



André Martins Rei

Da Natureza Jurídica dos Incoterms e sua Qualificação como Cláusulas Contratuais Gerais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Sob a orientação da Professora Doutora Carolina Cunha

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



ANDRÉ MARTINS REI

**DA NATUREZA JURÍDICA DOS INCOTERMS E SUA
QUALIFICAÇÃO COMO CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Sob a orientação da Professora Doutora Carolina Cunha

Coimbra, 2017

Declaração anti-plágio

Eu, André Martins Rei, declaro por minha honra que o trabalho em anexo é resultado da investigação que realizei e reconheço que ficarei sujeito a penalização em caso de utilização de ideias ou palavras da autoria de outrem, sem a devida identificação ou autorização.

Coimbra, 28 de Janeiro de 2017

PALAVRAS-CHAVE: *Incoterms*; comércio internacional; compra e venda internacional; Câmara do Comércio Internacional; usos do comércio internacional; interpretação do contrato de compra e venda internacional; cláusulas contratuais gerais; arbitragem internacional; reconhecimento e execução de sentenças arbitrais; *lex mercatoria*; ordem pública internacional.

RESUMO: A dissertação que se apresenta versa sobre os *Incoterms* (Termos Comerciais Internacionais), elaborados pela Câmara de Comércio Internacional. Mais do que elencar os vários termos comerciais e apresentar os seus aspectos principais, procuramos contribuir positivamente para o debate que tem vindo a ter lugar sobre a sua natureza jurídica. Tarefa que, *prima facie*, parece inscrever-se num plano puramente teórico, mas cuja solução, como demonstramos, tem indiscutível relevância prática, num mundo globalizado onde a contratação internacional se tem vindo a massificar e o recurso à arbitragem internacional se tem revelado uma constante. Começando por tomar posição sobre a qualificação dos *Incoterms* como usos do comércio internacional ou como manifestação da *lex mercatoria*, o presente trabalho incide destacadamente sobre a problemática da caracterização daqueles termos comerciais como cláusulas contratuais gerais, o que tem vindo a dividir a doutrina, nacional e estrangeira. Após discutir os argumentos de ambas as partes e propor os nossos, tomando de novo posição expressa, terminaremos com a análise das consequências que tal qualificação acarretaria, em diversos planos.

KEYWORDS: *Incoterms*; international commerce; international sale of goods; International Chamber of Commerce; international trade usages; interpretation of the international sale of goods contract; general contractual terms; international arbitration; acknowledgement and enforcement of foreign arbitration awards; *lex mercatoria*; public international order.

ABSTRACT: The dissertation that we now present has the *Incoterms* (International Commercial Terms), elaborated by the International Chamber of Commerce, as its main subject. Instead of presenting the several trade terms and their core aspects, we attempt to make a positive contribution to the debate that has been taking place about its legal nature. The solution we propose to the problem has deep practical relevance, in a globalized world where international commercial contracting has been spread worldwide in mass scale and international commercial arbitration has taken a key role. After discussing the main arguments and giving our own about the qualification of the *Incoterms* as international trade usages or part of the *lex mercatoria*, we will focus on the debate on whether they are (or can be) considered general contractual terms, which has divided Authors, in Portugal and abroad. Finally, we analyze the consequences such qualification would bring, in several domains.

Siglas e Abreviaturas

CCI	Câmara de Comércio Internacional
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CFR	Cost and Freight
CIF	Cost, Insurance and Freight
CIP	Carriage and Insurance Paid to
CPT	Carriage Paid To
DAP	Delivered At Place
DAT	Delivered At Terminal
DDP	Delivered Duty Paid
DL	Decreto-Lei
EXW	Ex Works
FAS	Free Alongside Ship
FCA	Free Carrier
FOB	Free On Board
ICC	International Chamber of Commerce
LGDJ	Librairie Juridique de Référence en Ligne
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RFDUFP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UNDP	United Nations Development Programme

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
A HARMONIZAÇÃO DA LEI APLICÁVEL AO CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL.....	9
1. O <i>ius mercatorum</i>	9
2. Direito material de fonte supra-estadual.....	9
3. A nova <i>lex mercatoria</i>	10
3.1. O contributo da UNIDROIT.....	11
3.2. O papel da Câmara de Comércio Internacional.....	11
OS INCOTERMS.....	13
NOÇÕES GERAIS.....	13
1. Caracterização geral.....	13
2. Termo do Grupo E.....	15
3. Termos do Grupo F.....	16
4. Termos do Grupo C.....	17
5. Termos do Grupo D.....	19
NATUREZA E QUALIFICAÇÃO JURÍDICA.....	20
1. Expressão da autonomia da vontade.....	20
2. Usos do comércio internacional.....	21
2.1. Posições na doutrina nacional e estrangeira.....	21
2.2. Relevância do problema.....	23
2.3. Solução proposta.....	24
3. Cláusulas Contratuais Gerais.....	26
3.1. Noção de contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais.....	26
3.2. Relevância do Problema.....	27
3.3. Os <i>Incoterms</i> como cláusulas contratuais gerais ou contratos de adesão.....	30
3.3.1. A discussão na doutrina portuguesa.....	30
3.3.2. Posição da jurisprudência nacional.....	31
3.3.3. A discussão na doutrina estrangeira.....	31

3.3.4. Posição adoptada	33
A) <i>Os Incoterms como cláusulas contratuais</i>	33
B) <i>Os Incoterms como (possíveis) cláusulas contratuais gerais</i>	34
3.3.5. Consequências jurídicas da qualificação dos <i>Incoterms</i> como cláusulas contratuais gerais	36
A) <i>Dever de comunicação</i>	36
B) <i>Dever de informação</i>	38
C) <i>O problema do clausulado incompatível com o Incoterm escolhido</i>	40
D) <i>Consequências para o aderente</i>	41
E) <i>Consequências para o julgador</i>	42
CONCLUSÃO	45
BIBLIOGRAFIA	46
JURISPRUDÊNCIA	50

INTRODUÇÃO

Vivemos hoje num mundo globalizado, onde já não há espaço para economias fechadas. A maioria das grandes sociedades comerciais e grupos económicos retira das exportações parte substancial do seu rendimento, deslocando por diversas vezes os seus meios de produção para outros Estados, ou aí constituindo sucursais e filiais que lhe permitam aumentar exponencialmente a produtividade, procurando conferir às suas marcas prestígio internacional.

O mundo do Direito acompanhou, naturalmente, estas mudanças, que se foram implantando a partir da Revolução Industrial e, sobretudo, da Revolução Comercial do século XX, a qual deu origem à modernização das relações comerciais, com a criação de inovadores métodos de venda, baseados em novas técnicas publicitárias e com recurso a crédito¹. Exemplo paradigmático deste fenómeno foi a migração de tipos contratuais nascidos no continente americano para Europa, hoje aqui constituindo uma boa fatia dos contratos comerciais. Estamos a referir-nos, entre outras, a figuras contratuais como o *leasing*, o *franchising*, o *factoring*, a *joint venture*, o *know-how*, o *engineering* e a *garantia autónoma*², que hoje encontram na ordem jurídica dos Estados europeus regulação legal ou que, não obstante a falta de tipificação legislativa, a doutrina consensualmente designa de “*contratos socialmente típicos*”³, como sucede em Portugal com a concessão comercial e com o *franchising*.

Do mesmo modo, os Estados foram criando organismos que passaram a prescrever regras jurídicas com vista à harmonização da regulação desses contratos de natureza eminentemente transfronteiriça. E mesmo as empresas sentiram a necessidade de promover esse espaço de harmonia, contribuindo para o aparecimento de organizações privadas, como a Câmara de Comércio Internacional, bem como para a massificação do recurso a tribunais arbitrais para dirimir os litígios que envolvessem um contacto com diferentes ordens jurídicas.

¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, 2009, p. 43.

² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª reimpr. da 10ª ed., Almedina, 2013, pp. 276-278.

³ Ver, por ex., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, 1995, pp. 59 e ss. e 211 e ss., e RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000, pp. 27 e ss. e 184 e ss.

CAPÍTULO I

A HARMONIZAÇÃO DA LEI APLICÁVEL AO CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL

A compra e venda é o contrato que melhor reflecte a função do tráfico mercantil, uma vez que comercializar é, por definição, comprar e revender com escopo lucrativo⁴. Como bem observou CUNHA GONÇALVES, “a compra e venda (...) é o contrato máximo do comércio; é a sua mola principal”⁵, não surpreendendo que a maioria dos institutos do direito comercial tenha sido influenciada, directa ou indirectamente, por este contrato.

1. O *ius mercatorum*

A criação de regras jurídicas para disciplinar as relações comerciais, nacionais e transnacionais, remonta ao século XI. Com efeito, o aparecimento e expansão do comércio a partir de Itália concretizaram-se numa premente necessidade de se estabelecerem normas e criarem organismos que regulassem a profissão dos comerciantes e protegessem os seus interesses, face à incapacidade do Direito Romano estadual de acompanhar este desenvolvimento comercial – exemplos paradigmáticos daquelas normas e organismos, fontes daquele direito dos mercadores (*ius mercatorum*), encontramos nos estatutos de Génova, de Florença e de Veneza, nas guildas do Norte da Europa e no *Consolat del Mar*. Aquelas normas jurídicas, que seriam constantemente actualizadas face às novas exigências do comércio, viriam mais tarde a ser codificadas em importantes instrumentos jurídicos de regulação autónoma das relações comerciais e a influenciar mesmo posteriores leis estaduais, como o *Code de Commerce* francês de 1807⁶.

2. Direito material de fonte supra-estadual

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o regresso da prosperidade e o aumento expressivo das trocas comerciais internacionais levaram os Estados a iniciar negociações, tendo em vista a criação de organismos internacionais que, a par do objectivo primordial

⁴ CARLOS ESPLUGUES MOTA, *Compraventa Internacional*, in *Derecho del Comercio Internacional* (org. Jose Carlos Fernandez Rozas), Madrid: Eurolex, 1996, p. 295.

⁵ *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 1924, p. 16.

⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3.^a ed. revista e actualizada, Almedina, 2012, pp. 51-55.

de preservação da paz, se pudessem concentrar em criar condições para o desenvolvimento estável e duradouro de um comércio à base mundial, com vista a fomentar a recuperação das economias que haviam sido afectadas pela guerra. Surge, pois, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945⁷, que logo duas décadas depois, em 1966, vem criar a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), à qual confere o carácter de “*core legal body of the United Nations system in the field of international trade law*”⁸, responsável até aos dias de hoje por importantes instrumentos jurídicos de regulação do comércio internacional – v.g., a Convenção sobre Transporte Marítimo de Mercadorias (1978), a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980)⁹, a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985)¹⁰ e a Lei-Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional (1985).

Também a União Europeia tem tido um papel de grande relevo, contribuindo para uma harmonização comunitária, através de instrumentos regulatórios como a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Convenção 80/934/CEE), o Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais e a Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos dos Consumidores¹¹.

3. A nova *lex mercatoria*

Tem sido discutida na doutrina, nacional e estrangeira, a existência, hoje, de um “direito autónomo do comércio internacional”, isto é, de uma “nova *lex mercatoria*”, enquanto corpo de regras jurídicas criadas pelos comerciantes para reger as relações entre eles. Neste sentido, encontramos duas teses principais, apresentadas inicialmente por SCHMITTHOFF e GOLDMAN. O primeiro Autor não encara a *lex mercatoria* como uma ordem jurídica autónoma, uma vez que a faz depender da permissão e autorização dos

⁷ Cfr. www.un.org

⁸ Cfr. www.uncitral.org

⁹ Convenção que foi ratificada, até hoje, por 85 Estados, não o tendo sido, na União Europeia, apenas por quatro países, a saber: Irlanda, Malta, Reino Unido e Portugal.

¹⁰ Que inspirou, entre outras, a primeira e a actual Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (aprovadas, respectivamente, pela Lei nº 31/86, de 19 de Agosto e pela Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro).

¹¹ Transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio.

