instrumento de recomposição, a nível internacional, da uniformidade da disciplina da responsabilidade do transportador marítimo, que fora rompida na segunda metade do século XIX⁹.

A chave do compromisso pode ser resumida fundamentalmente em dois pontos: (i) colocação do transporte marítimo de mercadorias sob *charter parties* fora do regime imperativo das Regras da Haia; e (ii) previsão de um regime de responsabilidade do transportador em grande parte assente na diferença entre *falta náutica* e *falta comercial*¹⁰.

Michele M. Comenale PINTO, *Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti*, I, 4.ª ed., Milano: W. Kluwer, 2020, 370 e ss.

⁷ Cf. Michael F. STURLEY, «The history of COGSA and the Hague Rules». *Journal of Maritime Law and Commerce* 22 (1991) 11 e ss.

⁸ Assim Sergio CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 252.

⁹ Cf. Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 253; cf. também Manuel Januário da Costa GOMES, *O ensino do Direito Marítimo: o Soltar das Amarras do Direito da Navegação Marítima*, Coimbra: Almedina, 2005, 50 e ss. e 141 e ss.; e ainda S. W. MARGETSON, «The history of the Hague (Visby) Rules», in M. L. HENDRIKSE / N. H. MARGETSON / N. J. MARGETSON, *Aspects of maritime law. Claims under bills of lading*, Alphen: Wolter Kluwer, 2008, 1 e ss.

¹⁰ Este segundo ponto é particularmente destacado pelos autores; cf., por todos, René RODIÈRE / Emmanuel Du PONTAVICE, *Droit Maritime*, 12.ª ed., Paris: Dalloz, 1997, 343 e ss.; Sergio Maria CARBONE *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 324 e ss. e 328 e ss.; Alain SÉRIAUX, *La faute du transporteur*, 2ème éd., Paris: Economica, 1998, 187 ss.; entre nós, cf., v. g., Mário RAPOSO, «Transporte internacional de mercadorias por mar. As Regras de Hamburgo de 1978», in *Estudos sobre o novo Direito Marítimo. Realidades internacionais e situação portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 273 e ss.; Mário RAPOSO, «Transporte marítimo de mercadorias. Hoje

A desatualização da Convenção de Bruxelas de 1924 foi-se fazer sentir ao longo dos anos, *maxime* com a chamada revolução da contenciosidade, o que justificou os citados Protocolos de Visby (1968) e SDR (1979)¹¹ –, aos quais, no entanto, Portugal se mostrou indiferente.

3. Traços essenciais das Regras da Haia

Podemos apontar sete traços essenciais das Regras da Haia.

O *primeiro* é o da estruturação das Regras com base no *conhecimento de carga*, no *Bill of Lading* (BL)¹². Essa estruturação transparece, desde logo, da própria designação da Convenção e da definição de “contrato de transporte”, que encontramos na alínea *b*) do artigo 1.º: “(...) designa somente o contrato de transporte provado por um conhecimento do ou por qualquer documento similar servindo de título ao transporte de mercadorias por mar”. Significativo é também o artigo 10.º que, ao delimitar o perímetro normativo de aplicação da Convenção, estabelece que as suas disposições “aplicar-se-ão a todo o conhecimento criado num dos Estados contratantes”¹³.

O *segundo* traduz-se no facto de Regras regularem o transporte marítimo de mercadorias de linha regular, não sendo, assim, aplicáveis

e amanhã», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. 23 e 24 de maio de 2013. Das Regras da Haia às Regras de Roterdão*, Coimbra: Almedina, 2014, 13-51; Nuno Castello Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, 301 e ss.; Carlos Oliveira COELHO, «Três datas, um século de Direito Marítimo. Esboço de evolução do direito comercial marítimo no século XX», 636 e ss.; e Hugo Ramos ALVES, *Da limitação de responsabilidade do transportador na Convenção de Bruxelas de 1924*, Coimbra: Almedina, 2008, 77 e ss.

¹¹ Cf., v. g., Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 63 e ss.

¹² Realçando a “importância central do documento de transporte”, cf. Alexandre Soveral MARTINS, «Os documentos de transporte nas Regras da Haia e nas Regras de Roterdão», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 141-165, 141 e ss.; cf. ainda Maria João Rodrigues DIAS, «A função representativa do conhecimento de embarque», in *Temas de Direito dos Transportes*, III, Coimbra: Almedina, 2015, 449-490.

¹³ Admite, porém, a doutrina a aplicação da Convenção em certas situações em que o conhecimento de carga não tenha sido emitido; cf., por todos, Sergio CARBONE / Pierangelo CELLE / Marco LOPEZ DE GONZALO, *Il Diritto Marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*, 216.

ao chamado transporte *tramp*. Constitui este um traço essencial, que explica diversos pontos de regime. É, de resto, eloquente o início do segundo parágrafo do artigo 5.º: “Nenhuma disposição da presente Convenção se aplica às cartas-partidas”.

O *terceiro* traço essencial é o carácter imperativo unidirecional (*one way mandatory*) das Regras: eloquente é o que dispõe o primeiro período do número 8.º do artigo 3.º da Convenção¹⁴: “Será nula, de nenhum efeito e como se nunca tivesse existido, toda a cláusula, convenção ou acordo num contrato de transporte exonerando o armador ou o navio da responsabilidade por perda ou dano concernente a mercadorias proveniente de negligência, culpa ou omissão dos deveres ou obrigações preceituados neste artigo, ou atenuando essa responsabilidade por modo diverso do preceituado na presente Convenção”.

O *quarto* traço essencial traduz-se na identificação e acentuação da primeira responsabilidade do transportador, que é a de colocar o navio em bom estado de navegabilidade, conceito este particularmente rico, que inclui a *seaworthiness*, a qual engloba a *humanworthiness* (equipagem) e a *cargoworthiness*, ou seja a capacidade de receber, conservar e transportar com segurança e incolumidade aquelas específicas mercadorias¹⁵.

O *quinto* traduz-se na existência de um regime de responsabilidade complexo, que parte de uma presunção de responsabilidade do transportador, sem prejuízo de este se poder exonerar na ocorrência dos *excepted perils* identificados no artigo 4.º da Convenção, avultando, como exemplo, a um tempo, mais impressivo e polémico, a chamada *falta náutica*. Feita a imputação primeira ou primária da responsabilidade ao transportador, é-lhe facultada a possibilidade de excluir a responsabilidade que lhe é inicial e provisoriamente imputada. Estamos numa fase onde se jogam, de modo particularmente intenso, as opções do legislador e os compromissos entre interesses contrapostos: *grosso*

¹⁴ De considerar também o primeiro parágrafo do artigo 5.º da Convenção: “O armador tem a faculdade de renunciar, no todo ou em parte, aos seus direitos e isenções ou de agravar as suas responsabilidades e obrigações tais como se acham previstas, umas e outras, na presente Convenção, contanto que essa renúncia ou esse agravamento seja inserido no conhecimento entregue ao carregador”.

¹⁵ Cf., por todos, Sergio CARBONE / Pierangelo CELLE / Marco LOPEZ DE GONZALO, *Il Diritto Marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*, 225 e ss.

modo, os dos transportadores *versus* os dos carregadores e destinatários¹⁶.

Fazem-se também sentir aqui as exceções ao rigor inicial da responsabilidade *ex recepto* do transportador, designadamente no meio marítimo. Fará todo o sentido – tal qual o *nauta* em certa fase do direito romano, mas então em termos circunscritos¹⁷ – que o transportador marítimo de mercadorias possa excluir a responsabilidade de início provisoriamente imputada. *Grosso modo*, e mais amplamente, podemos dizer que faz pleno sentido que o transportador possa excluir a sua responsabilidade, desde logo em situações inevitáveis ou incontrolláveis.

O “caso” da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias à luz das Regras da Haia suscita dúvidas¹⁸, *a priori* mais intensas face às que vemos noutras convenções relativas a outros modos de transporte e às que identificamos noutras convenções de transporte marítimo¹⁹. *Ictu oculi*, pareceria estarmos perante um sistema puro de presunção de responsabilidade. Contudo, centrando-nos no número 2.º do artigo 4.º da Convenção e deixando aqui de lado o tema, de algum modo a montante – mas, não obstante, presente no sistema de responsabilidade²⁰ –, do estado de navegabilidade do navio (número 1.º do artigo 4.º), a alínea *g*) parece direccionar o regime da Convenção para uma presunção de culpa do transportador; porém, essa alínea está, de algum modo, secundarizada a favor de uma extensa lista de causas

¹⁶ Cf., com referências, Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador de mercadorias», 493 e ss. e 497 e ss.

¹⁷ Cf., por todos, António dos SANTOS JUSTO, «Contrato de transporte marítimo (direito romano)», 14.

¹⁸ Cf., por todos, Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 251 e ss. e 296 e ss.; Leopoldo TULLIO, «Responsabilità del vettore nel trasporto marittimo di cose», in Alfredo ANTONINI, coord., *Trattato breve di Diritto Marittimo*, II. *I contratti di utilizzazione della nave e la responsabilità del vettore*, Milano: Giuffrè, 2008, 155-208; Fernando SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo e Rotterdam*, 2.ª ed., Cizur Menor: Aranzadi / Thomson Reuters, 2010, 321 e ss., e Nuno Castelo Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, 277 e ss.

¹⁹ Cf., com referências, Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador de mercadorias», 493 e ss.

²⁰ Cf., por todos, Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 298 e ss. e 306 e ss.

de exoneração específicas, conforme alíneas *a*) a *p*)²¹. Tudo analisado, identificamos nas Regras da Haia um sistema que privilegia a presunção de responsabilidade do transportador, mas que confere também uma zona de atuação à presunção de culpa deste. Esta dualidade resulta da diferença entre as causas nominadas das alíneas *a*) a *p*) e as inominadas, albergadas na alínea *q*), todas do número 2 do artigo 4.º.

O *sexto* traço essencial manifesta-se na admissão de *limitação de responsabilidade* invocável por transportador²². Podemos falar de “limitabilidade” da responsabilidade, já que a limitação não opera automaticamente, carecendo de invocação pelo transportador: não se trata, assim, de uma limitação *ex lege*, mas de uma limitação potestativa, *ex facultate debitoris*²³. Daqui decorre, logicamente, que o tribunal não pode suprir de ofício a não invocação pelo transportador²⁴.

O primeiro parágrafo do número 5.º do artigo 4.º das Regras da Haia dispõe o seguinte ²⁵: “Tanto o armador como o navio não serão

²¹ O que não significa que a culpa do transportador não possa ter aí eventual relevo – mas com o encargo da prova a recair sobre a carga – podendo ter o efeito de reverter a presunção de responsabilidade; cf., v. g., Nuno Castello Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, 285.

²² Cf., com referências, Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador de mercadorias», 501 e ss.

²³ Cf., no quadro do regime da Convenção de Bruxelas de 1957, Manuel Januário da Costa GOMES, *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*, Coimbra: Almedina, 2010, 239 e ss.

²⁴ Questão diversa é a de saber se a limitação pode ser invocada por credores do transportador, no quadro da sub-rogação do credor ao devedor; cf., no quadro do regime da Convenção de Bruxelas de 1957, Manuel Januário da Costa GOMES, *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*, 249 e ss.

²⁵ Em geral sobre a limitação de responsabilidade no transporte marítimo de mercadorias, cf. Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 407 e ss.; Norman A. MARTINEZ, *Limitation of Liability in international maritime conventions. The relationship between global limitation and particular liability regimes*, London: Routledge, 2010, *passim*; Norman A. MARTINEZ, «La limitación de la responsabilidad por reclamaciones marítimas y su función en el mundo marítimo de hoy», in Angélica DÍAZ DE LA ROSA / José Luís GARCÍA-PITA Y LASTRES / María Rocío QUINTÁNS EIRAS, coord., *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Madrid: Civitas, 2018, 237-256; Norman A. MARTINEZ, «La limitación de responsabilidad de acuerdo a las Reglas de Róterdam y su relación con la limitación global de la responsabilidad», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., *III Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 579-601; Carmen ALONSO LEDESMA, «Evolución, fundamento y límites de la responsabilidad del porteador marítimo», in *VIII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco,

obrigados, em caso algum, por perdas e danos causados às mercadorias ou que lhe digam respeito, por uma soma superior a 100 libras esterlinas por volume ou unidade, ou o equivalente desta soma numa diversa moeda, salvo quando a natureza e o valor destas mercadorias tiverem sido declarados pelo carregador antes do seu embarque e essa declaração tiver sido inserida no conhecimento”.

A alínea (a) do parágrafo 5.º do artigo 4.º das Regras da Haia-Visby retirou o “em caso algum” da redação inicial das Regras da Haia e adotou outra moeda de cálculo (francos em vez de libras esterlinas)²⁶, mas mantendo inteiramente um sistema de limitação²⁷: “Unless the nature and value of such goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading, neither the carrier nor the ship shall in any event be or become liable for any loss or damage to or in connection with the goods in an amount exceeding the equivalent of 10,000 francs per package or unit or 30 francs per kilo of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher”.

O sétimo traço essencial consubstancia-se na previsão e consagração de um regime para o concurso entre *Bill of Lading* e *Charterparty*, ou seja, entre um conhecimento de carga e uma carta-partida. Nessa contraposição *versus* cumulação²⁸ sobressai a importância do conhecimento de carga enquanto *título de crédito*, conforme decorre da parte final da alínea b) do artigo 1.º da Convenção, na definição de “Contrato de

2002, 45-73; Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, «Limitación de la deuda del porteador en régimen de conocimiento de embarque por daños en la mercancía en la Ley de la Navegación Marítima», in Angélica DÍAZ DE LA ROSA / José Luís GARCÍA-PITA Y LASTRES / María Rocío QUINTÁNS EIRAS, *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, 765-788; entre nós, cf., em especial, Francisco Costeira da ROCHA, «Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. 6 e 7 de Março de 2008. O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra: Almedina, 2008, 249-293; e Hugo Ramos ALVES, *Da limitação de responsabilidade do transportador na Convenção de Bruxelas de 1924*, Coimbra: Almedina, 2008, *passim*.

²⁶ Entretanto, o Protocolo SDR (1979) veio dar nova redação à alínea (a) do parágrafo 5.º do artigo 4.º substituindo “the equivalent of 10,000 francs” por “666.67 units of account” e “30 francs per Kilo” por “2 units of account per Kilogramme”. As unidades de conta são depois definidas na alínea (d) do número 5.º do mesmo artigo 4.º.

²⁷ Inteiramente, mas já não em termos “absolutos”, em termos de letra da Convenção; cf. Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador de mercadorias», 505 e ss.

²⁸ Cf., v. g., Manuel Januário da Costa GOMES, *O ensino do Direito Marítimo: o Soltar das Amarras do Direito da Navegação Marítima*, 238-245.

transporte”: “e aplica-se igualmente ao conhecimento ou documento similar emitido em virtude duma carta-partida, desde o momento em que este título regule as relações do armador e do portador do conhecimento”. O mesmo resultado²⁹ ressalta do primeiro período do segundo parágrafo do artigo 5.º da Convenção: “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 os mesmos sujeitos aos termos da presente Convenção”.

4. As alterações às Regras da Haia, em especial o Protocolo de Visby

As Regras da Haia são objeto de dois Protocolos de *aggiornamento*. Através do Protocolo de Visby, de 1968, são alteradas certas disposições das Regras, mais concretamente os artigos 3.º, 4.º, 9.º e 10.º. É também intercalado um novo artigo, o artigo *4bis*, entre os artigos 4.º e 5.º. A partir daí, mormente para os países que ratificaram o Protocolo, as Regras da Haia “dão lugar” às Regras da Haia-Visby. Eloquentemente o primeiro parágrafo do artigo 6.º do Protocolo: “As between the Parties to this Protocol the Convention and the Protocol shall be read and interpreted together as one single instrument”.

O segundo Protocolo, embora de menor dimensão e impacto, é o “Protocolo SDR”, de 1979. Através dele, é alterado o parágrafo 5.º do artigo 4.º das Regras, antes já alterado pelo Protocolo de Visby, passando a ser adotado o sistema de unidades de conta com referência ao direito de saque especial (SDR – “Special Drawing Right”) do Fundo Monetário Internacional.

Estamos perante *aggiornamenti*, se não impostos, pelo menos acelerados pela chamada “revolução da contentorização” e pela evolução do *shipping*.

²⁹ Assim também no direito interno português, conforme a alínea *b*) do artigo 29.º do Decreto-Lei 352/86, a qual manda aplicar o diploma “nas relações entre o transportador e o terceiro portador do conhecimento de carga, com prejuízo do que em contrário possa dispor a carta-partida, quando esse conhecimento tenha sido emitido ao abrigo duma carta-partida”; cf., v. g., Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre a relação entre as Regras da Haia e o Decreto-Lei 352/86, relativo ao contrato de transporte de mercadorias por mar», in *Temas de Direito dos Transportes*, V, Coimbra: Almedina, 2020, 567-608, 598.

Para um país, como Portugal, que não se vinculou a qualquer dos Protocolos, o de Visby reveste, não obstante, uma enorme importância para a interpretação e aplicação das próprias Regras da Haia³⁰.

Na verdade, se bem analisamos, o Protocolo de Visby contém soluções que podemos caracterizar como sendo de três tipos, admitindo-se que possa haver uma sobreposição das segunda e terceira categorias:

- (i) soluções interpretativas de normas das Regras da Haia;
- (ii) soluções sistematicamente coerentes com soluções de Direito dos Transportes em geral; e
- (iii) soluções novas ou inovadoras, face ao regime das Regras da Haia.

Quando acentuamos a importância das normas do Protocolo de Visby para a interpretação das Regras da Haia, estamos, naturalmente, a pensar nas primeira e segunda categorias identificadas, podendo, nesta medida, dizer-se haver uma certa influência, uma “sombra normativa”, do Protocolo de Visby sobre as próprias Regras da Haia quando desacompanhadas de tal Protocolo.

Como exemplo da primeira categoria, podemos apontar, desde logo, a nova redação dada pelo artigo 5.º do Protocolo ao artigo 10.º das Regras da Haia. Conhecidas as dúvidas sobre a interpretação do citado artigo 10.^{o31}, na sua redação original, pensamos que a nova redação desse artigo pelo Protocolo de Visby tem, atento aquele quadro de dúvidas, o efeito de nos permitir equacionar a interpretação da primitiva redação também à luz da existência da nova redação desse artigo, dada pelo Protocolo, via essa bem diferente em termos de caminho – que já não tanto em termos de resultado – de se sustentar a aplicação direta da nova redação a Estados, como Portugal, não vinculados pelo dito Protocolo, aplicação essa que, manifestamente, não é possível³².

Ou seja, o facto de o novo artigo 10.º vir ao encontro das tendências interpretativas relativamente ao velho artigo 10.º das Regras

³⁰ Cf., com mais desenvolvimento, cf. Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador de mercadorias», 487 e ss.

³¹ Cf., v. g., Nuno Castello Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, 80 e ss.; e Fernando SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 61 e ss.

³² Cf., v. g., Fernando SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 69.

da Haia³³, permite ver este, no que à questão da internacionalidade respeita, *grosso modo* nos mesmos termos em que tal norma deve ser interpretada após a nova redação, desde que – é essa a hipótese da alínea *a*) do novo artigo 10.º, correspondente à prevista na redação original do artigo 10.º da Convenção – o conhecimento de carga seja emitido num dos Estados contratantes (“the bill of lading is issued in a Contracting State”).

Parece-nos, assim, que num transporte marítimo de mercadorias entre os portos de Lisboa e de Génova, tendo sido emitido (“criado”, como se lê na versão portuguesa da primeira redação) um conhecimento de carga, tal transporte está sujeito às Regras da Haia, por estar preenchido o requisito da internacionalidade (objetiva) exigido na nova redação (“...shall apply to every bill of lading relating to the carriage of goods between ports in two different States”) e isto independentemente da nacionalidade do navio, do transportador, do carregador, do destinatário ou de qualquer outra pessoa interessada (“whatever may be the nationality of the ship, the carrier, the shipper, the consignee, or any other interested person”)³⁴. É também claro que, num transporte marítimo de mercadorias entre os portos de Lisboa e do Funchal, não obstante o facto da “criação” do BL “num dos Estados contratantes”, não serão aplicáveis as Regras da Haia por falta do requisito da internacionalidade³⁵.

Outra previsão normativa de cariz interpretativo é a do aditamento feito no número 1 do artigo 3.º do Protocolo ao número 4.º do artigo 3.º das Regras da Haia: “However, proof to the contrary shall not be admissible when the bill of lading has been transferred to a third party acting in good faith”.

Seria, na verdade, inconciliável com a natureza de título de crédito que tem o conhecimento de carga (BL)³⁶ que o transportador pudesse,

³³ Cf., v. g., Nuno Castello Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, 87-88.

³⁴ Cf., v. g., Nuno Castello Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, 80 e ss.; cf. também Duarte Lynce de FARIA, *O transporte internacional marítimo de mercadorias*, Venda Nova: Bertrand, 1996, 74 e ss.

³⁵ Cf., com mais desenvolvimento e com referências, Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre a relação entre as Regras da Haia e o Decreto-Lei 352/86, relativo ao contrato de transporte de mercadorias por mar», *passim*.

³⁶ Cf., por todos, João Calvão da SILVA, «Crédito documentário e conhecimento de embarque», in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra: Almedina, 1996,

baseado na expressão “salvo a prova em contrário” (“sauf preuve contraire”), que consta do número 4.º do artigo 3.º das Regras da Haia, eximir-se de responsabilidade face ao portador legítimo e de boa fé do título, provando, ao arrepio dos dizeres do título e do princípio da literalidade que o enforma³⁷, que, por exemplo, recebeu as mercadorias em número e peso inferiores aos indicados no BL.

Como exemplo de solução normativa, introduzida pelo Protocolo de Visby, sistematicamente coerente com soluções de Direito dos Transportes em geral, destacamos, em especial, a previsão da perda do direito à limitação de responsabilidade ou preclusão da limitação da responsabilidade, introduzida na nova redação do número 5.º do artigo 4.º do Protocolo de Visby, nos seguintes termos: “Neither the carrier nor the ship shall be entitled to the benefit of the limitation of liability provided for in this paragraph if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result”³⁸.

Na interpretação que fazemos, a velha previsão do número 5.º do artigo 4.º das Regras da Haia, que aponta, literalmente (“em caso algum”), para um certo carácter inexpugnável do direito à limitação de responsabilidade por parte do transportador, deve ser interpretada atualisticamente, dentro do sistema do Direito dos Transportes, no sentido da admissão, em casos limite, de perda do direito à limitação de responsabilidade. A partir daqui, a dúvida estará em saber quais são as situações em que a perda do direito à limitação pode ser invocada,

51-77, 54-63; Alexandre Soveral MARTINS, «Os documentos de transporte nas Regras da Haia e nas Regras de Roterdão», 141 e ss.; Nuno Castello Branco BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, 232 e ss. e 234 e ss.; e Maria João DIAS, «A função representativa do conhecimento de embarque», *passim*.

³⁷ Cf., por todos, Carolina CUNHA, *Letras e livranças. Paradigmas actuais e recompreensão de um regime*, Coimbra: Almedina, 2012, 386 e ss.; na literatura anterior, cf., v. g., A. Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, III. *Letra de câmbio*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1975, 44 e ss.; Fernando OLAVO, *Direito Comercial*, II. 2.ª Parte, Fasc. I. *Títulos de crédito em geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 1977, 25 e ss.; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Comercial*, III. *Títulos de crédito*, Lisboa, 1992 26 e ss.; e Jorge Henrique da Cruz Pinto FURTADO, *Títulos de crédito. Letra. Livrança. Cheque*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 31e ss.

³⁸ Cf., com referências Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador de mercadorias», 490-491.

seguro que é, por um lado, que a alínea *e*) do número 5.º do artigo 4.º das Regras da Haia-Visby não tem aplicação normativa direta aos Estados, como Portugal, que se não vincularam ao Protocolo de Visby, e, por outro, que a perda do direito à limitação não pode deixar de ser admitida.

5. As convenções “concorrentes”

I. Importa fazer agora uma breve referência a três convenções que, de algum modo, concorrem com as Regras da Haia: as Regras de Hamburgo de 1978, a Convenção de Genebra de 1980 e as Regras de Roterdão. Trata-se, porém, de uma concorrência imperfeita, já que *(i)* só uma delas – a de Hamburgo – está em vigor e *(ii)* só uma delas – também a de Hamburgo – é, tal com as Regras da Haia (e Regras da Haia-Visby) unimodal marítima e “port to port”. Já a “concorrência” da Convenção de Genebra e das Regras de Roterdão, bem mais intensa nesta do que naquela, resulta do facto de, sendo ambas convenções multimodais – mas sendo também as Regras de Roterdão, a um tempo, também uma convenção *port to port*³⁹ –, preverem – no caso das Regras de Roterdão, necessariamente, no da Convenção de Genebra, eventualmente, – um segmento marítimo.

Na evolução⁴⁰ das Regras da Haia-Visby surgem as Regras de Hamburgo. Contudo, não obstante a Convenção ter conseguido o feito de estar em vigor (em 1992), tal feito consubstancia como que uma vitória de Pirro, já que são pouco significativos, quer em número, quer em “peso marítimo”, os países que à mesma estão vinculados.

Terá pesado o facto de estas Regras, no novo equilíbrio ou “compromisso” que das mesmas resulta, terem, conforme já dito, diminuído o leque de excepções (*excepted perils*) exoneratórias da responsabilidade do transportador, avultando aqui o abandono da falta náutica enquanto causa exoneratória.

³⁹ Cf., v. g., Manuel Januário da Costa GOMES, «Introdução às Regras de Roterdão – A Convenção “marítima-plus” sobre transporte internacional de mercadorias», in *Temas de Direito dos Transportes*, I, Coimbra: Almedina, 2010; e Alexandre Soveral MARTINS, «As Regras de Roterdão», in *Novos caminhos para o Direito dos Transportes* (IDET), Coimbra: Almedina, 2013, 96-152.

⁴⁰ Cf., por todos, Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 279 e ss. e 333 e ss.

A composição entre interesses de carregadores e de transportadores é feita de modo não coincidente nas Regras de Hamburgo⁴¹, não obstante poder dizer-se, com Carbone⁴², que a disciplina da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias acolhida nas Regras de Hamburgo constitui uma confirmação dos princípios amadurecidos ao longo da aplicação das Regras da Haia. Isto não significa desconsiderar as diferenças de técnica e de regime, designadamente o facto de, na Convenção de 1978⁴³, ter diminuído o número de “excepted perils” e de ter ficado estabelecido que a diligência relativamente ao navio e às condições de navegabilidade devem ser provadas pelo transportador não só relativamente ao momento inicial mas com referência a toda a expedição.

De não menor relevo é o facto de as Regras de Hamburgo terem deslocado o centro de gravidade do regime uniforme do transporte de mercadorias do *conhecimento de carga* para o *contrato de transporte*⁴⁴: a Convenção de Bruxelas apresenta-se, conforme já acentuado, como “relativa à unificação de certas regras em matéria de conhecimento de carga” – documento este que, assim, constitui uma espécie de bilhete de identidade das Regras da Haia – enquanto as Regras de Hamburgo constituem uma convenção sobre o (*contrato de*) transporte marítimo de mercadorias, o qual é assim definido no número 6 do artigo 1.º da Convenção: “(...) means any contract whereby the carrier undertakes against payment of freight to carry goods by sea from one port to another”.

⁴¹ Cf., v. g., Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 279 e ss. e 333 e ss. Especificamente sobre estas Regras, cf., v. g., Osvaldo BLAS SIMONE, *Las Reglas de Hamburgo*, Buenos Aires: Ediciones Novum Forum, 1980, *passim*.

⁴² Cf. Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 279 e ss.; cf. também Marco LOPEZ DE GONZALO, «From the Hague to Rotterdam: Revolution or evolution?» in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 85-92.

⁴³ Cf., v. g., Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 333 e ss.

⁴⁴ Cf. Manuel Januário da Costa GOMES, «Do transporte “port to port” ao transporte “door to door”», in IDEM, coord., I *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. 6 e 7 de Março de 2008. O contrato de transporte de mercadorias*, Coimbra: Almedina, 2008, 367-405, 376; cf. também, v. g., Rafael ILLESCAS ORTIZ, «What changes in international transport law after the Rotterdam Rules?». *Uniform Law Review* 14/4 (2009) 893-900, 899.

II. A revolução da contentorização, a que já se aludiu, veio potenciar um forte desenvolvimento do transporte *door to door*, incluindo ou não uma fase marítima. Desenvolve-se, na sequência, uma pressão no sentido da aprovação de um regime uniforme no transporte *door to door*. Surge, assim, a Convenção de Genebra de 1980⁴⁵. Os considerandos da Convenção, para além de acentuarem a importância do transporte internacional multimodal de mercadorias para o desenvolvimento do comércio a nível mundial, considerando em especial os interesses e problemas dos países menos desenvolvidos, reportam-se à “desirability of determining certain rules relating to the carriage of goods for international multimodal transport contracts”. Contudo, por razões várias, que não cabe aqui inventariar, a Convenção de Genebra não recebeu o número de assinaturas bastantes e não chegou a entrar em vigor.

III. O malogro normativo da Convenção de Genebra de 1980⁴⁶, aliado à, entretanto, evolução do comércio global – em cujo quadro a

⁴⁵ Cf. Manuel Januário da Costa GOMES, «Do transporte “port to port” ao transporte “door to door”, 378 e ss. Para uma alusão às principais características da Convenção de Genebra de 1980, cf., v. g., B. JERMAN, “The role of maritime transport in conventions on multimodal transport”, in “Scritti in onore di Francesco Berlingieri”, I, *Il Diritto Marittimo* (2010) 594 e ss. Sobre o conceito e autonomia do contrato de transporte multimodal, cf., por todos, Ignacio ARROYO, «Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte de puerta a puerta», *Il Diritto Marittimo* (2001) 533 e ss.; Mauro CASANOVA / Monica BRIGNARDELLO, “Trasporto multimodale”, in *Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg.*, Torino, 2003, 919 e ss.; Carlos GÓRRIZ LÓPEZ, «El contrato de transporte multimodal de mercancías: el problema normativo». *Anuario de Derecho Marítimo* 21 (2004) 191 e ss.; António MENEZES CORDEIRO, «O transporte multimodal», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 53-64; cf. também Marco BADAGLIACCA, “Il trasporto multimodale”, in A. ANTONINI, a cura di, *Trattato breve di Diritto Marittimo*, II. *I contratti di utilizzazione della nave e la responsabilità del vettore*, Milano: Giuffrè, 2008, 441-459; Maria Martín CASTRO, *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, Cádiz: Edicip, 2001, *passim*.

⁴⁶ Manuel Januário da Costa GOMES, «Do transporte “port to port” ao transporte “door to door”, 379-380. Referindo-se a um quadro de “total failure” da Convenção de Genebra de 1989, cf. Jan RAMBERG, «The future of international unification of transport law». *Il Diritto Marittimo* 103/2 (2001) 644; entre nós, encontramos em José M. P. VASCONCELOS ESTEVES, *Contratos de utilização do navio: fretamento, transporte de mercadorias por mar, transporte marítimo de passageiros, reboque*, Lisboa: Petrony, 1988, 174 e ss., uma clara chamada de atenção para as “dificuldades” de implantação da Convenção. Apontando razões para o insucesso da Convenção, cf. v. g., Mauro CASANOVA / Monica BRIGNARDELLO, “Trasporto multimodale”, 930.

constatação do enorme peso do comércio marítimo assumiu um relevo notável – levou a UNCITRAL, a preparar uma nova Convenção multimodal, mas destinada também a substituir, em termos unimodais, a vetusta Convenção de Bruxelas de 1924 e as Regras de Hamburgo.

Por razões que estão amplamente documentadas nos trabalhos e em estudos que foram sendo produzidos⁴⁷, a opção foi no sentido de a Convenção disciplinar o transporte de mercadorias *door to door* que integre uma fase marítima (*sea leg*) internacional e, do mesmo passo, disciplinar o transporte internacional *port to port*.

Na sequência dos trabalhos desenvolvidos, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 11 de novembro de 2008, o projecto UNCITRAL de nova Convenção sobre o transporte internacional de mercadorias total ou parcialmente por mar.

As razões justificativas da nova Convenção – designada por Regras de Roterdão – aberta à assinatura dos Estados interessados, em Roterdão, em 23 de Setembro de 2009, estão sumariamente indicadas no texto da *Resolução* das Nações Unidas A/RES/63/122⁴⁸, podendo ser assim resumidas:

- a) Constatação de que o regime jurídico atual aplicável ao transporte marítimo internacional de mercadorias carece de uniformidade e não tem em devida conta as práticas do transporte moderno, designadamente a utilização de contentores, os contratos de *transporte porta-a-porta* e a utilização de documentos eletrónicos de transporte;
- b) Convicção de que a adoção de normas uniformes para a modernização e harmonização do regime aplicável ao transporte internacional de mercadorias total ou parcialmente por mar promoveria a segurança jurídica, melhoraria a eficiência e previsibilidade comercial do transporte internacional de mercadorias e reduziria os obstáculos jurídicos ao comércio internacional entre todos os Estados;

⁴⁷ Cf., com referências, Manuel Januário da Costa GOMES, «Introdução às Regras de Roterdão – A Convenção “marítima-plus” sobre transporte internacional de mercadorias», *passim*; e Alexandre Soveral MARTINS, «As Regras de Roterdão», *passim*.

⁴⁸ O texto em língua inglesa pode ser consultado em *Il Diritto Marittimo* 100 (2008) 1232-1265. As várias versões autênticas podem ser consultadas em <www.uncitral.org>.

- c) Esperança em que a aprovação de um regime uniforme aplicável ao contrato de transporte internacional de mercadorias total ou parcialmente por mar possa ser um fator decisivo para o fomento do comércio e do desenvolvimento económico nacional e internacional, na medida em que promove a segurança marítima, melhora a eficiência do transporte internacional de mercadorias e facilita novas oportunidades de acesso a comerciantes e mercados; e ainda
- d) Constatação de que os carregadores e os transportadores não beneficiam das vantagens associadas a um regime universal obrigatório e equilibrado (“binding balanced universal regime”), que contribua para o bom funcionamento dos contratos de transporte que prevejam a utilização de diversos modos de transporte.

Ilustrativos são também, na mesma linha, os *Considerandos* da própria Convenção:

- (i) Convicção de que a harmonização e unificação progressivas do direito comercial internacional, ao reduzir ou eliminar o número de obstáculos jurídicos que dificultam o curso do comércio internacional, contribuem de modo notável para a cooperação económica universal entre todos os Estados, numa base de igualdade, equidade e interesse comum, assim como para o bem-estar de todos os povos;
- (ii) Consciência de que, desde a aprovação da Convenção de Bruxelas de 1924 e dos respetivos Protocolos e das Regras de Hamburgo de 1978, ocorreram avanços tecnológicos significativos e que é necessário consolidar e modernizar o regime aplicável⁴⁹;
- (iii) Constatação de que os carregadores e os transportadores carecem das vantagens associadas a um regime universal obrigatório que contribua para o bom funcionamento dos contratos de transporte marítimo que prevejam a utilização de outros modos de transporte;

⁴⁹ No âmbito dos trabalhos preparatórios, foi equacionada a hipótese de uma revisão e ampliação das Regras da Haia-Visby e das Regras de Hamburgo. Não obstante, a opção foi no sentido mais abrangente e também mais arrojado, ora plasmado nas Regras de Roterdão; sobre todo esse processo e razões justificativas, cf. Fernando SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 599 e ss.

- (iv) Consideração de que a aprovação de um regime uniforme aplicável ao contrato de transporte internacional de mercadorias total ou parcialmente marítimo será um factor decisivo para o fomento do comércio e para o desenvolvimento económico, tanto nacional quanto internacional, na medida em que promove a segurança jurídica e melhora a eficiência do transporte internacional de mercadorias, facilitando, ademais, novas oportunidades de acesso a comerciantes e mercados anteriormente remotos.

IV. As Regras de Roterdão situam-se, tal como se situavam já as Regras de Hamburgo, na linha evolutiva das Regras da Haia e das Regras da Haia-Visby, designadamente no que tange ao transporte de linha regular, podendo falar-se, justificadamente, em “evolução sem revolução”⁵⁰.

Dentre os vários pontos de regime a destacar, salienta-se, *hic et nunc*:

- (i) A introdução de uma disciplina completa para os documentos de transporte, negociáveis ou não, incluindo os documentos eletrónicos⁵¹;
- (ii) A introdução das figuras da “parte executante” e da “parte executante marítima”⁵²;
- (iii) A introdução de uma disciplina coerente sobre a parte controladora e o direito de controlo sobre as mercadorias⁵³;
- (iv) A introdução de um regime pormenorizado para a entrega das mercadorias⁵⁴;

⁵⁰ Cf., v. g. Marco LOPEZ DE GONZALO, «From the Hague to Rotterdam: Revolution or evolution?», 95-92.

⁵¹ Cf. Manuel Januário da Costa GOMES, «Introdução às Regras de Roterdão – A Convenção “marítima-plus” sobre transporte internacional de mercadorias», 34 e ss.

⁵² Cf., v. g. Ana Maria Tobío RIBAS, «Intermediación en los mercados de transporte y las Reglas de Rotterdam», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 515-578; e Carlos de Oliveira COELHO, «Em torno da responsabilidade civil das partes executantes face às Regras de Roterdão», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 167-215.

⁵³ Cf., v. g., Manuel Januário da Costa GOMES, «Direito de controlo e transferência de direitos nas Regras de Roterdão», in IDEM, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 491-514.

⁵⁴ Cf., v. g., Francisco Costeira da ROCHA, «A entrega das mercadorias nas Regras da Haia e nas Regras de Roterdão», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 217-247.

- (v) A introdução de um regime central de responsabilidade do transportador por perdas, danos ou atrasos⁵⁵;
- (vi) O carácter tendencialmente imperativo bidirecional (*two way mandatory*);
- (vii) A autonomização do contrato de volume⁵⁶;
- (viii) A introdução de um regime de responsabilidade “network” limitado⁵⁷;
- (ix) A atribuição de um particular relevo à matérias da jurisdição e arbitragem⁵⁸.

A urgência na entrada em vigor das Regras de Roterdão é, atualmente, pelo menos tão grande quanto o era em 2009. Infelizmente, as encorajadoras perspetivas que se desenhavam aquando da abertura da Convenção à assinatura dos Estados têm vindo a perder terreno, pelo que, salva a eventualidade de um volte-face a nível político global, que veja para além dos circunscritos e egoísticos interesses de certos *players*. Ora, a premência na aprovação de uma convenção que regule o transporte multimodal⁵⁹ – preferivelmente *marítima-plus* – é cada vez maior.

É certo que, entretanto, as Regras de Roterdão suscitaram algumas reservas, avultando aqui a conhecida “Declaração de Montevideu”⁶⁰.

⁵⁵ Em geral, sobre a responsabilidade do transportador nas Regras de Roterdão, cf., por todos, Ignacio ARROYO, «La responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 65-83; cf. ainda Sónia Isabel CAETANO, «A responsabilidade do transportador nas Regras de Roterdão», in *Temas de Direito dos Transportes*, III, 492-570.

⁵⁶ Cf., por todos, Duarte LYNCE DE FARIA, *O contrato de volume e o transporte marítimo de mercadorias: dos graneis aos contentores, do “tramping” às linhas regulares*, Coimbra: Almedina, 2019, *passim* e Catarina B. GOMES, «Contrato de volume e transporte marítimo de mercadorias», in *Temas de Direito dos Transportes*, IV, 96-173; cf. ainda Alfredo CALDERALE, «Il contratto di volume e le Regole di Rotterdam», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 93-139.

⁵⁷ Cf., v. g., Manuel Januário da Costa GOMES, «Introdução às Regras de Roterdão – A Convenção “marítima-plus” sobre transporte internacional de mercadorias», 69 e ss.

⁵⁸ Cf., v. g., Luís de Lima PINHEIRO, «Pactos de jurisdição e convenções de arbitragem em matéria de transporte marítimo de mercadorias», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 465-490.

⁵⁹ Cf., sobre este, por todos, António MENEZES CORDEIRO, «O transporte multimodal», 53-64.

⁶⁰ Cf. sobre estas, mas sem as considerar impeditivas, Mário RAPOSO, «Transporte marítimo de mercadorias: hoje e amanhã», 19-21; cf., em especial, Eliane Octaviano MARTINS, «Luzes e sombras sobre as Regras de Rotterdam: a posição do Brasil e da

Penso, porém, que as resistências e inércias que se alparam às Regras podem ser ultrapassadas com relativa facilidade, através de um Protocolo – porque não um “Protocolo de Lisboa”? – que permita desdramatizar o contrato de volume e mais dois três pontos sensíveis.

6. Portugal e as Regras da Haia

Por (não) razões que não identificámos, Portugal, vinculado que está, desde 1931⁶¹, às Regras da Haia, não ratificou os Protocolos de Visby e SDR, não tendo, assim, acompanhado o *aggiornamento* da Convenção. Digamos que, não sendo cedo, Portugal estará a tempo.

Entretanto, nos anos 80 do século passado, certos pontos de regime do Decreto-Lei 352/86 permitem pensar que Portugal terá encarado a hipótese de ratificar as Regras de Hamburgo. De resto, o próprio preâmbulo do diploma contém um claro elogio a estas Regras, como contendo “uma visão mais atualizada e realista”⁶².

Ora, a opção do legislador nacional, ao legislar especificamente sobre transporte marítimo de mercadorias e fretamento de navios, através, respetivamente, do Decreto-Lei 352/86 e Decreto-Lei 191/87, impõe que se atente na “relação” entre os dois diplomas, em especial o primeiro, e as Regras da Haia. A identificação dessa relação não prescinde da consideração, a montante, do Decreto-Lei 37.748, de 1 de fevereiro de 1950.

Avulta aqui a previsão do artigo 2.º do diploma de 1986, que dispõe o seguinte: “Este contrato é disciplinado pelos tratados e convenções internacionais vigentes em Portugal e, subsidiariamente, pelas disposições do presente diploma”.

Na linha interpretativa que propugnamos⁶³, o artigo 2.º do Decreto-Lei 352/86 é uma norma vazia, como um “memo normativo”,

América Latina», in Manuel Januário da Costa GOMES, coord., III *Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 566 e ss.

⁶¹ Portugal aderiu à presente Convenção pela Carta de 5 de dezembro de 1931, publicada no Diário do Governo, I Série, n.º 128, de 2 de junho de 1932. A carta de adesão foi depositada nos arquivos do Governo Belga em 24 de dezembro de 1931.

⁶² Cf. ponto 5 do preâmbulo, com referência ao prazo para a propositura de ação.

⁶³ Cf., com desenvolvimento, Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre a relação entre as Regras da Haia e o Decreto-Lei 352/86, relativo ao contrato de transporte de mercadorias por mar», *passim*.

sobre o quadro normativo geral sobre o transporte marítimo de mercadorias: o internacional, em que vigora o regime dos tratados e das convenções que vinculam o Estado português, e o de raiz interna, corporizado pelo Decreto-Lei 352/86. Simplesmente, no regime interno, há, necessariamente, que considerar o regime, de aplicação subsidiária por ser temporalmente anterior, dos artigos 1.º a 8.º das Regras da Haia, por força do Decreto-Lei 37.748, diploma este, de resto, “relembrado”, pelo artigo 31.º do Decreto-Lei 352/86. Assim, no quadro interno – fora, portanto do quadro de aplicação direta das Regras da Haia por força do seu artigo 10.º – a primazia pertence às normas do próprio Decreto-lei 352/86.

Da interpretação exposta não resulta, conforme é claro, qualquer desconsideração pelo regime saído das Regras da Haia, cujos equilíbrios e compromissos⁶⁴ continuam plenamente presentes: os seus artigos 1.º a 8.º são aplicáveis, naturalmente, como direito interno, por força do Decreto-Lei 37.748, mas em termos subsidiários relativamente às normas do próprio DL 352/86. Nem podia deixar de ser assim, já que o Decreto-Lei 352/86 não contém um regime completo. Por outro lado, é manifesto que o Decreto-Lei 352/86 é um diploma posterior ao Decreto-Lei 37.748.

Na aplicação subsidiária dos artigos 1.º a 8.º das Regras da Haia impõe-se, pelas razões acima aduzidas⁶⁵, a consideração da “sombra normativa” do Protocolo de Visby.

Na linha da posição assumida, exortou-se já, noutra local⁶⁶, no sentido de um *révirement* na jurisprudência nacional que considere a riqueza, conquanto eivada de certa complexidade, do Decreto-Lei 352/86 e que abandone a conceção “imperialista” da Convenção de Bruxelas aplicada ao transporte de cabotagem, corporizada no entendimento de que estas teriam direta e primeira aplicação ou por força

⁶⁴ Cf., por todos, Sergio Maria CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, 1-62; entre nós, remete-se para os estudos de Carlos Oliveira COELHO, «Três datas, um século de Direito Marítimo. Esboço de evolução do direito comercial marítimo no século XX», *passim*; e de Mário RAPOSO, «Transporte internacional de mercadorias por mar. Da Convenção de Bruxelas de 1924 às Regras de Hamburgo de 1978». *O Direito*, Coimbra: Almedina, 128 (1996) 27-44, *passim*.

⁶⁵ Cf. *supra*, ponto 4.

⁶⁶ Manuel Januário da Costa GOMES, «Sobre a relação entre as Regras da Haia e o Decreto-Lei 352/86, relativo ao contrato de transporte de mercadorias por mar», *passim*.

do artigo 10.º da Convenção ou por força do artigo 2.º do Decreto-Lei 352/86.

7. As Regras da Haia e os desafios do *Shipping*

I. Os novos desafios do *Shipping* convocam permanentemente a atualidade das Regras da Haia, em especial das Regras da Haia-Visby. Assim foi já com a “revolução da contentorização” e sua conexão com a multimodalidade no transporte.

E a verdade é que as Regras têm demonstrado grande resiliência, até porque muitos desses desafios impactam sobretudo no plano da navegação *tout court*, que não tanto no plano normativo. Assim é (i) com o gigantismo dos navios e dos portos, (ii) com as restrições impostas pelo valor proteção ambiental, como seja a descarbonização; (iii) com a transição digital, destacando-se aqui os documentos eletrónicos⁶⁷; (iv) com a redefinição das profissões marítimas; (v) com a ascensão de nova “fisionomia” de armadores, avultando aqui os transitários como grandes transportadores, ou (vi) com os navios autónomos.

II. Os navios autónomos colocam-nos, nas suas novidade e diversidade, perante um desafio fantástico. É um desafio que, sem prejuízo da patente diferença de situações, já foi comparado àquele que aconteceu no século XIX, com a introdução do aço na construção de navios e, sobretudo, com implementação e difusão da navegação marítima a vapor⁶⁸.

Há, porém, diferenças relevantíssimas. Se pensarmos na introdução da navegação a vapor, que mudou radicalmente o paradigma da

⁶⁷ Cf., por último, María José RODRÍGUEZ DEL CAMPO, «El conocimiento de embarque en soporte electrónico a la luz del Derecho Europeo y Español», in José LUÍS GARCÍA-PITA Y LASTRES / María Rocío QUINTÁNS EIRAS / Angélica DÍAZ DE LA ROSA, coord., *El Derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Cizur Menor: Aranzadi / Thomson Reuters, 2020, 651-688; e Maria Paz MARTÍN CASTRO, «La transmisión de los títulos de transporte emitidos en soporte electrónico en el ámbito del transporte marítimo de mercancías», in José LUÍS GARCÍA-PITA Y LASTRES / María Rocío QUINTÁNS EIRAS / Angélica DÍAZ DE LA ROSA, coord., *El Derecho marítimo las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, 689-731.

⁶⁸ Assim, Will TIMBRELL, «Can the Prospect of Unmanned Ships stay Afloat under the Current Collision Regulations?». *Southampton Student Law Review* 49 (2019) 49, seguindo Van Hooydonk.

navegação, ao substituir a força propulsora dos navios assente nos ventos, correntes e marés, há que reconhecer que a introdução da nova “tecnologia” nunca colocou em causa o controlo direto do navio, tendo tido mesmo o efeito de melhorar substancialmente esse controlo, com inerentes e patentes vantagens em termos de manobra do navio.

Desde logo, o facto de aquela mudança ser inteiramente captável pelos sentidos humanos, em especial pelos olhos e pelos ouvidos, não colocava em risco o controlo do navio – a sua “direção efetiva”⁶⁹ – por parte do capitão, do piloto e da tripulação, controlo esse intrinsecamente associado ao contacto *com* o navio, *no* navio.

Ora, não é isso que acontece, pelos menos plenamente, com os designados *unmanned ships*, com os navios autónomos. Na verdade, quer os navios remotamente controlados quer, sobretudo, os navios inteiramente autónomos, sem controlo permanente *on shore*, suscitam dúvidas, reservas e, até, receios⁷⁰.

A abordagem da relação entre os navios autónomos e o Direito Marítimo tem de ser feita com toda a serenidade: por um lado, sem deslumbramentos inconscientes, e, por outro, sem temores irracionais e igualmente cegos. Pela minha parte, estou, na senda pessoana⁷¹, a estranhar, conquanto em processo de estranhar.

Nesta linha, em função da evolução das coisas, há que analisar com toda a serenidade as convenções internacionais marítimas, em ordem a

⁶⁹ Esta é a expressão que encontramos no artigo 503.º/1 do Código Civil português: “Aquele que tiver a *direção efetiva* de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por meio de comissário, responde pelos danos provenientes do risco próprio do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação” (itálico nosso). A expressão é assim explicada por João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, 656-657: “A fórmula, aparentemente estranha, usada na lei – ter a *direção efectiva* do veículo – destina-se a abranger todos aqueles casos (proprietário, usufrutuário, locatário, comodatário, adquirente com reserva de propriedade, autor do furto do veículo, pessoa que o utiliza abusivamente, etc.) em que, com ou sem domínio jurídico, parece justo impor a responsabilidade objetiva a quem usa o veículo ou dele dispõe”. E ainda: “A direção efectiva do veículo é o *poder real (de facto) sobre o veículo (...)*”.

⁷⁰ Cf., v. g., Manuel Januário da Costa GOMES, «Navios autónomos e abalroação. Breves notas», in José Luís GARCÍA-PITA Y LASTRES / María Rocío QUINTÁNS EIRAS / Angélica DÍAZ DE LA ROSA, coord., *El Derecho marítimo las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, 1137-1158.

⁷¹ É do poeta Fernando Pessoa a famosa frase “Primeiro estranha-se, depois entranha-se”, preparada, nos anos 20 do século XX, como *slogan* publicitário de uma bebida.

concluir sobre a sua conformidade ou não conformidade com a autonomia dos navios, nas suas diversas modalidades ou gradações.

No que respeita à resiliência das regras da Haia relativamente aos navios autónomos, as dúvidas não se colocam apenas em relação aos *fully remoted ships*, envolvendo também os *remotely operated ships*. Cremos serem três as principais dúvidas.

A primeira dúvida é a de saber se o conceito de navio da alínea *d*) do artigo 1.º das Regras da Haia – “Ship means any vessel used for the carriage of goods by sea” – carece de alguma atualização face às novas realidades. Ora, como é patente, a definição é, *qua tale*, “dessubjetivada”, razão pela qual poucas dúvidas haverá sobre a “atualidade” da definição.

A segunda dúvida é a de saber se os *unmanned ships* são compatíveis com a previsão da alínea *b*) do número 1 do artigo 3.º, de acordo com a qual o transportador (*carrier*) tem o dever, entre outros, de armar e de equipar convenientemente o navio, antes e no início da viagem⁷², dever esse instrumental do dever de realizar um bom transporte, entregando a mercadoria incólume ao destinatário. Naturalmente que o carácter mandatório unidirecional da Convenção, a que acima se fez referência⁷³, não pode ser aqui desconsiderado. Desconsiderado não pode ser também o facto de o transportador ter, de acordo com a alínea *a*) do número 1 do artigo 3.º, o dever de “pôr o navio em estado de navegabilidade” (*make the ship seaworthy*). Esse dever é cruzado com a previsão do número 1 do artigo 4.º, que isenta o *carrier* (ou o navio) de responsabilidade em caso de “estado de in navegabilidade”, salvo se a mesma resultar de falta de diligência “em pôr o navio em estado de navegabilidade ou em assegurar ao navio um armamento, equipamento ou aprovisionamento convenientes”.

Podemos, assim, falar de uma “*humanseaworthiness*”, sem prejuízo da “*cargoworthiness*”.

Pergunta-se se a autonomização da “*humanseaworthiness*” implica que os navios autónomos fiquem sob a suspeita de “*unseaworthiness*”. Admitimos que não necessariamente, encarando-se uma interpretação atualista ou evolutiva, pelo menos em relação aos “*remoted operated ships*”.

⁷² Discute-se, é certo, se esse dever é apenas circunscrito a essa fase, ponto que não cabe aqui tratar. Cf., sobre o problema, Stefano ZUNARELLI / Michele M. Comenale PINTO, *Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti*, 225 e ss. e 229 e ss.

⁷³ Cf. *supra*, ponto 3.

A terceira dúvida é a da “sobrevivência” da *falta náutica* – já de si controversa – enquanto causa de exoneração de responsabilidade por parte do transportador⁷⁴.

A priori, pensamos que o relevo exonerativo da falta náutica deixa de fazer sentido nos navios autónomos. E deixa de fazer sentido porque, na origem do compromisso entre falta náutica e falta comercial está a realidade da navegação *in action*, na qual o *carrier* não tem controlo sobre as operações, sobre a *ars navigandi* ou sobre as pessoas a bordo. Ora, a partir do momento em que não há capitão a bordo e não há empregados (tripulação) a bordo, a exoneração do transportador (*carrier*) com base em falta náutica deixa, se bem vemos, de fazer sentido.

Há, na verdade, uma clara diferença de paradigma: nos navios totalmente autónomos o paradigma deixa de ser antropocêntrico para ser robocêntrico.

E quanto à carga e à posição dos carregadores e destinatários? Cremos fazer sentido aqui a adoção de um princípio tipo “no shippers worse off”⁷⁵: a carga nunca poderia ter um leque de direitos e poderes inferior ao que teria não fora o transporte feito num *unmanned ship*, mas num navio “comum”.

III. Impõe-se, a terminar, uma palavra, reiterando anteriores apelos e alertas⁷⁶, apelos e alertas esses que, conquanto não briguem diretamente com as Regras da Haia, *qua tale*, têm com as mesmas claras conexões: Portugal precisa laborar, com muita urgência, no sentido da aprovação de um Código Marítimo ou de um Código da Navegação Marítima. As razões são por demais evidentes para justificarem desenvolvimentos.

⁷⁴ Cf., por todos, Marco LOPEZ DE GONZALO, «Le navi autonome e le Hague-Visby Rules (spunti per una interpretazione evolutiva)», in *Temas de Direito dos Transportes*, v, 609-619.

⁷⁵ O princípio *no worse off* tem sido objeto de especial atenção no campo da resolução e da insolvência bancária; cf., por todos e por último, Adelaide Menezes LEITÃO, *Insolvência bancária e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2021, 342 e ss. e 390 e ss.

⁷⁶ Cf. Manuel Januário da Costa GOMES, *O ensino do Direito Marítimo: o Soltar das Amarras do Direito da Navegação Marítima*, 151 e ss.

LAS REGLAS INCOTERMS 2020: NOVEDADES Y MEJORAS

<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02/cap03>

MARTÍN GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO*

Sumário: I. La Cámara de Comercio Internacional y los Incoterms. II. Los Incoterms 2020: Novedades y Mejoras. 1. Grupo E: entrega directa a la salida. 1.1. EXW (Ex Works). 2. Grupo F: entrega indirecta sin pago del transporte principal. 2.1 FCA (Free Carrier). 2.2. FAS (Free Alongside Ship). 2.3. FOB (Free On Board). 3. Grupo C (entrega indirecta con pago del transporte principal). 3.1. CPT (Carriage Paid To). 3.2. CIF (Cost, Insurance & Freight). 3.3 CIP (Carriage and Insurance Paid to). 3.4 CFR (Cost and Freight). 4. Grupo D (entrega directa a la llegada). 4.1 DAP (Delivered At Place). 4.2. DPU (Delivered at Place Unloaded). 4.3. DDP (Delivered Duty Paid).

Palavras-chave: compra e venda de mercadorias, Incoterms, transporte de mercadorias, responsabilidade do transportador de mercadorias

Summary: I. The International Chamber of Commerce and the Incoterms. II. Incoterms 2020: News and Improvements. 1. Group E: direct delivery on departure. 1.1. EXW (Ex Works). 2. Group F: indirect delivery without payment of the main transport. 2.1 FCA (Free Carrier). 2.2. FAS (Free Alongside Ship). 2.3. FOB (Free On Board). 3. Group C (indirect delivery with payment of the main transport). 3.1. CPT (Carriage Paid To). 3.2. CIF (Cost, Insurance & Freight). 3.3 CIP (Carriage and Insurance Paid to). 3.4 CFR (Cost and Freight). 4. Group D (direct delivery on arrival). 4.1 DAP (Delivered At Place). 4.2. DPU (Delivered at Place Unloaded). 4.3. DDP (Delivered Duty Paid).

Keywords: sale of goods, Incoterms, carriage of goods, carrier of goods liability

* Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Universidad de Salamanca. <martingorus@usal.es>.

I. La Cámara de Comercio Internacional y los Incoterms

La Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce) es una institución formada como una organización empresarial que agrupa a más de 130 países. Fue fundada en Francia en 1919 por un grupo de líderes empresariales con el objetivo de proporcionar protección comercial a las empresas, así como de fomentar las operaciones comerciales y la inversión entre aquéllas, con independencia del lugar geográfico donde estuvieran ubicadas y del sector donde operasen¹. Al tiempo de su fundación, la ICC estuvo especialmente preocupada por el impacto económico de las reparaciones de la primera guerra mundial, así como de la doble imposición que ocasionaría la práctica del comercio internacional².

Una de las aportaciones más importantes y tradicionales de la cámara es la elaboración de los Incoterms (International Commercial Terms). Son términos internacionales del comercio de tres letras cada uno que reflejan las normas, de aceptación voluntaria por las dos partes compradora y vendedora, acerca de las condiciones de entrega de las mercancías o productos. Se usan para distribuir los costes de las transacciones comerciales internacionales, delimitar las responsabilidades entre el comprador y el vendedor, y establecer la práctica actual en el transporte internacional de mercancías³. Aunque su origen comenzó

¹ Considerando la importante labor que desarrollaron y los fines para la creación de tal organización, los fundadores de la ICC se autodenominaron “líderes de la paz”, pues tenían la convicción de que el comercio es una poderosa fuerza en pro de la paz y la prosperidad, idea que empezó a tomar gran fuerza a principios del siglo xx. Procede recordar que a principios del siglo xx existía una infraestructura empresarial poco desarrollada y un comercio que todavía era predominantemente local; así, uno de los objetivos más importantes y ambiciosos de la cámara fue el de establecer un sistema global para regular el comercio, la inversión y las finanzas. Consúltese: SPAIN INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Quiénes somos* [em linha], Barcelona: ICC, [consult. 20/01/2022], disponible en: <<https://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>>.

² Así lo indica expresamente Sebastian ESCARRER JAUNE, «Prólogo», in SPAIN INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Incoterms 2020*, París: ICC, 2019.

³ Tal y como dispuso la ESPAÑA, Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2º), «Sentencia JUR 2014/7846», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 19 Set. 2013: “El objetivo fundamental de los incoterms consiste en establecer criterios definidos sobre la distribución de los gastos y la transmisión de los riesgos entre la parte compradora y la parte vendedora en un contrato de compraventa internacional. Ciertamente que como decíamos, los incoterms son de aceptación voluntaria por las partes, o sea, no son un esquema jurídico obligatorio; el tratado jurídico

a esbozarse en un momento anterior⁴, no es hasta el año 1920 cuando surge la firme necesidad de elaborar una lista de reglas internacionales para realizar transacciones de mercancías con distintos repartos de costes y riesgos, según las necesidades de los contratantes. Fue en París, durante el Congreso celebrado en la Cámara Internacional de Comercio a través de un informe que exponía la procedencia de publicar los términos más usuales en el comercio internacional. En 1928 se recopilan las primeras reglas, que posteriormente se revisarían hasta la elaboración de los primeros incoterms en 1936 (FAS, FOB, C&F, CIF, Ex Ship y Ex Quay). Desde entonces, han existido diferentes versiones revisadas periódicamente: 1953 (Franco Fábrica, Franco Vagón, FAS, FOB, C&F, CIF, ...); 1967 (se incorporan DAF y DDP); 1976 (se incorpora un anexo para FOB); 1980 (se introdujo FCR); 1990 (revisión de los anteriores y aglomeración en FCA); 2000 (modifica FAS y DEQ); 2010 (se eliminan algunos, entre ellos DAF y des y se incorporan DAP y DAT); 2020 (versión actual).

II. Los Incoterms 2020: Novedades y Mejoras

Tras meses de trabajo, la ICC publicó la versión definitiva de los incoterms 2020 el 19 de septiembre de 2019. Para su elaboración, consideró los cambios producidos en la economía mundial durante los

obligatorio para los 71 países que lo han ratificado es el CISG, es decir, la Convention on Contracts for the International Sale of Goods) que en su Parte III «Venta de las mercancías» (artículos 25-88) describe el momento en que el riesgo sobre la mercancía se transfiere del vendedor (fabricante o no) al comprador (sea este el usuario final o no), pero reconoce que, en la práctica, la mayoría de las transacciones internacionales se rigen de acuerdo con las obligaciones reflejadas en los incoterms. La principal ventaja de los incoterms consiste en haber simplificado mediante 11 denominaciones normalizadas un cúmulo de condiciones que tienen que cumplir las dos partes contratantes. Gracias a esta armonización o estandarización, la parte compradora y la parte vendedora saben perfectamente a qué atenerse”.

⁴ Señala Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, Cizur Menor: Aranzadi, 2020, 24 que el antecedente más remoto se sitúa en el año 1812 en las Cortes Británicas, pues Inglaterra contaba con un comercio marítimo muy importante y ya era común el uso de ciertas reglas comunes para dictaminar el contenido obligacional de las relaciones entre los comerciantes. Por esa época se utilizaban dos reglas: la primera de ellas se asemejaba mucho al actual incoterm FOB (Free on Board); y, posteriormente (1890), comenzó a emplearse otra asimilable al actual CIF (Cost, Insurance and Freight).

años en que estuvo vigente la versión 2010. Las novedades y mejoras más sustanciales consagradas en la versión 2020, aplicable desde el 1 de enero de 2020, se exponen a continuación.

La primera novedad es la relación entre el conocimiento de embarque “a bordo” y el incoterm FCA. Conforme a esta regla, el vendedor completa sus obligaciones cuando la mercancía llega al lugar convenido para realizar el transporte principal, sin descarga del medio de transporte de aquél. En este punto, el vendedor aún no puede facilitar un conocimiento de embarque “a bordo”, pues la mercancía aún no se haya cargada en el buque. Para solventar esta incidencia, los arts. A6/B6 FCA disponen una opción adicional que permite al vendedor dar instrucciones al porteador del comprador para que emita dicho conocimiento de embarque cuando la mercadería se encuentre a bordo, y posteriormente facilitárselo al comprador.

Otro cambio principal de la versión Incoterms 2020 es la existencia de distintos niveles de cobertura de seguros entre CIP y CIF. Las reglas 2010 exigían para ambos términos una cobertura ICC C, que es la mínima establecida por el Instituto de Aseguradores de Londres (Insurance Charge Clause - ICC); en cambio, ahora se eleva el grado de cobertura para CIP, que pasa a ser ICC A, la máxima (muy cercana a lo que sería un seguro a todo riesgo), mientras que CIF conserva la cobertura ICC C. El motivo de este cambio es procurar una mayor protección para CIP, puesto que las mercancías comerciadas bajo esta regla suelen tener un valor elevado; por contra, las transacciones realizadas mediante CIF tienen un valor notablemente más reducido y no precisan una cobertura tan extensa⁵. En cualquier caso, queda a la libre decisión de las partes acordar unas coberturas distintas⁶.

El tercer cambio importante en los Incoterms 2020 es la sustitución del término DAT (Delivered at Terminal) por DPU (Delivered at Place Unloaded). En DAT, la entrega sólo podía realizarse en una terminal; por este motivo, el redactor de la versión 2020 amplía las posibilidades de entrega de la mercancía en cualquier otro lugar seleccionado (por ejemplo, un puerto o un almacén). Ahora bien, si el punto escogido no es una terminal, el vendedor debe asegurarse de elegir un lugar que permita efectuar correctamente la descarga de las mercaderías. Además,

⁵ Vid., *infra*.

⁶ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Incoterms 2020*, Paris: ICC, 2019, 17.

cabe indicar que DPU ahora figura después de DAP (en la versión anterior DAT se situaba antes que DAP).

Considerando estas novedades, se realiza ahora una breve exposición descrita e ilustrada de los incoterms que integran la versión 2020.

1. Grupo E: entrega directa a la salida

El grupo E de incoterms contiene una única norma multimodal: EXW. Se caracteriza porque la mercancía se despacha en entrega directa a la salida.

1.1. EXW (Ex Works)

EXW “en fábrica” es el incoterm más gravoso para el comprador y debe emplearse con precaución, pues le obliga a asumir prácticamente la totalidad de los costes y riesgos de la operación⁷. Es una regla recomendada para exportadores con poca experiencia en el comercio internacional que comercian con escaso volumen de mercancías. La razón estriba en que la responsabilidad del vendedor es muy reducida, pues se limita a acondicionar la mercancía y prepararla para la recogida. Este primer escollo repercute de inicio en el comprador, quien, al no estar en el país de origen, deberá reservar y costear un servicio especial de carga⁸. Algunos autores desaconsejan íntegramente el uso de esta regla⁹.

⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Incoterms 2020*, 24.

⁸ Sobre este punto, Marco Antonio HUAMÁN SIALER, «Comentarios a las innovaciones de los INCOTERMS 2010», *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas* 12 (2013) 321-346, 331, expone que este incoterm específicamente contradice a la regulación del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (C. M. R.), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956 donde estipula que el vendedor siempre debe realizar la carga del vehículo terrestre. Por su parte, Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, *La asignación del riesgo en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, 49, que en los supuestos en que el punto de entrega es el establecimiento de vendedor, debería ser a éste a quien correspondiera la carga de la mercancía por razones de índole práctica. El vendedor se encuentra en posición ventajosa al estar en su establecimiento, y dispondrá de medios suficientes para llevar a término la carga.

⁹ Expone Clara CASTILLO, *Incoterms 2020: obligaciones, costes y riesgos*, Madrid: Global Negotiator, Madrid, 2020, 158-160, que EXW realmente no refleja las condiciones de entrega de una operación internacional puesto que todas las gestiones,

A fin de amortiguar el impacto económico de este incoterm para una de las partes, se recomienda su uso para transacciones en zonas intracomunitarias, como es el caso de la Unión Europea, pues al no existir aduanas se abarata el coste del comprador¹⁰. También es frecuentemente empleado en compraventas realizadas entre sociedades pertenecientes al mismo grupo que operan en países distintos, fundamentalmente por el grado de confianza que genera entre las entidades integradas en el grupo. Puede ser exigido por la sociedad matriz si la venta realiza entre sus filiales y, por circunstancias económicas, la vendedora dispone de recursos económicos reducidos, en comparación a la compradora.

Como único incoterm del grupo E, tiene naturaleza multimodal, por lo que admite cualquier tipo de transporte (terrestre, aéreo, marítimo) o una combinación de ellos para los casos en que el trayecto lo aconseje. El término “En Fábrica” designa el lugar donde el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador, que generalmente se trata de una fábrica, un almacén o un taller (si el vendedor es fabricante); en cualquier caso, el punto de entrega no tiene por qué ser las instalaciones del vendedor, puede ser otro lugar designado (como, por ejemplo, un establecimiento ajeno donde se encuentran almacenados los enseres objeto de venta).

La entrega se produce en el punto convenido del país de origen. Es importante reflejar con precisión el punto de entrega en el contrato, sobre todo si el vendedor dispone de varios establecimientos o almacenes; en caso contrario, un equívoco puede generar costes adicionales (sobrevenidos) al comprador. El riesgo se transmite al comprador al tiempo en que el transportista se hace cargo de la mercancía, de modo que es recomendable que esté bien identificada y separada en el establecimiento del vendedor o lugar de recogida. Si el transportista no aparece a la hora pactada en el contrato, el riesgo lo soportará el comprador desde que el vendedor tenga la mercancía puesta a disposición

salvo el embalaje, son por cuenta del comprador. Esto ocasiona diversos problemas que desaconsejan la utilización de este incoterm: 1) dificultad para conocer el destino final de la mercancía, posibles incidencias en la carga, la dificultad para utilizar EXW con créditos documentarios, entre otros inconvenientes.

¹⁰ ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ, *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, 72.

del porteador para que la recoja¹¹. Considerando esta premisa, es muy recomendable que el comprador contrate un seguro para cubrir posibles incidencias que puedan surgir en el trayecto, pues este incoterm, al igual que la mayoría, no dispone un deber de formalizar una póliza. Se aconseja la contratación de un seguro porque, una vez dispuestas las mercancías por el transportista, todo daño o menoscabo que sufran con posterioridad será por cuenta del comprador.

Sostiene la jurisprudencia que es deber previo del vendedor efectuar una correcta y suficiente puesta a disposición de los enseres. La SAP de Pontevedra de 16 de julio de 2004¹² abordó una compraventa internacional de planchas de granito formalizada entre Gramol S.A. (vendedora y demandante) y N.V. Tuytelaers, entidad mercantil belga (compradora y demandada) bajo la cláusula “ex works”. La mercancía pereció durante el transporte hacia el establecimiento del comprador; sin embargo, la audiencia declaró la responsabilidad del vendedor porque era suya la obligación de embalarla correctamente antes de ponerla a disposición del transportista (A8). Quedó probado que la causa de su deterioro no fue el transporte, sino un empaque inadecuado, obligación que correspondía a la parte vendedora¹³. En este sentido,

¹¹ Resulta reseñable la crítica de Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, *La asignación del riesgo en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, 48, quien considera este supuesto un error, pues procede recordar que en EXW, la mercancía permanece en el establecimiento del vendedor, y es éste el más indicado para conservarla y protegerla frente a cualquier riesgo; además, expone la autora, queda cubierta por su seguro de establecimiento.

¹² ESPAÑA, Audiencia Provincial de Pontevedra, «Sentencia JUR 2006/18039», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 16 Jul. 2004.

¹³ Sostiene la citada resolución: “La cláusula “ex works” significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del comprador en su establecimiento o en otro lugar convenido, sea fábrica, almacén, taller, etc. Pero en la interpretación de esta cláusula (conforme al significado de INCOTERMS tal como los define la Cámara de Comercio Internacional) se sitúa entre las obligaciones del vendedor el empaque y embalaje de la mercancía. Y ello es lógico, pues la entrega o puesta a disposición del vendedor de las cosas vendidas no puede entenderse en cualquier forma, sino embaladas o empaquetadas (concepto, en rigor, diverso y operación anterior al de carga). Pero es que en el caso de que nos ocupamos y por la especial naturaleza de las piezas vendidas -planchas de granito- hay que entender que su embalaje o empaque consiste, no en su cerramiento en moldes o estructuras, sino en la especial disposición de las planchas según el sistema o técnica de colocación en armazones en “A” o caballete; entendemos, pues, que su colocación en la estructura de caballete o en A con las oportunas sujeciones equivale a su específica forma de

corresponde a este último facilitar a transportista los documentos e informaciones necesarias de la mercancía, incluyendo los aspectos básicos de seguridad durante el transporte¹⁴.

Sobre los documentos de la operación, no hay obligación de facilitarlos a la entrega porque es el comprador quien envía al transportista a recoger la mercancía y es quien asume el coste de todos los transportes hasta que la recibe en su establecimiento. La gestión y coste de tramitación de licencias de exportación, tránsito e importación corresponde al comprador, así como la inspección previa al embarque. Por ello, este término no debería usarse cuando el comprador no pueda llevar a cabo estas formalidades, ni directa ni indirectamente¹⁵. El vendedor debe colaborar facilitando la información necesaria para lograr el buen fin de la operación. Los medios de pago admitidos son casi todos los ordinarios: transferencia, orden de pago, cheque, entre otros; no es recomendable el crédito documentario, puesto que aquí la entrega no se documenta. Resumiendo, sobre los costes, el vendedor sólo asume los necesarios para la verificación (calidad, peso y cantidad), embalaje y marcado de la mercancía; el comprador carga con todos los demás.

embalaje. (...). Hay que admitir, pues, que la operación de disposición de las planchas en el contenedor ajustándose a este montaje o disposición en los caballetes dispuestos a tal fin constituye operación de embalaje y como tal de incumbencia del vendedor, según el entendimiento como parte de las obligaciones que el vendedor asume en la venta "ex works"; (...). De otra parte, si en el precio de la venta se incluye el del embalaje, es lógico que correlativamente el vendedor haya de asumir las consecuencias del que resulta defectuoso". Vid., también ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona, «Sentencia AC 1994\2029». *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 14 Set. 1994.