Estados, desempenhando uma mera função interpretativa e integrativa dos contratos e podendo, eventualmente, assumir o mero carácter de fonte subsidiária de Direito. Já na perspectiva de GOLDMAN, a *lex mercatoria* constitui um corpo de regras jurídicas autónomas, formado por costumes, usos, cláusulas contratuais gerais e modelos contratuais (num primeiro plano), bem como, num plano secundário, pelos princípios gerais de Direito e pelas regras desenvolvidas pela jurisprudência arbitral. Regras estas que, segundo o Autor, são directamente aplicáveis por força das regras de conflitos, afastando o Direito estadual, devendo ser convocadas para regular os contratos do comércio internacional¹².

Não nos cabendo entrar na discussão nem tomar partido, limitamo-nos a reconhecer que é patente o fenómeno de criação de regras jurídicas para reger as relações de comércio transnacionais, com origem em entes privados. Exemplos paradigmáticos destas instituições criadoras de regras jurídicas privadas são o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado e a Câmara de Comércio Internacional.

3.1. O contributo da UNIDROIT

Um desses organismos, surgido em 1926 como um órgão auxiliar da Sociedade das Nações, é a UNIDROIT (ou Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), da qual partiram importantes regras e princípios uniformes no âmbito do direito privado, como as Convenções de Otava sobre Locação Financeira Internacional e *Factoring* Internacional (1988) e os Princípios relativos aos Contratos de Comércio Internacional (1994)¹³.

3.2. O papel da Câmara de Comércio Internacional

Finalmente, deparamo-nos com a Câmara de Comércio Internacional, criada há quase um século (1919) e com sede em Paris. Criada por um grupo de comerciantes – “os mercadores da paz” –, determinados em trazer a prosperidade económica ao mundo destruído pela Primeira Guerra Mundial¹⁴, aquela instituição pode ser hoje descrita como

¹² Vide, a este respeito, LUÍS DE 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, Almedina, 2006, pp. 391-429.

¹³ Cfr. www.unidroit.org

¹⁴ Cfr. www.iccwbo.org

“uma federação de organizações de natureza comercial e de comerciantes, que tem como objectivo, por um lado, actuar como interlocutora da comunidade comercial ao nível internacional e, por outro lado, contribuir para facilitar os mecanismos do comércio mundial, eliminando os obstáculos técnicos à livre circulação de bens e serviços”¹⁵.

Esta entidade assume-se, hoje, como marco de referência na resolução de litígios comerciais internacionais, através da Câmara de Comércio Internacional de Paris, que funciona nos termos do respectivo Regulamento de Arbitragem. Além disso, tem vindo a desempenhar um papel primordial na criação de regras jurídicas não vinculativas, com forte adesão por parte dos operadores do comércio internacional, que as têm incluído nos contratos que elaboram. Exemplos deste fenómeno são, da sua autoria, as Regras e Usos Uniformes relativos aos Créditos Documentários¹⁶, as Regras Uniformes sobre Garantias Autónomas¹⁷ e os *Incoterms*, além de inúmeros modelos contratuais (v.g., de compra e venda, agência, concessão comercial, distribuição ocasional, *franchising*) e de cláusulas de força maior e *hardship*¹⁸.

¹⁵ MARIA HELENA BRITO, *Direito do Comércio Internacional*, Almedina, 2004, p. 42.

¹⁶ CCI, *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, publ. ICC Publishing, Paris, 1993. *Cfr.* CARLOS COSTA PINA, *Créditos Documentários*, Coimbra Editora, 2000.

¹⁷ CCI, *Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publishing, Paris, 1992. *Cfr.* ROY GOODE, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publishing, Paris, 1992.

¹⁸ MARIA HELENA BRITO, *Direito ...*, op. cit., pp. 119-120.

CAPÍTULO II OS *INCOTERMS*

SUBCAPÍTULO I NOÇÕES GERAIS

1. Caracterização geral

A exigência de uma interpretação substancialmente uniforme das cláusulas usuais do tráfico comercial internacional, que combatesse o risco de insegurança jurídica causado por uma interpretação variável em função do país, com prejuízo para as relações comerciais, levou a Câmara de Comércio Internacional a elaborar e codificar, sob a forma de termos comerciais internacionais – que designou *Incoterms*, abreviatura de “International Commercial Terms” –, as cláusulas típicas dos contratos, estabelecendo uma interpretação que pudesse ser adoptada de forma homogénea por todo o sector económico¹⁹.

Os *Incoterms* têm o seu principal campo de aplicação nos contratos internacionais²⁰ de compra e venda²¹ e nos contratos internacionais mistos de compra e venda e transporte de mercadorias^{22 23}, respondendo à necessidade de rapidez e eficácia das

¹⁹ STEFANO ZUNARELLI e MICHELE M. COMENALE PINTO, *Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti*, CEDAM, 2009, p. 414.

²⁰ Entendido aqui o conceito de “contrato internacional” como o contrato privado celebrado entre entidades empresariais, com contacto com duas ou mais ordens jurídicas, seja em função da localização do estabelecimento ou sede das partes, da sua residência habitual, nacionalidade ou de outro critério (EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Sobre o conceito de contrato internacional*, in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Almedina, 2005, pp. 174-192), e que represente uma “*transferência de valores de país para país*” (ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado*, Vol. I, Lisboa: Editorial Império, 1954, p. 85).

²¹ Referimo-nos ao contrato de compra e venda internacional como aquele contrato de fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, celebrado entre partes que tenham uma conexão concreta e objectiva com diversos Estados (nomeadamente, a sua sede, estabelecimento, residência habitual ou nacionalidade) – noção, como vemos, não inteiramente coincidente com a dos artigos 1.º e 3.º da Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980).

²² O contrato de transporte de mercadorias é aquele através do qual um dos contraentes se obriga perante o outro, mediante remuneração, a deslocar certos bens e a entregá-los pontualmente, ao próprio ou a terceiro,

trocas comerciais internacionais. No entanto, nada impede que sejam utilizados nos contratos celebrados à distância²⁴, dentro do território nacional²⁵.

Sem prejuízo da discussão sobre a sua natureza e qualificação, que levaremos a cabo no Subcapítulo II, podemos desde já adiantar que se trata de fórmulas ou siglas típicas de três letras (EXW, FOB, CIF, etc.), usadas para substituir cláusulas contratuais frequentemente utilizadas no sector do comércio internacional, com vista a simplificar os contratos e a remeter as partes para um regime previamente elaborado por um terceiro alheio às relações jurídicas concretas. Através do uso de um termo, fica automaticamente estabelecido entre as partes o regime do pagamento do transporte, seguro, taxas de importação e exportação, carregamento, entre outras, sem necessidade de regular essas matérias no contrato.

no local de destino definido (ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2015, p. 725). O contrato de transporte está regulado, entre nós e em termos gerais, no Título X do Livro Segundo do Código Comercial (artigos 366.º a 393.º) mas tem, hoje, forte regulação sectorial constante de leis avulsas (v.g. o Decreto-Lei n.º 352/86, de 21 de Outubro, sobre o transporte de mercadorias por mar), algumas tendo resultando da transposição de Directivas comunitárias (v.g. o Decreto-Lei n.º 279-A/92, de 17 de Dezembro, relativamente ao transporte internacional rodoviário de mercadorias, que transpôs as Directivas n.º 89/438/CEE e 91/224/CEE, ambas do Conselho, e o Decreto-Lei n.º 352/86, de 21 de Outubro, sobre o transporte de mercadorias por mar).

²³ Também as instâncias internacionais se têm preocupado, desde há muito, em estabelecer um regime jurídico uniforme no âmbito do Direito dos transportes, A harmonização iniciou-se em 1890, com a Convenção de Berna sobre os transportes ferroviários, tendo-se seguido a Convenção de Bruxelas de 1924, relativa ao transporte marítimo sob conhecimento ou guia, a Convenção de Varsóvia de 1929, quanto ao transporte aéreo e a Convenção de Genebra de 1956 relativa ao contrato de transporte internacional de mercadorias por estrada, entre outras (Cfr MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito dos Transportes*, in ROA, Ano 68, Lisboa, 2008, p. 144).

²⁴ Contrato celebrado à distância é, nos termos da alínea f) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, que transpôs a Directiva n.º 2011/83/UE, “*um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração*”.

²⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Incoterms - Introdução e traços fundamentais*, in ROA, Ano 65, Vol. II, 2005, p. 388.

O princípio que preside aos *Incoterms* é o de que o comprador suporta o risco de perda ou deterioração dos bens se tal ocorrer após os bens serem entregues, pelo que, passando o risco para o comprador e havendo deterioração ou destruição da mercadoria, ele continuará adstrito ao pagamento do preço²⁶. A função de cada *Incoterm* não será, deste modo, a de definir o regime da responsabilidade do vendedor, comprador ou transportador, mas sim a de estabelecer regras para determinar o momento em que os bens se devem considerar entregues ao comprador e, conseqüentemente, o momento da transmissão do risco relativamente à perda ou deterioração da mercadoria.

A primeira versão dos *Incoterms* e respectivas regras de interpretação e integração remonta a 1936, sendo a tendência, desde 1980, a da sua revisão com intervalos de dez anos.

A versão mais recente (2010) divide os onze *Incoterms* em quatro grupos, representados pelas letras E, F, C e D, cada um contendo termos que acarretam um maior ou menor grau de riscos e deveres para o comprador e para o vendedor. Sem prejuízo da descrição dos termos de cada grupo, adiantamos desde já que os termos dos grupos E, F e C reportam-se a “vendas à partida”²⁷, isto é, em que as mercadorias consideram-se entregues no porto de partida, enquanto nos *Incoterms* do grupo D tal só acontece no local de destino.

2. Termo do Grupo E

O grupo E é constituído unicamente pelo termo “EXW” ou “*Ex Works*”, representando um mínimo de obrigações para o vendedor, que apenas fica obrigado, mediante a inclusão deste termo no contrato, a colocar as mercadorias à disposição do comprador na sua fábrica, armazém ou outro local à sua escolha, contando que essa indicação conste expressamente do contrato²⁸, por exemplo, através do texto “EXW (fábrica) Incoterms 2010”²⁹.

²⁶ GIUDITTA CORDERO-MOSS, *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press, 2014, pp 38-39.

²⁷ Acórdão do STJ de 05-07-2007, Proc. 07B1944 (João Bernardo), in www.dgsi.pt.

²⁸ ALESSANDRA BORGIA, *Gli Incoterms della Camera di Commercio Internazionale nella Nuova Edizione 1990*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno XXVII – N. 1, CEDAM, 1991, p. 77.

²⁹ A referência específica aos *Incoterms* e à sua versão tem vindo a ser aconselhada pela generalidade dos Autores e pela própria Câmara de Comércio Internacional, de modo a evitar inconvenientes, dado que alguns

Caso seja escolhido o termo “EXW”, que pode ser usado em contratos que envolvam qualquer tipo de meio de transporte, o comprador suporta todos os custos e riscos ao aceder à mercadoria no local indicado pelo vendedor, sendo esse o momento em que se considera transmitida a propriedade e o risco pela deterioração das mercadorias, pelo que não tem sequer o vendedor a obrigação de carregar as mercadorias, mesmo que esteja numa melhor posição para o fazer.

Este é o *Incoterm* mais conveniente para o vendedor que dispõe de um negócio de pequena ou média dimensão. Neste caso, o transporte transfronteiriço da mercadoria, por si ou por intermédio de terceiro, representa um dispêndio de recursos (financeiros, humanos e logísticos) de tal ordem elevado que prefere garantir que o comprador recolhe a mercadoria no seu estabelecimento³⁰, ainda que isso resulte numa diminuição da margem de lucro.

Neste caso, as suas obrigações são muito menos onerosas do que nos outros termos comerciais, apenas lhe cabendo, nomeadamente, o dever de informar o comprador da disponibilização dos bens, de garantir a conformidade dos bens com o estipulado no contrato e de embalar os produtos, afastando o peso financeiro e logístico do transporte internacional das mercadorias³¹.