¹⁴ Dispuso la ESPAÑA. Audiencia Provincial de Valencia, «Sentencia AC 2003\1313», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 24 Mar. 2003, que el remitente es responsable ante el transportista de todos los daños que pudieran resultar de la ausencia, insuficiencia o irregularidad de los documentos e informaciones necesarios, salvo en el caso de culpa por parte del transportista.

¹⁵ Rafael ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, «Análisis de la nueva versión de los términos de comercio internacional de la Cámara de Comercio Internacional: los Incoterms 2020», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 157 (2020) 145-192 (versión digital de la base de datos de Aranzadi: BIB 2020\8031).



Figura 1 – exw (Ex Works/En Fábrica)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

2. Grupo F: entrega indirecta sin pago del transporte principal

El grupo F de los incoterms 2020 está integrado por dos reglas marítimas, como son FAS y FOB, y otra polivalente: FCA. Este conjunto tiene como característica básica que el pago del transporte principal corre a cargo del comprador y los riesgos por pérdida o deterioro se transmiten en el país de origen.

2.1. FCA (Free Carrier)

En el incoterm FCA (también multimodal: avión, barco, tren, transporte terrestre o una combinación de los anteriores), el vendedor entrega la mercancía en el lugar designado, que puede ser el establecimiento del vendedor, o bien un lugar distinto. En el primer caso, la entrega se realiza cuando la mercancía se carga en el transporte contratado por el vendedor; en caso de efectuarla en lugar distinto al establecimiento de este último, la entrega se materializa cuando queda preparada en el punto convenido para su descarga a disposición del porteador enviado por el comprador (A2 y B2). A falta de instrucciones precisas del comprador, el vendedor puede entregar la mercancía para el transporte en

la forma que lo requiera el modo de transporte y/o la cantidad y/o la naturaleza de la mercancía¹⁶.

FCA es un incoterm muy flexible que admite todo tipo de puntos de entrega, como puertos, aeropuertos o terminales (lo que hace que sea una buena opción si la mercancía va transportada en contenedor); por esta razón, es fundamental indicar con claridad el lugar de entrega¹⁷. Al igual que EXW, este incoterm se recomienda para exportadores con poca experiencia en el comercio internacional; sin embargo, FCA está indicado, además, para vendedores que no desean gestionar el transporte, motivo por el cual, éste reemplaza y elimina el uso del primero en la práctica¹⁸. Está aconsejado para cargas completas, de gran volumen de mercancías (camiones y contenedores), y en transacciones donde es preferible que el vendedor realice la carga en el primer medio de transporte. Una ventaja con respecto del incoterm anterior es que FCA admite gran variedad de medios de pago: tanto ordinarios (transferencia, orden de pago, cheque, pagarés) como documentarios; de hecho, permite emplear el crédito documentario, pero el vendedor deberá solicitar al transportista una copia de los documentos de entrega de la mercancía, pues los requerirá para cobrar el crédito.

En cuanto al transporte, el vendedor sólo asume coste de aquél si la entrega es en lugar distinto a su establecimiento y sólo hasta el punto de entrega convenido para la recogida; si es distinto a su establecimiento, sólo deberá asumir el coste de cargar la mercancía en el transporte del comprador (A4 y B4). Así, la transmisión de riesgos difiere según el punto de entrega seleccionado: si es el establecimiento del vendedor, éste asume el riesgo por pérdida de la mercancía hasta dejarla correctamente cargada y colocada (estibada) en el primer transporte; si el punto de entrega es distinto, el riesgo se trasladará al comprador cuando el transportista del vendedor ponga a disposición del primero la mercancía en el lugar acordado sin descargarla del transporte. Ahora bien, si el comprador no indica al vendedor la identidad del transportista, o éste no se hace cargo de la mercancía, correrá con todos los riesgos de su pérdida (B3).

¹⁶ Rafael ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, «Análisis de la nueva versión de los términos de comercio internacional de la Cámara de Comercio Internacional: los Incoterms 2020», 145-192.

¹⁷ Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, 82.

¹⁸ Clara CASTILLO, *Incoterms 2020: obligaciones, costes y riesgos*, 161

Del mismo modo que en el incoterm EXW, en FCA no existe obligación de contratar un seguro, pero es muy recomendable, al menos, para el transporte principal (internacional). En caso de formalizar la oportuna póliza, el vendedor debe facilitar al comprador toda la información necesaria relativa al riesgo de la mercancía y otras condiciones de seguridad a tener en cuenta (A5 y B5)¹⁹.

Sobre las obligaciones documentales, el vendedor debe facilitar el albarán de entrega (o de recogida, si la mercancía se entrega en su establecimiento). También deberá entregar la factura comercial y la que exija el despacho de aduanas en el país de origen (licencias de exportación y la inspección previa al embarque). En cuanto a los trámites aduaneros, el vendedor deberá abonar todos los trámites de la exportación (licencias, acreditaciones de seguridad, inspección previa al embarque y cualquier otra autorización oficial requerida) (A7); por su parte, el comprador deberá tramitar el despacho de importación (B7).



Figura 2 – FCA (Carrier/Franco Transportista)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

¹⁹ Sobre este punto, consúltese España, audiencia Provincial de Murcia, «Sentencia JUR 2018\309120», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 13 Sep. 2018, relativa a una compraventa internacional con cláusula FCA. Arkadia Food Internacional, S.L., vendedora, vende a ABEX, S.L., compradora, una partida de tomates frescos transportados en contenedor, carga que se deteriora por ruptura de la cadena de frío. La vendedora había suscrito un contrato de seguro con la entidad Chubb Insurance Company of Europe, s.e. y el fondo del litigio versa sobre la partida indemnizatoria a abonar.

2.2. FAS (Free Alongside Ship)

FAS como “franco al costado del buque”, es un incoterm exclusivamente marítimo, de modo que el transporte principal necesariamente ha de ser por barco. El vendedor entrega la mercancía al costado del transporte (buque) (A2 y B2); se recomienda para mercancías en graneles, bienes de equipo, maquinaria pesada, grandes volúmenes, etc.²⁰. No es un incoterm adecuado para género transportado en contenedores, pues éstos se entregan en una terminal y no al costado de un buque; sí está indicado para palés o mercancías agrupadas en otro formato.

Sobre el lugar de entrega y recepción, procede indicar que no basta con dejar la mercancía en el sitio de atraque del buque (o al alcance de las grúas que procederán de cargarla al barco), pues debe éste estar amarrado en el muelle o, al menos, aproximándose a aquél²¹. Cuando el comprador no especifica el punto de carga específico, el vendedor podrá seleccionar, dentro del puerto designado, el que más le convenga (A2). En cuanto a la transmisión del riesgo, el vendedor lo traslada al comprador cuando deja la carga a disposición de su transportista para ser cargada al buque; ahora bien, si el comprador no comunica el nombre del buque o éste no llega a tiempo al punto de embarque acordado, correrá con los riesgos desde la fecha establecida (B3). Tampoco existe obligación de contratar una póliza de seguro, pero es muy recomendable, al menos para cubrir los daños durante el transporte principal (A5 y B5)²².

El pago del transporte corresponde al vendedor desde su establecimiento hasta dejar la mercancía en el puerto de entrega, mientras que el comprador asumirá el transporte principal y el resto de portes hasta que la mercancía llegue a su establecimiento (B4). Documentos de la operación: el vendedor debe facilitar al comprador el documento de entrega (lo procura, generalmente, la compañía naviera que transporta

²⁰ David SOLER GARCÍA, *Guía práctica de las reglas Incoterms 2020*, Barcelona: Marge, 2021, 58.

²¹ Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, 153, 162. Generalmente se emplea para el transporte marítimo de cereales, maderas, minerales, productos siderúrgicos, materiales de construcción y otros productos que no se embalan ni individualizan.

²² Vid.: España, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, «Sentencia JUR 2008\63867», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 31 Ene. 2006.

la mercancía). También deberá entregar la factura comercial y la que exija el despacho de aduanas en el país de origen (licencias de exportación y la inspección previa al embarque). En torno a la tramitación de licencias de exportación, tránsito e importación: el vendedor asume el coste de la exportación (A7) y el comprador las de importación (B7). Los medios de pago admitidos ordinarios como la transferencia, orden de pago, cheque, entre otros. Igualmente cabe la posibilidad de emplear el crédito documentario, pero el vendedor deberá solicitar al transportista los documentos de entrega de la mercancía. Se recomienda utilizar el tipo de conocimiento de embarque B/L on Board, pues acredita que la mercancía está entregada, embarcada y estibada en el barco²³.

En torno a los costes, el vendedor asume los de verificación (calidad, peso y cantidad), embalaje y marcado de la mercancía, descarga y colocación de la mercancía al costado del buque (A9); también el primer transporte (hasta el lugar de entrega) y los documentos de exportación. El comprador carga con todos los demás (B9).

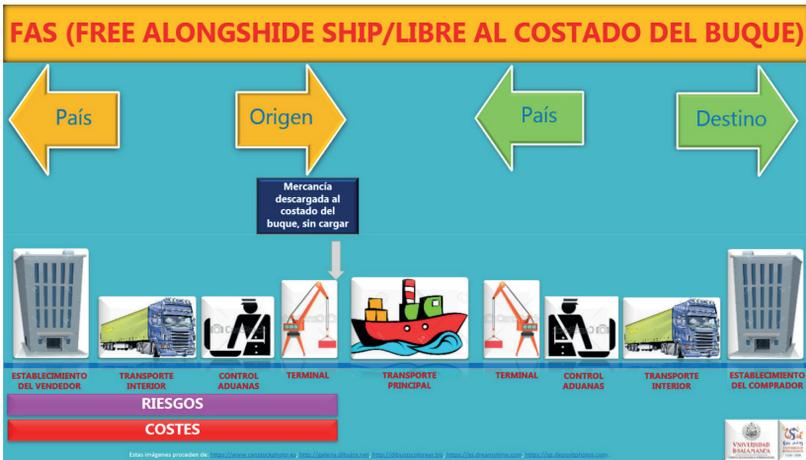


Figura 3 – FAS (Free Alongside Ship/Libre al Costado del Buque)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <https://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

²³ Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, 157.

2.3. FOB (Free on Board)

FOB también es un incoterm exclusivamente marítimo. El vendedor entrega la mercancía cuando ésta se encuentra perfectamente ubicada en el transporte (buque). No se recomienda para mercancías en contenedor, pues el punto de entrega no es una terminal; sí está indicado para carga general que viaje por barco (palés o grandes volúmenes de mercancía que estén agrupadas en otro formato).

El transporte principal (barco) lo costea el comprador, así como el resto de transportes en el país de destino hasta su establecimiento; el vendedor, por su parte, asumirá el que traslado la mercancía desde el punto de partida hasta el puerto en el país de origen. El riesgo se transmite al comprador en el momento en que la mercancía queda debidamente cargada en el buque²⁴. Ahora bien, el traslado del riesgo en FOB (así como otros incoterms) ha experimentado modificaciones importantes. Tradicionalmente, se producía en el momento en que la mercancía traspasaba la borda del buque²⁵; sin embargo, este criterio

²⁴ Vid., España, Audiencia Provincial de Barcelona, «Sentencia AC 2019/1693», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 4 Oct. 2019, que examina una compraventa internacional FOB junto con una póliza de seguro para garantizar la posible pérdida de la mercancía. El tribunal entiende que “al haberse producido el daño en la inspección terrestre en la frontera Bolivia/Chile o en la inspección llevada a cabo por la mercantil Rosa Náutica S.R.L. en el puerto de Arica (Chile), considera que el daño se ha producido antes de que la mercancía fuese embarcada en el buque y, por ende, bajo el riesgo del vendedor, lo que supone que el comprador, aquí actor y asegurado, carecería de interés en la indemnización y de legitimación activa para reclamar”.

²⁵ Así se estableció hasta la versión 2000 de los Incoterms. Vid.: Enrique GUARDIOLA SACARRERA, *La compraventa internacional*, Barcelona: Bosch, 2001, 138. España, Tribunal Supremo, «Sentencia RJ 2006/5290», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 30 Mar. 2006 dispuso que el comprador asume “todos los riesgos que pueda correr la mercadería a partir del momento en que haya efectivamente pasado la borda del buque en el puerto de embarque”; vid., también: España, Tribunal Supremo, «Sentencia 1997/2481», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 31 Mar. 1997; y España, tribunal Supremo, «Sentencia RJ 1991/3559», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 3 May. 1991. Consúltese, también: Enrique FERNÁNDEZ MASÍA, «Sentencia de 7 de marzo de 2007: Compraventa internacional de mercaderías. Sometimiento de las partes INCOTERM CIF. Momento de transmisión de los riesgos. Pérdida de la mercancía. Seguro de transporte marítimo. Subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado. Falta de legitimación activa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 75 (2007) 1445-1458, 1457; Carlos ESPLUGES MOTA, *Derecho del comercio internacional*,

generaba muchos problemas interpretativos y de eficiencia y resultaba algo anacrónico²⁶, motivo por el que finalmente se modificó.

Ya a partir de la versión 2010 y en la actual de 2020, la transmisión del riesgo al comprador en FOB se produce “a bordo del buque”. No es suficiente con que pase la borda, sino que es preciso el cumplimiento de tres acciones: 1) la carga: trasladar la mercancía a bordo del buque desde el puerto (generalmente con grúa); 2) la estiba: colocación de la mercancía en la parte del barco donde va a viajar (bodega o cubierta, según el tipo de buque); y 3) el trincaje: amarre de la carga para evitar el desplazamiento de la misma y su potencial deterioro durante el viaje. Sólo cuando se han cumplido estas premisas, el riesgo será de comprador. Sin duda, el vendedor deberá ser precavido y deberá dar instrucciones precisas al cargador para realizar la estiba, considerando el tipo de mercancía de que se trate, a fin de evitar oportunas responsabilidades por los daños y perjuicios que aquélla pueda experimentar durante la operación²⁷. Una vez cargada, no es obligatorio contratar un seguro, pero sí es recomendable.

Sobre los documentos de la operación, el vendedor debe facilitar al comprador el documento de entrega (lo procura, generalmente, la compañía naviera que transporta la mercancía). Aquí, es frecuente utilizar el tipo de conocimiento de embarque B/L on Board, pues acredita que la mercancía está entregada, embarcada y estibada en el barco. También deberá facilitar la factura comercial y la que exija el despacho de aduanas en el país de origen (licencias de exportación y la

2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 217; Javier SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Navarra: Civitas, 2005, 181; Jorge OVIEDO ALBÁN, «La transmisión de riesgos en el contrato de compraventa. Derecho colombiano y comparado», *Vniversitas* 53/108 (2004) 193-223; Alfonso Luis CLAVO CARAVACA; Santiago ARENAL LUDEÑA, dir., «Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional», *Dikaion* 14/1 (2005) 811-834.

²⁶ Tal criterio resultaba adecuado cuando la carga de la mercancía en el buque se realizaba de manera fraccionada (paquete a paquete) por la tripulación y el equipamiento propio del que disponía, de modo que progresivamente los bultos iban traspasando la borda del barco, el vendedor iba asumiendo el riesgo por los que ya se encontraban sobre él. Vid.: Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, *La asignación del riesgo en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, 156.

²⁷ En este sentido, consúltese: Belén GARCÍA ÁLVAREZ, «Acerca de la responsabilidad por la estiba deficiente en el transporte de mercancías», in María Victoria PETIT LAVALL; Achim PUETZ, *El transporte como motor del desarrollo económico*, Madrid: Marcial Pons, 2018, 215-226, 224.

inspección previa al embarque). El comprador asumirá el coste de las licencias de importación.



Figura 4 – FOB (Free on Board/Libre a Bordo)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

3. GRUPO C

El grupo C de los incoterms 2020 está integrado por dos reglas marítimas, como es CIF y CFR, y dos polivalentes: CPT y CIP. La entrega se realiza de manera indirecta; además, el pago del transporte principal corre a cargo de éste. Otro de los aspectos de este grupo es que el traspaso de riesgos al comprador no coincide en el mismo momento que el traslado de los costes.

3.1. CPT (Carriage Paid To)

CPT es un incoterm de la clase C de tipo multimodal (toda clase de transportes). Al disponer un reparto equilibrado de riesgos y costes, su uso es aconsejable para compraventas internacionales de cualquier tipo de mercancía, incluso de cargas completas (camiones o contenedores)²⁸, sobre todo para vendedores que no desean contratar un seguro para el transporte principal.

²⁸ ESPAÑA, Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Zaragoza, «Sentencia JUR 2015/286443», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 24 Feb. 2015.

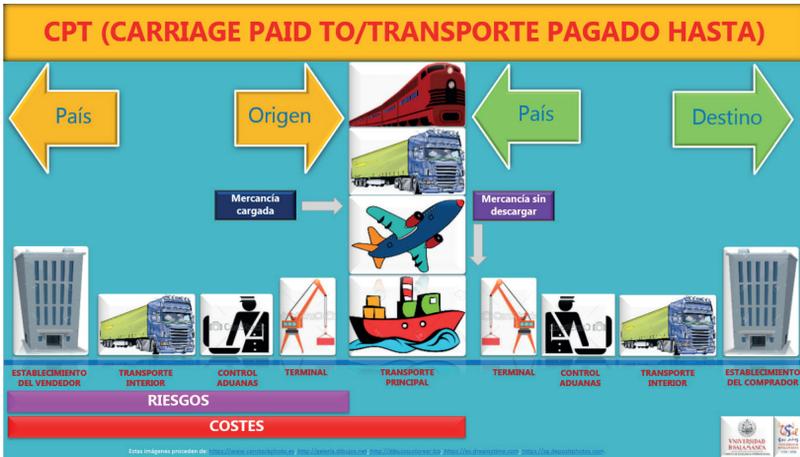


Figura 5 – CPT (Carriage Paid To/Transporte Pagado Hasta)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

La entrega y transmisión del riesgo se producen en el momento en que el vendedor realiza la carga completa de la mercancía en el transporte principal (carga, estiba y trincaje); no obstante, existen discrepancias en torno a este punto²⁹. Desde entonces, cualquier riesgo por pérdida o destrucción de aquella será asumida por el comprador (A3 y B3). Ahora bien, si éste último designa con antelación suficiente (B10) el punto de destino para recibir la mercancía, asumirá el riesgo desde la fecha acordada o desde el final del plazo de entrega pactado, separando el momento de entrega con el de la transmisión del riesgo (B3)³⁰. El coste del transporte desde el lugar de entrega hasta el destino designado corre a cargo del vendedor (A4), aunque es frecuente que lo contrate previamente el comprador, pese a no estar obligado a ello (B5); en ocasiones, puede asumir el transporte hasta el establecimiento

²⁹ Expone Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, *La asignación del riesgo en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, 101 que este incoterm presenta dudas sobre el momento exacto en que el riesgo se transmite. El citado autor propone la aplicación analógica en este punto del incoterm FCA (la transmisión del riesgo se produce con la puesta a disposición de la mercancía sin descargarla del transporte del vendedor), pues si la mercancía viaja en contenedor, puede ser suficiente su puesta a disposición del porteador en la terminal, sin ser descargada del vehículo del vendedor.

³⁰ Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, *La asignación del riesgo en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, 101

del comprador³¹. No es obligatoria la contratación de un seguro para el transporte (A5 y B5), pero sí muy recomendable.

El vendedor debe facilitar al comprador el documento de entrega y la factura comercial, así como la que exija el despacho de aduanas en el país de origen (licencias de exportación y la inspección previa al embarque) (A7). Aquí, es frecuente utilizar el tipo de conocimiento de embarque B/L para el transporte marítimo. El comprador asume el coste del despacho de tránsito e importación (B7).

3.2. CIF (Cost, Insurance and Freight)

CIF es uno de los incoterms marítimos más empleados en el tráfico internacional de mercaderías. Recomendado para empresarios con experiencia en operaciones de transporte marítimo de carga general y grandes volúmenes de mercancía que, por su valor, requieran la contratación de un seguro para el transporte principal. No se aconseja para contenedores porque éstos se entregan en terminal; en su caso, usar CIP.

El lugar de entrega de la mercancía es a bordo del buque en las mismas condiciones que en FOB (carga, estiba y trincaje)³². En este momento se transmite el riesgo al comprador (A y B3); no obstante, CIF obliga, al igual que sus versiones anteriores, a la contratación de un seguro³³. Necesariamente, la póliza debe incluir la cobertura mínima

³¹ David SOLER GARCÍA, *Guía práctica de las reglas Incoterms 2020*, 86-87.

³² Entre otras: España, Audiencia Provincial de Pontevedra, «Sentencia JUR 2021/303714», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 21 Jul. 2021; España, Audiencia Provincial de Pontevedra, «Sentencia AC 2014/1502», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 24 Jul. 2014; y España, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, «Sentencia JUR 2021\266389», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 9 Abr. 2021; o España, Audiencia Provincial de Valencia, «Sentencia JUR 2015\272434», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 21 May. 2015.

³³ Sobre esta cuestión, consúltese la España, Audiencia Provincial de Barcelona, «Sentencia AC 2017\812», *Aranzadi Instituciones* [em linha], Madrid: Thomson Reuters, 12 May. 2017 sobre un transporte de mercancías que trae su origen en una compraventa CIF. El objeto del pleito fue la producción de unos daños importantes que presentaba la mercancía a su llegada al puerto de destino. El tribunal concluye que necesariamente provenían de una incorrecta manipulación de los contenedores al desembalar y cambiar los mismos del camión al barco y del barco, en Arabia Saudí, nuevamente a un camión, pues el embalaje y estiba se realizaron correctamente. En consecuencia, se declaró la oportuna responsabilidad del transitario.

de las Institute Cargo Clause³⁴ – C (ICC c)³⁵ (A5). Bajo esta póliza, el asegurador a cubrir (Puntos 1,2 y 3 ICC c):

1. Las pérdidas o daños en la mercancía causados de manera involuntaria por: incendio o explosión, hundimiento o zozobra del buque, abordaje o colisión del buque o descarga en puerto de arribada forzosa.
2. Pérdidas o daños ocasionados voluntariamente con motivo de un suceso que las justifique. Por ejemplo, el sacrificio en avería gruesa, que implica una decisión razonada (generalmente adoptada por el capitán) intencionada de causar un daño en toda o parte de la carga que transporta por causa de un peligro devenido y con intención de salvar el resto de bienes comprometidos en un viaje marítimo³⁶. Uno de los supuestos más conocidos de

³⁴ Las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres contemplan información recomendada sobre las distintas coberturas que deben favorecer las aseguradoras en los seguros de transporte de mercancías vinculados a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. El citado instituto fue creado a finales del s. XIX como el *Institute of London Underwriters*, para sistematizar las distintas cláusulas de seguros marítimos más comunes en el mercado y elaborar un clausulado adicional a la póliza “s.g.” adaptándola a las necesidades de la navegación. Actualmente es una asociación profesional que representa a las compañías que la forma y su principal finalidad es la defensa de los intereses de sus miembros. Sobre el particular: Javier SOTO ABELEDO, «Las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres», *Anuario de Derecho Marítimo* 18 (2001) 391-427, 395-396.

³⁵ Explica Clara CASTILLO, *Incoterms 2020: obligaciones, costes y riesgos*, 165 que la razón para exigir en CIF la cobertura mínima reside en que este incoterm es empleado para el transporte marítimo de graneles (materias primas, minerales, etc.) cuyo precio por kilo es muy bajo. Así, una cobertura de seguro amplía encarecería mucho la operación por el elevado coste de la póliza y, en consecuencia, perjudicaría el margen de negociación de los vendedores. En sentido similar: Enrique FERNÁNDEZ MASÍA, «Sentencia de 7 de marzo de 2007: Compraventa internacional de mercaderías. Sometimimiento de las partes INCOTERM CIF. Momento de transmisión de los riesgos. Pérdida de la mercancía. Seguro de transporte marítimo. Subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado. Falta de legitimación activa», 1458.

³⁶ Actualmente, el concepto de avería gruesa viene recogido en el art. 347 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE de 25 de julio de 2014): “Existe acto de avería gruesa cuando, intencionada y razonablemente, se causa un daño o gasto extraordinario para la salvación común de los bienes comprometidos en un viaje marítimo con ocasión de estar todos ellos amenazados por un peligro”. El daño a la mercancía ha de ser causada, por tanto, de forma voluntaria y deliberada; en caso contrario -suceso ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor-, estaríamos ante una avería simple, ya habría de ser soportada por el titular del bien dañado. Sobre la cuestión: Juan Luis PULID BEGINES, *Instituciones de derecho de la navegación marítima*, Madrid: Tecnos, 2009, 473.

la avería gruesa es el echazón: decisión de arrojar parcial o totalmente las mercancías al mar con el objeto de evitar un resultado negativo mayor.

Quedan excluidos los riesgos por terremoto, barrido por las olas, entrada de agua en la bodega y pérdida de bulto entero durante las operaciones de carga o descarga (Punto 4 ICC C). Sobre la suma asegurada, se debe pactar una cobertura que garantice, al menos, el precio del contrato más un 10%, es decir, un 110% del valor (A5)³⁷. La finalidad es cubrir todo o parte del beneficio que habría obtenido el comprador por la venta de la mercancía. Además, se incorpora un derecho de cesión sobre la reclamación de la indemnización: como el seguro lo formaliza el vendedor, debe otorgar al comprador el derecho a reclamar directamente a la compañía aseguradora en caso de siniestro.

La duración de la cobertura se inicia, por regla general, en el momento en que la mercancía asegurada se mueve por primera vez en el almacén donde se encuentra con el propósito de cargarla inmediatamente en el medio de transporte. Se extiende durante todo el tránsito hasta la completa descarga del vehículo porteador (Punto 8 ICC C).

Documentos de la operación: el vendedor debe facilitar al comprador el documento de entrega (lo facilita, generalmente, la compañía naviera que transporta la mercancía). También deberá facilitar la factura comercial de las mercancías y la que exija el despacho de aduanas en el país de origen (licencias de exportación y la inspección previa al embarque). Aquí se utiliza el tipo de conocimiento de embarque B/L on Board, pues acredita que la mercancía está entregada, embarcada y estibada en el barco. Además, el vendedor debe entregar al comprador copia de la póliza para garantizar que el seguro se ha contratado en las condiciones mínimas exigidas o pactadas.

En cuanto al transporte, el vendedor contrata el porte hasta el lugar de entrega, es decir, el transporte interior en el país de origen y el transporte principal; debe contratarlo en las condiciones habituales y por la ruta usual para un buque de navegación marítima normalmente

³⁷ FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ, «Sentencia de 8 de mayo de 2008: compraventa internacional de mercaderías. Venta CIF. Transmisión del riesgo. Seguro marítimo. Liquidación por abandono. Legitimación activa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 78 (2008) 1479-1504, 1496.

usado³⁸. Posteriormente, el comprador costeará el porte en el país de destino hasta su establecimiento. Sobre la tramitación de licencias en aduanas, el vendedor asume el coste de la exportación y de tránsito; el comprador las de importación. En lo que respecta a los medios de pago permitidos en este incoterm, es posible utilizar medios ordinarios: transferencia, orden de pago, cheque, entre otros. Sin embargo, CIF es muy útil para el crédito documentario porque al ser el vendedor quien contrata el transporte, dispone de los documentos de entrega (B/L); no obstante, en estos casos, los bancos suelen conceder el crédito documentario bajo condición de contratar una cobertura de seguro ICC A³⁹.

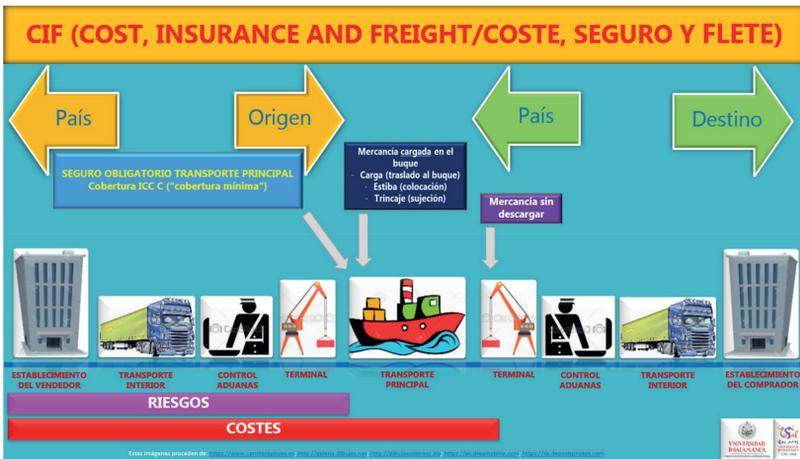


Figura 6 – CIF (Cost, Insurance and Freight/Coste, Seguro y Flete)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

3.3. CIP (Carriage and Insurance Paid To)

El incoterm CIP “transporte y seguro pagados hasta” es similar a CIF, salvo por algunos aspectos. A diferencia de este último, CIP es multimodal y ha experimentado una novedad respecto de su homónimo en

³⁸ FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ, «Sentencia de 8 de mayo de 2008: compraventa internacional de mercaderías. Venta CIF. Transmisión del riesgo. Seguro marítimo. Liquidación por abandono. Legitimación activa», 1496.

³⁹ ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ, *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, Cizur Menor: Aranzadi, 194.

la versión 2010 que examinaremos ahora. Además, está recomendado para operaciones de carga general y grandes volúmenes de mercancía; también para contenedores (a diferencia de CIF). Para mercaderías que, por su valor, requieran la contratación de un seguro para el transporte principal de cobertura amplia; de hecho, la principal novedad introducida en la última versión de esta regla es la ampliación de la cobertura del seguro. En la de 2010, CIF exigía contratar un seguro de cobertura mínima, la misma que en CIF (ICC C); sin embargo, ahora se requiere una póliza a todo riesgo, concretamente la ICC A.

Bajo esta póliza, el asegurador a cubrir (Puntos 1,2 y 3 ICC A):

1. Las pérdidas o daños en la mercancía causados de manera involuntaria por cualquier causa, a excepción de las producidas por guerras o riesgos extraordinarios, conducta dolosa del asegurado, merma natural de las mercancías, por vicio propio, innavegabilidad del buque, inadecuación del contenedor, entre algunos otros riesgos (Puntos 4 y 5 ICC A).
2. Pérdidas o daños ocasionados voluntariamente con motivo de un suceso que las justifique. Por ejemplo, el sacrificio en avería gruesa, que implica una decisión razonada (generalmente adoptada por el capitán) intencionada de causar un daño en toda o parte de la carga que transporta por causa de un peligro devenido y con intención de salvar el resto de bienes comprometidos en un viaje marítimo. Uno de los supuestos más conocidos de la avería gruesa es el echazón: decisión de arrojar parcial o totalmente las mercancías al mar con el objeto de evitar un resultado negativo mayor.

Sobre la suma asegurada, se debe pactar una cobertura que garantice, al menos, el precio del contrato más un 10%, es decir, un 110% del valor (A5). El vendedor deberá proporcionar la póliza al comprador para así hacer efectiva la cesión sobre la reclamación de la indemnización. Además, cuando el valor de las mercancías es elevado, lo aconsejable es solicitar el complemento de cobertura integrado bajo la cláusula de “Guerra” y “Huelga”, pues el coste de esta protección adicional no es muy elevado⁴⁰.

En torno a los medios de pagos admitidos, no hay gran diferencia con CIF. Procede utilizar formas simples (transferencia, cheque, etc.)

⁴⁰ Clara CASTILLO, *Incoterms 2020: obligaciones, costes y riesgos*, 165.

o recurrir al crédito documentario; en este último caso, el vendedor dispone de los distintos documentos de entrega según el medio de transporte empleado (B/L, AWB, CMR o FBL); además, en estos casos, es idóneo porque los bancos suelen conceder el crédito documentario bajo condición de contratar una cobertura de seguro ICC A. Y en cuanto a los costes, el vendedor asume los de verificación (calidad, peso y cantidad), embalaje y marcado de la mercancía, descarga, carga y colocación de la mercancía en el buque, el transporte hasta el país de destino sin descarga y los documentos de exportación y tránsito; el comprador carga con todos los demás.



Figura 7 – CIP (Carriage and Insurance Paid To/Transporte y Seguro Pagado)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

3.4. CFR (Cost and Freight)

El incoterm CFR es exclusivamente marítimo y muy similar a CIF. La diferencia reside en que CFR no exige la contratación de un seguro; sin embargo, en la práctica es frecuente contratarlo, aunque sea con cobertura mínima (ICC C), de modo que lo razonable será el uso de CIF. Por este motivo, no realizaremos mayores consideraciones en torno a este incoterm; simplemente, al igual que en el resto, mostramos el diagrama ilustrativo.

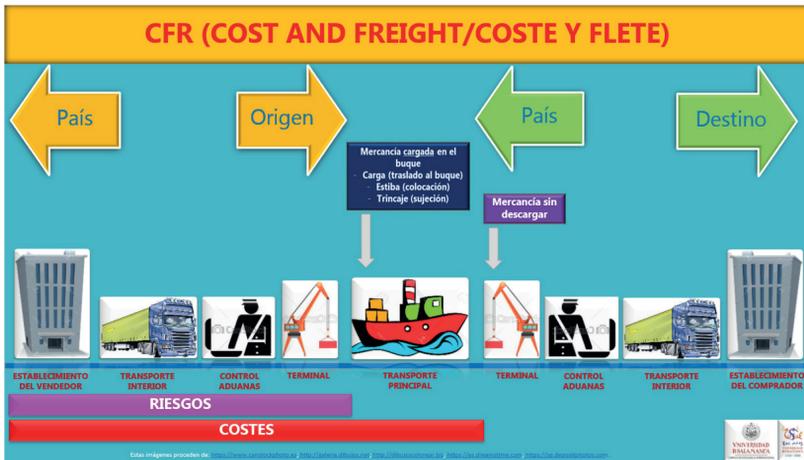


Figura 8 – CFR (Cost and Freight/Coste y Flete)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

4. Grupo D

4.1. DAP (Delivered at Place)

El incoterm DAP es multimodal, cuyo uso se aconseja para operaciones entre países sin aduanas y donde la entrega se realiza en un punto del país de destino sin realizar la descarga (en caso contrario, utilizar DPU). En cuanto al lugar de entrega y recepción, se permite cualquier punto convenido en el país de destino. Sobre las obligaciones documentales, el vendedor debe facilitar al comprador el albarán de entrega y también la factura comercial de las mercancías (A1). Tramitará y abonará el despacho de aduanas en el país de origen (licencias de exportación, inspección previa al embarque y tránsito); el comprador, por su parte, pagará las licencias de importación.

Sobre el transporte, el vendedor contrata y abona el medio de transporte principal hasta el lugar de entrega, incluido el transporte interior en el país de destino, junto con la descarga: posteriormente, el comprador no tiene obligación de costear ningún transporte, salvo que acepte pagarlo dentro del país de destino hasta su establecimiento (transporte de tránsito local). En DAP, el riesgo se trasmite en el punto de entrega

sin descarga de la mercancía⁴¹, coste que corresponde al comprador (a diferencia de DPU) (A3)⁴²; sin embargo, ante un incumplimiento de las obligaciones documentales e informativas del comprador, éste asumirá la totalidad de riesgos a modo de sanción (B3)⁴³. Tampoco existe deber de contratar un seguro, pero es recomendable. Sobre los medios de pago admitidos, los incoterms de la clase D aconsejan el uso de medios simples (transferencia, cheque).



Figura 9 – DAP (Delivered At Place/Entrega En El Lugar Convenido)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

⁴¹ España, Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, «Sentencia JUR 2016/71996», *Aranzadi Instituciones* [en línea], Madrid: Thomson Reuters, 22 Ene. 2016.

⁴² Consúltese la interesante España, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, «Sentencia JUR 2017/137225», *Aranzadi Instituciones* [en línea], Madrid: Thomson Reuters, 27 Mar. 2017 relativa a un contrato de transporte por carretera. Este acuerdo se produjo fruto de otro anterior, una compraventa internacional con cláusula DAP. Para su ejecución, la parte compradora formalizó el transporte del objeto vendido: una grúa hidráulica con un volumen de 1.270 x 225 x 334cm y un peso de 22.500 kilogramos, que resultó dañada en fecha 23 de abril de 2.014, al volcar el camión en una rotonda del municipio de Villaquejida, en la provincia de León, que fue remitida por decisión suya a la empresa fabricante para su reparación y que fue finalmente transportada a la localidad de Otradnoye, ubicada en Leningrado, Rusia, y entregada allí en fecha 9 de septiembre de 2.014.

⁴³ Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, *La asignación del riesgo en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, 78.

4.2. DPU (Delivered at Place Unloaded)

DPU es un incoterm multimodal muy funcional. Es una novedad introducida en la versión 2020 para sustituir a DAT. A diferencia de este último, DPU no limita la zona de entrega de la mercancía a una terminal, sino también a cualquier otro lugar pactado, por ejemplo, otras estructuras logísticas (muelles, almacenes, depósitos, zonas francas, o el propio establecimiento del vendedor). Otra novedad, que lo diferencia del resto de incoterms, es que es la única regla que exige que la mercancía se entregue descargada en el lugar de destino⁴⁴; en DAP, por ejemplo se entrega preparada para su descarga⁴⁵. El uso de DPU se recomienda para operaciones de grandes cargas de mercancías en diversos formatos: empaquetadas, graneles e incluso contenedores, pues la gran variedad de lugares permitidos para la entrega de la carga facilita esta variedad de formatos. Sobre los medios de pago admitidos, CPU está aconsejado para formas de pago simples (transferencia, orden de pago, cheque, entre otros). No se recomienda el uso del crédito documentario porque depende de la agilidad del transportista para conseguir los documentos de entrega de la mercancía, lo que puede demorar varias semanas⁴⁶.

El vendedor debe facilitar al comprador el documento de entrega. También deberá facilitar la factura comercial de las mercancías (A1) y la que exija el despacho de aduanas en el país de origen (licencias de exportación, inspección previa al embarque y tránsito) (A7), mientras que el comprador abona las de importación (B7). Debe emplear un tipo de conocimiento de embarque (B/L) que lleve aparejada la mención “discharged” (descargada); si fuera deseo del vendedor evitar el riesgo y coste durante la descarga, sería aconsejable evitar DPU y utilizar

⁴⁴ Rafael ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, «Análisis de la nueva versión de los términos de comercio internacional de la Cámara de Comercio Internacional: los Incoterms 2020», 145-192.

⁴⁵ Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, 130-131. Cabe indicar que, en su momento, el redactor de DAT rehusó imputar el coste de la descarga al vendedor porque éste no dispone de ningún control sobre la terminal, como el punto en que, con mayor frecuencia, se entregaba la mercancía; además, exigirle ese gasto provocaba dejar al vendedor en una situación demasiado onerosa. Vid.: Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, *La asignación del riesgo en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, 72.

⁴⁶ Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, 134.

DAP.⁴⁷ En cuanto al transporte, el vendedor contrata y abona el medio de transporte principal hasta el lugar de entrega (incluido el transporte interior en el país de destino, incluida la descarga: posteriormente, el comprador no tiene obligación de costear ningún transporte, salvo que acepte pagarlo dentro del país de destino hasta su establecimiento.



Figura 10 – DPU (Delivered at Place Unloaded/Entrega en el Lugar Descargado)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

El riesgo se transmite al comprador cuando la mercancía queda correctamente descargada del transporte principal y puesta a disposición del comprador en el país de destino. Para que el traspaso de riesgos sea efectivo, la mercancía debe estar perfectamente señalada e individualizada como el objeto del contrato⁴⁸. El vendedor debe comunicar al comprador que la misma ha sido descargada y puesta a disposición del primer porteador en el lugar designado (A3)⁴⁹. Ahora bien, si el comprador no coopera con el vendedor en la transmisión de información o no determina el punto exacto de entrega en el país de destino, correrá con todos los riesgos desde la fecha acordada o fin de

⁴⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Incoterms 2020*, París: ICC, 2019, 77.

⁴⁸ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Incoterms 2020*, 78.

⁴⁹ ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, 133.

plazo establecido para la entrega en el contrato (B3). Al igual que en la mayoría de incoterms, en CPU no es obligatoria la contratación de un seguro, pero es recomendable para el vendedor porque es el que asume el riesgo durante el trayecto desde su establecimiento al país de destino, incluida la descarga en el punto de llegada (A5). En este sentido, el comprador deberá colaborar facilitando la información necesaria para que pueda contratarlo (B5).

4.3. DDP (Delivered Duty Paid)

Al igual que en su versión 2010, el incoterm DDP (entrega con derechos pagados) es el más gravoso que existe para el vendedor. El muy parecido a DAP, pero aquí el vendedor asume también el pago de las licencias de importación. Así, el vendedor abona los costes de verificación (calidad, peso y cantidad), embalaje y marcado de la mercancía; contrata y paga todos los transportes hasta el lugar de entrega dentro del país de destino (generalmente el establecimiento del comprador) sin descarga de la mercancía (A9); y los documentos de exportación, tránsito e importación. El comprador costeará, en su caso, el transporte de la mercancía hasta su establecimiento (transporte de tránsito local), si así se ha pactado, y, en cualquier caso, la descarga de aquella en el punto de entrega (B9).

Esta regla está recomendada para empresarios con amplia experiencia en la compraventa internacional que desean prestar un servicio integral a sus clientes-compradores. Aconsejable entre países sin aduanas, fundamentalmente por los costes de trámites tributarios (importación, tránsito e importación) los asume íntegramente el vendedor⁵⁰.

⁵⁰ Sobre el particular, consúltese la España, Audiencia Provincial de Madrid, «Sentencia AC 2014/1577», *Aranzadi Instituciones* [en línea], Madrid: Thomson Reuters, 27 Jun. 2014 tiene su origen en un contrato celebrado bajo la regla incoterm DDP y las incidencias surgidas durante su cumplimiento. El acuerdo se formalizó entre NORTH AMERICAN MOTORS, S.A. y DHL GLOBAL FORWARDING SPAIN, S.L.U. (en adelante, “NAMSA” y “DHL”, respectivamente), por el que la primera encomendó a la segunda el transporte de un contenedor completo de piezas de repuesto de automóvil desde las dependencias de NAMSA en Madrid al domicilio de PURITAN PARTS, en Hyannis, Massachusetts. La mercancía transportada no llegó a su destinatario, al no haberse conseguido realizar el despacho de aduanas para su entrada en territorio estadounidense, desconociéndose, al tiempo de la demanda, el destino final de la misma. NAMSA promueve demanda a fin de que se le indemnicen los perjuicios causados, cifrados

También cuando la entrega se realiza en un punto del país de destino sin realizar la descarga (en caso contrario, utilizar DPU). Considerando tales circunstancias, es aconsejable que el vendedor asuma un gasto más: la contratación del seguro, que no es obligatorio en este incoterm, pero sí muy recomendable, pues éste asume el riesgo por pérdida o destrucción de la mercancía⁵¹.



Figura 11 – DDP (Delivered Duty Paid/Entrega con Derechos Pagados)

Fuente: Adaptado con imágenes de <https://www.canstockphoto.es>, <https://galeria.dibujos.net>, <http://dibujoscolorear.biz>, <https://es.dreamstime.com> y <https://sp.depositphotos.com>

en el valor de la mercadería más el beneficio que esperaba obtener de su venta por el destinatario, que había de recibirla en régimen de consignación. Vid., también: España, Audiencia Provincial de Pontevedra, «Sentencia JUR 2018/284804», *Aranzadi Instituciones* [en línea], Madrid: Thomson Reuters, 18 Jul. 2018.

⁵¹ Vid., en este sentido, España, Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, «Sentencia AC 2006/1109», *Aranzadi Instituciones* [en línea], Madrid: Thomson Reuters, 7 Jun. 2006, relativa a una compraventa internacional formalizada bajo la cláusula DDP. Como consecuencia de una defectuosa trinca, durante la travesía marítima se produjeron daños en la carga y también en los contenedores que la resguardaban.

PIRACY AND PRIVATE ARMED PROTECTION ONBOARD MERCHANT SHIPS: THE ROLE OF INDUSTRY SELF-REGULATION

✉ (<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02/cap04>)

CHRISTIAN FRIER*

Summary: 1. Introduction. 2. Industry self-regulation in maritime law. 2.1. Why is industry self-regulation necessary? 2.2. Relevant self-regulatory instruments. 3. Industry self-regulation and armed protection. 3.1. Quality assurance of private Maritime Security Companies. 3.2. Use of force. 3.3. Reporting. 4. Remarks and conclusion

Keywords: piracy, private armed protection, maritime law, industry self-regulation

1. Introduction

Piracy is considered among the greatest maritime security threats to contemporary shipping and has prompted a policy change towards the use of private armed protection onboard merchant ships. Prior to the millennium it was discouraged by the International Maritime Organization (IMO) because of its controversial nature. However, the spike in pirate attacks, especially off the coast of Somalia that peaked in 2011, triggered the use of privately contracted armed security personnel (PCASP), leading IMO to change their position, tacitly acknowledging that the deployment of private armed protection had become an accepted practice.¹

* Assistant Professor PhD, University of Southern Denmark, Dept. of Law. ORCID ID 0000-0002-4375-4844. <cfr@sam.sdu.dk>.

¹ See INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION, *Private Armed Security* [online], London: IMO [retrieved 15 Feb. 2022], available at: <https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/Private-Armed-Security.aspx>

Notwithstanding, in a 2011 IMO-guideline, the intergovernmental organisation noted that the: “absence of both applicable regulation and industry self-regulation coupled with complex legal requirements governing the legitimate transport, carriage and use of firearms gives cause for concern”.² Today, a decade later, still no parent convention dealing with private armed protection of merchant ship exists, resulting in rather different models of national flag state regulation.³ The principal constant which has ensured a certain level of uniformity among flag states, is the torrent of industry self-regulation issued in the wake of the call from IMO. This includes, *inter alia*, best management practices, industry-guidelines, codes of conduct and standard form contracts, all of which enjoy widespread support by IMO, states and shipowners.⁴ While there is no universally agreed definition of industry self-regulation,⁵ it is different from traditional sources of maritime law because it is crafted by private actors that at the same time are the regulatees. Self-regulatory instruments are typically dubbed soft law or referred to as non-binding, thereby questioning their legal status. Accordingly, the focus of this paper is not to study international public law or the various approaches among flag states in national law as such, but instead to examine and discuss the application of industry self-regulation in relation to the use of armed protection on merchant ships.

In section 2, the flag state principle is sketched out along with a brief introduction to the general relevance of industry self-regulation and the most important instruments, dealing with private armed protection. Section 3 focuses on different aspects relating to the used of PCASP as well as how these issues are addressed in various privately

² INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION, MSC.1/Circ.1405/Rev.2: Revised Interim Guidance to Shipowners, Ship Operators and Shipmasters on the Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in the High Risk Area. London: IMO, 2012.

³ Ilja VAN HESPEN, «Protecting Merchant Ships from Maritime Piracy by Privately Contracted Armed Security Personnel: A Comparative Analysis of Flag State Legislation and Port and Coastal State Requirements», JMLC 45/3 (2014) 361-400.

⁴ Currently in a fifth version: BIMCO et al., *BMP5: Best Management Practices to Deter Piracy and Enhance Maritime Security in the Red Sea, Gulf of Aden, Indian Ocean and Arabian Sea*, Edinburgh: Whitherby, 2018.

⁵ Cary COGLIANESE / Evan MENDELSON, «Meta-regulation and Self-Regulation» in Robert BALDWIN / Martin CAVE / Martin LODGE, ed., *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: OUP, 2010, 149.

crafted instruments. The main observations are elaborated in section 4, together with a conclusion.

2. Industry self-regulation in maritime law

2.1. Why is industry self-regulation necessary?

In accordance with the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) art. 91(1), states may grant nationality to ships. It is further specified in UNCLOS art. 94(1) that flag states are obligated to exercise jurisdiction and control in administrative, technical and social matters, which include the duty to: “assume jurisdiction under its internal law over each ship flying its flag”.⁶ In general, while some ships operate solely within national waters, most vessels are engaged internationally, and states tend to use their prescriptive powers by agreeing to international conventions and taking part in the work of IMO. Thus UNCLOS, together with the various IMO-conventions, generally constitutes the collective public international legal framework, widely praised for its broad application and ability to create regulatory uniformity among states.⁷ Still, conventions are typically framework law, expressing general legal principles or goals without going into operational details on how to achieve the results. Sub-layers of rules and standards are therefore necessary to ensure a proper regulation suitable for daily operations.⁸ With the flag state principle in mind, national law would be the obvious setting for such additional rulemaking. However, this approach creates several challenges as shipping cannot be effectively governed by national law alone. It would simply be too burdensome for most national administrations to ensure a timely and comprehensive regulation of all aspects related to the safe and secure carriage of goods by sea. Furthermore, this approach would most likely lead to

⁶ UNITED NATIONS, *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), New York: UN, 1982.

⁷ The most important maritime and marine-related conventions are binding upon 95-99 % of the world’s tonnage, see Douglas GUILFOYLE in Alexander PROELSS, ed., *High Seas in United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. London: Bloomsbury Publishing, 2017, 713.

⁸ M. JACOBSEN, «To what extent do international treaties result in the uniformity of maritime law?», *JIML* 22/2 (2016) 98-99.

loss of harmonisation internationally, thereby risking the level playing field in international shipping.⁹ On that backdrop, industry self-regulation has gained a strong position in maritime law, as a supplement to traditional sources of maritime law by, *inter alia*, operationalising general principles.¹⁰

2.2. Relevant self-regulatory instruments

The shipping industry is rich on private entities and associations established with the purpose of promoting the interest of its members through all available channels. Trade associations, such as the International Chamber of Shipping (ICS), labels itself as the: “principal global trade association for shipowners and operators, concerned with all regulatory, operational and legal issues, as well as employment affairs.”¹¹ It offers a variety of services, including convention commentaries, guidelines and checklists for developing procedures. Associations also exist within specific trades, such as tanker-trade, bulk-trade or container-trade to name a few. Also, worth pointing out are the standards that follow from international standardisation organisations. Standardisation has become an integrated part of shipping as standards are applied on a near-universal basis.¹² While standardisation historically was linked with ship construction and maintenance as well as the “containerisation” era,¹³ the use of standards transcends into other areas of

⁹ For advantages and disadvantages of uniformity, see Juan Pablo Rodríguez DELGADO, «Successes and failures of uniform maritime law instruments: Is there room for a new approach?», in Zuzanna PEPEŁOWSKA-DĄBROWSKA / Justyna NAWROT, ed., *Codification of Maritime Law: Challenges, Possibilities and Experience*. London: Routledge, 2020, 61–63.

¹⁰ Christian FRIER / Kim ØSTERGAARD, «The Role of Industry Self-Regulation in The United Nations Convention on the Law of the Sea: A System of Regulation», in Fenella BILLING / Birgit FELDTMANN / Kristina SIIG, ed., *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A System of Regulation*, London: Routledge (forthcoming 2022).

¹¹ See INTERNATIONAL CHAMBER OF SHIPPING, *Publications* [online], London: ICS [retrieved. 15 Feb. 2022], available at: <<https://publications.ics-shipping.org/about-ics.php>>.

¹² Craig N. MURPHY/Joanne YATES, *The International Organization for Standardization (ISO)*, London: Routledge, 46–47.

¹³ For a thorough description of the evolvement of the shipping container see Craig MARTIN, *Shipping Container*, London: Bloomsbury Publishing, 2016, especially 29–53.

shipping. Maritime security and especially issues pertaining to piracy have become an area of interest to standardisation. The ISO standard 28007 is a recognised standard that provides the appropriate guidance to shipowners on the use of private armed protection and details for the correct implementation of PCASP services.¹⁴ When standards are not merely intended for solving technical issues, the situation inevitably raises questions, including but not limited to whether standards are considered mandatory and to what extent they are aligned with applicable international law. Industry self-regulation has also proven very successful in bringing different stakeholders together. This is especially demonstrated with the Best Management Practices to deter piracy (BMP5).¹⁵ The document has been produced with the participation of several industry organisations, including BIMCO and the International Group of P&I Clubs.¹⁶ Nowadays, BMP is used as benchmark for many flag states, either by reference or formally incorporating parts of the guideline into national law.¹⁷

Of more intermediary character, are entities such as BIMCO,¹⁸ responsible for drafting standard form contracts, that deal with the *inter partes* relationship between shipowners and cargo owners. Despite the contractual emphasis on the carriage of goods by sea, certain contracts are more holistic in approach, including issues otherwise considered to be part of the public law sphere. One example is the multi-functional contract for the employment of armed protection on merchant ships called GUARDCON.¹⁹ It entails clauses on topics typically considered to be the prerogative of states, such as a ‘knock-for-knock’ clause on

¹⁴ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, ISO 28007-1:2015: *Ships and marine technology — Guidelines for Private Maritime Security Companies (PMSC) providing privately contracted armed security personnel (PCASP) on board ships (and pro forma contract)*. Geneva: ISO, 2015.

¹⁵ BIMCO *et al.*, BMP5: *Best Management Practices to Deter Piracy and Enhance Maritime Security in the Red Sea, Gulf of Aden, Indian Ocean and Arabian Sea*.

¹⁶ A companion document has also been published: “Global counter piracy guidance for companies, Masters and seafarers.” This too has been produced with the cooperation of the International Group of P&I Clubs.

¹⁷ See more in the Special Issue: Birgit FELDTMANN / Christian FRIER / Paul MEVIS, ed., «On-board Protection of Merchant Vessels against Piracy: Models of Regulation», *Erasmus Law Review* 11/4 (2018).

¹⁸ The Baltic and International Maritime Council.

¹⁹ Standard Contract for the Employment of Security Guards on Vessels. The contract is crafted by BIMCO (The Baltic and International Maritime Council).

criminal liability and clauses stipulating the number of guards deployed on each ship.²⁰ This could potentially lead to two parallel set of ‘norms’, one following from standard form contracts and another stipulated in international law and national law.

3. Industry self-regulation and armed protection

It is a prerequisite for contracting armed protection on merchant ships that owners comply to certain ship protection measures, meaning that PCASP should not be used as an alternative to other precautionary measures. Ship protection measures include enhanced awareness, such as route planning and lookouts, as well as so-called ‘vessel hardening’, including but not limited to applying razor wire, water spray and other physical bridge protection. Ship protection measures are typically considered part of the general obligation to present a seaworthy vessel fit for navigating in piracy prone waters. However, no two vessels are alike, and more is required in terms of ships with a low freeboard or vessels capable of only sailing at reduced speed. Accordingly, owners must consider the numerous ship protection measures on a ship-to-ship basis and industry self-regulation adds the value of regulatory flexibility. In the following subparagraphs some of the main legal challenges dealing with armed protection are discussed in more detail.

3.1. Quality assurance of private Maritime Security Companies

It is among the main concerns to ensure owners rely on serious private maritime security companies (PMSC) and avoid *cowboys* or *gunslingers* at sea.²¹ As the demand for PMSCs arose with the upsurge in piracy, the number of companies offering such services increased drastically. However, traditional sources of international maritime law have been unable to create solutions for the specific issue of PMSCs and the outcome is the rise of specific private law instruments.²² In

²⁰ See P. SAND, «The use of GUARDCON on Danish flagged vessels – is Annex D a no-go?», *Mercator: Special Issue on Piracy* (2014) 521-525.

²¹ Yvonne M. DUTTON, «Gunslingers on the High Seas: A Call for Regulation», *Duke Journal of Comparative & International Law* 24, 123-125.

²² See Marc-Antoine Carreira da CRUZ, «Regulating Private Maritime Security Companies by Standards: Causes and Legal Consequences», *MARSAFE Journal*, Roma:

particular, the ISO 28007 standard has developed into the preferred tool. The standard consists of three main parts, covering first the establishment of a security management system. The second step relates to the actual operation and deals with issues such as command structure and guidelines for use of force. The final step covers performance evaluation in the form of monitoring and internal audit. By complying with ISO 28007, the PMSCs can demonstrate their capability and by contracting these companies, shipowners can prove to flag states that they take their responsibilities seriously. However, far from all flag states demand that owners use ISO 28007-approved PMSCs.

Like the goal of ISO 28007, the British-based Security Association for the Maritime Industry (SAMI) offered different services to PMSCs. SAMI's first members joined in April 2011, but in 2016 it was decided to put the company into voluntary liquidation. This was apparently because membership fell from its peak of 180 companies to less than half that number, resulting in the association no longer being economically sustainable.²³ During its tenure SAMI took part in the development of ISO 28007 and contributed to various IMO-guidelines. Arguably, it could be assumed that SAMI's contribution to the success of new instruments at the same time reduced the need for the association itself. At least its downfall points to potential competitions between associations and industry self-regulation – a contest that ISO almost always will win because of its recognisability factor. In addition, the ISO 28007 standard was endorsed by IMO in their revised guideline.

3.2. Use of force

International law does not provide a satisfactory answer to whether and under which conditions PCASP can use force in order to defend themselves or others from pirate attacks. The state monopoly of controlling violence is considered the prerogative of flag states and the

Institute for International Legal Studies, National Research Council of Italy, 2017, 3, Abstract.

²³ See hereto: MARITIME CYPRUS, *The Security Association for the Maritime Industry (SAMI) Announces Voluntary Liquidation* [online], Maritime Cyprus [retrieved 15 Feb. 2022], available at: <<https://maritimecyprus.com/2016/04/19/the-security-association-for-the-maritime-industry-sami-announces-voluntary-liquidation/>>.

main source to consult is domestic criminal law.²⁴ The predominant and nearly universal norm pertaining to private individuals is that use of force can only be applied in self-defence, meaning PCASP can only use firearms under an attack. This is somewhat in contrast to the position of some flag states allowing firearms without providing additional instructions or guidelines. Different guidelines do exist, for instance BIMCO guidance on Rules of Use of Force²⁵ or the 100 Series Rules (RUFs). Both set of guidelines are structured along a use-of-force-barometer, gradually escalating the use of force. For instance, warning shots should be fired, before aiming at the attackers and shots should be fired at their boat engine, before shooting at the attackers. Both documents explain the escalation in use of force but are silent in terms of de-escalation. Another issue is the clash between the master's authority and the statement in the 1000 Series Rules, that: "nothing shall be construed as a derogation of the master's authority under SOLAS". Though stated in the guidelines, it conflicts with the universal right to self-defence, which cannot be altered based on a contractual agreement. Finally, it is difficult to envisage a flag state that will guarantee immunity against prosecution for abiding to the RUFs. Incidents of this kind are fact dependent and will always be assessed in view of the applicable criminal law. It is for this reason some commentators argue that the RUFs cannot currently provide a clear legal basis for acts of self-defence in case of private armed protection on merchant ships.

3.3. Reporting

When suspicious activity is observed at sea, or the vessel is attacked by pirates certain reporting obligations arise. The international community is mostly focused on suspicious activity and incidents to ensure an accurate picture of the piracy risk in different areas. This is somewhat different for flag states that focus on post-incident reporting in case force is used to fend off pirates. Post-incident reporting is thus

²⁴ A PETRIG, «The Use of Force and Firearms by Private Maritime Security Companies Against Suspected Pirates», ICLQ 62 (2013), 688. Anna PETRIG, «The Use of Force and Firearms by Private Maritime Security Companies Against Suspected Pirates», ICLQ 62 (2013) 688.

²⁵ BIMCO Guidance on Rules for the Use of Force (RUF) by Privately Contracted Armed Security Personnel (PCASP) in Defence of a Merchant Vessel (MV).

regulated in national law, whereas reporting of suspicious activity is addressed in BMP and other guidelines. One particular challenge in regard to reporting in general is underreporting. Reporting could be considered as tireless paperwork and bureaucracy. Reporting duties generally are imposed on shipowners, but the ability to report is closely linked to the information provided by the master of the vessel. In all cases, the master should be aware of the post incident reporting obligations and of any company policies set in place to secure applicable standards are met. In case of deadly or seriously harmful use of force, evidence gathering should be considered in relation to reporting duties. This would also rest upon the master as part of his post-incident obligations.

4. Remarks and conclusion

Industry self-regulation is an inevitable and valuable part of the collective body of maritime law. This has also proven to be the case with armed protection of merchant ships, which is perhaps surprising given the nature of the legal area. It has proven especially useful to shipowners and ship operators as a tool for developing and maintaining a technical procedure compliant with international law and flag state law, thereby operationalising a need for protection. Accordingly, industry self-regulation has become an indispensable tool in every-day operations, which challenges the dichotomies between soft law/hard law and binding/non-binding, paving the way for a more gradual understanding of their relevance when determining applicable law. Still, the legal status of industry self-regulation is ambiguous.²⁶ Perhaps the urgency of the emerging need for sub-regulation explains why the legal steps of international harmonisation and national regulation have to some degree been set-aside. Thus, one of the advantages of industry self-regulation – flexibility – has also created a source of challenges.²⁷ In most areas of shipping, industry guidelines are functioning

²⁶ Kateřina Peterková MITKIDIS, «The role of private actors in regulation of Arctic shipping», *Lloyd's Quarterly* 4 (2016) 544.

²⁷ Fenella BILLING / Christian FRIER, «Maritime Cyber Security Regulation: International and Industry Co-regulation», in G. BEVILACQUA, *Non-State Actors and Human Security in Navigable Spaces*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2021, 146-147.

merely as (very useful) recommendations supplementing existing law and without adding new “rules”. Their main scope and justification are to operationalise duties deflected from public law, by placing the responsibility internally in the shipowner’s organization. Occasionally, in areas without a substantive parent convention, it seems feasible to argue that industry self-regulation can be more than simply guidelines.

TRANSPORTE MARÍTIMO, TERRORISMO E SEGURO¹

<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02/cap05>

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS*

Sumário: 1. Introdução. 2. Terrorismo. 3. Há mar e mar, há risco e risco. 4. Umaz vezes há cobertura, outras não. 5. Observações finais

Palavras-chave: seguro marítimo; terrorismo; transporte marítimo

Summary: Introduction. 2. Terrorism. 3. There is sea and sea, there is risk and risk. 4. Sometimes there is hedge, sometimes not. 5. Final remarks

Keywords: maritime insurance; terrorismo; maritime carriage

1. Introdução

Os atos de terrorismo são objeto de grande cobertura pelos meios de comunicação social. As condições em que são praticados tornam-nos difíceis de prever. Tanto mais que, por razões de segurança, muita informação que lhes diz respeito não é divulgada². E isso, só por si, já

* Professor Associado, Univ Coimbra, IJ, FDUC.

¹ Neste texto são retomadas algumas reflexões que foram objeto da nossa conferência sobre o tema proferida em 15 de julho de 2021 no âmbito do projeto «The New Maritime Silk Road: Navigation and Security in the Technological Era» do CUSMAT-Centro Universitario di Studi Marittimi e dei Trasporti da Università di Macerata (Itália). O estudo foi atualizado com referências ao direito nacional (Lei 46/2018, de 13 de agosto) e à proposta de nova Diretiva para substituir a Diretiva NIS (*Network and Information Security Directive*, ou Diretiva SRI – Segurança das Redes e da Informação), que veio estabelecer “medidas destinadas a alcançar um elevado nível comum de segurança das redes e dos sistemas de informação na União, a fim de melhorar o funcionamento do mercado interno” (artigo 1.º, n.º 1). Foram igualmente tidas em conta várias novas referências bibliográficas e cláusulas-modelo anteriormente não identificadas.

² Sobre essa escassez de informação, v. Jeffrey THOMAS, «Terrorism Insurance: Issues of Policy, Regulation and Coverage», *New Appleman on Insurance*, Newark: Lexis Nexis (April 2008), 37-69, 348.

tem consequências negativas para a atividade das seguradoras. Estas gostam de lidar com grandes números para poderem encontrar probabilidades e, assim, calcular o prémio do seguro³. São esses grandes números que ajudam a identificar o risco, mas, felizmente, os ataques terroristas não são frequentes. Contudo, sem informação credível os prémios corretos do ponto de vista atuarial são difíceis de encontrar. Quando não é possível calcular probabilidades⁴, as seguradoras vão resistir a cobrir o risco. O problema estende-se à disponibilização de resseguro⁵.

E, no entanto, os ataques terroristas podem gerar danos avultados que se estendem para lá das fronteiras de um país. O perigo de utilização de armas de destruição maciça por organizações terroristas existe. Os próprios navios podem ser usados para causar danos em portos ou em canais de navegação⁶. Quando se interrompe a navegação em certas linhas, podem ser causados efeitos económicos negativos em muitas partes do globo.

Por outro lado, organizações terroristas podem tentar adquirir empresas de navegação marítima para transportar armas e/ou os seus membros, bem como para usar o navio ou a mercadoria para o ataque que pretendem realizar⁷.

Atualmente, os ciberataques podem ter os navios e as empresas de navegação como alvo. Sobretudo à medida que avançamos para a utilização de documentos de transporte eletrónicos e de navios

³ V., quanto à relação entre a lei dos grandes números, o terrorismo e o seguro, Filipe de Albuquerque MATOS, «A cobertura de actos terroristas pelos seguros», in José Manuel Aroso LINHARES / Maria João ANTUNES, coord., *Terrorismo. Legislação comentada. Textos doutrinários*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2019, 363-405, a p. 364.

⁴ Jeffrey THOMAS, «Terrorism Insurance: Issues of Policy, Regulation and Coverage», 39.

⁵ Lembrando isso mesmo quanto ao ciberrisco, Barış SOYER, «Cyber Risks Insurance in the Maritime Sector: Growing Pains and Legal Problems», in Proshanto K. MUKHERJEE / Maximo Q. MEJIA JR. / Jingjing XU, ed., *Maritime Law in Motion*, Cham: Springer, 2020, 627-642, 631.

⁶ À semelhança, aliás, da utilização de veículos automóveis: sobre isto, Filipe de Albuquerque MATOS, «A cobertura de actos terroristas pelos seguros», 377 e ss., lembrando a questão da cobertura pelo seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel.

⁷ V., quanto a essa possibilidade, Michael McNICHOLAS, *Maritime Security: An Introduction*, Oxford: Elsevier, 2016, 265

autónomos⁸. Ataques *ransomware*, *hacking* de sistemas de portos para apropriação de carga, introdução de *malware* que afeta o sistema ECDIS (*Electronic Chart Display and Information System*) ou o sistema AIS (*Automatic Identification System*), localização de contentores com carga interessante, furto de dados, *spoofing* de sistemas GPS⁹, são algumas das muitas possibilidades que a tecnologia já abriu¹⁰.

Há locais no Mundo que são considerados perigosos para ataques por meios mais «tradicionais»¹¹. O Corno de África, o Sudeste Asiático e, em especial, os Estreitos de Malaca e o Golfo da Guiné são zonas em que os riscos aumentam. Os prémios de seguro aumentam se o navio vai circular por zonas de alto risco ou áreas de risco acrescido perçecionado.

Muitas vezes, os contratos de seguro vão incluir as cláusulas *Navigation Limits*¹², que limitam a atuação do navio a certas áreas¹³. O chamado UBI – *Usage Based Insurance* também procurará controlar a localização do navio ou do contentor. A *Internet of Things* (IoT) pode ajudar a controlar o movimento da carga. Sensores de localização e

⁸ V. Simon COOPER, «Cyber Risk, Liabilities and Insurance in the Marine Sector», in Bariş SOYER/Andrew TETTENBORN, ed., *Maritime Liabilities in a Global and Regional Context*, Oxon/New York: Routledge, 2019, 103-117.

⁹ Dando conta de ataques a sistemas de GPS de navios no Mar Negro durante os conflitos entre a Ucrânia e a Rússia de 2017, Bariş SOYER, «Cyber Risks Insurance in the Maritime Sector: Growing Pains and Legal Problems», 628, nt. 5.

¹⁰ Simon COOPER, «Cyber Risk, Liabilities and Insurance in the Marine Sector», 104 ss., Glenn WRIGHT, *Unmanned and Autonomous Ships. An Overview of MASS*, Oxon/New York: Routledge, 2020, 133 s. Sobre o ciberrisco em geral, p. ex., Elisabete RAMOS, «Cyber-risk, D&O Insurance and Directors' Protection», in César GARCÍA NOVOA/Diana SANTIAGO IGLESIAS, dir., *4ª Revolución Industrial: Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, 185-202.

¹¹ Darren CALLEY / Karen HULME / David ONG, «New Marine Security Threats», in David ATARD, gen. ed., *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. III, Oxford: Oxford University Press, 2016, 511-540, 519.

¹² Sublinhando o «predomínio de los modelos contractuales de inspiración anglosajona» no seguro marítimo, Ignacio LÓPEZ BUSTARAD, «El riesgo en el seguro marítimo», in José Luix GARCÍA-PITA Y LASTRES / María Rocío QUINTÁNS EIRAS / Angélica DÍAZ DE LA ROSA, dir., *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, 1123-1143, 1124.

¹³ Michael DAVEY / James DAVEY / Oliver CAPLIN, *Miller's Marine War Risks*, 4th ed., Oxon/New York: Routledge, 2020, 212, recordando as *Navigation Limitations for Hull War, Strikes, Terrorism and Related Perils Endorsement* (JW2005/001A).

sistemas de informação geográfica estão a tornar-se habituais e muito úteis¹⁴. Mas a globalização também permitirá realizar ataques em qualquer mar ou oceano.

2. Terrorismo

As definições de terrorismo variaram ao longo dos anos. Na Convenção para a prevenção e punição do terrorismo, de 1937, os atos de terrorismo eram os que fossem dirigidos contra um Estado e com o objetivo ou planeados para criar uma situação de terror na mente de pessoas em particular, ou num grupo de pessoas ou no público em geral.

Mais recentemente, a Diretiva 2017/541, de 15 de março de 2017, apresenta uma lista de atos dolosos que serão terroristas se forem praticados com um dos seguintes objetivos: intimidar gravemente uma população; compelir de forma indevida os poderes públicos ou uma organização internacional a praticarem ou a absterem-se de praticar um ato; desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas políticas, constitucionais, económicas ou sociais fundamentais de um país ou de uma organização internacional.

Certo é que o terrorismo não é uma atuação criminosa como as outras. A pirataria e o roubo têm subjacentes motivações privadas. Os terroristas têm outras coisas em mente. Mas leis diferentes dão também diferentes definições de terrorismo¹⁵, e a distinção entre terrorismo e risco de guerra nem sempre é fácil.

Uma das mais importantes cláusulas-modelo para o transporte marítimo de mercadorias é a *Termination of Transit Clause (Terrorism) 2009* do *Joint Cargo Committee* da *Lloyd's Market Association*. Esta cláusula define o terrorismo como sendo «an act of any person acting on behalf of, or in connection with, any organisation which carries out activities directed towards the overthrowing or influencing, by force or violence, of any government whether or not legally constituted or any

¹⁴ SIMON COOPER, «Insurance and artificial intelligence», in BARIŞ SOYER/ANDREW TETTENBORN, ed., *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Oxon/New York: Routledge, 2020, 178-190, 182.

¹⁵ V. «Definition of Terrorism by Country in OECD Countries», <<https://www.oecd.org/daf/fin/insurance/terrorism-risk-insurance-programmes.htm>>.

person acting from a political, ideological or religious motive». Estão, assim, incluídas as atuações de lobos solitários¹⁶.

A definição de terrorismo que seja aplicável vai estabelecer o perímetro da cobertura. Se a lei aplicável ao contrato de seguro contiver a sua própria definição, podem surgir conflitos entre ambas¹⁷.

3. Há mar e mar, há risco e risco

A importância económica do transporte marítimo torna-o um alvo apetecível e as cadeias logísticas não são invioláveis. Um contentor pode viajar de comboio, em cima de um camião, no convés de um navio, passar por dois ou mais portos e por vários terminais de contentores¹⁸. Muitas pessoas estarão envolvidas. A cadeia logística já foi considerada uma rede ou uma empresa conjunta¹⁹.