3. Termos do Grupo F

Utilizando os *Incoterms* do grupo F, o vendedor fica incumbido de entregar a mercadoria a um transportador, contratado pelo comprador, no local estipulado pelas partes³².

termos são objecto de usos locais ou normas legais interpretativas divergentes entre si e o conteúdo de cada *Incoterm* sofra, por vezes, alterações com a publicação de novas versões (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, p. 325).

³⁰ Como bem analisaram FREDERIC EISEMANN e YVES DERAIS, “*ce n’est pas tant le vendeur capable d’imposer ses conditions à ses clients, en raison d’une position favorable sur le marché qui exporte A L’USINE [EXW] que les petites et moyennes entreprises qui n’ont pas les moyens de contrôler efficacement le coût et le risque de l’exportation*” (*La pratique des Incoterms*, 3^e édition, E. J. A. Jupiter, 1988, p. 38).

³¹ CLIVE M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff’s Export Trade*, Ninth Edition, London: Sweet & Maxwell, 1993, p. 11.

³² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Incoterms – Introdução e Traços Fundamentais*, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006, p. 322.

Pelo termo “FCA” (“*Free Carrier*”) o vendedor obriga-se a entregar os bens ao transportador ou a outra pessoa por ele indicada nas instalações do vendedor ou no local designado, momento em que o risco passa para o comprador.

Ao contrário do “FCA”, os termos “FAS” (“*Free Alongside Ship*”) e “FOB” (“*Free On Board*”) só podem ser utilizados quando esteja em causa o transporte marítimo ou fluvial³³. No primeiro caso, a mercadoria considera-se entregue e o risco transfere-se para o comprador quando o vendedor coloca os bens à disposição no local designado pelo comprador, ao lado do navio (v.g., no cais ou em embarcações utilizadas para o carregamento)³⁴. No caso do termo “FOB”, um dos mais utilizados no comércio internacional³⁵, o vendedor fica obrigado a colocar a mercadoria a bordo do navio, no local designado pelo comprador, só aí deixando o vendedor de poder ser responsabilizado pela perda ou dano dos bens, assumindo o comprador o risco desse momento em diante³⁶.

4. Termos do Grupo C

Os quatro termos que compõem este grupo têm a característica comum de determinarem que a obrigação de entrega do vendedor se considera cumprida quando o vendedor entrega os bens ao transportador da forma indicada no contrato, e não quando os bens chegam ao local de destino. Além disso, ao vendedor cabe suportar tão-só os custos e taxas da exportação dos bens, ficando o comprador com o ónus de pagar as taxas e custos associados à importação.

Começemos pelos dois termos limitados ao transporte marítimo ou fluvial de mercadorias. Pelo termo “CFR” (“*Cost and Freight*”), o vendedor obriga-se a entregar os

³³ Embora o termo “FCA” seja muitas vezes usado no transporte marítimo, quando se pretende a entrega no terminal de carga (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 330).

³⁴ PIERRE-ALAIN GOURION *et. alii*, *Droit du commerce international*, 4^e édition, Paris: LGDJ, 2008, pp. 202-203.

³⁵ STEFANO ZUNARELLI e GRETA TELLARINI, *La vendita a condizione FOB*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell’Economia*, Volume Ventiquattresimo, CEDAM, 1999, p. 3.

³⁶ RUI MIGUEL RODRIGUES MOREIRA CLARO, *As condições e circunstâncias do pagamento do preço no contrato de compra e venda internacional à luz das regras da Convenção de Viena e das disposições dos INCOTERMS*, dissertação de Mestrado, Coimbra, 2013, pp. 29-30.

bens no navio, passando o risco para o comprador nesse momento³⁷, como sucede com o termo FOB. No entanto, o vendedor assume ainda o dever de contratar e pagar o transporte, suportando todos os custos e realizando as operações necessárias a levar os bens ao local de destino³⁸ (que será, normalmente, o porto mais próximo do comprador). Usando o termo “CIF” (“*Cost, Insurance and Freight*”), ao vendedor fica ainda a caber, além das obrigações que cabem a um vendedor “CFR”, a de contratar um seguro que cubra o risco de perda ou deterioração das mercadorias durante o transporte, seguro o qual, na falta de estipulação das partes em contrário, apenas precisa de ter a cobertura mínima³⁹.

Os outros dois termos que integram o grupo C são o “CPT” (“*Carriage Paid To*”) e o “CIP” (“*Carriage and Insurance Paid to*”), que podem ser utilizados quando esteja em causa qualquer tipo de transporte ou transporte multimodal⁴⁰. No primeiro, o vendedor entrega os bens ao transportador ou a outra pessoa, no local acordado pelas partes,

³⁷ Como bem referiu o STJ, no seu Acórdão de 31-01-2012, Proc. 13/2002.L1.S1 (Salreta Pereira), *in* www.dgsi.pt, “na modalidade *Cost and Freight*, o valor a pagar inclui o preço da mercadoria e o seu transporte e o vendedor desonera-se, cumpre a sua prestação, quando a mercadoria transpõe a amurada do navio no porto de embarque, passando, a partir desse momento, a correr por conta do comprador o risco da sua deterioração ou perda”. O que, no entanto, não implica que o vendedor deixe, a partir desse momento, de responder pelos defeitos da coisa, “*dado que, não podendo o comprador examinar a mercadoria no acto do embarque, os eventuais vícios só podem ser detectados e denunciados após o respectivo levantamento no porto de desembarque*” (*in* www.dgsi.pt).

³⁸ No caso apreciado no Acórdão do STJ de 20-09-2011, Proc. 7199/07.3TBMTS.P1.S1 (Martins de Sousa), *in* www.dgsi.pt, decidiu-se, com razão, que uma das obrigações que ainda caberá ao vendedor CFR será a aposição, nas embalagens da mercadoria, dos elementos necessários para a sua identificação (nº do lote e produtor), caso tal seja uma exigência legal nacional para o desalfandegamento dos produtos, contando que o vendedor seja informado desse facto com antecedência razoável.

³⁹ *The ICC Model International Sale Contract (Manufactured Goods)*, ICC, 2013 Revision, pp. 52-53. Em sentido diverso, INDIRRA CARR limita a liberdade de escolha do vendedor na venda CIF, ao defender que, no silêncio do contrato, tem de contratar um seguro a um “operador reputado no mercado”, “adequado” ao tipo contratual em causa e “nas condições usuais no comércio”, dependendo a cobertura do seguro exigida do “tipo de mercadoria, trajecto do transporte e das práticas usuais no tipo de venda” (*International Trade Law*, Fourth Edition, Taylor & Francis, 2010, p. 17).

⁴⁰ Entendemos por “transporte multimodal” a movimentação de uma unidade de carga do local de origem até ao destino final, através de diversos métodos ou tipos de transporte (marítimo, fluvial, terrestre, ferroviário, aéreo), sem quebrar a unidade de carga no seu todo (*cf.* United Nations Development Programme, *Shipping and Incoterms – Practice Guide*, UNDP Practice Series, 2008, p. 6).

cabendo-lhe contratar e pagar os custos de transporte necessários a levar a mercadoria ao local de destino. No segundo, a única diferença para o “CIP” (“*Carriage and Insurance Paid to*”), tal como do *Incoterm* “CFR” para o “CIF”, é que o vendedor é adicionalmente responsável pela contratação e pagamento do seguro, até ao destino dos bens⁴¹.

5. Termos do Grupo D

Por fim, encontramos os três *Incoterms* do grupo D, que se traduzem no máximo de responsabilidades para o vendedor.

O *Incoterm* “DAP” (“*Delivered At Place*”), que veio substituir, na revisão de 2010, os anteriores termos “DAF” (“*Delivered At Frontier*”), “DES” (“*Delivered Ex Ship*”) e “DDU” (“*Delivered Duty Unpaid*”), estabelece a obrigação contratual, a cargo do vendedor, de colocar as mercadorias à disposição do comprador no meio de transporte escolhido, no local de destino, prontos para serem descarregados, correndo o risco por conta do vendedor até esse momento.

Optando as partes pela venda “DAT” (“*Delivered At Terminal*”) – também este um *Incoterm* resultante da revisão de 2010, ocupando o lugar do anterior “DEQ” (“*Delivered Ex-Quay*”) –, o vendedor fica contratualmente obrigado a suportar o custo da exportação e do transporte internacional, bem como a descarregar as mercadorias e a disponibilizá-las no terminal de carga estipulado pelas partes, só aí cessando a responsabilidade pela perda ou deterioração dos bens.

Finalmente, temos o termo “DDP” (“*Delivered Duty Paid*”), que é mais oneroso para o vendedor, contrariamente ao termo “*Ex Works*” do grupo E. Assim, só se considera cumprida a obrigação de entrega dos bens quando estes são colocados à disposição do comprador no local designado como destino final, cabendo-lhe o pagamento não só das despesas e taxas de exportação, mas também de importação no local de destino, bem como o cumprimento de todas as formalidades inerentes⁴².

⁴¹ MAURIZIO FAVARO, *I trasporti internazionali – Assicurazioni, Incoterms, imballaggi, convenzione e logistica*, IV Edizione, IPSOA, 2009, pp. 381-383.

⁴² WOLFGANG LEHR, *Die neuen Incoterms 2000*, in *Versicherungsrecht*, Jahrgang 51, 2000, p. 557.

SUBCAPÍTULO II NATUREZA E QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

1. Expressão da autonomia da vontade

A autonomia da vontade ou princípio da liberdade contratual traduz a possibilidade de as partes decidirem se desejam contratar ou não, bem como o de escolherem o outro contraente e incluírem, nos contratos que celebrem, as cláusulas que lhes aprouver⁴³. É indiscutível que os *Incoterms* surgem como expressão dessa autonomia dos sujeitos do comércio internacional, o que se revela em duas dimensões distintas.

Por um lado, os termos comerciais da Câmara de Comércio Internacional devem a sua existência à necessidade sentida pelos operadores do comércio em garantir regras jurídicas uniformes para os contratos além-fronteiras que passaram a celebrar, com crescente frequência, a partir de meados do século XX. Face à inércia das legislações nacionais em garantir uma regulação do comércio internacional, bem como à heterogeneidade dos quadros legais nacionais da compra e venda, os comerciantes passaram a “legislar” sobre os seus contratos, através de organizações que foram criando (neste caso, a Câmara de Comércio Internacional), o que trouxe consigo, de forma parcial, a harmonização e segurança jurídica a que aspiravam.

Por outro lado, a aplicação e eficácia dos *Incoterms* na compra e venda internacional depende da vontade das partes que, através de expressa referência, acordam na sujeição dos contratos a específicos termos e respectivas regras de interpretação. É, pois, novamente a vontade, agora enquanto liberdade de estipulação⁴⁴, que preside à possibilidade de escolha do conteúdo das cláusulas dos contratos, da sua *lex inter partes*. Essa é, de todo o modo, a solução da legislação portuguesa que, no artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil dispõe que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos (...) ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

⁴³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., p. 355.

⁴⁴ A expressão é de CARVALHO FERNANDES (*Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 3.ª ed. revista e actualizada, Universidade Católica Editora, 2001, p. 364).

2. Usos do comércio internacional

2.1. Posições na doutrina nacional e estrangeira

Uma classificação que já não merece unanimidade por parte da doutrina é a da inclusão nos *Incoterms* na categoria dos usos mercantis, isto é, dos “*comportamentos ou práticas reiteradas no mundo dos negócios, reveladores da observância uniforme e generalizada de regras de conduta*”⁴⁵.