Um ataque terrorista num elo dessa cadeia pode provocar danos a bens de muitas pessoas para além do transportador e do interessado na mercadoria. Pessoas feridas ou os herdeiros de quem perdeu a vida, mas também proprietários ou utilizadores de bens danificados estarão entre os muitos que procurarão ser indemnizados depois do ataque. Por

¹⁶ Sobre estes, António Miguel VEIGA, «Radicalização e “lobos solitários” no contexto da denominada “luta contra o terrorismo”», in José Manuel Aroso LINHARES / Maria João ANTUNES, coord., *Terrorismo. Legislação comentada. Textos doutrinários*, 67 4-484.

¹⁷ V., para uma comparação entre a definição das *2009 Cargo Clauses* e a da *Terrorism Act 2000*, Jonathan GILMAN *et al.*, *Arnould: Law of Marine Insurance and Average*, 20th ed., London: Thomson Reuters, 2021, 1310. O crime de terrorismo está descrito no art. 4.º da L 52/2003, de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo), que também caracteriza os crimes de organizações terroristas e de outras organizações terroristas nos seus arts. 2.º e 3.º, respetivamente. O tipo de crime terrorismo pressupõe uma certa intenção: «prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral». Para um comentário, v. José Manuel Aroso LINHARES / Maria João ANTUNES, coord., *Terrorismo. Legislação comentada. Textos doutrinários*.

¹⁸ V., p. ex., Caroline FOSTER, «Counter-Terrorism and the Security of Shipping in South East Asia», in Natali KLEIN / Joanna MOSSOP / Donald ROTHWELL, ed., *Maritime Security. International Law and Policy. Perspectives from Australia and New Zealand*, Oxon / New York: Routledge, 2010, 138-154, 140.

¹⁹ Carlo CORCIONE, *Third Party Protection in Shipping*, Oxon / New York: Routledge, 2020, 3.

sua vez, o segurado pode ser o dono, fretador ou afretador do navio, o proprietário das mercadorias a bordo, outra seguradora, beneficiários de garantias sobre as mercadorias ou sobre o navio, os acionistas da transportadora, etc., etc.²⁰. Se a mercadoria estava parada num armazém de um porto qualquer, o ataque que a danifique obrigará a verificar cuidadosamente se o seguro marítimo cobre danos causados a mercadorias que não estão em trânsito²¹.

Haverá, muitas vezes, dificuldades em estabelecer nexos causais. Quem se sinta lesado procurará estabelecer laços causais entre o ataque e consequências muito remotas. Pense-se, designadamente, em perdas de chance, em quebras de faturação, em interrupções na laboração de um estabelecimento. Por exemplo, se um petroleiro é atacado e o petróleo derramado impede o funcionamento de instalações turísticas. Quando um navio afunda, pode não ser fácil descobrir o que causou o fogo ou a explosão a bordo²².

Será, em regra, difícil obter indemnizações de terroristas ou das respetivas organizações²³. Muitas vezes, a transportadora ou o proprietário das mercadorias, que foi lesado com o ataque, pode também surgir como demandado em ações intentadas por outros lesados que considerem que os primeiros não foram suficientemente diligentes na adoção de medidas de prevenção ou mitigação²⁴.

Os proprietários ou fretadores do navio, os seus empregados, os operadores portuários, as autoridades portuárias, etc., podem ser demandadas tendo em vista obter uma indemnização. Se um ciberataque tem lugar e é bem sucedido, pode ter sido porque houve medidas de segurança que não foram adotadas ou porque os consultores que tinham sido contratados não identificaram todos os riscos e não souberam informar sobre quais poderiam ser os eventos causadores de danos.

²⁰ Susan HODGES, *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, London / Sydney: Cavendish, 1999, 46 ss.

²¹ John DUNT, *Marine Cargo Insurance*, 2nd. ed., Oxon / New York: Routledge, 2016, 250.

²² Michael DAVEY / James DAVEY / Oliver CAPLIN, *Miller's Marine War Risks*, 4th. ed., Oxon / New York: Routledge, 2020, 251.

²³ V. Michael GREENBERG *et al.*, *Maritime Terrorism. Risk and Liability*, Santa Monica: Rand, 2006, xxii. Entre nós, Filipe de Albuquerque MATOS, «A cobertura de actos terroristas pelos seguros», 402.

²⁴ Michael GREENBERG *et al.*, *Maritime Terrorism: Risk and Liability*, 68.

O transportador pode vir a ser considerado responsável porque não controlou quem subiu a bordo ou porque não adotou medidas de segurança contra ciberataques. O respeito pelo *International Ship and Port Facility Code* (ISPS Code), incluído atualmente na Convenção Solas, poderá ajudar a manter os navios e a carga em segurança.

A IMO (*International Maritime Organisation*) tem *Guidelines on Maritime Cyber Risk Management* (Orientações sobre Gestão do Ciberrisco) que estão a ganhar considerável importância porque há quem comece a sustentar que o Código ISM (*International Safety Management Code*), também incluído na Convenção SOLAS, deve ser lido em conformidade com as mesmas²⁵, bem como o dever de revelar informações antes da celebração do contrato de seguro²⁶.

A BIMCO (*Baltic and International Maritime Council*), a *Chamber of Shipping of America*, a *Digital Containership Association*, a INTERCARGO (*International Association of Dry Cargo Shipowners*), a InterManager, a INTERTANKO (*International Association of Independent Tanker Owners*), a ICS (*International Chamber of Shipping*), IUMI (*International Union of Maritime Insurance*), a OCIMF (*Oil Companies International Marine Forum*), a Sybass (*Superyacht Builders Association*) e a WSC (*World Shipping Council*) adotaram umas orientações sobre a cibersegurança a bordo de navios (*Guidelines on Cyber Security Onboard Ships*), e os EUA têm o NIST *Framework* (NIST – *National Institute of Standards and Technology's Framework for Improving Critical Infrastructure Cybersecurity*). A ISO e a *International Electrotechnical Commission* adotaram a regra 27001 sobre tecnologias da informação (Standard on Information technologies). Os controlos do Estado do porto (*Port State controls*) terão de começar a dar mais atenção à gestão do risco cibernético quando verificam se o navio respeita as exigências relativas a sistemas de gestão de segurança²⁷. O mesmo se pode dizer quanto aos Planos de

²⁵ Simon COOPER, «Cyber Risk, Liabilities and Insurance in the Marine Sector», 108.

²⁶ Simon COOPER, «Cyber Risk, Liabilities and Insurance in the Marine Sector», 113 s.

²⁷ Simon COOPER, «Cyber Risk, Liabilities and Insurance in the Marine Sector», 108. O *Port State control* tem sido considerada a 'last "safety net"', para além das Convenções Internacionais da IMO, as Convenções da OIT, o controlo pelo Estado de bandeira, as sociedades de classificação de navios e as seguradoras (v. *ibid.*, 91 e ss. V. também Steven JONES, «Implications and Effects of Maritime Security on the Operation and Management of Merchant Vessels», in Rupert HERBERT-BURNS / Sam

Segurança dos Navios (*Ship Security Plans*, ou SSPs²⁸). Entretanto, surgiu a Diretiva 2016/1148 «relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União» (Diretiva NIS – *Network and Information Security* – ou Diretiva SRI – Segurança das Redes e da Informação), que veio estabelecer “medidas destinadas a alcançar um elevado nível comum de segurança das redes e dos sistemas de informação na União, a fim de melhorar o funcionamento do mercado interno” (artigo 1.º, n.º 1). Esta Diretiva foi transposta pela Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, mas já se iniciou o processo que visa a substituição daquela por uma nova Diretiva para, designadamente, reduzir os níveis de cibercriminalidade e de terrorismo²⁹. A Diretiva NIS estabelece “requisitos de segurança e de notificação para os operadores de serviços essenciais e para os prestadores de serviços digitais” (artigo 1.º, n.º 2, alínea d); v. também o artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 46/2018), estando incluídas na lista de operadores de serviços essenciais certas companhias de transporte por vias navegáveis interiores, marítimo e costeiro de passageiros e mercadorias, certas entidades gestoras dos portos e entidades que gerem obras e equipamento existente dentro dos portos, bem como certos operadores de serviços de tráfego marítimo, desde que cumpram os critérios previstos no artigo 5.º, n.º 2. Tudo isto, naturalmente, acabará por ter reflexos também no que se entenderá por negligência³⁰.

BATEMAN / Peter Lehr, ed., *Lloyd's MIU Handbook of Maritime Security*, Boca Raton / London / New York: CRC Press, p. 87-116, p. 99 e s. Para um comentário à Diretiva 2009/16/CE relativa à inspeção de navios pelo Estado do porto (reformulação) ou port State control Directive (recast), Michael PTMM, «Commentary on Directive 2009/16/EC of The European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Port State Control», in Henning JESSEN / Michael Jürgen WERNER, ed., *EU Maritime Transport Law*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2016, 856-901, mas sem ter em conta alterações posteriores.

²⁸ Sobre os SSPs, Steven JONES, «Implications and Effects of Maritime Security on the Operation and Management of Merchant Vessels», 95.

²⁹ V. a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho «relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União e que revoga a Diretiva (UE) 2016/1148 COM(2020) 823 final, p. 8. V. também o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta (2021/C 286/28) e o Relatório sobre a proposta de diretiva relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União e que revoga a Diretiva (UE) 2016/1148 (relator: Bart Groothuis).

³⁰ Michael GREENBERG *et al.*, *Maritime Terrorism: Risk and Liability*, 72.

4. Umaz vezes há cobertura, outras não

Antes do 11 de setembro de 2001, a cobertura relativamente a atos de terrorismo estava muitas vezes incluída nas apólices sem que fosse exigido qualquer acréscimo no valor a pagar às seguradoras³¹. Aparentemente, aquela não daria especial atenção ao risco de terrorismo³².

Depois do trágico atentado às Torres Gémeas, o mercado começou a excluir a cobertura daquele risco. As resseguradoras e os P&I Clubs tiveram aí um papel muito relevante³³. O comportamento era compreensível, pois aquele ataque teve consequências em praticamente todos os ramos de seguro. Houve quem escrevesse que, até àquele dia, as seguradoras nunca tinham imaginado que um ataque pudesse gerar perdas tão avultadas. Em Portugal, o art. 45.º, 2, do Regime permite que o contrato de seguro exclua a cobertura, designadamente, dos riscos derivados de terrorismo³⁴. Na Espanha, o art. 418 da *Ley de Navegación Marítima* exclui da cobertura do seguro marítimo o risco de terrorismo, embora a norma não pareça ser imperativa³⁵.

Entretanto, várias tentativas foram levadas a cabo para procurar que o mercado funcionasse novamente. As escolhas, porém, têm sido muito diferentes de país para país.

Nos EUA, a lei TRIA (*Terrorism Risk Insurance Act*), de 2002, criou o *Terrorism Risk Insurance Plan*, que atualmente se estenderá *peelo menos até 31.12.2027*. Este programa permitirá o pagamento de reembolsos às seguradoras que cubram o risco de terrorismo e participem no plano se determinadas condições forem preenchidas. O programa TRIP abrange alguns transportes marítimos.

O programa Pool Re, no Reino Unido, já não abrange o seguro marítimo. Na Rússia, o RATIP (*Russian Anti-Terrorism Insurance Pool*) tem

³¹ Baird WEBEL, «Terrorism Risk Insurance Legislation in 2007: Issue Summary and Side-By-Side», in Miguel PALACIOS, ed., *Terrorism Insurance*, Nova Science Publishers, 2007, 1-18, 2.

³² Jeffrey THOMAS, «Terrorism Insurance: Issues of Policy, Regulation and Coverage», *New Appleman on Insurance*, 37.

³³ Baird WEBEL, «Terrorism Risk Insurance Legislation in 2007: Issue Summary and Side-By-Side», 1.

³⁴ Sobre esse art. 45.º, 2, p. ex., Filipe de Albuquerque MATOS, «A cobertura de actos terroristas pelos seguros», 372.

³⁵ Nesse sentido, Ignacio LÓPEZ BUSTARAD, «El riesgo en el seguro marítimo», 1142.

um papel de resseguradora, abrangendo o seguro de carga, mas não o de navios. Na Alemanha, há uma seguradora chamada *Extremus Versicherungs-AG* que cobre o risco de terrorismo, mas tem apoio governamental³⁶. Na França, o GAREAT (*Gestion de l'Assurance et de la Réassurance des Risques, Attentats et Actes de Terrorisme*) funciona como uma *pool* que fornece aos seus membros co-seguro, mas a responsabilidade do transportador marítimo não é abrangida³⁷. Os exemplos poderiam repetir-se.

Uma das cláusulas muito usadas na prática seguradora é a *Institute Cargo Clauses (A)*. Esta continua a excluir a cobertura por perda, dano ou despesas causadas por qualquer ato de terrorismo ou por qualquer pessoa agindo por um motivo político, ideológico ou religioso. A *Strikes Exclusion Clause* também afasta a cobertura quanto a «loss damage liability or expense caused by [...] 24.2. any terrorist or any person acting from a political motive»³⁸.

No entanto, a *Institute Strikes Clauses (Cargo)* dá cobertura a «loss or damage» causado por qualquer ato de terrorismo («any act of terrorism») (Clause 1.2)³⁹, e por qualquer pessoa atuando por um motivo político, ideológico ou religioso («any person acting from a political, ideological or religious motive»), embora com as limitações que resultam da *Transit Clause* (Clause 5)⁴⁰. Cobertura por «loss or damage» causados ao navio é conferida pela *Institute War and Strikes Clauses* (1.5 and 1.6).

³⁶ Baird WEBEL, «Terrorism Risk Insurance: Issue Analysis and Legislation», 21.

³⁷ A França conta ainda com o *Fonds de Garantie des Victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions* para indemnizar vítimas de ataques terroristas relativamente a «dommages corporels»: v. art. 9 da *Loi 86-1020*, de 9 de setembro de 1986, já alterada. De acordo com a página do Fundo (<https://www.fondsdegarantie.fr/fgti/fonctionnement/>), o mesmo não recebe financiamento do Estado francês.

³⁸ Sobre esta, v. Jonathan GILMAN *et al.*, *Arnould: Law of Marine Insurance and Average*, 1308 s., dando igualmente atenção à *Malicious Acts Exclusion* e aos problemas de interpretação associados.

³⁹ Para uma análise da Clause 1.2. com a redação que tinha na altura, N. Geoffrey HUDSON / Tim MADGE / Keith STURGES, *Marine Insurance Clauses*, 5th ed., Oxon / New York: Routledge, 2012, 351 s.; e D. ROSE, *Marine Insurance: Law and Practice*, 2nd ed., Oxon / New York: Routledge, 2013, 372 s.

⁴⁰ V. John DUNT, *Marine Cargo Insurance*, 2nd ed., Oxon/New York: Routledge, 2016, 246. Michael DAVEY / James DAVEY / Oliver CAPLIN, *Miller's Marine War Risks*, 264, consideram que a *Institute Strikes Clause (Cargo)* não cobre «pure economic loss to which an industrial dispute may give rise» nem «physical loss or damage to the cargo due to delays».

Parece ser rara a cobertura relativamente a ataques NCBR (*Nuclear, Chemical, Biological and Radiological*)⁴¹, encontrando-se uma exclusão do *Institute Cargo Clauses (A)* (Clause 4.7) com o seguinte teor: «[In no case shall this insurance cover] loss damage or expense directly or indirectly caused by or arising from the use of any weapon or device employing atomic or nuclear fission and/or fusion or other like reaction or radioactive force or matter». Redações semelhantes encontram-se na *Institute Strikes Clauses (Cargo)* (Clause 3.9) e na *Institute War and Strikes Clauses* (Clause 3.8)⁴². Os ciberataques também não parecem cobertos quando se opte pela *Joint Cargo Committee Cyber Exclusion and Write-Back Clause* (CL437) ou pela *Cyber Attack Exclusion Clause* (CL 380)⁴³.

Danos causados por poluição marítima resultante de um ataque terrorista poderão eventualmente estar cobertos. Os P&I *Clubs* estarão a comprovar que «cover is in place under the Civil Liability Conventions for damage resulting from acts of terrorism [...] subject to the requirement that the shipowner has war risks cover on standard terms with a separate limit for P&I liabilities»⁴⁴. A Convenção CLC (Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 1992, já alterada), exige que os proprietários de navios com certa capacidade cubram a sua

⁴¹ Jeffrey THOMAS, «Terrorism Insurance: Issues of Policy, Regulation and Coverage», 54.

⁴² Sobre o tema, John DUNT, «English Law and Practice», in John DUNT, ed., *International Cargo Insurance*, Oxon/New York: Routledge, 2012, 84, Stephen RIBLE, «United States Law and Practice», in John DUNT, ed., *International Cargo Insurance*, 230 s.; Francesco SICCARDI, «Italian Law and Practice», in John DUNT, ed., *International Cargo Insurance*, 292; e Joachim BARTELS, «German Law and Practice», in John DUNT, ed., *International Cargo Insurance*, 346.

⁴³ Para uma análise desta última, Baris SOYER, «Cyber Risks Insurance in the Maritime Sector: Growing Pains and Legal Problems», 636 ss., dando conta das alterações à mesma pelo mercado londrino, que tem vindo a adotar a CL 380 Hull amended, e chamando a atenção para a importância de se negociarem *write-backs*. Sobre os seguros cibernéticos à medida (Taylor made cyber insurance), Elisabete RAMOS, «Corporate governance and cyber governance. How to govern the future?», in Maria Miguel CARVALHO / Sónia MOREIRA, ed., *E.Tec Yearbook. Governance and Technology*, Braga: School of Law – University of Minho, 2021, 157-178, 173 ss.

⁴⁴ Måns JACOBSSON, «Liability and Compensation for Ship-Source Pollution», in David ATARD, gen. ed., *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. III, Oxford: Oxford University Press, 2016, 305.

responsabilidade através de seguro ou outra garantia financeira⁴⁵. No entanto, o art. III.2⁴⁶ estabelece que o proprietário não será responsável se provar que o prejuízo por poluição resulta «na totalidade, de um facto deliberadamente praticado ou omitido por terceiro com a intenção de causar um prejuízo» e isso «appears to cover acts of terrorism»⁴⁷.

Muitas são as alternativas que, em abstrato, poderão estar disponíveis para lidar com a falta de cobertura ou com a cobertura demasiado cara ou escassa. A imposição às seguradoras do dever de fornecer essa cobertura, o apoio público a seguradoras que forneçam a cobertura, a criação de incentivos fiscais, o recurso a fundos⁴⁸, as *cat bonds*⁴⁹, as *pools* ou o co-seguro⁵⁰ são possibilidades que merecem atenção, tendo cada uma as suas vantagens e riscos⁵¹. A intervenção pública, por exemplo, pode retirar estímulos à iniciativa privada⁵².

⁴⁵ Art. VII, 1. Não é a única Convenção a estabelecer a obrigatoriedade de seguro. A Diretiva 2009/20/CE relativa ao seguro dos proprietários de navios em matéria de créditos marítimos obriga os Estados-Membros a exigir que «os proprietários de navios que arvorem a sua bandeira subscravam um seguro que cubra esses navios» (v. a transposição no DL 50/2021, de 2 de março).

⁴⁶ A Convenção CLC é complementada pela Convenção FIPOL (Convenção Internacional para o Estabelecimento de um Fundo Internacional para Compensação pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 1992) e pelo Protocolo de 2003 à Convenção FIPOL.

⁴⁷ Måns JACOBSSON, «Liability and Compensation for Ship-Source Pollution», 300.

⁴⁸ Sobre a oportunidade de fundos públicos autónomos, considerando-a uma «alternativa credível», Filipe de Albuquerque MATOS, «A cobertura de actos terroristas pelos seguros», 399 e ss.

⁴⁹ V., p. ex., Andrew GERRISH, «Terror CaTs: TRIA's Failure to Encourage a Private Market for Terrorism Insurance and How General Securitization of Terrorism Risk May Be a Viable Alternative», 1856; Adam ALVAREZ, *Hedging Hurricanes. A Concise Guide to Reinsurance, Catastrophe Bonds, and Insurance-Linked Funds*, 2nd. ed., Alvarez & Associates, 2017, 28.

⁵⁰ Sobre o co-seguro marítimo e a distinção entre aquele e as *pools*, Javier VERCHER MOLL, «El coaseguro marítimo», in José Luís GARCÍA-PITA Y LASTRES / María Rocío QUINTÁNS EIRAS / Angélica DÍAZ DE LA ROSA, ed., *El derecho marítimo de los nuevos tempos*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, 1333-1343, 1340.

⁵¹ Considerando que o resseguro e o retosseguro «não constituem técnicas eficazes para a cobertura da extensa e muito dispendiosa danosidade provocada pelos ataques terroristas», Filipe de Albuquerque MATOS, «A cobertura de actos terroristas pelos seguros», 393.

⁵² Vittorio AFFERNI, «Le coperture antiterrorismo: problematiche e possibili soluzioni», in *Assicurazioni* 3-4 (2001) 267-279, 272.

5. Observações finais

As consequências dos ataques terroristas facilmente se estendem por vários países. A limitação de coberturas a riscos nacionais ou a exclusão de cobertura no que diz respeito a ataques no mar poderão tornar difícil a obtenção de indemnizações por parte de lesados. À semelhança do que já foi alcançado noutros âmbitos, a existência de uma convenção internacional que permitisse criar um fundo que suportaria o pagamento de indemnizações quando não houvesse cobertura por um contrato de seguro poderia ser a solução mais prática. Há, porém, que evitar que o seguro permita financiar os próprios terroristas e as suas organizações⁵³.

De qualquer modo, o caminho a seguir deve ter em conta que as escolhas feitas podem criar incentivos para não se avançar no sentido da prevenção ou mitigação do risco. O conflito entre uma Cultura de Segurança (*Security Culture*) e uma Cultura de Cumprimento (*Compliance Culture*)⁵⁴ está aí e pode ter consequências nos tribunais, tornando fundamental um trabalho de antecipação e planeamento.

⁵³ Alertando para isso mesmo, Filipe de Albuquerque MATOS, «A cobertura de actos terroristas pelos seguros», 385 e ss.

⁵⁴ V. Wayne TALLEY, *Maritime Safety, Security and Piracy*, London: Informa Law, 2008, 84.

O PAPEL DA VONTADE NA CISG*

<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02/cap06>

CÉSAR PIRES**

Sumário: 1. Breve introdução. 1.1. O contrato de venda internacional de mercadorias e o contrato de transporte internacional de mercadorias. 1.2. A aplicabilidade da CISG à venda internacional de mercadorias. 2. O *opting out* da CISG baseado no contrato de venda. 2.1. A formação do contrato de venda e o *opting out* da CISG. 2.1.1. Excurso: a necessidade de fixação do preço, ou de consagração de disposição para o fixar, para que a proposta seja suficientemente precisa (2ª frase do n.º 1 do artigo 14.º da CISG). 2.2. A (in)aplicabilidade da *Parol Evidence Rule* na CISG. 2.3. As *Entire Agreement Clauses*. O caso do fornecimento de vacinas contra o recente coronavírus SARS-CoV-2. 3. A vontade na CISG e o contrato de transporte. A aplicação das Regras de Haia. 4. A vontade na CISG e os *Incoterms*. 5. A vontade das vontades.

Palavras-chave: venda internacional de mercadorias, formação do contrato, *Parol Evidence Rule*, regras de Haia, *Incoterms*

Summary: 1. Brief introduction. 1.1. The contract for the international sale of goods and the contract for the international carriage of goods. 1.2. The applicability of the CISG to the international sale of goods. 2. The opting out of the CISG based on the sales contract. 2.1. The formation of the sales contract and the opting out of the CISG. 2.1.1. Excursus: the need to fix the price, or to consecrate the disposition to fix it, so that the proposal is sufficiently precise (2nd sentence of paragraph 1 of article 14 of the CISG). 2.2. The (in)applicability of the Parol Evidence Rule in CISG. 2.3. The Entire Agreement Clauses. The case for the supply of vaccines against the recent coronavirus SARS-CoV-2. 3. The will in the

* O presente trabalho teve por base a comunicação oral que apresentámos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do *Webinar* Internacional de Abertura das Comemorações do 100.º Aniversário das Regras de Haia, sob o tema “A propósito da Convenção de Bruxelas de 1924 relativa à unificação de certas regras em matéria de conhecimentos de carga”, realizado no dia 26 de novembro de 2021.

** Advogado. Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Autor e Editor do projeto “Cisg-portugal.org”.

CISG and the contract of carriage. The application of the Hague Rules. 4. The will in the CISG and the Incoterms. 5. The will of wills.

Keywords: international sale of goods, formation of the contract, *Parol Evidence Rule*, Hague Rules, *Incoterms*

1. Breve introdução

1.1. O contrato de venda internacional de mercadorias e o contrato de transporte internacional de mercadorias

Aquando da negociação das cláusulas de um contrato de venda internacional de mercadorias, o vendedor e o comprador estarão certamente preocupados com as condições de entrega das mercadorias e com o pagamento do preço. Apesar de serem estas as obrigações principais emergentes do contrato, o vendedor e o comprador não devem olvidar a necessidade de deterem a sua atenção sobre outras cláusulas essenciais relacionadas com uma maior ou menor amplitude do risco contratual. Além da entrega das mercadorias e do pagamento do preço, o vendedor e o comprador devem determinar no contrato de venda quem tem de providenciar pelo transporte das mercadorias, quem tem de celebrar e pagar o seguro, pagar as taxas e os impostos e quem tem de tratar dos procedimentos aduaneiros no país de origem e no país de destino.

O vendedor e o comprador são livres de firmar o acordo que entendam corresponder melhor às suas expectativas, podendo desde logo optar por mitigar riscos económicos atendendo à maior facilidade que um deles terá em tratar de determinados pormenores inerentes à transação comercial internacional (*v.g.* o vendedor poderá com maior facilidade e menor custo tratar dos procedimentos aduaneiros no país de origem e o comprador no país de destino, na falta de representante que conheça a lei do Estado da contraparte). Mas atentemos especificamente em um dos pormenores do contrato de venda internacional: a identificação do vendedor e do comprador e dos respetivos estabelecimentos.

Esta parte do contrato de venda internacional de mercadorias será certamente importante para a generalidade destes contratos, mas especialmente nos contratos de venda regulados pela CISG. Para que determinado contrato de venda internacional fique sujeito ao regime

jurídico consagrado na CISG é condição que o estabelecimento do vendedor e o estabelecimento do comprador se situem em diferentes Estados (art. 1.º, n.º 1 da CISG ¹).

1.2. A aplicabilidade da CISG à venda internacional de mercadorias

De acordo com o preceituado no artigo 1.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) da CISG, sempre que o vendedor e o comprador tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes² e estes sejam Estados Contratantes da CISG ou as regras de Direito Internacional Privado remeterem para a aplicação de uma lei de um Estado Contratante, o contrato de venda internacional de mercadorias fica sujeito ao regime jurídico estabelecido na Convenção.

Nas situações em que o vendedor e o comprador tenham o seu estabelecimento em diferentes Estados, mas esse facto “não decorra nem do contrato, nem de quaisquer transações entre as partes ou de informações por elas reveladas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou no momento da sua conclusão” (art. 1.º, n.º 2), a CISG não regulará o contrato. Alguma doutrina considera que o vendedor e o comprador devem estar conscientes³ de que o contrato que concluem ficará sujeito ao regime estabelecido na CISG e, para esse efeito, é necessário que resulte das negociações tendentes à celebração do contrato de venda ou da conclusão do contrato que ambos estavam conscientes de que os respetivos estabelecimentos se situavam em diferentes Estados. Não é posição que consideremos correta, porquanto

¹ De ora em diante, a CISG é instrumento legal a que nos referimos sempre que não seja feita menção expressa a qualquer outro.

² Esta opção pelo critério da localização do estabelecimento das partes em diferentes Estados faz surgir questões específicas, nomeadamente quanto a contratos em que o estabelecimento das partes se localiza em diferentes Estados, mas a execução das obrigações principais se dá em um mesmo Estado. Consideramos tratar-se de uma questão que tem a sua importância reduzida pela possibilidade de as partes poderem determinar como aplicável a esse contrato a lei interna do Estado onde são executadas as obrigações. Neste sentido, *vide* Christophe BERNASCONI, «The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)», *Netherlands International Law Review*, Haia: Springer, 46 (1999) 137-170, 144, disponível em <https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/christophe_bernasconi.pdf>.

³ Christophe BERNASCONI, «The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)», 147-148.

remete para um critério subjetivo relacionado com o conhecimento do carácter internacional do contrato.

Se atentarmos no Comentário do Secretariado da UNCITRAL sobre o Projeto de Convenção verificamos que aí se menciona um exemplo de contrato de venda não sujeito ao regime da CISG quando as partes aparentavam ter o seu estabelecimento em um mesmo Estado, mas tinham efetivamente o estabelecimento em diferentes Estados⁴. O artigo 1.º, n.º 2 da CISG exige uma “aparência objetiva”⁵ de internacionalidade do contrato de venda. Não é, por isso, correto afirmar-se que “[...] as partes devem ter celebrado conscientemente um contrato internacional [e que s]e não houver essa consciência, a Convenção não se aplica, e as regras nacionais [...] regeirão o contrato.”⁶ “É suficiente que a parte que conclui o contrato pudesse ter tido conhecimento do seu carácter internacional; contudo, não é necessário que tenha sido capaz de prever a aplicabilidade da CISG.”⁷ O ónus de prova de que o

⁴ “Um exemplo de uma tal situação é quando as partes aparentavam ter os seus estabelecimentos no mesmo Estado, mas uma das partes estava a atuar como agente de um principal estrangeiro não revelado. Em tal situação, o parágrafo (2) [do artigo 1.º da CISG] prevê que a venda, que aparenta ser entre partes cujos estabelecimentos comerciais são no mesmo Estado, não é regulada por esta Convenção.” *Vide UNITED NATIONS, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: Official Records*, Nova Iorque: UN, 1991, 15, disponível em <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a-conf-97-19-ocred-eng.pdf>>.

⁵ Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM, «Article 1», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press, 2016, 43-44.

⁶ Paul VOLKEN, «Chapter 2 – The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling», in Petar SARCEVIC / Paul VOLKEN, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Nova Iorque / Londres / Roma: Oceana Publications, 1986, 24, disponível em <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/vienna-convention-scope-interpretation-and-gap-filling>>. O autor refere que “as regras nacionais, incluindo as regras de direito internacional privado, regeirão o contrato”. Esta parte da afirmação do autor, em itálico nosso, não é reproduzida no corpo do nosso texto dado que consideramos também ser dúbio admitir-se que as regras de direito internacional privado possam ser aplicáveis quando, através da designação da lei de um Estado contratante, conduzam à aplicação da CISG. O pressuposto de que deve existir uma “aparência objetiva”, pelo menos no momento da conclusão do contrato, da existência de estabelecimentos localizados em diferentes Estados é comum à alínea a) e à alínea b) do n.º 1º do artigo 1º da CISG. Na falta desse pressuposto não se deve considerar aplicável a CISG.

⁷ Ingeborg SCHWENZER/Pascal HACHEM, «Article 1», 45.

contrato não aparentava ter um caráter internacional é do contratante que não pretenda ver a CISG aplicada ao contrato⁸.

O artigo 1º, n.º 2 da CISG não exige que seja aparente para o vendedor e para o comprador que esses diferentes Estados onde se situam os seus estabelecimentos sejam Estados contratantes. É suficiente a aparência de que os estabelecimentos se situam em diferentes Estados⁹.

Esta norma é de primordial importância para se considerar a CISG como lei competente para determinar se as partes tiveram (ou não) intenção de excluir a aplicação da Convenção ao contrato de venda internacional de mercadorias que celebraram. Sem o artigo 1.º da CISG seria difícil considerar que é no âmbito da Convenção que se devem procurar as regras interpretativas da vontade das partes quanto ao *opting out* da CISG¹⁰, ou seja, a opção que as partes têm de excluir a aplicação da CISG ao contrato de venda.

Obviamente que a aplicabilidade da CISG a um determinado contrato de venda internacional de mercadorias não depende apenas dos pressupostos do artigo 1º da CISG. Será necessário perceber se não estamos perante vendas excluídas do âmbito da aplicação da CISG (art. 2.º) e determinar o significado de “mercadorias”¹¹.

⁸ Loukas MISTELIS, «Article 1», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, München: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2018, 35.

⁹ Como em algum momento se tem que determinar a lei aplicável ao contrato de venda, deve considerar-se que quando se diz que o contrato aparenta ter essa internacionalidade se está também a dizer que o contrato aparenta ser um contrato de venda de mercadorias. Pois se assim não for considerado gera-se um círculo difícil de fechar. Seria difícil considerar aplicáveis os artigos 14.º e ss. da CISG ao contrato sem termos anteriormente considerado aplicável a CISG com base em alguma das suas normas. Essa norma há de ser o artigo 1.º da CISG, mas não deve considerar-se que esta norma exige que se vislumbre um contrato concluído de acordo com os artigos 14.º e ss. Será suficiente que o contrato aparente ser um contrato de venda internacional de mercadorias. Se assim não fosse estaríamos a aplicar o artigo 14.º e ss. sem determinarmos a CISG como lei aplicável ao contrato. Que fundamento serviria de base à aplicação das normas da CISG que regulam a formação do contrato?

¹⁰ Mais desenvolvimente sobre esta questão *vide infra* ponto 2.

¹¹ Colocaremos o nosso foco em outras questões relacionadas com o papel da vontade na CISG. Estando a noção de “mercadorias” e as exclusões previstas no artigo 2.º da CISG devidamente tratadas no âmbito das obras de referência sobre a CISG damos apenas nota sobre isso. Sobre a noção de mercadorias *vide* Loukas MISTELIS, «Article 1», Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM, «Article 1», 33-36. Sobre as exclusões previstas no artigo 2.º da CISG, *vide* Frank SPOHNHEIMER, «Article 2», in

2. O *opting out* da CISG baseado no contrato de venda

Ainda que os pressupostos mínimos de aplicabilidade da CISG a um determinado contrato de venda internacional de mercadorias possam estar reunidos, é possível que a Convenção não se aplique de todo a esse contrato ou que sejam derrogados ou modificados os efeitos de quaisquer das suas disposições com base na vontade do vendedor e do comprador ou com base na vontade dos Estados Contratantes. Esta forma de excluir a aplicabilidade da CISG a determinados contratos de venda internacional de mercadorias, baseada na vontade expressa de um determinado Estado Contratante de não considerar aplicável uma ou mais partes da Convenção no momento da adesão, ratificação ou aprovação será abordada em momento posterior¹². Abordaremos de seguida a outra via para o *opting out* da CISG, isto é, o vendedor e o comprador consagrarem cláusula expressa de exclusão da sua aplicabilidade ao contrato de venda internacional ou cláusula derogatória ou modificativa dos efeitos de algumas das disposições.

2.1. A formação do contrato de venda e o *opting out* da CISG

A CISG pode não se aplicar de todo ao contrato de venda internacional de mercadorias. Como se referiu, uma dessas fontes de inaplicabilidade da CISG ao contrato de venda internacional é a vontade das partes que celebram este contrato. Diz-se de forma abundante na doutrina¹³ que se trata da manifestação de um princípio inerente à própria

Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 39 e ss.; Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM, «Article 2», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 47 ss.

¹² Sobre esta questão, que designaremos por “vontade das vontades”, veja-se *infra* o ponto 5.

¹³ Vide Loukas MISTELIS, «Article 6», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 103; Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM, «Article 6», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 103 ss.; Jack GRAVES, « CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity », *Belgrade Law Review* 59/3 (2011) 128, disponível em <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/cisg-article-6-and-issues-formation-problem-circularity#iii>>; Peter SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena: Manz, 1986, 35, disponível em <https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem.html#a19>.

CISG: o princípio da autonomia da vontade. Mas imediatamente se colocam importantes questões neste âmbito: Como determinar se as partes acordaram não aplicar a CISG ao contrato de venda internacional de mercadorias? O sentido e o alcance da cláusula de *opting out* devem ser determinados de acordo com os cânones interpretativos consagrados em que lei? Determinam-se com base na CISG ou com base na norma material individualizada como aplicável pelas regras de conflitos do ordenamento jurídico do foro?

Se concluirmos que se aplicam os cânones interpretativos das declarações de vontade estabelecidos na CISG já estaremos a fazer um juízo de aplicabilidade da CISG à cláusula de exclusão de aplicabilidade da própria CISG. Se, por outro lado, se lançar mão da regra de conflitos e da norma material determinada como aplicável estaremos a violar, provavelmente, o princípio da hierarquia das normas no ordenamento jurídico do Estado do foro se este for parte contratante da CISG. Como resolver?