Entre nós, LUÍS DE BRITO CORREIA nega-lhes liminarmente essa qualificação, considerando-os antes verdadeiras “*normas de origem internacional*”, embora “*não provenientes de actos dos Estados, mas elaboradas por associações internacionais de comerciantes*”⁴⁶, e MENEZES CORDEIRO confere-lhes o carácter de prática reiterada mas cuja força vinculativa “*provém sempre da sua inclusão em contratos*”⁴⁷, afastando o recurso aos *Incoterms* como elemento de interpretação dos contratos e integração das respectivas lacunas. Já COUTINHO DE ABREU responde afirmativamente, ao referir-se aos *Incoterms* da Câmara de Comércio Internacional como um exemplo de “*usos e costumes do comércio internacional*”, enquanto manifestação do desenvolvimento de um “*direito uniforme de origem não-(inter)estadual*”^{48 49}, posição que é partilhada, de forma clara, por ENGRÁCIA ANTUNES, que afirma expressamente que os *Incoterms* correspondem a usos mercantis compilados que, no silêncio da lei, actuam como “*elementos auxiliares de interpretação e integração dos contratos comerciais*”, por expressa remissão contratual ou mesmo na falta dela^{50 51}. Uma posição mais moderada é subscrita por LIMA PINHEIRO, que

⁴⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos...*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁶ *Direito Comercial*, 1º Vol., AAFDL, 1987, pp. 104 e 105.

⁴⁷ *Direito Comercial*, *op. cit.*, p. 799.

⁴⁸ *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.ª ed., Almedina, 2013, p. 38.

⁴⁹ Embora não o diga de forma clara, pensamos que o Autor se refere aos *Incoterms* enquanto “usos” e não “costumes”, isto é, pois seria um excesso considerá-los “*comportamento[s] comunitariamente estabilizado[s], reiteradamente observado[s] e intersubjectivamente vinculante[s]*” (a definição de “costume” é de PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2006, p. 692).

⁵⁰ *Direito dos Contratos...*, *op. cit.*, pp. 59 e 64.

⁵¹ Também ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS adopta esta posição, considerando os *Incoterms* “*usos codificados (...) coligidos e divulgados pela Câmara de Comércio Internacional*” (*As Normas de Aplicação Necessária e Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, I Volume, Coimbra: Almedina, 1991, p. 661).

entende que só uma parte dos *Incoterms* e respectivas regras de interpretação e integração é que poderá constituir uso da venda internacional⁵².

Lá fora, a divergência mantém-se entre os Autores que não hesitam em caracterizar os *Incoterms* como usos do comércio internacional⁵³, podendo mesmo ser aplicados ao contrato na falta de inclusão expressa dos mesmos⁵⁴, e os Autores que lhes negam categoricamente essa qualificação, como STEFANO ZUNARELLI e MICHELE COMENALE PINTO, que entendem, sem mais, que aos *Incoterms* “*non viene riconosciuta efficacia di usi normativi, cioè fonti del diritto, suscettibili di trovare applicazione iure proprio*”⁵⁵, submetendo o seu regime e aplicação, por inteiro, à autonomia da vontade das partes. E encontramos também uma parte considerável da doutrina, sobretudo espanhola, que responde ao problema de forma ambígua, não os considerando directamente “usos mercantis” mas reconhecendo a sua vasta difusão internacional e, conseqüentemente, o seu valor considerável na ordem jurídica⁵⁶ ou mesmo uma eficácia equiparável à dos usos comerciais⁵⁷.

No que diz respeito à jurisprudência, merece destaque o reconhecimento do valor de usos mercantis, operado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, relativamente aos *Incoterms*, usos os quais teriam sido recolhidos, compilados e publicados por uma organização profissional reconhecida – a Câmara de Comércio Internacional –, e “*largamente seguidos na prática pelos operadores económicos*”, desempenhando “*um papel importante na regulamentação não estatal do comércio internacional*”⁵⁸. Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça português veio perfilhar idêntico entendimento para justificar que os tribunais devem ter em conta os *Incoterms*, enquanto

⁵² *Incoterms...*, *op. cit.*, p. 318.

⁵³ Entre outros, FRÉDÉRIC EISEMANN e YVES DERAIS (*La pratique...*, *op. cit.*, pp. 5-6), ALFONSO CALVO CARAVACA e Javier Carrascosa González (*Ley aplicable al contrato internacional*, in *Curso de Contratación Internacional*, Editorial Colex, 2006, p. 75) e HUGUES KENFACK (*Droit du commerce international*, 5^e édition, Dalloz, 2015, p. 12).

⁵⁴ GIUDITTA CORDERO-MOSS, *International Commercial...*, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁵ *Manuale di Diritto...*, *op. cit.*, p. 415.

⁵⁶ RODRIGO URÍA e AURELIO MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II, Madrid: Civitas, 2001, p. 150.

⁵⁷ RAFAEL ROJO ALVAREZ-MANZANEDA, *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, in *Tratado de contratos* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano *et. alii.*), Vol. 2, 2013, p. 2070.

⁵⁸ Acórdão de 09-06-2011, Proc. C-87/10 (Endre Juhász), in curia.europa.eu

usos do comércio internacional, na interpretação do clausulado contratual que não determine, expressa e claramente, o lugar de entrega dos bens ⁵⁹.

2.2. Relevância do problema

Qualquer que seja a solução, diríamos que, no caso dos *Incoterms*, não tem relevância em face do ordenamento jurídico português, dado que as remissões do Código Comercial para os usos mercantis não abundam (encontramo-las nos artigos 232.º, § 1, 382.º e 399.º, por exemplo), não existem sequer no âmbito dos preceitos reguladores da compra e venda comercial (artigos 463.º a 476.º) e estão em decadência, por serem normas incertas, dependentes da convicção dos comerciantes, e de carácter dispositivo⁶⁰. Conclusão apressada. Com efeito, como sabemos, pode deparar-se o julgador português, desde logo, com um contrato de compra e venda internacional e ser chamado a aplicar uma lei que não a portuguesa⁶¹, por força das regras do direito de conflitos. Nesse caso, poderá confrontar-se com a necessidade de aplicação de uma legislação, como a germânica, que confira relevância expressa aos usos do comércio no âmbito da contratação mercantil⁶², pelo que o Tribunal não poderá deixar de os considerar quando decidir sobre o mérito da causa.

Não sendo o caso, mas pertencendo a legislação aplicável a um Estado que ratificou a Convenção de Viena de 1980, a solução poderá ser idêntica, uma vez que o seu artigo 9.º estabelece o carácter vinculativo dos usos (n.º 1), “*entendendo-se que [as partes] consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado*” (n.º 2). Assim, na falta de estipulação em contrário, entende-se que as partes acordaram implicitamente nos usos, “*o que os coloca em nível*

⁵⁹ Acórdão de 22-09-2016, Proc. 2561/14.8T8BRG.G1.S1 (Salazar Casanova), in www.dgsi.pt

⁶⁰ MANUEL BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Tecnos, 1991, p. 69.

⁶¹ O artigo 41.º do Código Civil e o artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento Roma I dispõem que as partes são livres de designar a lei aplicável, o que sucede com frequência nos contratos internacionais, de modo a garantir a segurança jurídica logo no momento da formação do contrato.

⁶² Referimo-nos ao § 346 do *Handelsgesetzbuch* (Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos...*, op. cit., p. 58, nota 52).

*imediatamente inferior à autonomia da vontade, e com precedência sobre disposições legislativas*⁶³.

2.3. Solução proposta

Que concluir em face do exposto? À partida, diríamos estar com os Autores que qualificam os *Incoterms* como usos mercantis ou, especificamente, como usos comerciais internacionais. Tal afirmação tem é justificada em face de a *praxis* nos ter vindo a revelar que os mais de 80 anos de existência dos termos comerciais internacionais converteram-nos em verdadeiras práticas reiteradas, embora sem convicção de obrigatoriedade, que devem ser tidas em conta mesmo quando não haja uma referência contratual expressa às mesmas. No entanto, temos por certo que esta conclusão não pode valer, em termos gerais e abstractos, para todos os termos comerciais, dado que nem todos correspondem a comportamentos típicos de determinados sectores mercantis⁶⁴. Certamente não poderemos considerar usos mercantis os *Incoterms* DAT e DAP, surgidos apenas em 2010, pois carecem de sedimentação na ordem jurídica internacional, necessária para poderem aspirar à categoria de práticas consolidadas num domínio particular do comércio internacional.

O juízo que enunciámos já é passível e razoável de ser feito em relação ao termo EXW, quando estejam em causa relações entre um pequeno exportador e um grande importador – pelas razões que vimos *supra*⁶⁵ –, quando as partes não tenham logrado regular o local ou o modo de entrega dos bens. Com efeito, não será difícil afigurar que, nesse caso, as partes acordaram tacitamente que o comprador, enquanto empresa dotada de uma forte estrutura, recolhesse os bens na fábrica do vendedor. O que dependerá, naturalmente, das circunstâncias de cada caso concreto, nomeadamente do tipo, quantidade e dimensão das mercadorias, bem como do facto de o comprador conhecer ou desconhecer as características do vendedor e da sua empresa.

Solução semelhante poderá valer, em determinadas condições, para o termo FOB. Na eventualidade de a prestação do transportador integrar o contrato de compra e venda – assim o transformando em contrato de compra e venda e transporte de mercadorias –, e

⁶³ MARIA BENTO SOARES e RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, Almedina, 1986, p. 40.

⁶⁴ No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Incoterms...*, op. cit., p. 318 e PIERRE-ALAIN GOURION *et alii*, *Droit du commerce...*, op. cit., p. 93.

⁶⁵ *Vide* p.14 e nota 28.

ainda que este não regule o local e modo de carregamento das mercadorias, não nos choca a consideração do *Incoterm* FOB como a prática reiterada no tráfico mercantil, por diversas ordens de razões. Do lado do comprador, por um lado, não nos parece prudente presumir que, na falta de estipulação, queira assumir o risco pela perda ou deterioração das mercadorias antes de estas estarem a bordo do navio. Uma vez que o carregamento é feito num Estado diferente do seu, poderá não dispor de meios eficazes para controlar o processo de movimentação da carga até ao navio, que o deixe numa posição confortável para poder reagir contra quem provoque, culposa ou negligentemente, a perda ou deterioração dos bens. Por outro lado, com o uso do termo FOB, fica exonerado de suportar as despesas necessárias à exportação, tal como taxas alfandegárias, só lhe sendo exigido o pagamento das despesas no porto de destino⁶⁶, o que corresponde à prática mais consentânea como o comércio internacional – isto é, cada parte suporta as despesas exigidas no seu Estado, pois estará em melhores condições de o fazer. Do lado do vendedor, cremos que o seu silêncio não poderá ser interpretado no sentido de querer assumir o risco pela perda ou deterioração da mercadoria durante o transporte, mas sim o de se exonerar do mesmo a partir do momento em que a coloque a bordo do navio, o que corresponde à solução do termo FOB.

Em suma, embora estando com os Autores que se referem aos *Incoterms* no âmbito dos usos mercantis, somos da opinião que esta qualificação não pode ser levada a cabo de forma geral e abstracta, dependendo sempre das circunstâncias de cada caso concreto, com atenção particular às características das partes, ao tipo e quantidade de bens e mesmo às economias dos países em questão⁶⁷. Onde e quando essas particularidades se manifestem de forma clara e reiterada, o julgador, quando confrontado com um contrato internacional de compra e venda, omissivo relativamente a *Incoterms*, não poderá deixar de os considerar enquanto usos mercantis, aplicando-os enquanto elemento de interpretação e integração negocial.

⁶⁶ *The ICC Model International Sale...*, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁷ Quanto a este último sentido, Indirra Carr refere que “*the use of CIF and FOB terms is closely linked to the economic climate of a country – in particular, developing countries. Where foreign currency (that is, hard currency such as US dollars, German Euros) reserve is healthy in a developing county, importing merchants do not hesitate to contract on CIF terms. Where this is not the case, they prefer FOB terms, since it will result in a saving of freight and insurance payable to the seller in hard currency under a CIF contract*” (*Internacional Trade...*, *op. cit.*, p. 7).

3. Cláusulas Contratuais Gerais

Como se sabe, as cláusulas contratuais gerais assumem um papel preponderante no Direito dos Contratos, tendência que se tem vindo a intensificar com o crescimento do comércio internacional e dos respectivos instrumentos jurídicos, caracterizadores de uma verdadeira sociedade de massas, à escala global. Em virtude da criação e consumo de grandes quantidades de produtos, muitas empresas foram adquirindo uma estrutura e dimensão que lhes conferiram posições de monopólio ou oligopólio nos mercados em que operavam, o que causou a necessidade de criação de condições negociais uniformes para os contratos que passaram a celebrar⁶⁸. Assim, optaram essas entidades por definir “*fórmulas pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se determinam a propor ou a aceitar*”⁶⁹ ou por criar verdadeiros contratos de adesão, limitando-se a propô-los aos seus clientes, sem possibilidade de negociação.