Se o acordo de *opting out* é concluído antes da conclusão do contrato de venda internacional a questão formulada não colocará qualquer dificuldade de resposta¹⁴. Não se estando perante um contrato de venda internacional de mercadorias, a aplicabilidade da CISG a este acordo prévio de *opting out* fica prejudicada pela falta dos pressupostos consagrados no artigo 1.º da Convenção. Caberá à lei designada pelas regras de conflito do Estado do foro determinar que lei substantiva é aplicável ao acordo de *opting out*.

A questão colocada tem uma resposta mais complexa quando a cláusula de *opting out* da CISG integra o contrato de venda internacional de mercadorias¹⁵. Se há matéria que a CISG regula especificamente

¹⁴ Jack GRAVES, «CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity». O autor dá o seguinte exemplo na nota 7 do seu artigo: “[...] um fabricante e distribuidor pode concluir um ‘contrato-quadro’ que regule a sua relação de distribuição e ‘opting out’ da CISG no que diz respeito a acordos individuais para a venda de bens específicos”.

¹⁵ Se na situação que anteriormente expusemos (acordo de exclusão prévio ao contrato de venda) estaremos perante um acordo de *opting out* independente do contrato de venda, já na situação em que o *opting out* consta de cláusula do contrato de venda somos da opinião que se estará perante um problema de interpretação de uma das cláusulas do contrato de venda. Em sentido contrário *vide* Loukas MISTELIS, «Article 6», 104. Loukas Mistelis, para além de defender que se deve considerar uma tal cláusula como um acordo independente, considera que este “deve ser regulado pela

é a formação do contrato. O artigo 4.º da CISG consagra expressamente que a Convenção “[...] regula apenas a *formação do contrato de venda* e os direitos e obrigações do vendedor e do comprador emergentes desse contrato.”

Se o Estado do foro não é parte contratante da CISG não aplicará diretamente a Convenção. No entanto, se as suas normas de conflito determinarem como lei aplicável ao contrato de venda a lei de um Estado contratante a CISG é aplicável. Sendo aplicável ao contrato deve considerar-se que também será competente para determinar se há (ou não) acordo de exclusão da CISG.

Se o Estado do foro é parte contratante da CISG não poderá não aplicar a Convenção à formação do contrato de venda internacional de mercadorias e às cláusulas que integra, nomeadamente à cláusula de *opting out*¹⁶. Mas a solução para a questão não poderá encontrar-se, apenas, no âmbito do artigo 6.º da CISG. Há que conjugar o artigo 6.º com o artigo 1.º da CISG. Esta última norma estabelece, *prima facie*, o critério controlador da escolha da norma legal aplicável e até que se determine se o artigo 6.º da CISG e a cláusula de *opting out* operam, a CISG é aplicável ao contrato¹⁷. “A CISG, como é [de conhecimento geral], aplica-se na maioria dos casos *proprio motu* em consequência do teste de residência dupla estabelecido no artigo 1(1)(a).”¹⁸

lei que seleciona ou, na falta desta, pela lei aplicável por via das regras de conflito” (*ibidem*). Esta posição parece partir de uma espécie de *ficção*. Ficciona que a cláusula de *opting out* é independente do contrato de venda que integra. Defendemos que esta posição sobre o problema fraciona sem razão aparente o contrato de venda. Se assim fosse poderíamos ponderar considerar várias cláusulas de um contrato de venda como constituindo «acordos independentes» (a cláusula relativa à origem das mercadorias, a cláusula relativa a direitos de propriedade industrial, a cláusula sobre segredos comerciais ou de produção, etc.). Tratando-se de um contrato de venda internacional de mercadorias consideramos que a questão deve ser ponderada nos termos que deixaremos refletidos no corpo do texto deste nosso trabalho.

¹⁶ Os artigos 14.º a 24.º e 8.º da CISG, que regulam a formação do contrato e o modo como devem ser interpretadas as declarações das partes, têm aplicação no Estado do foro (neste sentido *vide* Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM, «Article 6», 104).

¹⁷ Neste sentido também segue o Conselho Consultivo da CISG na sua Opinião n.º 16 (CISG ADVISORY COUNCIL, CISG Advisory Council Opinion No 16: Exclusion of the CISG under Article 6, Paris: CISG Advisory Council, disponível em <<http://cisgac.com/cisgac-opinion-no16/>>).

¹⁸ Michael BRIDGE, «The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *Uniform Law Review*, Rome: Oxford Academic, 19 (2014) 623-642, 640.

Para concluirmos se o vendedor e o comprador acordaram, ou não, excluir esta ou aquela parte da CISG ou a totalidade do seu regime jurídico é necessário determinar o sentido e o alcance das suas declarações nos termos do artigo 8.^o¹⁹. Claro está que os objetivos para que foi criada a CISG devem ser tidos em conta, nomeadamente o objetivo de criação de um corpo de normas jurídicas uniformes aplicáveis ao contrato de venda internacional de mercadorias (um contrato estruturante do comércio internacional).

No entanto, consideramos que a referência feita ao artigo 1.^o pela citada Opinião n.^o 16 do Conselho Consultivo da CISG²⁰ poderia ter ido mais além e, por isso, merece umas linhas mais da nossa parte.

O artigo 1.^o da CISG estabelece como critério para a aplicabilidade da Convenção o facto de as partes terem o seu estabelecimento em diferentes Estados²¹ e este facto só não é tido em conta “quando [...] não decorra nem do contrato, nem de quaisquer transações entre as partes ou de informações por elas reveladas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou no momento da sua conclusão” (cfr. n.^o 2 do art. 1.^o).

¹⁹ Recentemente surgiu uma interessante Decisão do Supremo Tribunal de Nova Iorque sobre a interpretação de uma cláusula de exclusão de aplicabilidade da CISG (Decisão de 25 de janeiro de 2022, SUPREME COURT OF NEW YORK, *In re N.Y. State Dep't of Health*, No. 2022-50041, Jan. 25, 2022, disponível em: <<https://casetext.com/case/in-re-ny-state-dept-of-health>>). Nesta decisão foi dado como provado que o vendedor e o comprador tinham celebrado um contrato, que designaram como “Export Contract”, em duas línguas diferentes (em língua inglesa e em língua chinesa). Na versão em inglês estava consagrada a prevalência desta face à versão em língua chinesa em caso de discrepância entre as duas versões. Por seu turno, na versão em língua chinesa estava consagrada a sua prevalência acaso surgisse algum conflito e previa-se como lei aplicável ao contrato a lei chinesa, não sendo aplicável a CISG. Perante estes factos o tribunal considerou que “[...] tendo [a vendedora] proposto à [compradora] um contrato redigido nas línguas inglesa e chinesa através de um agente de Nova Iorque [...] a vendedora] não podia ignorar que a vontade subjetiva da [compradora] relativamente à escolha da lei seria formada com base no texto alegadamente controlador em inglês [...], que é precisamente a vontade que qualquer compradora razoável teria tido nas mesmas circunstâncias (ver art. 8(2) da CISG)”.

²⁰ *Vide* nota 17.

²¹ Na Decisão referenciada na nota de pé de página precedente, o Supremo Tribunal de Nova Iorque, seguindo o entendimento de outros tribunais estado-unidenses, reafirmou que a CISG “é um tratado *self-executing* que estabelece disposições de direito substantivo para reger a formação de contratos de venda internacional e os direitos e obrigações do comprador e do vendedor”.

Destarte, com base em elementos anteriores à conclusão do contrato é possível estabelecer, sem o artigo 6.º da CISG, a aplicação da Convenção para a determinar a existência ou inexistência de acordo de exclusão. Só depois havemos de determinar se a CISG não se aplica à regulação do contrato com base no seu art.º 6.º.

Estando a cláusula de exclusão de aplicabilidade da CISG integrada no contrato devem ter-se em conta os artigos 14.º e seguintes da Convenção, aplicáveis à formação do contrato²². Isto porque teremos de determinar se foi (ou não) concluído um contrato, se esse contrato é efetivamente um contrato de venda, se é um contrato de venda internacional de mercadorias e se não é um contrato de venda internacional de mercadorias a que a CISG não se aplica de acordo com o artigo seu 2.º. Partindo das normas da CISG aplicáveis à formação do contrato vai ser possível determinar se foi (ou não) concluído um contrato de venda internacional de mercadorias. Acaso se conclua negativamente não deve sequer considerar-se a aplicabilidade do artigo 6.º da CISG, porquanto seria bizarro estarmos a determinar se a vontade das partes foi excluir a aplicação da CISG a um contrato que não chegou a ser concluído. Não tendo sido concluído um contrato de venda de mercadorias de acordo

²² A doutrina divide-se quanto à lei aplicável à formação do contrato. Uma parte da doutrina considera que a lei aplicável à formação do contrato deve ser determinada de acordo com as regras de conflito do ordenamento jurídico do foro, na falta de designação pelos contraentes. Uma outra parte da doutrina considera que se deve distinguir entre os acordos que estabelecem a exclusão da CISG na sua totalidade (que seriam regulados pela lei interna designada pela regra de conflitos do ordenamento jurídico do foro) e os acordos que estabelecem a exclusão parcial da CISG (que seriam regulados pelos artigos 14.º a 24.º da CISG). Sobre estas posições doutrinárias *vide*, por todos, Ulrich SCHROETER, «Introduction to Articles 14-24», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 238. Este autor refere, ainda, em contraste com as duas posições anteriormente citadas, que a maioria da doutrina defende a aplicação “dos Artigos 14 a 24 à formação de qualquer acordo das partes sobre a exclusão de aplicação da CISG ou de partes da mesma”. *Ibidem*. O autor concorda com a maioria da doutrina (*ibidem*, 239). Mas tenha-se em conta que mesmo esta posição maioritária se debatia com uma dificuldade: a de um Estado poder ser considerado Estado não contratante no âmbito do artigo 1.º, n.º 1 da CISG no que respeita à Parte II da Convenção (cfr. art. 92.º da CISG). Aparentemente, apenas Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia terão feito uma semelhante declaração no momento da adesão. As reservas feitas por estes Estados foram, entretanto, retiradas. *Vide* UNITED NATIONS, *United Nations Treaty Collection*. Vienna: UN, disponível em <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-10&chapter=10&clang=_en#EndDec>.

com o estabelecido no artigo 14.º e seguintes da CISG nenhuma outra questão se coloca que deva ser resolvida pela Convenção.

Pelo contrário, se de acordo com os artigos 14.º a 24.º da CISG determinarmos que o contrato de venda internacional de mercadorias que “incorpora[...]”²³ a cláusula de *opting out* foi concluído, então devemos interpretar essa cláusula para podermos fixar o seu conteúdo e alcance. Não é objetivo deste trabalho tratar todas as questões relacionadas com a formação do contrato de venda. Mas não podemos deixar de assinalar o momento em que se considera concluído o contrato e uma situação concreta em que a interpretação da vontade é essencial no âmbito da formação do contrato²⁴.

Nos termos da CISG “[u]ma proposta para a conclusão de um contrato, dirigida a uma ou mais pessoas determinadas constitui uma proposta contratual se é suficientemente precisa e indica a *vontade*”²⁵ do proponente se vincular em caso de aceitação. Uma proposta é suficientemente precisa quando indica as mercadorias e, explícita ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou estabelece uma disposição para os fixar” (art. 14.º, n.º 1).

²³ No sentido de que os artigos 14.º a 24.º da CISG devem ser aplicados para se determinar se uma cláusula que elege a lei interna do Reino Unido foi incorporada no contrato “e, por conseguinte, conduz à exclusão da CISG [...]”, veja-se Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM, «Article 6», 104.

²⁴ Sobre esta situação que enunciamos ver *infra* o ponto 2.1.1. (“Excurso [...]”).

²⁵ O *itálico* em “vontade” é propositado. A versão portuguesa publicada em Diário da República (D.R.) e a versão oficial em língua francesa mencionem no artigo 14.º da CISG “vontade” em vez de “intenção”. Consideramos que não é uma questão de somenos importância atendendo ao facto de a versão inglesa utilizar sempre a palavra “intention”. Embora na maioria das situações seja mais prudente a utilização da versão inglesa da CISG (as negociações tendentes à aprovação da Convenção foram conduzidas em inglês, os registos dessas mesmas negociações estão feitos primordialmente em inglês e este idioma tende a constituir a língua mais utilizada no comércio internacional e na arbitragem internacional), a verdade é que neste âmbito a versão francesa auxilia na compreensão das duas normas. O artigo 14.º deve ser interpretado em articulação com o artigo 8.º da CISG. Este último artigo integra no seu n.º 1 a “intenção” das partes e no seu n.º 2 “o entendimento que uma pessoa razoável do mesmo tipo que a outra parte teria tido nas mesmas circunstâncias”. Dito de outro modo, o n.º 2 do artigo 8.º da CISG nada tem que ver com a “intenção” das partes, mas também é convocado para interpretar a “vontade do proponente” mencionada na primeira frase do artigo 14.º, n.º 1; daí que no âmbito deste artigo 14.º se traduza *intention* para “vontade” e não para “intenção”. Assinalamos, também, que a versão francesa dos Princípios UNIDROIT faz referência a “volonté” no âmbito do artigo 2.1.2 (*Définition de l’offre*).

Se o vendedor e o comprador recorrem ao mecanismo tradicional de proposta e aceitação, o contrato considera-se concluído “no momento em que a aceitação d[a] proposta se torna eficaz em conformidade com as disposições d[a] Convenção” (art. 23.º da CISG). Sem se ter em conta a possibilidade de retirada, revogação ou rejeição da proposta por parte do proponente²⁶ (entre outras questões²⁷), dir-se-á que a “aceitação de uma proposta torna-se eficaz no momento em que a manifestação de assentimento chega ao proponente” (art. 18.º, n.º 2 da CISG)²⁸. “Uma aceitação torna-se eficaz quando chega ao proponente, não quando é expedida.”²⁹ Esta manifestação de assentimento pode ser feita por declaração ou através de outra conduta³⁰ (art. 18.º, n.º 1 da CISG). O ónus de prova de que a manifestação de assentimento chegou ao proponente incumbe à parte que invoca tal facto, ou seja, ao aceitante³¹.

2.1.1. Excurso: a necessidade de fixação do preço, ou de consagração de disposição para o fixar, para que a proposta seja suficientemente precisa (2.ª frase do n.º 1 do artigo 14.º da CISG)

Aparentemente poderia dizer-se que existe uma incompatibilidade entre o artigo 14.º, n.º 1 e o artigo 55.º da CISG. Se o artigo 14.º, n.º 1 parece exigir de fixação de preço ou previsão no contrato de um meio

²⁶ Cfr. artigos 15.º, n.º 2, 16.º e 17.º da CISG. Todas estas questões permitiriam a elaboração de várias e separadas reflexões.

²⁷ Cfr. artigos 19.º a 22.º da CISG.

²⁸ O pressuposto de que a manifestação de assentimento chegue ao proponente não é determinável apenas com base neste artigo 18.º, n.º 2 da CISG. Para se determinar quando é que essa manifestação de assentimento chega ao proponente é necessário lançar mão do artigo 24.º da CISG. Deve aqui fazer-se uma distinção entre uma manifestação oral de assentimento e uma manifestação de assentimento feita por outros meios para se determinar quando chega efetivamente ao proponente (sobre estas várias questões *vide* Ulrich SCHROETER, «Article 24», 394 e ss.

²⁹ Clayton P. GILLETTE / Steven D. WALT, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: theory and practice*, New York: Cambridge University Press, 2016, 90.

³⁰ Apontando um amplo rol de condutas, veja-se Ulrich SCHROETER, «Articles 18», 336-337.

³¹ Neste sentido *vide* Franco FERRARI, «Article 24», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 334; Ulrich SCHROETER, «Article 24», 414.

para o fixar, já o artigo 55.º estabelece que “[s]e um contrato tiver sido validamente concluído mas não fixar expressa ou implicitamente o preço ou estabelecer disposição para a sua determinação, considera-se, na falta de qualquer indicação em contrário, que as partes fizeram implicitamente referência ao preço geralmente cobrado no momento da conclusão do contrato para essas mercadorias vendidas em circunstâncias comparáveis no setor do comércio em causa.”

Mas, como dissemos, a contradição e/ou incompatibilidade é meramente aparente por algumas ordens de razão. Vejamos.

Em primeiro lugar, há que ter em conta o facto de podermos vir a estar perante um contrato concluído por um vendedor ou um comprador com estabelecimento em um futuro Estado Contratante da CISG que venha a fazer a declaração de não aplicação da Parte II da Convenção (art. 92.º da CISG)³². “[S]e a lei desse Estado estabelece que um contrato pode ser validamente concluído mesmo que não fixe expressa ou implicitamente o preço ou não estabeleça disposição para o determinar”³³ não há porque não aplicar o artigo 55.º da CISG³⁴. A validade pressuposta pelo artigo 55.º não tem que ver com o artigo 14.º da CISG. Relembremos que de acordo com o artigo 4.º, alínea a) da CISG, “salvo disposição expressa em contrário na [...] Convenção”, esta não se aplica à validade do contrato; neste mesmo artigo 4.º a Convenção contrapõe claramente “formação do contrato” a “validade do contrato”³⁵.

³² Atendendo ao artigo 100.º da CISG, o mesmo se diga relativamente aos contratos celebrados no período em que as reservas dos Estados Nórdicos (Escandinavos) estiveram em vigor. Neste sentido *vide* Ulrich SCHROETER, «Introduction to Articles 14-24», 263.

³³ Esta situação era já relatada no Comentário do Secretariado da UNCITRAL sobre o artigo 51.º do Projeto de Convenção (*vide* UNITED NATIONS, *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: Official Records*), p. 45.

³⁴ Neste sentido *vide* Ulrich SCHROETER, «Article 14», 280.

³⁵ E não é por acaso que, se atentarmos na letra de todos os artigos da Parte IV da CISG, em momento algum encontramos a referência a “validade” (da proposta ou da aceitação). A definição de validade não é simples, mas não deve ser influenciada por concepções “domésticas” sobre validade, sob pena de violação clara dos princípios estabelecidos no artigo 7.º da CISG. Sobre a questão da validade no âmbito da CISG, *vide* Ulrich SCHROETER, «Contract validity and the CISG», *Uniform Law Review* 22/1 (2017) 47-71. Este autor dá um exemplo concreto que reflete claramente a diferença entre a aplicação de normas relativas à “formação do contrato” e normas relativas à “validade do contrato”. A respeito das cláusulas-surpresa, o autor afirma que se a

Em segundo lugar³⁶, se o vendedor e o comprador tiverem os seus estabelecimentos em Estados que não tenham feito a declaração prevista no artigo 92.º da CISG, quer a Parte II quer a Parte III da Convenção têm aplicação. Mas também neste caso a contradição apontada por alguma doutrina³⁷ é meramente aparente.

Há quem defenda que “[...] quando um contrato não tiver sido concluído através [do] mecanismo tradicional [de proposta e aceitação], o preço da compra tem de ser determinado diretamente através do art[igo] 55”³⁸. Não aderimos a esta posição. Não sendo utilizado o referido “mecanismo tradicional” para a conclusão do contrato deve, antes de mais, interpretar-se a(s) declaração(ões) de acordo com as regras consagradas no artigo 8.º da CISG³⁹. Isto porque antes da interpretação das declarações do vendedor e do comprador não é possível afirmar cabalmente que o preço não foi fixado ou que não foi estabelecido meio para o determinar. Neste caso poderá falar-se em uma determinação implícita do preço. Mas não defendemos que essa determinação implícita possa ser considerada por referência à parte final do artigo 55.º da CISG, ou seja, “que as partes fizeram implicitamente referência ao *preço geralmente cobrado* no momento da conclusão do contrato *para essas mercadorias vendidas em circunstâncias comparáveis no setor do comércio em causa*”. Antes da aplicação deste artigo 55.º da CISG

questão tem que ver com o conteúdo surpreendente da cláusula relacionado com o seu caráter abusivo para uma das partes deve aplicar-se a lei interna do respetivo Estado sobre a validade do contrato, mas “[s]e, pelo contrário, a cláusula for considerada ‘surpreendente’ devido à sua linguagem ou apresentação, por exemplo, a sua posição ‘escondida’ num modelo de texto *standard*, o Artigo 8 da CISG fornece expressamente o *standard* de controlo aplicável. A distinção acima [referida] é muito semelhante à que se encontra no artigo 2.1.20(2) dos *PICC*.” *Ibidem*, 69.

³⁶ Não se referem as situações de Estados que tenham afastado a aplicação da Parte III e mantido a aplicação da Parte II porquanto essa situação ainda não se terá verificado de acordo com os registos disponibilizados pelo depositário, ou seja, o Secretário-Geral das Nações Unidas de acordo com o artigo 89.º da CISG. Registo disponibilizado em UNITED NATIONS, *United Nations Treaty Collection*: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=X-10&chapter=10&clang=_en#EndDec>.

³⁷ Peter SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 51 e 81.

³⁸ Vide Franco FERRARI, «Article 14», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 236.

³⁹ Ulrich SCHROETER, «Article 14», 280.

devemos verificar se existem “quaisquer práticas que as partes tenham estabelecido entre elas” (art. 8.º, n.º 3). Se através destas práticas for possível dizer-se que a intenção do vendedor e do comprador foi fixar um preço diferente do que é praticado *no setor de comércio* em causa, não haverá margem para aplicar o artigo 55.º da CISG. Caso contrário utilizar-se-ia um método de determinação do preço em clara contradição com o sentido a atribuir às declarações das partes.

Concomitantemente, há que determinar se de acordo com a intenção das partes as suas declarações não demonstram que quiseram vincular-se sem uma cláusula de preço⁴⁰, porquanto as normas da Parte II da CISG, à imagem da quase totalidade das normas da Convenção, não têm carácter imperativo. Quem opta imediatamente pela aplicação do artigo 55.º da CISG aparentemente olvida o facto de a CISG não apresentar uma noção de venda, ao contrário do que acontece nomeadamente com a lei portuguesa (art. 874.º do c.c.). Na CISG o preço não surge a caracterizar o contrato de venda, mas tão somente como obrigação do comprador emergente do contrato de venda concluído (art. 53.º da CISG, ou seja, a primeira norma que integra o “Capítulo III. Obrigações do comprador” da Parte III).

O artigo 55.º surge integrado neste mesmo Capítulo III da Parte III. Dito de outro modo, o artigo 55.º da CISG não surge para que se possa considerar implicitamente fixado o preço no contrato ou para que se possa considerar estabelecido no contrato um meio para a sua determinação. Na nossa opinião, o artigo 55.º surge como norma supletiva e necessária para determinar o preço a pagar pelo comprador. Aliás, há que ter em conta que a *obrigação* de pagamento do preço por parte do comprador (emergente do contrato já concluído) não é determinada apenas e só através das cláusulas contratuais, mas também pela própria Convenção. “O comprador deve pagar o preço das mercadorias [...] nas condições previstas *no contrato e na presente Convenção*” (art. 53.º, *in fine*, da CISG).

2.2. A (in)aplicabilidade da *Parol Evidence Rule* na CISG

Estando assente que foi concluído um contrato de venda, deve interpretar-se a cláusula contratual de *opting out* da CISG de acordo com

⁴⁰ Próxima desta nossa formulação veja-se a posição de Ulrich SCHROETER, «Article 14», 281.

as regras de interpretação das declarações do vendedor e do comprador consagradas da Convenção. Se da interpretação das declarações do vendedor e do comprador resultar que houve intenção de excluir a aplicação da CISG ao contrato de venda não deverão aplicar-se quaisquer outras normas da Convenção⁴¹.

Para se concluir que há um acordo de exclusão de aplicabilidade da CISG deve ter-se, desde logo, em conta o preceituado no seu artigo 8.º. As declarações do vendedor e do comprador no sentido da exclusão da aplicabilidade da CISG devem ser interpretadas de acordo com a sua intenção “quando a outra parte conhecia ou não podia ignorar tal intenção” (n.º 1 do referido artigo 8.º da CISG). No entanto, somos da opinião de que esta intenção “deve ter-se manifestado de alguma forma”⁴².

Acaso não seja possível determinar essa intenção deve observar-se o preceituado no n.º 2 do artigo 8.º da CISG, ou seja, as declarações (ou outras condutas) das partes “devem ser interpretadas em conformidade com o entendimento que uma pessoa razoável do mesmo tipo que a outra parte teria tido nas mesmas circunstâncias”.

No âmbito de um contrato de venda internacional de gás, o Tribunal Arbitral que dirimiu o litígio considerou, com base no artigo 8.º, n.º 2 da CISG, que “[n]ão h[avia] razão para que uma pessoa razoável do mesmo tipo da [vendedora] tivesse compreendido que a [compradora] pretendia celebrar um acordo de preço fixo e vinculativo até ao fim do prazo do contrato. De facto, é altamente implausível que tal fosse na realidade a vontade da [compradora] nesse momento”⁴³.

⁴¹ Haverá que determinar se as partes elegeram a lei substancialmente aplicável ao contrato ou se deixaram essa questão em aberto, ou seja, deixando que a determinação da lei materialmente competente para regular o contrato seja feita com base na norma de conflitos aplicável no Estado do foro ou de acordo com a lei aplicável à arbitragem (se for o caso).

⁴² Neste sentido, Franco FERRARI, «Interpretation of statements: Article 8», in Franco FERRARI / Harry FLECHTNER / Ronald A. BRAND, ed., *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Munique: Sellier, 2004, 178. Nesta mesma página (nota 39), o autor cita uma Decisão do *Landgericht Hamburg* (Alemanha), de 26 Setembro de 1990, nos termos da qual “a intenção que uma das partes secretamente tinha, é irrelevante”.

⁴³ Vide Decisão do Tribunal Arbitral do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC), de 31 de maio de 2017 (processo que teve como autora a compradora “National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine” e como Ré a vendedora “Public Joint Stock Company Gazprom”), p. 530-531, ARBITRAL

O n.º 2 do artigo 8.º da CISG introduz o recurso a uma interpretação das declarações com base na vontade objetiva das partes para fazer face a dificuldades relacionadas com o facto de o n.º 1 do mesmo artigo “exigir ou que as partes tenham estabelecido práticas entre si e se conheçam bem, ou que as declarações sejam muito claras sobre a intenção [...] do declarante”⁴⁴.

A CISG dá prevalência a uma abordagem subjetiva da vontade das partes, secundarizando a abordagem objetiva muito marcada em alguns países da *Common Law*, nomeadamente na Inglaterra⁴⁵.

Independentemente de uma interpretação que atenda à vontade subjetiva (art. 8.º, n.º 1) ou à vontade objetiva (art. 8.º, n.º 2), deve considerar-se que a CISG optou por afastar a *Parol Evidence Rule*⁴⁶. Por um lado, porque a CISG reconhece a possibilidade de celebração oral do contrato de venda internacional de mercadorias, podendo este ser provado por quaisquer meios⁴⁷ (art. 11.º). Por outro, porque o n.º 3 do artigo 8.º se aplica quer para determinar a intenção das partes mencionada no n.º 1 quer para determinar o entendimento de uma pessoa razoável mencionado no n.º 2.

De acordo com a *Parol Evidence Rule* “[...] um documento escrito, concebido pelas partes como a manifestação final da sua compreensão

TRIBUNAL OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE (SCC), National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine v. Public Joint Stock Company Gazprom Nametkina Street No. 16 (SCC Arbitration no. V2014/078/080, May 31, 2017), disponível em <https://cisg-online.org/files/cases/12596/fullTextFile/4683_43410231.pdf>.

⁴⁴ De acordo com uma Decisão do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio de Paris, de 1995 (Proc. n.º 8324), citada em Franco FERRARI, «Interpretation of statements: Article 8», 178. A parte citada por Franco Ferrari consta da página 2 desta Decisão (ARBITRAL TRIBUNAL OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE (SCC), National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine v. Public Joint Stock Company Gazprom Nametkina Street No. 16 (SCC Arbitration no. V2014/078/080, May 31, 2017).

⁴⁵ Nos Estados Unidos da América há todo um conjunto de exceções à regra de determinação da vontade das partes baseada em critérios objetivos.

⁴⁶ Martin SCHMIDT-KESSEL, «Article 8», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 159; com referência a vários autores que sufragam esta posição, vide Franco FERRARI, «Interpretation of statements: Article 8», 185.

⁴⁷ Alberto Luís ZUPPI, «Article 8», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 158.

mútua, não pode ser impugnado por provas anteriores ou contemporâneas que o contradigam ou modifiquem o seu conteúdo.”⁴⁸

Do artigo 8.º, n.º 3 da CISG resulta precisamente o contrário, ou seja, é possível a “demonstração (e, por conseguinte, o significado) de acordos orais para além do contrato escrito e a utilização de material adicional para explicar o conteúdo de um contrato escrito”⁴⁹. Atendendo ao facto de se pretender determinar a intenção das partes, ou o entendimento que uma pessoa razoável teria tido, consideramos que deve dar-se prevalência às negociações que foram estabelecidas entre o vendedor e o comprador⁵⁰, sendo as restantes circunstâncias⁵¹ convocadas pela ordem referida na parte final do n.º 3 do artigo 8.º da CISG. No entanto, tendo em conta que esta disposição estabelece que “devem considerar-se devidamente todas as circunstâncias relevantes do caso, incluindo⁵² as negociações [...]”, defendemos que a “lista [de circunstâncias elencadas na sua parte final] não pretende ser exaustiva”⁵³. O interprete poderá lançar mão de outros elementos, que o vendedor e o comprador possam carrear, para determinar o sentido e o alcance com que devem valer essas declarações.

2.3. As *Entire Agreement Clauses*. O caso do fornecimento de vacinas contra o recente coronavírus SARS-CoV-2

No âmbito da interpretação da vontade das partes adquirem grande relevância as *Entire Agreement Clauses* (ou *Merger Clauses*). Estas cláusulas visam impedir a determinação da vontade do vendedor e/ou do comprador através do recurso “a todas as circunstâncias relevantes do caso, incluindo as negociações, quaisquer práticas que as partes tenham estabelecido entre elas, usos e qualquer conduta subsequente das

⁴⁸ Alberto LUÍS ZUPPI, «The Parol Evidence Rule: a comparative study of the common law, the civil law tradition, and *lex mercatoria*», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Georgia: School of Law, University of Georgia, 35/2 (2007) 236.

⁴⁹ Martin SCHMIDT-KESSEL, «Article 8», 159.

⁵⁰ Neste sentido, Franco FERRARI, «Interpretation of statements: Article 8», 185.

⁵¹ “[...] quaisquer práticas que as partes tenham estabelecido entre si, usos e qualquer conduta subsequente das partes” (art. 8.º, n.º 3, *in fine* da CISG).

⁵² A versão inglesa da CISG refere “including” e a versão francesa “notamment”.

⁵³ *Vide*, por todos, Alberto LUÍS ZUPPI, «Article 8», 157.

partes” (conforme previsto no n.º 3 do artigo 8.º da CISG). Atenemos em um caso real e muito recente.

No âmbito da pandemia provocada pela doença COVID-19 os países na União Europeia sentiram necessidade de adotar uma posição conjunta no que ao fornecimento de vacinas contra o novo coronavírus SARS-CoV-2 respeitava. Para o efeito, a Comissão Europeia, atuando por conta e em nome dos Estados membros a União Europeia, celebrou um “*Advance Purchase Agreement (“APA”) for the Production, Purchase and Supply of a COVID-19 Vaccine in the European Union*”⁵⁴. Nos termos da cláusula 18.4. deste *Advance Purchase Agreement* a lei designada como competente para o regular era a lei belga.

Assim sendo, no que concerne à lei aplicável ao contrato a vontade das partes tinha de ser interpretada nos termos conjugados dos artigos 8.º e 6.º da CISG. Sendo a Bélgica um Estado parte na Convenção, esta seria aplicável por via do seu artigo 1.º. A aplicação da CISG era, no mínimo, essencial para determinar o sentido e alcance da cláusula que estabelecia a designação da lei belga com lei reguladora do contrato. Se esta designação incluía, ou não, a CISG seria a questão que reclamaria resposta por parte do julgador. De acordo com a Opinião n.º 16 do Conselho Consultivo da CISG⁵⁵, acompanhada pela maioria da

⁵⁴ Mantem-se a designação em inglês porquanto se trata de um contrato *sui generis*. Nos termos do ponto 3.1. deste contrato entre Comissão Europeia e AstraZeneca o seu objeto está, também, delimitado pela necessidade de cada Estado-membro da União executar e entregar um formulário de encomenda. Dado que o tribunal competente para dirimir o litígio entre Comissão Europeia e AstraZeneca não chegou a pronunciar-se sobre natureza deste contrato não é, também, prudente considerar que estávamos perante um contrato de compra e venda internacional. Mas independentemente do carácter *sui generis* deste contrato, a verdade é que acaso o tribunal belga tivesse considerado que se tratava de um contrato de venda dificilmente poderia deixar de aplicar a CISG.

⁵⁵ “A intenção das partes de excluir deve ser determinada de acordo com art. 8.º da CISG. Tal intenção deve ser claramente manifestada, quer no momento da celebração do contrato, quer em qualquer momento posterior. Geralmente, tal intenção clara de exclusão:

- a) [...]
 - b) não deve ser inferida apenas, por exemplo:
 - (i) da escolha da lei de um Estado Contratante;
- [...]”

CISG ADVISORY COUNCIL, CISG Advisory Council Opinion No 16: Exclusion of the CISG under Article 6 (Opinião n.º 16 do CISG-AC, *Exclusion of the CISG under Article 6*, Relatora: Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adotada pelo Conselho

doutrina⁵⁶ e jurisprudência⁵⁷, a CISG não estaria excluída com base na referida cláusula. Esta referência à lei belga não poderia ser considerada como exclusão da aplicabilidade da CISG, se o tribunal competente tivesse considerado o *Advance Purchase Agreement* um contrato de venda internacional de mercadorias. A Bélgica é um Estado Contratante da CISG e, por isso, esta Convenção é também considerada parte integrante da lei belga.

Não obstante o tribunal belga não ter chegado a debruçar-se sobre a aplicabilidade da CISG ao contrato celebrado entre a Comissão Europeia e a AstraZeneca⁵⁸ para o fornecimento de vacinas, este

Consultivo da CISG na sua 19.^a reunião, em Pretoria, África do Sul, em 30 de maio de 2014).

⁵⁶ Franco FERRARI, «CISG rules on exclusion and derogation: Article 6», 124-127; Loukas MISTELIS, «Article 6», 106-107; 106-111. Estes dois últimos autores fazem algumas distinções conforme a ação seja intentada perante tribunais estatais (de Estados contratantes ou não contratantes da CISG) ou arbitrais.

⁵⁷ *Vide, v.g.*, Acórdão do Supremo Tribunal Sueco, de 29 de maio de 2020 (HÖGSTA DOMSTOLENS STOCKHOLM, IHR 2021, 187-190, May 29, 2020), disponível em <https://cisg-online.org/files/cases/13414/translationFile/5500_93804867.pdf>; Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço, de 28 de maio de 2019 (BUNDESGERICHT, Urteil 4A 543/2018, may 28, 2019), disponível em <https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=28.05.2019_4a_543-2018&sel_lang=en>. Com um amplo rol de decisões no sentido referido, *vide* Franco FERRARI, «CISG rules on exclusion and derogation: Article 6», em especial as notas 55-56 das páginas 125-127.

Em uma decisão de 05 de novembro de 2020, a *Cour d'Appel de Bourges* (Bélgica) considerou que havendo contradição entre vendedor e comprador na designação da lei aplicável (o vendedor designou no seu clausulado “*standard*” a lei inglesa como lei reguladora do contrato e o comprador designou em clausulado semelhante a lei francesa sem referir a CISG) é suficiente que uma das partes tenha declarado não pretender que a CISG seja aplicada ao contrato para que se considere excluída. Ulrich Schroeter, em curto comentário, critica esta decisão dizendo que o artigo 6.º refere que as “as partes podem excluir a aplicação [da] Convenção” e não “qualquer parte pode excluir...”. *COUR D'APPEL DE BOURGES, Nexter Munitions S.A. v. Albemarle Europe SPRL* (Case 19/01256, Nov. 5. 2020), Decisão e Comentário disponíveis em <<https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13492>>.