Em face do que resumidamente ficou exposto, são facilmente perceptíveis os problemas jurídicos que se colocam em face deste tipo de cláusulas ou contratos. Com vista a combatê-los ou minimizá-los, preocuparam-se alguns Estados em proteger ou conferir meios de protecção ao “contraente mais fraco” na relação comercial, ao qual não é conferido o direito de influir no conteúdo dos contratos que celebra, mas apenas de o aceitar ou recusar, nos termos propostos⁷⁰.

3.1. Noção de contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais

Antes de nos focarmos no problema da qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais, cumpre-nos caracterizá-las nos seus pressupostos e enquadrá-las na legislação em vigor, sobretudo na portuguesa.

⁶⁸ CARLOS MOTA PINTO, *Contratos de Adesão – Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in RDES, Ano XX, Atlântida Editora, 1973, p. 119.

⁶⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, op. cit., p. 575.

⁷⁰ Acórdão do TRL de 25-05-2006, Proc. 8166/2005-6 (Fernanda Isabel Pereira), in www.dgsi.pt.

Apesar de os contratos de adesão a que nos referimos *supra* serem compostos, as mais das vezes, por cláusulas contratuais gerais, estamos com os Autores que entendem tratar-se de fenómenos distintos⁷¹.

Os contratos de adesão podem ser definidos como negócios jurídicos não precedidos de discussão prévia tendente à conformação do seu conteúdo à medida da vontade de ambas as partes, isto é, trata-se de contratos cujo conteúdo é predeterminado unilateralmente por um dos contraentes, sem possibilidade de negociação⁷². Avultam, assim, nesta noção de contratos de adesão, as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez.

As cláusulas contratuais gerais, por outro lado, além de preencherem estas três particularidades, distinguem-se dos contratos de adesão por serem ainda dirigidas a todos os contratos a celebrar no futuro (ou a uma certa categoria de contratos) e elaboradas para um número indeterminado de destinatários. Às características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez acrescem, pois, as notas da generalidade e indeterminação^{73 74}.

3.2. Relevância do Problema

O problema da qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais ou contratos de adesão tem sido objecto de posições doutrinárias diversas, em Portugal e no estrangeiro, embora sem grande destaque ou rigor. Com efeito, a referida caracterização

⁷¹ Em sentido contrário, referindo-se a cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão como constituindo um mesmo fenómeno, ver, entre outros, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4ª ed., Coimbra Editora, 1984, p. 185.

⁷² PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in ROA, Ano 46, Lisboa, 1986, p. 740.

⁷³ PINTO MONTEIRO, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in ROA, Ano 62, Lisboa, 2002, p. 5.

⁷⁴ No mesmo sentido, defende ANA FILIPA MORAIS ANTUNES que o “contrato de adesão é uma figura distinta das cláusulas contratuais gerais: em primeiro lugar, o contrato de adesão evidencia um modo de formação de negócios jurídicos (isto é, sem negociação individualizada do conteúdo negocial, que é apresentado para ser aceite em bloco e que foi unilateralmente fixado por uma das partes); diversamente, as cláusulas contratuais gerais constituem uma modalidade de cláusula negocial e destinam-se a preencher o conteúdo de vários negócios jurídicos, celebrados com destinatários indeterminados” (*Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, 1ª ed., Coimbra Editora, 2013, p. 20).

assume hoje uma enorme relevância, em face de legislações nacionais, como a portuguesa, que estabeleceram um regime legal expressamente aplicável aos contratos de adesão.

O tema das cláusulas contratuais gerais teve a sua origem, sobretudo, no ordenamento jurídico alemão. Com efeito, desde os anos 80 do século XIX que os banqueiros alemães imprimiam condições nos livros de cheques, em letras de tamanho reduzido, aí se estabelecendo deveres para os clientes⁷⁵, sem que a estes fosse explicado o seu conteúdo e as obrigações emergentes das referidas condições. Realidade que, mais tarde, viria a ser alargada aos sectores dos seguros e dos transportes e que motivou, em grande parte, a criação de um regime legal que protegesse os consumidores. Assim, através da famosa *AGB-Gesetz* de 9 de Dezembro de 1976, foram os alemães pioneiros na regulação legal da matéria⁷⁶. No entanto, já as instituições europeias tinham chamado a atenção para o problema um ano antes. Com efeito, a 11 de Abril de 1975, o “Programa preliminar da CEE para uma política de protecção e informação dos consumidores”, aprovado em Resolução do Conselho de Ministros da União Europeia, chamou a atenção para a necessidade de protecção dos compradores contra abusos de poder dos vendedores que, em função das suas posições dominantes no mercado, recorriam a contratos-tipo, elaborados unilateralmente, no desenvolvimento da sua actividade. Só, porém, decorridos 18 anos de discussão do problema à escala europeia é que foi emanada a Directiva do Conselho de Ministros da CEE n.º 13/93, de 5 de Abril⁷⁷, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores⁷⁸.

Inspirado no modelo alemão, o legislador português avançou também com legislação própria, sem esperar pela intervenção da União Europeia. Assim, pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, foram introduzidas alterações profundas no nosso direito

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial, op. cit.*, pp. 573-574.

⁷⁶ Embora o legislador alemão tenha estabelecido um regime que regulou, detalhadamente e com extremo rigor, as cláusulas contratuais gerais, o Código Civil italiano de 1942 já havia previsto a figura (Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil*, in RFDUFP, Vol. 39, 2003, p. 8). Assim, dispunha já o artigo 1341 daquele Código que “*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*”.

⁷⁷ Doravante abreviadamente designada “Directiva”

⁷⁸ GALVÃO TELLES, *Das condições gerais dos contratos e da Directiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in O Direito, Ano 127, 1995, pp. 297-298.

dos contratos, através do estabelecimento do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, o qual veio, posteriormente, a ser adaptado à Directiva europeia, através do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Outubro e do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho⁷⁹. Este novo quadro legal, constituído por normas imperativas e visando a protecção da parte mais fraca ou menos experiente do contrato, passou a constituir uma das mais marcantes limitações legais à autonomia privada⁸⁰.

Não podemos terminar esta descrição geral sem nos determos sobre uma importante particularidade da “Lei das Cláusulas Contratuais Gerais” portuguesa, adoptada em conformidade com o modelo alemão. Com efeito, embora a Directiva comunitária dispusesse que o seu regime se aplicaria apenas às “*cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores*” (n.º 1 do artigo 1.º), entendendo-se por consumidor “*qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional*” (alínea b) do artigo 2.º), a lei portuguesa abrangeu, logo em 1985, também as relações entre profissionais, opção que não foi abandonada em posteriores revisões⁸¹.

Esta solução apresenta grande relevo para o tema em causa uma vez que, como vimos, os *Incoterms* estão construídos para contratos de compra e venda internacional, celebrados entre comerciantes, não parecendo ser vocacionados para as relações com consumidores. Deste modo, não fosse aquele alargamento do âmbito de aplicação da lei e o problema jurídico sobre o qual nos debateremos não teria grande relevância prática, pois da qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais não resultaria nenhuma consequência jurídica.

⁷⁹ Resumindo a origem deste regime geral, as suas notas essenciais e as alterações sofridas em 1999, vide ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, *op. cit.*, pp. 251-267.

⁸⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 1987, p. 356.

⁸¹ Como se sabe, as Directivas da União Europeia apenas vinculam os Estados-Membros quanto aos resultados a alcançar (artigo 288.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia), não obrigando, em regra, à harmonização total, mas permitindo um maior ou menor grau de protecção acima de um limiar mínimo.

3.3. Os *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais ou contratos de adesão

Como começámos por referir *supra*, cremos que a dimensão e argumentos do debate doutrinal em torno da qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais (ou mesmo como contratos de adesão) têm pecado por defeito⁸².

3.3.1. A discussão na doutrina portuguesa

Entre nós, LIMA PINHEIRO tem sido a voz mais destacada na recusa desta qualificação, sendo peremptório em defender que os *Incoterms* não poderão, em caso algum, ser considerados cláusulas contratuais gerais. Para o Autor, “*não se trata de cláusulas pré-elaboradas que as partes se limitem a propor ou a aceitar, mas de termos normalizados que se referem a cláusulas típicas do tráfico negocial*”, acrescentando que “*as partes podem escolher entre os diferentes termos e modelar o conteúdo das cláusulas que designam, não sendo, portanto, confrontadas com a alternativa entre adesão e desistência do negócio*”⁸³. Posição que parece ser partilhada por MARIA HELENA BRITO, embora de forma menos clara, ao definir os *Incoterms* como “*termos normalizados da venda à distância de mercadorias*” e separando-os, dentro da categoria das “*práticas comerciais, usos e cláusulas padronizadas*” que compõem a *lex mercatoria*, da subcategoria das “*cláusulas contratuais gerais adoptadas no âmbito de certos tipos contratuais*”⁸⁴. Para esta doutrina, os *Incoterms* não são sequer considerados “cláusulas”, mas sim normas jurídicas criadas por uma entidade privada, para as quais as partes optam por fazer remissão expressa no contrato.

Do outro lado da discussão, MENEZES CORDEIRO assume uma postura favorável à qualificação dos *Incoterms* como cláusulas e, especificamente, como cláusulas contratuais gerais, o que justifica com o facto de estas visarem “*contraentes indeterminados e, quando adoptadas por proposta de uma das partes*”, traduzirem “*a típica rigidez, salvo quando se*

⁸² Com efeito, são frequentes definições dos *Incoterms* que se revelam ambíguas para a discussão deste tema (de que é exemplo a noção dada por MIGUEL J.A. PUPO CORREIA aos *Incoterms*, enquanto “*regras uniformizadoras de cláusulas contratuais por ela [CCI] fixadas*”, *cfr. Direito Comercial*, 6ª ed. revista e actualizada, Ediforum, 1999, p. 43).

⁸³ *Direito Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 326, nota 762.

⁸⁴ *Direito...*, *op. cit.*, pp. 119-120.

prove que não corresponderam a nenhuma proposta firme, antes tendo advindo de negociação”⁸⁵.

Em Portugal, mais nenhum Autor parece ter tomado posição expressa sobre o assunto, e os que o fizeram expressamente parecem considerá-lo um problema jurídico sem relevo.

3.3.2. Posição da jurisprudência nacional

Do lado da jurisprudência, aos Tribunais não foi ainda colocada a questão nos termos expostos. No entanto, deparado com um contrato de transporte marítimo internacional contendo, no seu clausulado, referências aos *Incoterms*, o Tribunal da Relação de Lisboa perfilhou expressamente a doutrina de MENEZES CORDEIRO, caracterizando-os como “*cláusulas experimentadas e equilibradas, configurando-se como cláusulas típicas, constituindo verdadeiras cláusulas contratuais gerais sendo expressas pelas siglas respectivas em inglês*”⁸⁶. Menos clara foi a descrição feita pelo Supremo Tribunal de Justiça, no seu já referido Acórdão de 20 de Setembro de 2011, segundo a qual os *Incoterms* constituem “*verdadeiras colectâneas de cláusulas empregues nos contratos internacionais, sob a forma de modelos ou termos normalizados ou prefixados de regulamentação*”. Assim, embora aludindo à sua caracterização como cláusulas prefixadas por um dos contraentes, acolhe a expressão “*termos normalizados*”, utilizada pelos Autores que repudiam a qualificação daqueles termos comerciais como cláusulas contratuais gerais, pelo que não é clara a posição do Supremo quanto ao problema em apreço.

3.3.3. A discussão na doutrina estrangeira

Uma vez que a criação de um regime legal das cláusulas contratuais gerais foi imposta aos Estados-membros da União Europeia pela Directiva do Conselho de Ministros da CEE n.º 13/93, de 5 de Abril, é natural que também a doutrina estrangeira se tenha deparado com a necessidade de análise dos *Incoterms* à luz daquele regime, com vista à inclusão ou exclusão destes do seu âmbito de aplicação.