⁵⁸ Decisão do tribunal belga: TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE FRANCOPHONE DE BRUXELLES, SECTION CIVILE, L'Union Européenne v. La Société de Droit Suédois Astrazeneca AB (2021/48/C, Jun. 4, 2021), disponível em <https://cisgportugal.files.wordpress.com/2021/06/court_decision_18-06-2021.pdf>. Sobre a relação entre o Regulamento Roma I e a CISG no âmbito do litígio entre a Comissão Europeia e a AstraZeneca, *vide* Burcu Yüksel RIPLEY, *The Rome I Regulation, the CISG and the EU-AstraZeneca Dispute* [em linha], Luxembourg: EAPIL, disponível em: <<https://eapil.org/2021/07/08/the-rome-i-regulation-the-cisg-and-the-eu-astrazeneca-dispute/>>.

constitui um claro exemplo de integração de uma cláusula de *Entire Agreement*.

A cláusula 18.9. do *Advance Purchase Agreement* consagrava literalmente o seguinte:

Entire Agreement. This Agreement constitutes the entire agreement and understanding of the Parties relating to the subject matter of this Agreement and supersedes all prior oral or written agreements, representations, understandings or arrangements between the Parties relating to the subject matter of this Agreement including the Tender Specifications set forth in the Commission Call for Tenders SANTE/2020/C3/037 – for the development, production, priority-purchasing options and supply of COVID-19 Vaccines for EU Member States (“*Tender Specifications*”).

“[...U]ma cláusula [deste género] serve para mimetizar a *parol evidence rule*, a fim de assegurar a sua aplicabilidade.”⁵⁹ No entanto, uma *Entire Agreement Clause* não deixa de constituir uma parte do contrato que reclama especificamente interpretação. A interpretação de uma cláusula deste género não sai, por isso, do âmbito de aplicação do artigo 8.º da CISG. “[N]a determinação do efeito de uma tal [...] cláusula, as declarações e negociações das partes, bem como todas as outras circunstâncias relevantes devem ser tidas em conta”⁶⁰.

Por conseguinte, “[n]os termos da CISG, uma *Merger Clause* não tem geralmente o efeito de excluir provas extrínsecas para efeitos de interpretação contratual. Contudo, a *Merger Clause* pode impedir o recurso a provas extrínsecas para este efeito se a redação específica, juntamente com todos os outros fatores relevantes, tornar clara a intenção

⁵⁹ Larry A. DiMATTEO / Daniel T. OSTAS, «Comparative Efficiency in International Sales Law», *American University International Law Review*, Washington: American University Washington College of Law, 26/2 (2011) 417, disponível em <<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=auilr>>

⁶⁰ Opinião n.º 3 do CISG-AC, *Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG*, 23 de outubro de 2004, Relator: Richard Hyland. Rutgers Law School, Camden, NJ, USA (CISG ADVISORY COUNCIL, «CISG Advisory Council Opinion No. 3: Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG», *Pace International Law Review* 17/3, 61-77). Adotada pelo Conselho Consultivo da CISG na sua 7.ª reunião, em Madrid, Espanha (disponível em <<https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=pilr>>).

das partes de derrogar o artigo 8º para efeitos de interpretação contratual”⁶¹.

3. A vontade na CISG e o contrato de transporte. A aplicação das Regras de Haia

Partamos agora do pressuposto de que o cenário da inaplicabilidade da CISG ao contrato de venda internacional de mercadorias não se coloca. Que questões podem surgir a respeito da inter-relação entre a vontade na CISG e o contrato de transporte sujeito às Regras de Haia⁶²?

Há uma diferença substancial entre a CISG e as Regras de Haia. Se a CISG está organizada à volta do contrato de venda, já as Regras de Haia estão organizadas à volta do conhecimento de embarque (ou *bill of lading*). Mas não é só. Uma outra diferença está relacionada com o facto de as Regras de Haia terem um carácter imperativo e, como vimos *supra*, a grande maioria das normas da CISG têm carácter dispositivo. As Regras de Haia “estabelece[m] um regime *on way mandatory*, i.e., um regime imperativo a favor dos carregadores, podendo existir derrogação a favor destes mas já não em prol dos transportadores [...]”⁶³.

Tendo o conhecimento de embarque várias funções e sendo uma delas a titulação das mercadorias no mesmo identificadas deve ter-se em conta que a CISG não regula quaisquer efeitos que o contrato de venda possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas (nos termos do seu artigo 4.º, al. *b*)).

Imaginemos que em um determinado contrato de venda internacional de mercadorias se identifica, claramente, que a intenção das partes é que o “shipped bill of lading”⁶⁴ esteja integrado no rol de

⁶¹ Opinião n.º 3 do CISG-AC (CISG ADVISORY COUNCIL, «CISG Advisory Council Opinion No. 3: Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG»).

⁶² Convenção Internacional para a unificação de certas regras em matéria de conhecimentos, assinada em Bruxelas em 25 de Agosto de 1924, disponível em: <<https://files.dre.pt/1s/1932/06/12800/10171038.pdf>>.

⁶³ Catarina Baptista GOMES, «Contrato de volume e transporte marítimo de mercadorias», in M. Januário da Costa GOMES, coord., *Temas de Direito dos Transportes*, Vol. IV, Coimbra: Almedina, 2019, 124.

⁶⁴ De acordo com as Regras de Haia um “shipped bill of lading”, para além das informações previstas no artigo 3.º, n.º 3, consagra “[...] o nome do navio ou nomes

documentos a entregar pelo vendedor ao comprador. Nesta situação, poder-se-ia perguntar se esta obrigação de entrega deste específico documento deve ser interpretada de forma autónoma, tendo em conta apenas as regras interpretativas consagradas na CISG (art. 30.º conjugado com o art. 8.º), ou deve ser interpretada tendo também em conta a norma aplicável ao contrato de transporte que origina a emissão do *bill of lading* (v.g. art. 3.º, n.º 7 das Regras de Haia)?

As Regras de Haia regulam as relações entre o carregador e o transportador e as obrigações emergentes do contrato de venda nada têm que ver com as obrigações emergentes do contrato de transporte. As partes não são as mesmas nem intervêm na mesma qualidade em um e em outro contrato. *Prima facie*, devemos determinar que tipo de obrigação nasceu do contrato de venda, qual a sua natureza e conteúdo ao abrigo da CISG e não ao abrigo das Regras de Haia. No entanto, o contrato de transporte surge para fazer face à necessidade de movimentação das mercadorias e, na maior parte das situações, o vendedor e o comprador abordam a questão do transporte nas negociações tendentes à celebração do contrato de venda. A necessidade de transporte das mercadorias faz, também, com que o vendedor e/ou o comprador adotem determinadas condutas no âmbito da celebração do contrato de transporte.

Ora, no que concerne ao preço das mercadorias (*vide* ponto 2.1.1. *supra*), bem pode este não ter sido fixado expressamente no contrato de venda internacional de mercadorias, mas resultar das negociações relacionadas com o transporte que o vendedor deva (na qualidade de futuro carregador) declarar um valor concreto para as mercadorias e exigir que ele seja inserido no conhecimento de embarque (*bill of lading*) para que o transportador possa vir, eventualmente, a ser responsabilizado por perdas ou danos nas mercadorias até ao montante declarado (nos termos do artigo 4.º, n.º 5, §1.º, *in fine* das Regras de Haia).

Por outro lado, pode o vendedor (na qualidade de carregador) *motu proprio* exigir que esse valor seja inserido no conhecimento de embarque, situação em que esta sua conduta subsequente terá relevância na determinação do preço das mercadorias no âmbito do contrato de venda. Nos termos do artigo 8.º, n.º 3 da CISG, quer as negociações quer

dos navios em que as mercadorias foram carregadas e a data ou datas de carregamento [...]”. Cfr. artigo 3.º, n.º 7 das Regras de Haia.

as condutas subsequentes das partes devem ser tidas em consideração para determinar a respetiva vontade. Por conseguinte, a menção de um determinado valor das mercadorias no conhecimento de embarque pode permitir determinar qual o preço que as partes pretenderam fixar para as mercadorias para efeitos do artigo 14.º da CISG.

Mas, lancemos uns dados mais sobre a venda internacional de mercadorias que envolva transporte nos termos e para os efeitos da CISG.

Devemos ter em conta que a CISG não estabelece uma definição de contrato de venda internacional de mercadorias que envolva transporte. Dir-se-ia que a maior parte dos contratos de venda internacional envolvem transporte. Mas se assim entendêssemos estaríamos, desde logo, a utilizar um método errado para interpretar as normas da CISG.

A CISG consagra quatro normas legais que mencionam o contrato de venda internacional de mercadorias que envolve transporte: os artigos 31.º, 38.º, 58.º e 67.º. A maioria da doutrina refere que o contrato de venda internacional de mercadorias envolve transporte na aceção da CISG sempre que intervém um transportador independente⁶⁵, ou seja, se o transporte for efetuado pelo vendedor ou pelo comprador através de meios próprios não estamos perante um contrato que envolve transporte na aceção da CISG.

Se o contrato de venda internacional envolver o transporte, a obrigação de entrega das mercadorias considera-se cumprida quando as mesmas são transmitidas ao primeiro transportador independente. Este transportador independente vai depois transmitir as mercadorias ao comprador, nos termos do artigo 31.º, alínea a) da CISG. Mas, logo aqui se verifica que o vendedor e o comprador podem ter manifestado

⁶⁵ John ERAUW, «Article 67», in Stefan KRÖLL/Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 862; Pascal HACHEM, «Article 67», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 971-973; Tim W. DORNIS, «Article 67», in Peter MANKOWSKI, ed., *Commercial Law – Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019, 305. No entanto, deve ter-se em conta que todos estes autores referem que, em determinadas situações, pode não ser fácil dizer-se que a referida independência se verifica. Segundo estes autores a questão deve ser resolvida tendo em conta a atribuição do controlo sobre as mercadorias. Se as mercadorias saem da esfera de controlo do vendedor e do comprador e passam para a esfera de controlo de um outro sujeito que realiza o transporte, então estaremos perante um contrato de venda que envolve transporte na aceção da CISG.

outra intenção quanto ao momento em que consideram cumprida a obrigação de entrega, desde que resulte do contrato que o vendedor está obrigado a entregar as mercadorias em um outro lugar. Voltamos ao artigo 8.º da CISG.

Concomitantemente, nas situações em que “[...] o contrato envolva transporte das mercadorias, o exame [das mercadorias] pode ser diferido *até depois de* as mercadorias terem chegado ao seu destino”⁶⁶ (art. 38.º, n.º 2 da CISG). Nos termos da CISG esta oportunidade de o comprador examinar as mercadorias está, intrinsecamente, ligada à sua obrigação de pagamento do preço, ou seja, por via de regra “[o] comprador não está obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de examinar as mercadorias [...]” (art. 58.º, n.º 3, primeira parte).

E se decorrer das declarações das partes que estas afastaram a possibilidade de exame das mercadorias?

Partindo de um exemplo previsto no “Comentário sobre o Projeto da CISG”⁶⁷, elaborado pelo Secretariado da UNCITRAL, imaginemos que em um determinado contrato é consagrado que o pagamento do preço é feito quando determinados documentos forem apresentados a um determinado Banco. Acaso se trate de crédito documentário irrevogável, isso significa não apenas a vontade das partes quanto ao modo de pagamento do preço das mercadorias, mas também a vontade de o comprador não ter direito a examinar as mercadorias antes do pagamento do preço.

⁶⁶ O momento em que começa a contar o prazo curto “praticável” para exame das mercadorias, referido no n.º 1 do artigo 38.º, é o da chegada destas ao destino. Note-se que também nesta norma a versão portuguesa da CISG publicada no Diário da República faz erradamente referência a “curto prazo possível”. Esta tradução não deve ser utilizada, porquanto um olhar breve sobre a Opinião n.º 2 do Conselho Consultivo da CISG permite concluir que essa formulação não é correta. As *black letters* desta Opinião n.º 2 do CISG-AC sobre o artigo 38.º referem no ponto 2 o seguinte: “Se e quando é praticável, e não apenas possível, examinar as mercadorias depende de todas as circunstâncias do caso.” CISG ADVISORY COUNCIL, CISG Advisory Council Opinion No 2: *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*, Paris: CISG Advisory Council. Disponível em <<http://cisgac.com/cisgac-opinion-no2/>>. (Opinião n.º 2 do CISG-AC, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*, 7 de junho de 2004. Relator: Professor Eric E. Bergsten, Emeritus, Pace University School of Law, Nova Iorque, disponível em <<http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no-2/>>).

⁶⁷ Vide UNITED NATIONS, *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: Official Records*, 47.

Dito de outro modo, nos termos do artigo 58.º, n.º 3, *in fine* da CISG “[...] se os procedimentos de entrega ou de pagamento acordados pelas partes forem inconsistentes com [...] oportunidade” de o comprador examinar as mercadorias, deve concluir-se que tal oportunidade de exame foi afastada⁶⁸. Atendendo à modalidade de pagamento do preço estabelecida no contrato de venda o comprador não poderia ignorar a intenção do vendedor de afastar a possibilidade de exame das mercadorias antes do pagamento do preço.

Na situação que enunciamos parece decorrer do procedimento utilizado para pagamento do preço que as mercadorias ainda estarão em trânsito no momento em que o preço é pago com base no crédito documentário. O Banco não procede ao pagamento que lhe seja solicitado com base na entrega das mercadorias, mas sim com base na entrega dos documentos que estejam elencados no crédito documentário. Por via da modalidade de pagamento de preço acordada entre vendedor e comprador, este não tem o referido direito de examinar as mercadorias antes do pagamento do preço. Essa conclusão decorre não de uma cláusula expressa de renúncia a tal direito de exame, mas sim do facto de ter sido consagrada, no contrato de venda, uma modalidade de pagamento preço inconsistente com a oportunidade de exame prévio. Através da modalidade de pagamento do preço determina-se que foi intenção das partes afastar a possibilidade de exame prévio das mercadorias.

4. A vontade na CISG e os *Incoterms*

Por seu turno, o facto de a venda envolver o transporte das mercadorias na aceção da CISG tem relevância no âmbito da transferência do risco (artigo 67.º da CISG). Não cabe aqui tratar das longas questões que surgem a respeito da transferência do risco na venda internacional de mercadorias. No entanto, devemos sublinhar que o momento da transferência do risco em um contrato que envolva transporte de mercadorias pode não ser determinado nos termos do referido artigo 67.º,

⁶⁸ Neste sentido *vide* Jan RAMBERG, *International Commercial Transactions*, 4.ª ed., Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2011, 44. Este autor acrescenta que “[n]ormalmente, transportadores e transitários não permitirão que alguém com quem ainda não mantém qualquer relação contratual examine as mercadorias sob sua custódia.”

porquanto à imagem da grande maioria das normas da CISG também esta disposição pode ser afastada pela vontade das partes.

Em uma grande parte dos contratos de venda internacional de mercadorias, o vendedor e o comprador estipulam um critério específico para a transferência do risco. Por razões de simplificação, vendedor e comprador utilizam termos específicos do comércio internacional que, entre outras matérias, versam sobre a transferência do risco. Tais termos não são necessariamente os *Incoterms* aprovados pela Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI).

O vendedor e o comprador podem referir-se a um determinado termo do comércio internacional plasmado nas regras interpretativas da CCI, mas não pretendem que a interpretação desse termo seja feita de acordo com essas regras interpretativas. Esta hipótese fica clara se as partes fizerem simplesmente referência ao termo *c.i.f.*. Este termo surge na compilação *Incoterms 2020*, registada pela CCI, mas também no *Uniform Commercial Code* (UCC) estado-unidense.

De acordo com os *Incoterms* da CCI o risco transfere-se do vendedor para o comprador quando as mercadorias são colocadas a bordo do navio⁶⁹.

Quando o mesmo termo *c.i.f.* se reporta ao *Uniform Commercial Code* devem ter-se em conta os contratos de venda “*c.i.f. – net landed weights*”, “*c.i.f. – delivered weights*”, “*c.i.f. – out turn*” ou “qualquer garantia de qualidade ou condição da mercadoria à chegada” (§2-321 do UCC). Quando o contrato é apenas um contrato de venda *c.i.f.* aplica-se o §2-320, n.º 2, alínea a) do *Uniform Commercial Code* e o risco considera-se transferido quando as mercadorias são colocadas na posse do transportador no porto de embarque. Já se estivermos perante qualquer uma das referidas modalidades de contrato de venda *c.i.f.* previstas no §2-321 do *Uniform Commercial Code*, “o risco [é dividido], colocando o risco de perda necessária (‘o risco de deterioração da qualidade e do peso durante o transporte’) no vendedor, e o risco de perda extraordinária (‘riscos marítimos’) no comprador”⁷⁰.

⁶⁹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Incoterms 2020* – Regras da ICC para a utilização dos termos de comércio nacional e internacional, Lisboa: ICC Portugal, 2019, 130 e 322.

⁷⁰ Juana COETZEE, «*Incoterms*® variants: greater precision or more uncertainty?», *De Jure Law Journal* 46/2 (2013) 583-591, 589, disponível em <<http://www.dejure.up.ac.za/images/files/vol46-2-2013/Chapter%2011.pdf>>.

A questão reside, portanto, na interpretação da cláusula do contrato de venda internacional de mercadorias em conformidade com o estabelecido no artigo 8.º da CISG, porquanto o que referimos a respeito da contraposição entre o termo *c.i.f* nos *Incoterms* da CCI e no *Uniform Commercial Code* estado-unidense pode ocorrer a respeito de vários outros significados atribuídos a um mesmo termo em vários países⁷¹.

Destarte, manifestamos muitas reservas quanto a algumas posições da doutrina e da jurisprudência que consideram os *Incoterms* da Câmara do Comércio Internacional de Paris como usos (nos termos e para os efeitos do artigo 9.º, n.º 2 da CISG)⁷². Sem que os pressupostos consagrados no artigo 9.º, n.º 2 da CISG estejam provados, a menção de um determinado termo do comércio internacional no contrato poderá, eventualmente, ser considerada como referência a um “uso acordado”⁷³ entre as partes.

Mas, mesmo considerando que se está no âmbito da interpretação da vontade das partes, manifestada no contrato de venda, há uma questão que aqui se deve colocar e que não vemos ser muito debatida.

Em uma hipótese em que o contrato de venda internacional de mercadorias está reduzido a escrito e integra em uma das suas cláusulas a referência a, por exemplo, “*c.i.f. (Incoterm)*” a questão que colocamos é a seguinte: Devem as Regras da CCI ser imediatamente aplicadas sem que se «passe pelo crivo» do artigo 8.º da CISG?

Não nos parece. Embora assim aconteça em várias situações colocadas perante os tribunais. A CISG consagra regras próprias para a interpretação das declarações das partes e não pode a mera referência a “Incoterm” ser vista como visando a publicação da CCI. Há que determinar a efetiva intenção das partes, em primeira instância através da

⁷¹ No mesmo sentido *vide* Franco FERRARI, «Trade usage and practices established between the parties: Article 9», in Franco FERRARI / HAITY FLECHTNER / Ronald A. BRAND, ed., *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, 203.

⁷² *Vide* referências doutrinárias e jurisprudenciais em Martin SCHMIDT-KESSEL, «Article 9», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 196 (n. 214). Mas tenha-se em conta que o autor não concorda que os *Incoterms* possam ser considerados usos nos termos e para os efeitos do artigo 9.º, n.º 2 da CISG.

⁷³ Neste sentido Pilar PERALES VISCASILLAS, «Article 9», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 180.

aplicação do artigo 8.º da CISG. Só depois de se determinar que a intenção das partes foi regular a sua relação de acordo com as “Regras da CCI para a utilização dos termos de comércio nacional e internacional” é que estas devem ser convocadas. Efetivamente, vendedor e comprador podem ter mencionado a palavra “*Incoterm*” em uma determinada cláusula, mas depois de interpretado todo o contrato de venda pode concluir-se que tal palavra não significou mais do que uma referência abreviada a “international commercial term”. A intenção das partes pode ter sido, simplesmente, considerar o termo *c.i.f.* previsto no *Uniform Commercial Code* um termo do comércio internacional. Aplicar as Regras da CCI a uma situação destas significaria não ter em conta a vontade das partes e conduziria a uma violação efetiva do artigo 8.º da CISG.

5. A vontade das vontades

Com esta expressão final “vontade das vontades” pretendemos sublinhar que nos casos em que o vendedor e o comprador tenham celebrado um contrato de venda “sob qualquer outra forma que não por escrito”, esse contrato pode ser apenas regulado parcialmente pela CISG⁷⁴.

Nos termos do artigo 12.º da CISG “[q]ualquer disposição do artigo 11.º, artigo 29.º ou da Parte II da presente Convenção que permita a conclusão, modificação ou extinção, por acordo, de um contrato de compra e venda, ou qualquer proposta, aceitação ou outra manifestação de vontade, por outra forma que não a escrita, não é aplicável quando uma das partes possui o seu estabelecimento num Estado

⁷⁴ De acordo com o preceituado neste artigo 12.º da CISG, quando uma das partes tem o seu estabelecimento em um Estado que tenha feito a reserva prevista no artigo 96.º devem ser aplicadas as regras de Direito Internacional Privado do Estado do foro para determinar a lei aplicável aos requisitos de forma. Martin SCHMIDT-KESSEL, «Article 12», in Ingeborg SCHWENZER, ed., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 214.

“O efeito do preceito não é invalidar contratos concluídos ou comprovados sob qualquer outra forma que não por escrito, mas sim desaplicar as disposições da Convenção que permitem uma forma oral (Arts. 11, 29 e Parte II)”. Pilar PERALES VISCASILLAS, «Article 12», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELLIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, ed., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 203.

Contratante que tenha feito uma declaração nos termos do artigo 96.º da presente Convenção. As partes não podem derogar ou modificar o efeito do presente artigo.” Esta norma da CISG é, por isso, imperativa⁷⁵. Essa imperatividade resulta também do artigo 6.º da CISG, dado que “[a]s partes podem excluir a aplicação da [...] Convenção ou, *sob reserva do artigo 12º*, derogar ou modificar os efeitos de qualquer das suas disposições”.

A liberdade do vendedor e do comprador fica limitada pela vontade dos Estados, manifestada aquando da adesão à CISG ou em qualquer outro momento⁷⁶, de efetuarem a reserva prevista no seu artigo 12.º. Aliás, uma reserva deste género feita por um determinado Estado Contratante não deixa de ser aplicada apesar de, eventualmente, a sua legislação nacional deixar de exigir qualquer requisito de forma para o(s) contrato(s) de venda. A reserva permanece em vigor até que esse Estado Contratante a retire, dado que estabelecendo o artigo 97.º, n.º 4 da CISG um procedimento formal para a retirada da reserva não podem os tribunais substituir-se aos Estados, sob pena de se colocar em causa o princípio fundamental da segurança e da certeza jurídicas⁷⁷.

⁷⁵ Aliás, não será a única norma que não pode ser derogada por vontade do vendedor e do comprador. As “disposições finais” da CISG (arts. 89.º a 101.º) são “disposições de Direito Internacional Público [...] relacionadas com questões relevantes para os Estados Contratantes e não para as partes privadas.” (Franco FERRARI, «CISG rules on exclusion and derogation: Article 6», 119).

⁷⁶ Cfr. artigo 96.º da CISG. “[U]m Estado Contratante que introduz um requisito de forma na legislação nacional ou quando esse requisito já exista, pode, sempre que esse Estado o considere adequado, fazer uma declaração em conformidade com o artigo 96”. Johnny HERRE, «Article 96», in Stefan KRÖLL / Loukas MISTELIS / Pilar PERALES VISCASILLAS, coord., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, 1191.

⁷⁷ Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM, «Article 96», in Ingeborg SCHWENZER, coord., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 1264.

TRANSPORTE FERROVIÁRIO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO PANORAMA ATUAL

✉ (<https://doi.org/10.47907/livro/2022/02/cap07>)

MONIZE MAIOLI CAETANO*

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto atual do transporte ferroviário internacional. 2.1. As ferrovias como forma de integração internacional. 2.2. As ferrovias como melhor alternativa para o transporte sustentável. 2.3. A ascensão do transporte ferroviário asiático-europeu. 3. O problema da interoperabilidade legal. 4. Os instrumentos internacionais CIM e SMGS. 4.1. Aspectos gerais. 4.2. Questões inerentes à responsabilidade. 4.3. Questões inerentes à indenização. 5. Proposta de uniformização da legislação. 6. Considerações finais.

Palavras-chave: transporte ferroviário; transporte internacional; direito dos transportes; contrato de transporte de mercadorias; transporte ferroviário euroasiático

Summary: 1. Introduction. 2. Current context of international rail transport. 2.1. Railways as a form of international integration. 2.2. Railways as the best alternative for sustainable transport. 2.3. The rise of Eurasian rail transport. 3. The problem of legal interoperability. 4. The international instruments CIM and SMGS. 4.1. General aspects. 4.2. Liability issues. 4.3. Compensation-related issues. 5. Proposal to standardize legislation. 6. Final considerations.

Keywords: rail transport; international transport; Eurasian rail transport; transport law; transport agreement

1. Introdução

“Ferrovia é o transporte do futuro”¹.

* Aluna de Mestrado do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Pedro Nuno SANTOS, *2021 Ano Europeu do Transporte Ferroviário*, República Portuguesa: 2021 Ano Europeu do Transporte Ferroviário, 2021, [consult. 24.01.2022], disponível em: <<https://www.euyearofrail.pt/pt/?dt=1624046495929>>.

O transporte internacional de mercadorias é uma atividade essencial ao desenvolvimento econômico, caracterizando-se como um dos motores da globalização por ser considerado um meio de transporte rápido, de larga escala, além de ser eficiente, seguro e limpo.

As ferrovias têm chamado a atenção de Estados e particulares por representarem uma alternativa mais econômica e ecológica apta a suprir as expectativas do mercado e a necessidade global de se minimizar o impacto ambiental, especialmente se considerado o recente aumento dos custos do modal aéreo e a morosidade e insegurança do transporte marítimo.

Em que pese sua importância para o desenvolvimento econômico das regiões que dele desfrutam, especialmente com o aquecimento do comércio entre a Europa e a Ásia, o transporte ferroviário de mercadorias enfrenta diversas dificuldades e uma delas é a existência de sistemas legais distintos a regular cada região.

A ausência de uniformidade de legislação no setor ferroviário, ao contrário do que acontece com outras modalidades de transporte, prejudica o avanço da atividade, aumenta as incertezas e afeta diretamente os custos das mercadorias e serviços.

A combinação entre dois sistemas legais, nomeadamente as Regras Uniformes CIM e o Acordo SMGS, tem sido, até o momento, alternativa encontrada para realizar o escoamento de mercadorias entre os continentes europeu e asiático, todavia, a existência de dois contratos diversos a reger uma única rota bem como as diferenças normativas de ambos os sistemas traduzem-se em empecilhos que refletem em custos e riscos adicionais os quais prejudicam a competitividade desse modal.

Em razão disso, diversas propostas de uniformização da legislação ferroviária, provenientes de esforços conjuntos de entidades privadas, organizações internacionais e Estados, têm surgido e é uma realidade cada vez mais próxima e inevitável.

Este artigo, portanto, analisa o atual panorama do transporte ferroviário, sua importância para integração econômica, especialmente no que se refere ao comércio entre Europa e Ásia, demonstra as vantagens econômicas e ecológicas de se investir nesse modal e, por fim, apresenta as principais dificuldades que o transporte ferroviário tem enfrentado a nível de interoperabilidade legal bem como as atuais propostas de soluções consideradas até o momento.

2. Contexto atual do transporte ferroviário internacional

2.1. As ferrovias como forma de integração internacional

Os transportes constituem uma das políticas comuns mais estratégicas da União.

Nesse aspecto, cabe à própria União Europeia (UE), em conjunto com os Estados-Membros, desenvolver iniciativas que apoiem o setor de transporte e que dêem respostas às questões atuais como congestionamento, sustentabilidade, obsolescência das infraestruturas e questões ligadas à concorrência².

Em 1992 o escopo da política dos transportes da UE deixou de centrar-se apenas no mercado interno e passou a focar no mercado global³, momento a partir do qual diversos obstáculos foram identificados para que se estabelecesse uma política que priorizasse a concorrência e o desenvolvimento do transporte intermodal, com a devida harmonização de regras técnicas, de segurança e legislação adequada⁴.

Entre 2001 e 2016, três pacotes de liberalização e uma reformulação foram aprovados a fim de possibilitar a abertura gradual do mercado de serviços de transporte ferroviário à concorrência, com a devida adoção de medidas voltadas à interoperabilidade das redes ferroviárias dos Estados-Membros além de condições uniformes para desenvolvimento de um único espaço ferroviário europeu⁵.

Contudo, a abertura do mercado de transporte ferroviário à concorrência a partir de 2001 enfrentou diversas dificuldades principalmente em razão de duas circunstâncias: a liberalização dos mercados nacionais e a criação de um espaço interoperável. Essa dificuldade

² UNIÃO EUROPEIA, *Transportes seguros, sustentáveis e conectados* [em linha], Bruxelas: UE, [consult. 24.01.2022], disponível em: <https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/transport_pt>.

³ COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão - Futura Evolução da Política Comum dos Transportes - Abordagem Global relativa à Criação de um Quadro Comunitário para uma Mobilidade Sustentável (COM/92/494FINAL), Bruxelas: CE, 1992.

⁴ Franklin DEHOUSSE/Benedetta MARSICOLA, *The EU's Fourth Railway Package: A New Stop In A Long Regulatory Journey*, 2015 (Egmont Paper 76), Royal Institute for International Relations, Brussels, Belgium, 10.

⁵ Davide PERNICE, *Fichas temáticas sobre a União Europeia: Transportes Ferroviário* [em linha], Estrasburgo: Parlamento Europeu [consult. 23.01.2022], disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/130/transporte-ferroviario>>.

decorre da contradição inerente a ambas as políticas, uma vez que a liberalização necessita de regulamentação específica no que se refere às questões econômicas e performance financeira ao passo que a interoperabilidade requer regulamentação técnica e operacional específicas⁶.

Soma-se a isso o fato de os Estados-Membros permanecem relutantes nas transposições da legislação da UE bem como na implementação das novas medidas, fato que resulta em um setor ferroviário fragmentado a nível técnico, financeiro, organizacional e legal⁷.

Em que pese a abertura do mercado à concorrência não ter sido tão bem sucedida quanto o esperado, fato é que o transporte ferroviário tem se tornado cada vez mais vantajoso no escoamento de mercadorias, especialmente na rota entre o leste europeu e a Ásia, muito em razão do aumento das tarifas do transporte aéreo e da imprecisão do transporte marítimo.

E, embora o transporte ferroviário tenha ganhado maiores adeptos nos últimos tempos, não se pode negar o fato de que este ainda necessita de maiores investimentos a nível de integração e conectividade para que faça frente aos demais modais.

Além disso, a integração do sistema ferroviário beneficia a economia de diversos países razão pela qual as autoridades governamentais e empresas ferroviárias têm intensificado esforços no intuito de assegurar essa interconexão por meio de celebração de instrumentos bilaterais⁸, troca de informações, adoção de procedimentos mais simplificados de controle e aduana, tudo com o intuito de diminuir barreiras, sejam elas físicas ou não.

2.2. As ferrovias como melhor alternativa para o transporte sustentável

Além de ser uma excelente forma de integração territorial, o transporte ferroviário caracteriza-se por ser um dos mais sustentáveis do

⁶ Sascha BROSE, *The liberalisation of the European Railway Market: Did the railway packages have a statistical significant effect on rail freight in the EU Member States?*, 2015, University of Gothenburg, Gothenburg, Sweden, 17.

⁷ Sascha BROSE, *The liberalisation of the European Railway Market Did the railway packages have a statistical significant effect on rail freight in the EU Member States?*, 18.

⁸ Dentre os quais exemplifica-se: Acordo Intergovernamental para Rede Transasiática (2009), Iniciativa do Cinturão e Rota (2013), União Econômica Euroasiática (EAEU), Programa do Corredor Econômico da China-Mongólia-Rússia (2016), dentre outros.

mundo, visto que, de acordo com os dados da Agência Europeia do Ambiente do ano de 2018, as ferrovias são responsáveis por menos de 0,5% das emissões de gases com efeito estufa relacionados a transportes na UE⁹.

Ademais, países que têm verificado grande crescimento na emissão de gases com efeito estufa também são aqueles que obtiveram uma larga expansão nas demandas de transporte associada a uma diminuição da utilização do transporte ferroviário¹⁰.

Uma simples comparação com os demais meios de transporte permite-nos verificar que o transporte de 12.000 quilogramas da cidade chinesa de Chengdu até o interior do Oeste europeu produz aproximadamente 54 toneladas de dióxido de carbono se efetuado por via aérea, 3,3 toneladas se efetuado por via marítima e apenas 2,8 toneladas por via férrea¹¹.

Estudos apontam que embora as ferrovias sejam responsáveis pelo transporte de 8% dos passageiros e 8% das mercadorias globais, esse modal requer apenas 3% da demanda energética mundial referente aos transportes e resulta na emissão de 0,3% do total de gás carbônico¹².

Ademais, as ferrovias emitem menor quantidade de poluentes e óxidos de nitrogênio se comparado com o transporte aéreo, já que necessitam de uma infraestrutura mais reduzida e permitem transportar não só passageiros mas também mercadorias às áreas centrais e distantes.

Atenta às demandas por alternativas mais verdes e sustentáveis, a Comissão Europeia há tempos alerta para a necessidade de se fomentar o desenvolvimento do transporte ferroviário especialmente para dar respostas a desafios e alterações climáticas bem como à dependência dos hidrocarbonetos.

⁹ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (EEA), *Greenhouse gas emissions from transport in Europe* [em linha], Copenhagen: EEA, [consult. 24.01.2022], disponível em: <<https://www.eea.europa.eu/ims/greenhouse-gas-emissions-from-transport>>.

¹⁰ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (EEA), *Greenhouse gas emissions from transport in Europe*.

¹¹ THE EUROPEAN UNION CHAMBER OF COMMERCE IN CHINA, *The Road less Travelled: European involvement in China's Belt and Road Initiative* [em linha], Beijing: European Chamber, [consult. 25.11.2021], disponível em: <https://www.europeanchamber.com.cn/en/publications-archive/762/The_Road_Less_Travelled_European_Involvement_in_China_s_Belt_and_Road_Initiative>, 17.

¹² SLoCaT, *Transport and Climate Change Global Status Report*, 2nd ed., Belgium: Lisa Mastny, 2021, 60.

Em janeiro de 2020 adotou-se o designado “Pacto Ecológico Europeu”, para se realizar a transição necessária a uma sociedade climaticamente neutra até 2050, objetivando-se transformar a UE numa sociedade “equitativa e próspera, dotada de uma economia moderna, eficiente na utilização dos recursos e competitiva” de maneira a garantir “zero emissões líquidas de gases com efeito de estufa e um crescimento económico dissociado da utilização dos recursos”¹³.

Nota-se, portanto, que o transporte ferroviário passou a ser prioridade na UE e é considerado grande aliado na consecução dos objetivos propostos pelo Pacto Ecológico Europeu, razão pela qual deverá assumir uma parte substancial da parcela de 75% representados pelo transporte rodoviário interno de mercadorias¹⁴.

Em consonância com os fundamentos e objetivos do Pacto Ecológico, o ano de 2021 foi declarado como o “Ano Europeu do Transporte Ferroviário”¹⁵ com o objetivo de promover as ferrovias enquanto “meio de transporte sustentável, inteligente e seguro”¹⁶, de maneira a colocar em destaque os benefícios desse modal e fomentar sua utilização pelas empresas e cidadãos.

Ressalta-se que os investimentos no sistema ferroviário como forma de atingir uma economia menos dependente de combustíveis fósseis e, por consequência, mais limpa e sustentável, não se resume apenas à Europa, mas difundem-se pelo mundo todo.

Exemplo disso é que aproximadamente 30% dos investimentos em transportes provenientes dos pacotes de recuperação pós pandemia da Covid-19 nos países do G20 estão alocados no chamado “investimento verde” (aproximadamente 103 bilhões de dólares estadunidenses),

¹³ COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Pacto Ecológico Europeu (COM/2019/640 final), Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 1992, 2-3.

¹⁴ COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Pacto Ecológico Europeu (COM/2019/640 final), 12.

¹⁵ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Decisão (UE) 2020/2228 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de dezembro de 2020 sobre o Ano Europeu do Transporte Ferroviário (2021), Estrasburgo: Parlamento Europeu, 2020.