⁸⁵ *Introdução...*, *op. cit.*, p. 151.

⁸⁶ Acórdão de 23-11-2011, Proc. 5849/04.2YXLSB.L1-2 (Teresa Albuquerque), *in* www.dgsi.pt

Os Autores franceses propendem para o entendimento segundo o qual os *Incoterms* são um “*contrato-tipo*”⁸⁷ escolhido pelas partes de um contrato comercial internacional, de entre uma multiplicidade de modelos propostos⁸⁸. No entanto, apesar da característica da standardização que lhes apontam, não deixam de referir que a escolha do termo comercial é sempre livre e traduz o resultado de uma negociação prévia entre as partes, sendo definido em função dos interesses de cada um dos contraentes e do interesse comum⁸⁹. Assim, embora não se debatam expressamente sobre a qualificação como cláusulas contratuais gerais, à luz da Directiva e das legislações sobre cláusulas abusivas⁹⁰, a conclusão de que a escolha do *Incoterm* a utilizar é sempre produto do mútuo acordo e discussão entre as partes aponta claramente para o afastamento daquele regime legal.

Já a doutrina anglo-saxónica tem-se revelado mais ponderada. Assim, parece maioritária a posição segundo a qual os termos comerciais internacionais consubstanciam práticas standardizadas do comércio internacional, escritas e compiladas por um terceiro alheio às relações contratuais concretas (a Câmara de Comércio Internacional)⁹¹, não sendo a negociação prévia do *Incoterm* a incluir no contrato uma sua característica típica. Aliás, reconhecem frequentemente estes Autores que exportadores e importadores recorrem frequentemente a “*general terms of business*” nos contratos que celebram⁹², o que leva a que o contraente mais forte tenha, em regra, sucesso na inclusão do *Incoterm* que lhe é mais conveniente. Além disso, afirmam mesmo que, no mundo do consumo de massas em que hoje vivemos, a regra do comércio internacional não é da negociação dos termos do contrato, mas antes a da sua definição unilateral, levando mesmo, por vezes, a uma

⁸⁷ Ou o resultado de uma justaposição de contratos-tipo (*Cfr.* FRÉDÉRIC EISEMANN e YVES DERAIS, *La pratique...*, *op. cit.*, pp. 31-32).

⁸⁸ JEAN MARC MOUSSERON *et alii*, *Droit du commerce international – Droit international de l’entreprise*, Paris: Litec, 1997, p. 75.

⁸⁹ DANIEL MAINGUY, *Les opérations commerciales du commerce international*, in *Droit du Commerce International* (org. Jacques Béguin e Michel Manjucq), Paris: Litec, 2005, p. 424.

⁹⁰ O que se justifica, porventura, no facto de o legislador francês, ao contrário do português e do alemão, ter apenas consagrado o regime das cláusulas contratuais gerais no âmbito dos contratos celebrados com “*non-professionnels*” ou com consumidores (article R-132-1 do *Code de la Consommation*).

⁹¹ JÜRGEN BASEDOW, *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*, in *An Economic Analysis of Private International Law* (org. Jürgen Basedow e Toshiyuki Kono), Mohr Siebeck, 2006, p. 64.

⁹² CLIVE M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff’s Export...*, *op. cit.*, p. 63 e 66.

verdadeira “*battle of forms*”⁹³, em que cada contraente apresenta ao outro o seu contrato de adesão, sendo o único modelo através do qual aceita contratar.

Já o alemão INGO KOLLER admite expressamente a qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais e a consequente aplicação do respectivo regime jurídico⁹⁴, qualificação que parece ser perfilhada pelos espanhóis RODRIGO URÍA e AURÉLIO MENÉNDEZ, ao descreverem-nos como manifestações paradigmáticas do fenómeno de tipificação de cláusulas contratuais⁹⁵.

3.3.4. Posição adoptada

A) *Os Incoterms como cláusulas contratuais*

Chegados a este ponto, há que começar por aferir se os *Incoterms* são cláusulas ou normas, *rectius*, “termos normalizados”, utilizados nos contratos de compra e venda e de transporte de mercadorias, celebrados à escala internacional.

Antes de avançarmos, cremos ser necessário fazer uma distinção entre os *Incoterms* em sentido estrito, e as “*Incoterms Rules*”, isto é, as regras de interpretação dos *Incoterms*, estabelecidas pela Câmara de Comércio Internacional, para concluir que só estas últimas se podem considerar, eventualmente, normas jurídicas, e apenas em sentido amplo⁹⁶, uma vez que são emanadas por uma entidade não dotada de *ius imperii* e a sua aplicação está subordinada à liberdade contratual.

No que diz respeito aos *Incoterms* em sentido estrito, não restam dúvidas de que se trata de verdadeiras cláusulas contratuais ou, com maior rigor, de fórmulas ou siglas típicas de três letras que substituem cláusulas contratuais. Vejamos os seguintes exemplos. Num contrato de compra e venda internacional é incluída a cláusula que dispõe que: *a)* o comprador A recolherá as mercadorias na fábrica do vendedor B; *b)* considerando-se, nesse momento, transmitida a propriedade e o risco pela perda ou deterioração dos bens para o comprador A; *c)* e cabendo exclusivamente a este a obrigação de carregar as

⁹³ *Idem*, p. 99.

⁹⁴ *Incoterms 2000*, in *Handelsgesetzbuch Großkommentar* (org. Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling e Peter Ulmer), 4ª ed., Berlin: De Gruyter Recht, 2001, § 346, nº 287.

⁹⁵ *Curso...*, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁹⁶ Se atendermos à definição de norma como “*sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada*” (destaque nosso. *Cfr.* HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed., Colecção STVDIVM, 1979, tradução de João Baptista Machado, p. 22).

mercadorias. Num segundo contrato, entre o comprador C e o vendedor D, as partes dispõem apenas que “*A entrega das mercadorias é feita EXW Incoterms 2010*”.

Em ambos os casos, a obrigação que resulta para as partes é idêntica, apenas sendo alterada a sua forma de apresentação no contrato. A diferença prende-se com o facto de, no caso da cláusula *Incoterm*, ficar claro para as partes que o conteúdo e extensão das obrigações obedecerá a um conjunto de regras internacionais, escritas em várias línguas e de fácil acesso, prevenindo-se futuros conflitos sobre a sua interpretação. É este, de resto, o princípio que presidiu à instituição dos *Incoterms* e das respectivas regras de interpretação, isto é, a garantia de segurança jurídica dos operadores do comércio internacional quanto ao sentido e extensão das cláusulas contratuais.

Concluído que os *Incoterms*, uma vez incluídos num contrato, assumem o papel de cláusulas contratuais, ainda que reduzidas a uma fórmula de três letras, haverá que verificar se podem ser consideradas cláusulas contratuais gerais, nos termos e para os efeitos da aplicação do regime das cláusulas abusivas.

B) Os *Incoterms* como (possíveis) cláusulas contratuais gerais

Em primeiro lugar, há que atender ao facto de estas cláusulas não serem elaboradas pelo proponente, mas sim por um terceiro alheio à relação contratual concreta. No entanto, este aspecto não afasta os *Incoterms* do regime legal das cláusulas abusivas. Desde logo, a Directiva não faz a distinção entre cláusulas elaboradas pelo proponente ou por terceiros. Mas fá-lo expressamente a lei portuguesa, no seu artigo 2.º, ao dispor que o artigo 1.º (âmbito de aplicação) abrange “*todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente (...) de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros*”. E é essa, de resto, a regra no ordenamento jurídico alemão, em que relevantes cláusulas contratuais gerais são elaboradas por associações privadas dos sectores bancário, dos seguros e dos transportes⁹⁷.

Em segundo lugar, o problema jurídico em questão não pode ser solucionado em abstracto, mas apenas tendo em conta os dados do caso concreto. Uma vez que o conceito de cláusula contratual geral é composto por cinco características típicas, que resultam expressamente da lei e são unanimemente apontadas pela doutrina e jurisprudência, não é

⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial, op. cit.*, pp. 575.

possível concluir *ab initio* pela qualificação de uma cláusula *Incoterm* como sendo uma cláusula contratual geral.

O facto de os *Incoterms* fazerem parte de um corpo escrito de regras, a que as partes recorrem na elaboração dos seus contratos, permite, no entanto, a análise abstracta de alguma daquelas notas típicas, o que faremos de seguida.

As cláusulas contratuais gerais, como o próprio nome indica, têm carácter geral, dado que “o seu domínio de excelência são os contratos de massa”⁹⁸, característica que é, necessariamente, partilhada pelas cláusulas *Incoterms*. Estes são elaborados por uma instituição privada que não intervém na modelação dos concretos contratos internacionais que os comerciantes celebram, mas que redige e compila um conjunto de cláusulas típicas, oferecendo-as aos operadores do comércio internacional para a sua utilização em todos os contratos internacionais de compra e venda a celebrar, com vista a satisfazer “necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia”⁹⁹.

O conceito de cláusula contratual geral é também integrado pela nota típica da indeterminação, isto é, tem de tratar-se de uma cláusula “previamente redigida para um número indeterminado de pessoas”¹⁰⁰, “quer como proponentes, quer como destinatários”^{101 102}. Característica que também pode claramente ser apontada, em abstracto, aos *Incoterms*.

No que diz respeito à pré-disposição, é evidente que esta também é, por natureza, uma característica dos *Incoterms*, uma vez que estes são preparados pela Câmara de Comércio Internacional e se encontram à disposição das partes com um conteúdo prévio e determinado. Estamos, pois, perante um dos casos em que as qualidades de predisponente e proponente não se reúnem na mesma pessoa jurídica e em que o proponente não tem sequer a possibilidade de alterar a cláusula predisposta, mas apenas a de escolher o *Incoterm* que melhor lhe convier.

⁹⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e de Boa Fé*, in ROA, Ano 60, Lisboa, 2000, p. 574.

⁹⁹ PINTO MONTEIRO, *O novo regime jurídico...*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 4

¹⁰¹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446-85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1995, p. 17.

¹⁰² Acórdão do TRP de 16-09-2002, Proc. 0250465 (Ribeiro de Almeida), in www.dgsi.pt.

Qualificados os *Incoterms* como gerais, indeterminados e predispostos, já a sua caracterização como unilaterais e rígidos depende da factualidade do caso concreto. Assim, só poderemos afirmar que o clausulado *Incoterm* foi proposto unilateralmente por um dos contraentes e foi “*adoptado em bloco por quem o subscreveu ou aceitou, sem possibilidade de alteração do seu conteúdo*”, se, analisados os dados da situação em apreço, for de entender que o aderente apenas foi confrontado com a opção de “*aceitar o clausulado predisposto (...) ou, em alternativa, não celebrar o contrato*”¹⁰³. Com efeito, a realidade do tráfico negocial diz-nos que a inclusão dos termos comerciais da Câmara de Comércio Internacional em cada negócio jurídico poderá, efectivamente, corresponder tanto a uma imposição de um proponente a um aderente como a um produto de negociação entre as partes, atentos os seus interesses individuais, o interesse comum e o fim do contrato.

Em jeito de conclusão, não podemos perfilhar, pois, a posição daqueles Autores que recusam liminarmente a qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais, mas não podemos deixar de fazer depender esta de uma apreciação *in casu*. Se e quando os dados concretos revelarem a escolha do *Incoterm* de modo unilateral, sem possibilidade de negociação ou modelação dos seus termos, essa cláusula deverá ficar sujeito ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

3.3.5. Consequências jurídicas da qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais

Tratando-se de um contrato de compra e venda internacional em que seja incluído um *Incoterm* para formar uma cláusula geral e indeterminada, predisposta rígida e unilateralmente, a consequência não será, necessariamente, a da sua exclusão do contrato. Com efeito, não quis a Directiva comunitária sobre cláusulas abusivas pôr termo à contratação *standard*, mas somente estabelecer regras claras e determinadas a cumprir pelo proponente, com vista à sua validade no caso concreto, que enunciou em termos gerais e que foram concretizadas pelas legislações nacionais.

A) Dever de comunicação

Em primeiro lugar, quis o legislador comunitário estabelecer a obrigação para o proponente de redigir a cláusula em termos claros e compreensíveis (artigo 5.º da

¹⁰³ Acórdão do TRL de 11-03-2013, Proc. 2001/12.7TJLSB.L1-6 (Vitor Amaral), *in* www.dgsi.pt.

Directiva). No entanto, é fácil de ver que este dever, interpretado apenas por referência ao elemento gramatical, seria automaticamente violado por qualquer cláusula *Incoterm*, dada a estrutura típica desta (i.e., composta por uma simples sigla típica de três letras).

Exprimiou-se com maior rigor a lei portuguesa ao estabelecer um dever de comunicação “*de modo adequado e com a antecedência necessária para que (...) se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo*” (n.º 2 do artigo 5.º), assim estabelecendo pressupostos objectivos para a consideração de uma concreta cláusula contratual geral como não sendo clara e compreensível. Deste modo, não incorrerá o proponente de uma cláusula *Incoterm* na violação do dever de comunicação apenas pelo mero facto da sua utilização, como parecia apontar a Directiva, mas apenas se, *in casu*, não conferir ao aderente um espaço de tempo que assegure a possibilidade de conhecimento da extensão do *Incoterm* proposto. Só nesse caso se deverá entender que a cláusula *Incoterm* não foi comunicada de modo apropriado e que, por conseguinte, deverá ser excluída do contrato (artigo 8.º, al. a)).

Ainda no que diz respeito ao dever de comunicação, cabe chamar a atenção para alguns elementos do n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que se revelam de especial importância no que diz respeito a este tema. A norma legal, além da utilização dos conceitos indeterminados “*de modo adequado e com a antecedência necessária*”, estabelece ainda que a extensão daquele dever depende da “*importância do contrato*” e da “*extensão e complexidade das cláusulas*”. Não há, pois, em rigor, um dever de comunicação concreto e determinado, mas múltiplos deveres de comunicação, consoante o tipo de cláusulas e de contratos que estejam em causa. Não será difícil conceder que os contratos comerciais internacionais de compra e venda que recorram aos *Incoterms* constituem negócios jurídicos de especial complexidade para o aderente que desconheça estes termos comerciais, o que determina que o proponente fique adstrito ao cumprimento de um dever de comunicação agravado. Deste modo, somos da opinião de que a celebração destes contratos deverá, pelo menos, ser precedida de uma entrega prévia da minuta do contrato ao aderente, concedendo-lhe o tempo razoável e necessário para que este possa entender o sentido do *Incoterm* ou solicitar os esclarecimentos que considere oportunos¹⁰⁴.

¹⁰⁴ No que toca ao dever de comunicação, subscrevemos a opinião enunciada no Acórdão do TRP de 23-09-2010, Proc. 1582/07.1TBAMT-B.P1 (Amaral Ferreira) e no Acórdão do TRC de 06-03-2012, Proc.

B) Dever de informação

Em segundo lugar, está o proponente adstrito a um dever de informação, o qual consiste na obrigação de prestar todos os esclarecimentos solicitados e o de informar, “*de acordo com as circunstâncias*”, sobre o alcance da cláusula *Incoterm* (v.g. o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de Outubro). Este dever de informação, que se dirige “*à efectiva compreensão do texto contratual (v.g., dos conceitos e expressões utilizados), assim como das implicações das cláusulas*”¹⁰⁵, pode, porém, revelar-se extremamente complexo para os operadores do comércio internacional, que terão de atender, necessariamente, à estrutura e dimensão do outro contraente para determinar se estão, efectivamente, legalmente obrigados a explicar o conteúdo da cláusula *Incoterm* à outra parte¹⁰⁶.

Creemos que a interpretação desta obrigação para o proponente deve revelar-se cautelosa e ponderada. Em primeiro lugar, na concretização da expressão “*de acordo com as circunstâncias*” há-de caber a consideração do âmbito em que este tipo de contratos se insere, o do comércio internacional. Por conseguinte, ainda que possa continuar a haver,

97/10.5T2SVV.C1 (Regina Rosa), todos *in* www.dgsi.pt, segundo a qual o dever de comunicação estará cumprido se o contrato for disponibilizado ao aderente, com todo o clausulado, com uma antecedência razoável que lhe permita tomar conhecimento dos termos das suas cláusulas e solicitar os esclarecimentos necessários.

No mesmo sentido abonava já PINTO MONTEIRO ao afirmar que o legislador quis “*possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência das condições gerais que irão integrar o contrato, bem como o conhecimento do seu conteúdo*” mas “*exigindo-lhe, para o efeito, também a ele, um comportamento diligente*” (Cfr. *O novo regime jurídico...*, *op. cit.*, p. 10).

Em sentido diverso enveredou, porém, o STJ, ao entender que o “*que se exige é que a parte que apresenta o contrato que inclua cláusulas contratuais gerais comunique e faça ciente a outra parte das obrigações que assume quando subscreve o contrato*” (Acórdão de 24-03-2011, Proc. 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Granja da Fonseca, *in* www.dgsi.pt). Entendimento que não merece o nosso apoio, uma vez que parece confundir, injustificadamente, as exigências de comunicação do artigo 5.º com o dever de informação do artigo 6.º, formando um dever de conteúdo muito mais amplo do que aquele que a lei quis estabelecer.

¹⁰⁵ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à lei...*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁰⁶ Neste aspecto, é paradigmática a afirmação plasmada no Acórdão do TRG de 13-04-2013, Proc. 306/10.0TCGMR.G1 (Filipe Carço), *in* www.dgsi.pt, segundo a qual o conteúdo dos deveres de comunicação e informação “*é tanto mais exigente quanto maior for a extensão, a complexidade, o carácter técnico ou, de um modo geral, a dificuldade que, objectivamente, pode resultar para o aderente comum a sua compreensão*”.

como dissemos, um proponente forte e um aderente fraco, também haverá que concluir que a um operador do comércio internacional é exigido um maior grau de conhecimento e diligência do que a um mero consumidor. Não obstante, parece-nos perfeitamente legítimo que o proponente que conheça ou deva conhecer a pequena dimensão, a fraca estrutura ou a recente entrada do aderente no comércio internacional, fique obrigado a um dever mínimo de informação sobre o alcance de uma cláusula *Incoterm*. Dever este que, naturalmente, não terá de consistir na desconstrução minuciosa do termo comercial em causa¹⁰⁷, sob pena de se frustrar o próprio fim dos *Incoterms* e de se onerar excessivamente o proponente, mas que deverá, pelo menos, resumir a obrigação principal (v.g., recolher a mercadoria na fábrica, contratar e pagar o transporte) e remeter o aderente para as regras de interpretação da CCI¹⁰⁸.

Actuando o aderente como operador do comércio internacional de longa data ou de grande estrutura, entendemos que não estará o proponente dos *Incoterms* adstrito ao dever geral de informação do n.º 1 do artigo 6.º da lei portuguesa, dado que, “*de acordo com as circunstâncias*”, não lhe é exigível a explicação das cláusulas *Incoterm*, pois não estarão em causa “*aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique*”¹⁰⁹. Já o dever de prestar os esclarecimentos solicitados (n.º 2) não poderá, em caso algum, ser afastado, e deverá ser completo e em termos compreensíveis, sob pena de se estar perante uma indução em erro do aderente que, naturalmente, terá de cominar na exclusão da cláusula *Incoterm* do contrato celebrado, nos termos da alínea b) do artigo 8.º.

A interpretação que acabámos de fazer dos artigos 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, além de legítima em atenção ao elemento literal, é também apoiada

¹⁰⁷ Excepto se tal esclarecimento for expressamente solicitado pelo aderente. Saudamos, neste ponto, a conclusão do TRP no Acórdão de 10-01-2013, Proc. 1566/11.5T2OVR-A.P1 (Pinto de Almeida), in www.dgsi.pt, nos termos da qual “*o dever de informação não impõe a obrigação de explicar cada uma das cláusulas e o seu significado, dependendo das particularidades do caso concreto e pressupondo um pedido de esclarecimentos pelo aderente*”.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, Direito Comercial, *op. cit.*, p. 800.

¹⁰⁹ Consideramos paradigmática, neste aspecto, a decisão do TRL que considerou que, sendo as Rés empresas apoiadas por gabinete jurídico e a quem foi proporcionada a leitura antecipada de todo o clausulado contratual, não era exigível ao Autor proponente explicar o conteúdo de uma cláusula contratual geral na falta de solicitação de esclarecimentos sobre a mesma (Acórdão de 06-12-2012, Proc. 2759/09.0TBVIS.L2-2 (Maria José Mouro), in www.dgsi.pt).

pelo próprio elemento sistemático. Com efeito, a própria Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril dispôs expressamente, no n.º 1 do artigo 4.º, que “*o carácter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objecto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração*”, tendo o legislador nacional aproveitado a abertura do preceito comunitário, em nossa opinião, na redacção e enunciação daqueles deveres de comunicação e informação¹¹⁰. De resto, sempre foi essa a solução dada no âmbito da determinação dos meios de interpretação do negócio jurídico pelo Direito português. Assim, não obstante a redacção genérica do actual artigo 236.º do Código Civil não concretizar os elementos da interpretação jurídica, o elemento histórico leva-nos a recorrer ao artigo 684.º do Código de Seabra, o qual dispunha expressamente que a nulidade do contrato dependeria da sua interpretação à luz dos “*seus termos, natureza e circunstâncias*”¹¹¹. Não havendo registo de que o legislador de 1966 tenha desejado retirar o sentido daquela norma, devem aqueles elementos continuar a ser tidos em conta no âmbito da aplicação da teoria da impressão do destinatário.

C) O problema do clausulado incompatível com o Incoterm escolhido

Um último problema que cabe chamar à colação prende-se com o facto de, frequentemente, os contratos de compra e venda internacional apresentarem cláusulas de conteúdo incompatível com a cláusula *Incoterm* escolhida¹¹². Neste ponto, são concebíveis duas situações distintas: *a)* o proponente insere unilateralmente no contrato uma cláusula *Incoterm* mas, em virtude de posterior negociação com o aderente, é regida uma outra cláusula contratual, que contraria o conteúdo da primeira; *b)* o proponente escolhe as duas cláusulas de conteúdo oposto e oferece-as no contrato proposto ao aderente, que as aceita.

Quid iuris?

¹¹⁰ No mesmo sentido, afirma ALMENO DE SÁ que “*saber quando é que se justifica, de facto, uma aclaração de certos aspectos do conteúdo regulativo predisposto, é sempre algo, todavia, que só poderá verdadeiramente dilucidar-se face ao condicionalismo da situação contratual em causa*” (Cfr. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª ed. revista e actualizada, Almedina, 2005, p. 62).

¹¹¹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, op. cit., p. 416.

¹¹² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial...*, op. cit., p. 328.

O problema apresentado em *a)* é expressamente resolvido pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que dispõe que “*as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais*”, pelo que a cláusula *Incoterm* verá o seu conteúdo limitado ou mesmo excluído. Já a situação *b)* é de resolução mais difícil, no caso de não haver violação de qualquer dever de informação ou comunicação. A solução deverá, ainda assim, ser a mesma, por referência às regras de interpretação dos artigos 10.º e 11.º daquela lei e do artigo 236.º do Código Civil. Com efeito, há que atender aqui à teoria da impressão do destinatário, i.e., ao sentido da declaração negocial “*que seria apreendido por um declaratário normal, ou seja, medianamente instruído e diligente, colocado na posição do declaratário real, em face do comportamento do declarante*”¹¹³, para concluir que um declaratário normal, em face daquelas duas cláusulas contraditórias, se conformaria única e exclusivamente com a que descrevesse a obrigação contratual, e já não com a que apenas fosse integrada por uma sigla típica de três letras. Solução esta que avançamos em termos gerais e abstractos mas que só poderá, naturalmente, ser confirmada por um juízo *in concreto*, em atenção à letra do contrato, às negociações prévias e contratos preliminares, bem como a todos os outros elementos de interpretação do contrato¹¹⁴.

D) Consequências para o aderente

Da classificação de *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais resulta um reforço da posição do aderente, conferindo-lhe, nomeadamente, o direito de arguir a nulidade da cláusula *Incoterm*. No entanto, não parece que os *Incoterms* possam consubstanciar alguma das cláusulas relativa ou absolutamente proibidas na acepção dos artigos 18.º e 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, de modo que apenas restará a invocação da nulidade por violação do princípio da boa-fé.

Com o que acabámos de afirmar não queremos descurar a importância deste princípio, o qual poderia ser fundamento bastante para determinar a anulação de uma cláusula *Incoterm*. Imaginemos um contrato de adesão celebrado em Fevereiro, entre uma sociedade por quotas portuguesa criada no mês anterior, que se dedica à importação de mercadorias para revenda e detém o capital social de € 500,00 (compradora-aderente), e

¹¹³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, op. cit.*, p. 223.

¹¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Forjar o Direito*, Almedina, 2015, pp. 15-17.

uma multinacional sul-coreana, de reputação internacional (vendedora-proponente), contendo o clausulado contratual o *Incoterm* EXW. Trata-se de uma situação que poderá, facilmente, violar seriamente o dever de actuar segundo a boa-fé, devendo a posição do aderente merecer da tutela do direito, não obstante o facto de a cláusula não corresponder a nenhuma das hipóteses típicas dos artigos 18.º e 19.º daquele Decreto-Lei. Será, pois, através da cláusula geral de boa-fé que poderá o aderente reagir, as mais das vezes, contra o proponente de uma cláusula *Incoterm* manifestamente desproporcionada. No entanto, a proibição de cláusulas contrárias à boa-fé, explicitamente consagrada no artigo 15.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, já resultava das regras gerais do abuso do direito e da culpa na formação dos contratos (artigos 334.º e 227.º do Código Civil, respectivamente), pelo que a utilidade daquela primeira norma fica substancialmente reduzida.

Apesar do exemplo referido pretender demonstrar um caso em que as cláusulas *Incoterms* possam ser consideradas atentatórias da boa-fé, certo é que, se forem cumpridos os deveres de informação e comunicação nos termos propostos, o argumento da violação do princípio da boa-fé fica substancialmente enfraquecido. Com efeito, se o proponente conferir a possibilidade de conhecimento do conteúdo do *Incoterm* proposto, em cumprimento dos artigos 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, cremos que não poderá depois o aderente escudar-se na boa-fé para arguir a nulidade da cláusula.

Em conclusão, a consequência mais significativa da qualificação dos *Incoterms* como cláusulas contratuais gerais, do ponto de vista do aderente, não será tanto a possibilidade de arguição da sua nulidade pelo seu carácter abusivo, mas a de poder exigir o cumprimento efectivo dos deveres de informação e comunicação por parte do proponente, sob pena de lhe ser conferido o direito a obter a exclusão do *Incoterm* escolhido do contrato.

E) Consequências para o julgador

O julgador é, a par do proponente, o sujeito mais afectado pela qualificação que propusemos, a qual cremos que pode ser determinante na decisão do mérito da causa.

Em primeiro lugar, confrontando-se o tribunal com um contrato de compra e venda internacional contendo uma cláusula *Incoterm* que preencha os requisitos das cláusulas contratuais gerais, terá que analisar, desde logo, se os deveres de comunicação e informação foram pontualmente cumpridos pelo proponente, nos termos que expusemos,

concluindo pela exclusão do *Incoterm* na eventualidade de violação das normas legais que os consagram (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro).

Determinada a exclusão da cláusula, não termina a responsabilidade do tribunal, que terá ainda de recorrer às normas supletivas aplicáveis, bem como às regras de interpretação dos negócios jurídicos, para determinar o regime contratual da transmissão da propriedade dos bens no caso concreto e “reconstruir” o contrato.

Em segundo lugar, somos da opinião que a consequência mais gravosa poderá não ser para o tribunal que se depare, directamente, com um contrato de adesão internacional contendo uma cláusula *Incoterm*, mas talvez para o que seja confrontado com a decisão de rever, confirmar ou reconhecer uma sentença estrangeira. Com efeito, dispõe o artigo 980.º, alínea f) do Código de Processo Civil que um dos requisitos para a confirmação de sentença estrangeira é que esta “*não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português*”, redacção que é idêntica à do artigo 56.º, n.º 1, alínea b), subalínea ii) da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (Lei da Arbitragem Voluntária).

Por outro lado, considerando o crescente recurso à arbitragem internacional nos litígios que envolvam os contratos em apreço, bem como o facto de serem 155 os Estados signatários da Convenção de Nova Iorque (1958), sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras^{115 116}, a sua aplicação será frequente. Por conseguinte, terão os julgadores desses países de aplicar a alínea b) do n.º 2 do Artigo V da Convenção, que lhes confere a possibilidade de recusar o “*reconhecimento e execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar (...) que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país*”.

Não se prendendo o objecto da nossa exposição com a análise do sentido e alcance destas normas, apenas faremos algumas considerações que consideramos pertinentes para este tema, enunciando em termos gerais o problema jurídico daí decorrente.

Há que atender, desde logo, ao facto de aos mencionados preceitos estar subjacente o conceito de ordem pública internacional, cuja densificação tem sido discutida

¹¹⁵ <http://www.newyorkconvention.org/countries>

¹¹⁶ Aprovada, em Portugal, pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, de 18 de Outubro

além-fronteiras, mas que se pode resumir no conjunto de “*princípios ou normas jurídicas de direito positivo que integram e protegem os valores fundamentais de ordem ética, económica ou social própria da comunidade do estado recipiente de que este não abdica de ver respeitados*”¹¹⁷.

Em face desta definição, ainda que imperfeita, bem como da redacção das normas, surge no nosso caso um novo problema jurídico. Não tomando posição, limitamo-nos a conceder a hipótese de, ofendendo a escolha do *Incoterm* o princípio da boa-fé ou violando o proponente as obrigações de comunicação e informação impostas pela Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, nos termos expostos, poderemos estar perante uma situação de ofensa grave e de tal modo relevante a normas ou princípios jurídicos fundamentais, que se justifique a recusa do reconhecimento da sentença estrangeira que os tenha ignorado.

¹¹⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *A Ordem Pública na Arbitragem*, in ROA, Ano 74, Lisboa, 2014, p. 40.

CONCLUSÃO

Pretendemos demonstrar, ao longo desta exposição, que a qualificação dos *Incoterms* como usos mercantis ou cláusulas contratuais gerais constitui um problema jurídico de extrema relevância. Mais ainda, o percurso a percorrer para a sua solução é longo e complexo, e as consequências para quem a ignore podem revelar-se graves, sobretudo quando o caso concreto seja submetido à apreciação dos tribunais.

No que diz respeito à consideração dos *Incoterms* como usos mercantis, apoiámo-nos no entendimento maioritário da doutrina portuguesa e dos Autores estrangeiros, também acolhida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, mas não pudemos deixar de explanar algumas reservas. Com efeito, cremos ser errado atribuir, sem mais, o carácter de práticas reiteradas aos *Incoterms*, sobretudo tendo em conta a revisão decenal a que os mesmos têm vindo a ser sujeitos. No entanto, na procura de uma resposta rigorosa – e sem prejuízo de a qualificação só poder ser avançada em face de cada caso concreto –, avançámos dois exemplos de *Incoterms* que podem, em determinadas condições, ser considerados usos do comércio internacional: são eles os termos EXW e FOB.

A qualificação dos termos do comércio internacional como cláusulas contratuais gerais revela-se ainda mais importante e complexa, pelo que nos surpreende o facto de, cumprindo o Decreto-Lei n.º 446/85 mais de 30 anos de existência, o debate sobre o problema em apreço se revelar quase inexistente entre nós. Aproveitando a inércia dos Autores portugueses, também partilhada noutros ordenamentos, avançámos os critérios que, em face das normas e do sistema jurídico, devem ser seguidos na procura de uma resposta completa e rigorosa. Critérios esses que estão expressa e claramente elencados na Directiva comunitária e na Lei das Cláusulas Contratuais que a transpôs, e que se traduzem nas cinco características típicas que qualquer cláusula contratual geral terá, necessariamente, de preencher. Se e quando, em cada situação concreta, aqueles elementos se concretizem, a resposta ao problema não poderá deixar de ser afirmativa.

Por fim, com vista a demonstrar a utilidade prática do nosso estudo, não pudemos deixar de enunciar e densificar as consequências resultantes das nossas conclusões, para proponentes e aderentes, bem como o problema prático que pode levantar em sede de reconhecimento de sentenças de tribunais estrangeiros, sejam estes estaduais ou arbitrais.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9ª ed., Almedina, 2013
- ALVAREZ-MANZANEDA, Rafael Rojo, *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, in *Tratado de contratos* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano *et. alii.*), Vol. 2, 2013
- ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, 1ª ed., Coimbra Editora, 2013
- ANTUNES, José Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2015
- ASCENSÃO, José de Oliveira,
Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil, in RFDUFP, Vol. 39, 2003
Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e de Boa Fé, in ROA, Ano 60, Lisboa, 2000
- BARROCAS, Manuel Pereira, *A Ordem Pública na Arbitragem*, in ROA, Ano 74, Lisboa, 2014
- BASEDOW, Jürgen, *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*, in *An Economic Analysis of Private International Law* (org. Jürgen Basedow e Toshiyuki Kono), Mohr Siebeck, 2006
- BORGIA, Alessandra, *Gli Incoterms della Camera di Commercio Internazionale nella Nuova Edizione 1990*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno XXVII – N. 1, CEDAM, 1991
- BRITO, Maria Helena, *Direito do Comércio Internacional*, Almedina, 2004
- BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2006
- CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL,
Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, publ. ICC Publishing, Paris, 1993
Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publishing, Paris, 1992
The ICC Model International Sale Contract (Manufactured Goods), 2013 Revision
- CARAVACA, Alfonso Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Ley aplicable al contrato internacional*, in *Curso de Contratación Internacional*, Editorial Colex, 2006

- CARR, Indira, *International Trade Law*, Fourth Edition, Taylor & Francis, 2010
- CLARO, Rui, *As condições e circunstâncias do pagamento do preço no contrato de compra e venda internacional à luz das regras da Convenção de Viena e das disposições dos INCOTERMS*, dissertação de Mestrado, Coimbra, 2013
- COLLAÇO, Isabel Magalhães, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado*, Vol. I, Lisboa: Editorial Império, 1954
- CORDEIRO, António Menezes,
Direito Comercial, 3ª ed. revista e actualizada, Almedina, 2012
Introdução ao Direito dos Transportes, in ROA, Ano 68, Lisboa, 2008
- CORDERO-MOSS, Giuditta, *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press, 2014
- CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial*, 1º Vol., AAFDL, 1987
- CORREIA, Miguel Pupo, *Direito Comercial*, 6ª ed. revista e actualizada, Ediforum, 1999
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 4ª ed., Coimbra Editora, 1984
- COSTA, Mário Júlio de Almeida e CORDEIRO, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446-85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1995
- DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000
- EISEMANN, Frédéric e DERAIS, Yves, *La pratique des Incoterms*, 3^e édition, E. J. A. Jupiter, 1988
- FAVARO, Maurizio, *I trasporti internazionali – Assicurazioni, Incoterms, imballaggi, convenzione e logistica*, IV Edizione, IPSOA, 2009
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 3.ª ed. revista e actualizada, Universidade Católica Editora, 2001
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Forjar o Direito*, Almedina, 2015
- GONÇALVES, Luís da Cunha, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1924
- GOODE, Roy, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publishing, Paris, 1992
- GOURION, Pierre-Alain, *et. alii, Droit du commerce international*, 4^e édition, Paris: LGDJ, 2008
- JÚNIOR, Eduardo dos Santos, *Sobre o conceito de contrato internacional*, in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Almedina, 2005