¹⁶ Pedro Nuno SANTOS, *2021 Ano Europeu do Transporte Ferroviário*, [consult. 24.01.2022], disponível em: <<https://www.euyearofrail.pt/pt/?dt=1624046495929>>.

sendo 26% desse total destinados ao transporte ferroviário, ultrapassando os investimentos em veículos elétricos e combustíveis alternativos (18%) e companhias aéreas e portos (13%)¹⁷.

É evidente, portanto, que o panorama mundial se mostra bastante favorável ao desenvolvimento do transporte ferroviário, contando com investimentos de diversos países inclusive no que se refere ao transporte internacional entre continentes.

2.3. A ascensão do transporte ferroviário asiático-europeu

E, uma vez que se está a analisar o transporte ferroviário internacional de mercadorias, faz-se imprescindível destacar o importante papel desempenhado pelo sistema de ferrovias responsável pelo escoamento de produtos entre a Europa e a Ásia.

Frise-se que até meados de 2011 o transporte ferroviário euroasiático era praticamente inexistente, tendo as ferrovias se desenvolvido nessa região em razão da crescente demanda por equipamentos automotivos¹⁸, culminando no crescimento de ofertas de novos serviços de comboio de leste a oeste.

Exemplo disso é que o número de cidades asiáticas que já fornecem serviço de transporte ferroviário tem crescido fortemente, especialmente após 2015 e em maio de 2017 os comboios da *China Railway Express* já conectavam 37 cidades chinesas a pelo menos 11 destinos europeus. Além disso, ao que tudo indica, esse número de viagens na ferrovia transcontinental euroasiática mais do que dobrou a cada ano entre 2011 e 2017¹⁹.

Em 2013 a China anunciou um novo projeto denominado *The Belt and Road Initiative* (BRI) que inclui massivo investimento em portos, rodovias, ferrovias, túneis e redes utilitárias a fim de conectar a China com a Ásia, Europa e África.

O BRI pretende promover essa conectividade por meio terrestre, de maneira a fortificar a cooperação regional e parcerias entre os diversos

¹⁷ SLoCaT, *Transport and Climate Change Global Status Report*, 164.

¹⁸ Richard POMFRET, «The Eurasian Landbridge: Implications of linking East Asia and Europe by rail», *Research in Globalization*, Amsterdam: Elsevier Ltd., 3 (2021), 1-6, 1.

¹⁹ Richard POMFRET, «*The Eurasian Landbridge: Implications of linking East Asia and Europe by rail*», 1.

países ao longo da rota, facilitando o escoamento de recursos econômicos e a integração desses mercados²⁰.

Desde o ano de 2020 houve 29 projetos de ferrovias fomentados pelo BRI, os quais têm atraído diversos investimentos no transporte ferroviário transfronteiriço – que, até o momento, é majoritariamente realizado pelas ferrovias Transiberiana e a Nova Ponte Euroasiática²¹ –, com o objetivo de desenvolver infraestruturas por todo o continente asiático, europeu e africano.

Esses investimentos, por óbvio, estão atrelados à recente vantagem que o modal ferroviário adquiriu sobre seus demais concorrentes, tendo em vista que o aumento dos preços do transporte aéreo bem como o aumento no tempo de transporte do modal marítimo – sobretudo em razão da necessidade de se economizar combustível e reduzir a poluição –, fez com que a ferrovia se tornasse mais rápida e barata²².

No contexto atual, importa ressaltar que o transporte ferroviário de longa distância entre Europa e Ásia parece ter se beneficiado da crise da pandemia da Covid-19²³, pois o ano de 2020 constituiu-se um período de alto crescimento para o transporte ferroviário entre Europa e China.

A esse respeito, pode-se afirmar que a demanda por transporte de passageiros durante os primeiros 6 meses de 2020 caiu apenas 8% enquanto a demanda por transporte de mercadorias por meio ferroviário permaneceu em níveis similares aos anteriores em todas as regiões²⁴.

A crise ocasionou a elevação dos preços do transporte aéreo e o aumento no tempo do frete marítimo, proporcionando ao transporte ferroviário maior competitividade fato que contribuiu para que fosse

²⁰ National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs, and Ministry of Commerce of the People's Republic of China, *Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st Century Maritime Silk Road*, Belt and Road Portal: Lifang Song, 2015, [consult. 24.01.2022], disponível em: <<https://eng.yidaiyilu.gov.cn/qwyw/qwfb/1084.htm><https://www.euyearofrail.pt/pt/?dt=1624046495929>>.

²¹ SLoCaT, *Transport and Climate Change Global Status Report*, 159.

²² Richard POMFRET, «The Eurasian Landbridge: Implications of linking East Asia and Europe by rail», 2.

²³ Olli-Pekka HILMOLA/Weidong LI/Yulia PANOVA, «Development Status and Future Trends for Eurasian Container Land Bridge Transport», *Logistics, Maritime and Transport Logistics*, 5/18 (2021) 1-12, 9.

²⁴ SLoCaT, *Transport and Climate Change Global Status Report*, 160.

reconhecido como uma alternativa mais confiável e econômica para empresas que necessitam transportar suas mercadorias ao longo da pandemia²⁵.

Apesar do crescimento dos últimos anos, o transporte ferroviário euroasiático ainda tem muito espaço para conquistar uma vez que menos de 5% de todo o valor de mercadoria atualmente transportado entre a Europa e Ásia é realizado por comboio²⁶.

E, ainda que haja espaço para crescimento da oferta e demanda a nível de transporte ferroviário, seu desenvolvimento ainda depende da resolução das dificuldades de se transpassar múltiplas fronteiras em curto espaço de tempo, nomeadamente, as limitações técnicas, restrições físicas, diferenças políticas e legais.

Aliás, a falta de harmonização de legislações no transporte internacional de mercadorias, especialmente entre Europa e Ásia, reflete na interoperabilidade legal e é uma das razões pelas quais o transporte ferroviário nessa região ainda carece de maior adesão.

3. O problema da interoperabilidade legal

Conforme definição da própria Comissão Europeia, interoperabilidade legal (ou jurídica) refere-se à possibilidade de se garantir que organizações submetidas a diferentes sistemas legais, políticas e estratégias sejam capazes de trabalhar juntas, devendo haver, caso necessário, acordos sobre como lidar com as diferenças na legislação transfronteiriça inclusive com a possibilidade de se estabelecer uma nova legislação²⁷.

²⁵ Alessio TARDIVO/Armando Carrillo ZANUY/Celestino Sánchez MARTIN, «Covid-19 Impact in Transport: An Essay From The Railways' Systems Research Perspective», *Transportation Research Record: the Transportation Research Board*, Washington: National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, 2675/5 (2021), 367-378, 370.

²⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *Connecting Europe and Asia – Building Blocks for an EU Strategy*, Comunicação Conjunta ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité das Regiões e ao Banco Europeu de Investimento Interligar a Europa e a Ásia: Elementos para uma Estratégia da UE (JOIN/2018/31 final), Bruxelas: CE, 2018, 4.

²⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *Quadro Europeu de Interoperabilidade – Anexo 2 da Estratégia de execução*, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Quadro

A interoperabilidade legal no setor de transportes é imprescindível não só para que haja uma transposição suave de fronteiras mas também para que seja possível a existência de uma base legal comum tanto para questões de ordem técnica quanto operacional.

Nesse aspecto, a se considerar as peculiaridades das ferrovias – cuja extensão pode ser colossal –, é importante que haja uma mínima harmonia de requisitos tais quais documentação, legislação fiscal e aduaneira bem como normas procedimentais no geral.

O ambiente jurídico complexo proveniente dessa falta de harmonia é agravado pelas diferenças políticas e administrativas de cada Estado, fato que ocasiona atrasos, incertezas e arbitrariedades²⁸, o que inevitavelmente prejudica a interoperabilidade legal.

Vale lembrar que o transporte ferroviário internacional de mercadorias é regulado por Convenções Internacionais que, de certa maneira, procuram uniformizar as normas de direito privado, entretanto, a exemplo do que ocorre no transporte entre Europa e Ásia, esses instrumentos internacionais não têm sido suficientes para consecução dessa base comum legal.

Isso porque, em cada região vigora um sistema distinto com normas próprias.

O primeiro deles é amplamente adotado na Europa, é o sistema legal da “Organização Intergovernamental para os Transportes Internacionais Ferroviários” (OTIF), na forma da “Convenção Relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários” (COTIF)²⁹, modificada pelo Protocolo de Vilnius de 1999³⁰, cujo Apêndice B contém as Regras Uniformes Relativas ao Contrato de Transporte Internacional Ferroviário de Mercadorias (CIM)³¹.

Europeu de Interoperabilidade – Estratégia De Execução (COM/2017/0134 final), Bruxelas: CE, 2017, 25-26.

²⁸ Hans-Joachim SCHRAMM/Xu ZHANG, *Eurasian Rail Freight in the One Belt One Road Era*, 30th NOFOMA Conference, Denmark: The Nordic Logistics Research Network, 2018, 7.

²⁹ Além de ter criado um órgão específico para interpretar de forma harmônica a Convenção, a OTIF também se dedica a desenvolver uma lei ferroviária unificada para facilitar o transporte entre a Europa, África e Ásia.

³⁰ PORTUGAL, Decreto n.º 3/2004 – Aprova o Protocolo, de 3 de Junho de 1999, que altera a Convenção Relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários (COTIF), de 9 de Maio de 1980, Lisboa: República Portuguesa, 25 Mar. 2004.

³¹ INTERGOVERNAMENTAL ORGANISATION FOR INTERNATIONAL CARRIAGE BY RAIL (OTIF), Regras Uniformes Relativas ao Contrato de Transporte Internacional

A Rússia e outros países asiáticos, por sua vez, adotam o sistema legal da Organização para Cooperação entre Ferrovias (OSJD), que formulou o *Agreement on International Railway Freight Communications* (SMGS), ou o chamado “Acordo relativo ao Transporte Internacional de Carga Ferroviária”.

A existência desses dois sistemas legais distintos representa um grande entrave ao desenvolvimento do transporte ferroviário euroasiático, principalmente ante o crescente aumento dos negócios na região, em especial após o surgimento da Nova Rota da Seda³².

Salienta-se que o transporte ferroviário entre a China e a Europa frequentemente levanta questões jurídicas, especialmente as relacionadas à responsabilidade, uma vez que o transporte ferroviário entre esses dois continentes ultrapassa fronteiras de países que aderiram às Regras CIM, acordo SMGS ou a ambos.

Por consequência, as partes interessadas precisam firmar dois contratos de transporte e aplicar ambos os regimes legais, sem mencionar a existência de diversas legislações internas de cada Estado cujas normas não são reguladas por essas convenções internacionais mas que afetam diretamente os contratos de transporte ferroviários.

Essa incerteza quanto à legislação aplicável implica em interrupções, atrasos, custos adicionais, maior incidência de corrupção e maiores encargos administrativos para o desenvolvimento do tráfego entre os dois continentes³³, motivo pelo qual diversos países têm chamado a atenção para a necessidade de criação de um órgão uniforme para legislação sobre transporte ferroviário entre Europa e Ásia.

Oportuno se lembre que 191 países têm obtido sucesso na aplicação de modelos uniformes de legislação sobre o transporte aéreo e todos os países com acesso ao mar também já são partes em instrumentos internacionais e convenções das Nações Unidas relativos a transporte

Ferrovário de Mercadorias (CIM), apêndice B à Convenção Relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários (COTIF), Berne: OTIF, 9 de Maio de 1980.

³² Cf. *website* “The New Silk Road Project”, o projeto denominado “The Belt and Road Initiative”, peça central da política estrangeira chinesa, pretende redesenhar a antiga rede de negócios, estendendo sua influência política, econômica e militar para além de suas fronteiras. Há previsão de investimento de \$4 bilhões (quatro bilhões de dólares estadunidenses) em projetos de infraestrutura incluindo: rodovias, portos, parques industriais, oleodutos, projetos de energia e ferrovias.

³³ Erik EVTIMOV, «Moving into a new legal regime for global rail freight», *Global Railway Review*, Kent: Russell Publishing Ltd., 2019, 2.

marítimo³⁴, ao contrário do que se vê no transporte ferroviário que, devido a questões de ordem histórica e tecnológicas, ainda tem se mostrado relutante à harmonização legal.

4. Os instrumentos internacionais CIM e SMGS

4.1. Aspectos gerais

As regras CIM e o acordo SMGS regulam, dentre outros aspectos, a forma e as condições do contrato de transporte, incluindo-se os direitos e obrigações das partes, a responsabilidade por avarias, atrasos e perda de mercadoria, limitações de responsabilidade, valores de indenização e procedimentos específicos para reclamações.

Embora os dois sistemas legais sejam muito parecidos, as diferenças normativas existentes trazem incertezas à atividade de transporte ferroviário internacional e majoram riscos uma vez que dificultam a interoperabilidade legal entre os territórios dos Estados.

Convém ressaltar que o maior problema encontra-se nas divergências entre os artigos que tratam do regime de responsabilidade do transportador bem como dos valores e cálculos de indenizações, motivo pelo qual tais assuntos serão tratados em tópicos próprios adiante.

De qualquer forma, não se pode deixar de mencionar algumas divergências gerais dos sistemas legais, a começar por aquelas que podem ser verificadas logo nas primeiras disposições dos instrumentos, nomeadamente as que tratam de sua aplicabilidade.

As regras CIM serão aplicáveis a casos de transporte oneroso entre dois Estados membros diferentes ou apenas em dois Estados diferentes, desde que pelos menos um deles seja membro e ambos tenham convencionado contratualmente sujeitarem-se às regras CIM³⁵, com exceção dos casos em que as estruturas das estações de estados limítrofes sejam gerenciadas por um ou mais administradores pertencentes a um só e mesmo Estado³⁶.

³⁴ UNITED NATIONS, *Unified Railway Law: Structure and Management System*, 20ª Sessão, Genebra: Economic and Social Council, Economic Commission for Europe, 2019, 3, [consult. 23.01.2022], disponível em: <<https://unece.org/20th-session-11https://www.euyearofrail.pt/pt/?dt=1624046495929>>.

³⁵ CIM, nºs 1 e 2, art. 1º.

³⁶ CIM, nº 5, art. 1º.

Por outro lado, o acordo SMGS será aplicável aos casos em que o transporte de mercadorias ocorra entre estações que se encontrem situadas em dois estados-membros distintos, sendo ambas partes do acordo³⁷, permitindo-se que o acordo seja aplicado subsidiariamente a outros instrumentos internacionais.

Há diferenças também quanto ao direito de modificação do contrato de transporte, pois nas regras CIM o expedidor ficará impedido de modificar o contrato de transporte nos casos em que o destinatário “estiver autorizado, de acordo com o n.º 3, a dar ordens” momento a partir do qual deverá o transportador deverá conformar-se com as ordens e instruções do destinatário”³⁸. O destinatário, por sua vez, detém o direito de modificar o contrato a partir da emissão da declaração de expedição, salvo menção em contrário indicada na declaração pelo expedidor.

O tratamento do acordo SMGS difere razoavelmente das regras CIM nessa parte pois naquele o direito de alteração contratual por parte do expedidor cessará quando a declaração de expedição seja entregue ao destinatário ou quando a mercadoria tenha chegado à estação na fronteira de entrada no país de destino se o carregador já tiver uma declaração escrita pelo destinatário referente às alterações contratuais³⁹, consoante art. 25.

Quanto à repartição de deveres e obrigações, as regras CIM estipulam que o expedidor e o carregador deverão avençar “a quem cabem as operações de carga e descarga da mercadoria”, e, caso as partes não tenham estipulado tais obrigações, “estas incumbem ao transportador no que respeita aos volumes e, no que se refere aos vagões completos, o carregamento cabe ao expedidor e o descarregamento, após a entrega, ao destinatário”⁴⁰.

O acordo SMGS, por sua vez, determina que o expedidor deverá entregar a mercadoria ao carregador⁴¹ bem como remete à lei nacional do país de partida o encargo de determinar se o carregador ou expedidor serão responsáveis pelo carregamento da mercadoria⁴².

³⁷ SMGS, § 2º, art. 3º.

³⁸ CIM, nº 2, alínea “d”, art. 18.

³⁹ INTERNATIONAL RAIL TRANSPORT COMMITTEE (CIT); WORLD ROAD TRANSPORT ORGANIZATION (IRU), *Guideline comparing the legal regimes: CMR - COTIF/CIM-SMGS*, Berne & Genève: CIT, IRU, 2017. 70 p., 28.

⁴⁰ CIM, nº 1, art. 13.

⁴¹ SMGS, §1, art. 14.

⁴² SMGS, §2, art. 19.

4.2. Questões inerentes à responsabilidade

Apresentadas algumas das diferenças substanciais entre os dois sistemas legais, passa-se à análise da problemática central, que se refere ao tratamento da responsabilidade do transportador, mas que não pretende esgotar todas as divergências existentes entre os dois instrumentos tampouco compará-los de maneira exaustiva senão, tão somente, levantar reflexões atuais que demonstrem a necessidade de uma harmonização ou unificação legal.

O atual regime de transporte de mercadorias⁴³, procura manter um equilíbrio de posições e proporções próprios de qualquer relação contratual, e, para isso, impõe ao transportador uma presunção de responsabilidade em caso de perda, avaria ou atraso na entrega da mercadoria.

Essa presunção de responsabilidade decorre da obrigação de resultado inerente aos contratos de transporte de mercadorias e reflete na responsabilização objetiva do transportador tanto nas regras CIM quanto no acordo SMGS.

Quanto à responsabilidade subjetiva, esta apesar de ser uma exceção, está prevista no art. 24 das regras CIM e será aplicável especificamente ao caso de transporte de veículos ferroviários como mercadoria⁴⁴, motivo pelo qual, para livrar-se da responsabilidade, o transportador deverá comprovar que o dano ocorrido não decorreu de falta sua.

Tanto no sistema legal CIM quanto no instituído pelo acordo SMGS a principal responsabilidade refere-se à perda, avarias e atraso na entrega da mercadoria razão pela qual o transportador somente poderá exonerar-se dessa responsabilidade caso demonstre que a falta na prestação do serviço decorreu de circunstâncias inevitáveis e

⁴³ Nuno Manuel BASTOS, *Direito dos transportes*, Coimbra: Almedina, Cadernos do IDET, 2004. O autor destaca que na disciplina adotada nas Regras de Haia de 1924, o carregador era visto como parte economicamente mais fraca, ou seja, “na mira das Regras de Haia de 1924, relativa ao transporte marítimo de mercadorias, estava a tentativa de conseguir um equilíbrio dos interesses de carregadores e transportadores. Para tanto seria necessário proporcionar uma acrescida proteção aos carregadores, considerando a profusão de cláusulas de limitação ou exoneração da responsabilidade apostas nos contratos então circulantes”, 30.

⁴⁴ Maurice BERNADET/Isabelle BON-GARCIN/Philippe, DELEBECQUE, *Droit des transports*, 2.^a ed., Paris: Dalloz, 2018, 598.

imprevisíveis⁴⁵ ou se restar comprovada a ocorrência de situação especial estipulada em rol específico de cada Convenção.

Essas cláusulas exoneradoras ou limitadoras de responsabilidade podem ser divididas em dois grupos principais que, a depender do tipo de incumprimento da obrigação, poderão excepcionar por completo ou aliviar a responsabilidade do transportador⁴⁶.

O primeiro grupo de cláusulas de exclusão de responsabilidade relaciona-se com fatores específicos, cujo ônus da prova ainda incumbirá ao transportador. Tais cláusulas também são denominadas como “non-priority grounds for exception from liability”⁴⁷ e uma dessas cláusulas é comum a ambos os regimes para excepcionar a responsabilidade em caso de atraso na entrega da mercadoria, nomeadamente uma “falta do interessado” ou uma “ordem deste não resultante de uma falta do transportador”⁴⁸.

O segundo grupo de cláusulas de limitação de responsabilidade são as chamadas “priority grounds for exception from liability” e decorrem de circunstâncias presumidas passíveis de terem causado o incumprimento - tratadas pelas regras CIM como “ricos especiais” - e não dependem de comprovação por parte do transportador, razão pela qual caberá ao reclamante comprovar o nexo causal entre o risco e o incumprimento da obrigação⁴⁹.

Essas circunstâncias especiais relacionam-se, em geral, com defeitos nos invólucros tais quais a ausência de embalagem ou defeito destas e irregularidades⁵⁰ ou incorreções sobre a designação ou numeração dos volumes transportados⁵¹.

Frise-se que em comparação com o acordo SMGS, as regras CIM preveem um número maior de situações caracterizadas como “riscos especiais”, já o rol deste instrumento também inclui a natureza de certos

⁴⁵ Nuno Manuel BASTOS, *Direito dos transportes*, 32.

⁴⁶ Nuno Manuel BASTOS, *Direito dos transportes*, 32.

⁴⁷ Zhu YAN/Vadim FILIMOV, «Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway Between CIM and SMGS», *Frontiers of Law in China*, Beijing: Frontiers Journals, 13/1 (2018), 115-136, 126-127.

⁴⁸ CIM, nº 2, art. 23, SMGS, §6, art. 39.

⁴⁹ Zhu YAN/Vadim FILIMOV, «Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway Between CIM and SMGS», 126-127.

⁵⁰ CIM, nº 3, alínea “b”, art. 23, SMGS, §2, art. 39.

⁵¹ CIM, nº 3, alínea “e”, art. 23, SMGS, §2, art. 39.

produtos, o transporte de animais vivos bem como as mercadorias que necessitam de acompanhamento especial.

Da mesma forma, o carregamento das mercadorias pelo expedidor ou descarregamento pelo destinatário também é considerado pelas regras CIM como “risco especial”, fato que isenta o transportador de responsabilidade em caso de perda ou avaria da mercadoria a não ser que reste comprovado o contrário pelo reclamante⁵².

Algumas outras distinções entre ambos os sistemas devem ser consideradas, nomeadamente o caso da exceção relacionada à “falta do interessado” que nas regras CIM estendem-se à perda e avaria do produto⁵³ e são tratadas como “non-priority grounds for exception from liability”, cabendo ao transportador comprovar a ocorrência dessa exceção, ao contrário do acordo SMGS em que a falta do interessado na perda ou avaria será presumida de imediato⁵⁴.

A mesma diferença de tratamento é aplicável nos casos de perda e avaria ocasionadas por defeitos da própria mercadoria, situação em que, no sistema legal das regras CIM, caberá ao transportador comprovar a existência desse requisito⁵⁵, ao contrário do acordo SMGS em que o dano supostamente causado pela natureza especial da mercadoria bem como pelas características de sua embalagem serão presumidos e o ônus da prova caberá ao reclamante do dano⁵⁶.

Para além dos casos já mencionados, existem outras situações que são tratadas como “priority” em um instrumento e “non-priority” no outro para efeitos de exclusão de responsabilidade – a exemplo da ocorrência de inexactidão no preenchimento de documentos administrativos ou aduaneiros⁵⁷ – entretanto, como já mencionado, não nos cabe exaurir esses casos neste artigo.

4.3. Questões inerentes à indenização

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o regime de responsabilidade do transportador sofre limitação tanto em razão das especificidades

⁵² CIM, nº 3 alínea “c”, art. 23.

⁵³ CIM, nº 2, art. 23.

⁵⁴ SMGS, §2º, nº 3, art. 39 combinado com §2º, art. 41.

⁵⁵ CIM, nº 2, art. 23.

⁵⁶ SMGS, §2º, nº 2, art. 39.

⁵⁷ Zhu YAN/Vadim FILIMOV, «Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway Between CIM and SMGS», 129.

naturais e técnicas da atividade ferroviária quanto em razão da necessidade de se manter o setor atrativo e equilibrado⁵⁸, inclusive quanto ao plano da atividade de seguros, assegurando um teto máximo para o montante indenizatório.

Em que pese a importância das cláusulas de limitação indenizatória, ao compararmos os sistemas legais instituídos pelas regras CIM e pelo acordo SMGS, observam-se importantes discrepâncias quanto ao cálculo e aos valores dos montantes indenizatórios em caso de inexecução do contrato de transporte, diferenças essas que acarretam confusão e incertezas quando da contratação dos serviços – exatamente o contrário daquilo que se espera dessas cláusulas.

Nas regras CIM, a indenização decorrente de perda de mercadoria será calculada conforme “a cotação da bolsa ou, na falta desta, com base no preço corrente do mercado” e será limitada “17 unidades de conta por quilograma de peso bruto em falta”⁵⁹.

Quanto às avarias, o transportador deverá arcar com “uma indenização equivalente à desvalorização da mercadoria” que não deverá exceder “o montante que ela atingiria em caso de perda total” em se tratando de desvalorização total ou “montante que ela atingiria em caso de perda da parte desvalorizada” em se tratando de desvalorização parcial⁶⁰.

A compensação pelo atraso na entrega da mercadoria não deverá exceder “o quádruplo do preço de transporte”⁶¹ e também não será acumulável com a indenização prevista em caso de perda total da remessa.

O acordo SMGS prevê indenização limitada ao valor total dos produtos⁶² em caso de perda total ou parcial da mercadoria e o montante indenizatório só será calculado com base em preço de mercado caso

⁵⁸ Nuno Manuel BASTOS, *Direito dos transportes*, 34- 35.

⁵⁹ CIM, nºs 1 e 2, art. 30.º.

⁶⁰ CIM, nº 2, art. 32.º.

⁶¹ CIM, nº 1, art. 33.º.

⁶² SMGS, §1º, art. 42. No original: “in cases where this Agreement require the carrier to compensate the consignor or the consignee for loss or shortage of goods, the amount of compensation shall be determined on the basis of the value of goods. If goods transported with a declaration of value are lost or short, the carrier shall pay to the consignor or the consignee the amount of the declared value or the portion of the declared value corresponding to the portion of the goods which has been lost”.

não haja declaração de valores, do contrário, a compensação deverá obedecer ao valor inscrito na declaração.

Além disso, diferentemente das regras CIM, no acordo SMGS os danos decorrentes de avarias serão indenizados na medida do decréscimo do valor do bem, valor esse que será estabelecido no local de destino e conforme a legislação nacional⁶³.

Em caso de atraso na entrega da mercadoria, o acordo SMGS determina uma compensação gradual cujo valor será determinado conforme as tarifas de transporte daquele que deu causa ao atraso e proporcionalmente à extensão do período do atraso, contado em dias⁶⁴ e não excedente a 30% do valor total do transporte⁶⁵.

Por fim, a última diferença a ser mencionada refere-se à possibilidade de majoração da indenização prevista nas regras CIM – inexistente no acordo SMGS – em caso de perda ou avaria e de não cumprimento do prazo de entrega, desde que seja elaborada uma “Declaração de interesse na entrega” possibilitando ao lesado requerer “reparação do prejuízo suplementar provado até ao limite do montante declarado”, em conformidade com o que fora avençado entre as partes no contrato de transporte de mercadorias⁶⁶.

5. Proposta de uniformização da legislação

Muito embora ainda haja um grande caminho a ser percorrido para a harmonização ou, quem sabe, unificação da legislação que envolve o transporte ferroviário internacional, alguns avanços recentes podem ser observados, nomeadamente, a criação da “Declaração de Expedição Comum CIM/SMGS” pelo Comitê Internacional de Transporte Ferroviário (CIT), a fundação da “União Aduaneira da Eurásia” (em inglês EACU) que facilitou o trânsito entre países da região do leste europeu, e o fato da China ter se juntado à Convenção Aduaneira

⁶³ SMGS, §3º, art. 44. No original: “the amounts of compensation provided for in §1 and §2 of this Article shall be determined in accordance with the provisions of §1 of Article 42 “Amount of compensation for loss or shortage of goods”, taking into account the extent of the reduction in the value of goods, established at the place of destination in accordance with national law”.

⁶⁴ SMGS, §1º, art. 45.

⁶⁵ SMGS, §2º, art. 45.

⁶⁶ CIM, art. 35º.

(TIR *Convention*) em 2017 o que facilitará as operações de trânsito de mercadorias⁶⁷.

A conclusão da mencionada Declaração de Expedição Comum CIM/SMGS demonstra um desejo conjunto de Estados e particulares em busca da superação de barreiras que ainda dificultam o transporte ferroviário internacional de mercadorias.

Vale ressaltar que a Declaração de Expedição Comum CIM/SMGS reflete uma relação jurídica contratual entre as partes envolvidas em ambos os sistemas legais e nesse documento especificam-se a rota, a assunção dos custos entre o expedidor e o destinatário, a compensação devida em caso de danos, atraso ou extravio da mercadoria além de se eliminarem os erros comuns nos procedimentos de re-expedição do documento⁶⁸.

Além de facilitar a simplificação do procedimento de re-expedição, a declaração ainda pode ser usada como documento de trânsito alfandegário, letra de crédito⁶⁹ bem como para o transporte multimodal, mais especificamente o marítimo, facilitando o transporte ferroviário internacional pelas rotas cuja origem ou destino sejam na China.

Entretanto, uma das críticas lançadas à utilização da Declaração de Expedição Comum CIM/SMGS é que sua aplicação deverá seguir as disposições do “Manual de Declaração de Expedição Comum CIM/SMGS”⁷⁰, documento que uniformiza o procedimento de re-expedição⁷¹ fato que representa um entrave prático.

Essa declaração conjunta, portanto, é considerada como um dos primeiros passos rumo à uniformização da legislação, sendo a próxima medida de avanço o próprio desenvolvimento de um sistema único, resultante da cooperação entre Estados, organizações internacionais e empresas de transporte ferroviário.

Nesse sentido, 37 países assinaram em fevereiro de 2013 uma “Declaração conjunta para promoção do transporte ferroviário da

⁶⁷ Hans-Joachim SCHRAMM/Xu ZHANG, *Eurasian Rail Freight in the One Belt One Road Era*, 7.

⁶⁸ Erik EVTIMOV, «Moving into a new legal regime for global rail freight», 2019.

⁶⁹ Sandie CALME, «Relationship between the European Union Railway Transport Law and the Railway Protocol», *Cape Town Convention Journal*, Cape Town: Routledge Taylor & Francis Group, 2016, 5/1, 153-166, 158.

⁷⁰ No original, “Common CIM/SMGS Consignment Note Manual”.

⁷¹ Sandie CALME, «Relationship between the European Union Railway Transport Law and the Railway Protocol», 158.

Euro-Ásia e atividades para unificação da legislação ferroviária”⁷², confirmando suas intenções de contribuir para que as melhores disposições de ambas as Convenções sejam reunidas em um só instrumento legal.

Essa tarefa permanece a cargo do CIT que, junto com a OSJD e a *United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE) engendram esforços para estabelecer condições legais comuns equivalentes àquelas existentes nos demais modelos de transporte, possibilitando um único *framework* legal do Atlântico ao Pacífico⁷³.

Uma das alternativas – defendida pela maioria dos membros – é que essa nova legislação unificada, conhecida como *Unified Railway Law* (URL), seja como uma “legislação interface”, de adesão voluntária, aplicável a todo o transporte ferroviário entre Europa e Ásia, especialmente nos corredores ferroviários que mais necessitam de regulamentação, enquanto os sistemas legais já existentes – predominantemente COTIF/CIM e SMGS – permaneceriam intactos e aplicáveis ao transporte de mercadorias em seus respectivos territórios⁷⁴.

A outra opção – defendida pela Rússia – é a adoção de um terceiro e único sistema legal aplicável a todo o transporte ferroviário no espaço euro-asiático, culminando com a extinção dos outros sistemas existentes, sendo a URL um sistema completo de acordos e convenções a regular todos os aspectos da organização e implementação da legislação unificada ferroviária⁷⁵.

Dentre os principais objetivos da URL⁷⁶ destacam-se: a unificação do sistema legal entre Europa e Ásia, a criação de condições semelhantes às já existentes em outras modalidades de transporte, a aplicação voluntária do instrumento, a manutenção do modelo combinado CIM/SMGS para aqueles que desejarem, a possibilidade de utilização de apenas um contrato a reger integralmente a rota e supressão do

⁷² No original, “Joint Declaration on the promotion of Euro-Asian rail transport and activities towards unified railway law”.

⁷³ UNITED NATIONS, *Joint Declaration on the promotion of Euro-Asian rail transport and activities towards unified railway law*, Genebra: UNECE, 2013, 3.

⁷⁴ UNITED NATIONS, *Report of the Group of Experts towards Unified Railway Law at its twenty-third session*, Genebra: UNECE, 2021, 3.

⁷⁵ UNITED NATIONS, *Report of the Group of Experts towards Unified Railway Law at its twenty-third session*, 3-4.

⁷⁶ UNITED NATIONS, *Presenting the Unified Railway Law (URL) as a new UNECE statutory instrument for the international transport of goods by rail - 21ª Sessão*, Genebra: UNECE, 2019, 1-2.

procedimento de re-expedição, a harmonização das normas que atualmente são tratadas de maneira distinta pelas convenções ou pelo direito interno.

A ideia principal do escopo do projeto é que se mantenha a estrutura geral já existente dos sistemas instituídos pelas regras CIM e pelo acordo SMGS com algumas alterações no que concerne à responsabilidade, redefinição de valores de indenização, redução do rol de exclusão de responsabilidade, dentre outras medidas⁷⁷.

Atualmente, mesmo após sucessivas discussões sobre os detalhes da configuração final da URL, ainda não há um consenso entre os membros e interessados, razão pela qual os grupos de pesquisa e desenvolvimento ainda trabalham para finalizá-lo⁷⁸.

6. Considerações finais

A partir da análise das questões levantadas ao longo deste artigo, verificou-se que as autoridades e órgãos privados finalmente perceberam a importância de não apenas investir para manter a competitividade do setor ferroviário mas sim investir de forma massiva para alavancar a mobilidade mundial de forma sustentável, eficiente e segura, especialmente após a pandemia da Covid-19, período em que o transporte ferroviário provou ser uma alternativa necessária.

Nesse sentido, a UE possui um conhecido histórico na busca pelo avanço da integração e conectividade do sistema ferroviário tanto na operabilidade física, evidenciada pelos investimentos em infraestruturas e inovação (inclusive com auxílios de estado) quanto na questão regulatória - patente nos instrumentos legais desenvolvidos por seus Estados-Membros, a exemplo dos Pacotes Ferroviários adotados.

Contudo, para que seja garantida a liderança do transporte ferroviário nas próximas décadas, a UE necessita de maior *expertise*, pesquisa

⁷⁷ UNITED NATIONS, *Convention on the contract for international carriage of goods by rail as a first Convention of a system of Unified Railway Law Conventions - 23ª Sessão*, Genebra: UNECE, 2021, 3-21.

⁷⁸ UNITED NATIONS, *Unified Railway Law: Structure and Management System*, 20ª Sessão, Genebra: Economic and Social Council, Economic Commission for Europe, 2019, 4, [consult. 23.01.2022], disponível em: <<https://unece.org/20th-session-11https://www.euyearofrail.pt/pt/?dt=1624046495929>>.

científica e apoios estatais para majorar as vantagens competitivas para que se possibilite uma melhor conexão da Europa com o mundo.

A esse respeito, é importante que se atenuem um dos maiores entraves ao desenvolvimento das ferrovias a nível mundial: as diferenças entre sistemas legais, especialmente no que se refere às questões de documentação, regime de responsabilidade, indenização, estabelecimento de direitos e obrigações nos contratos de transporte ferroviário, as quais prejudicam o desenvolvimento do comércio internacional.

Por isso, muito embora a Declaração de Expedição Comum CIM/SMGS tenha configurado grande avanço no setor, há que se considerar que este consistiu apenas o pontapé inicial na direção de um projeto ainda maior e mais arrojado que deve ser o foco do comércio euroasiático nos próximos anos: o desenvolvimento de um único sistema legal à semelhança do que já ocorre nos demais modais de transporte.

Naturalmente, essa iniciativa depende de esforços conjuntos entre entidades privadas, organizações internacionais e Estados uma vez que a consecução desse projeto deverá levar em consideração não só as particularidades do sistema de transporte ferroviário e dos contratos de transporte mas também os interesses de uma indústria ferroviária global.

Independentemente da forma que adote, seja ele um sistema único ou uma “legislação interface”, é imprescindível que os países e entidades privadas logo cheguem a um denominador comum na criação de um instrumento a conter soluções legais apropriadas e harmônicas para que haja um escoamento de mercadorias do Pacífico ao Atlântico muito mais efetivo, rápido, menos poluente e custoso, eliminando obstáculos que por décadas têm impedido que as ferrovias sejam largamente utilizadas.

ISBN: 978-989-9075-24-5



FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR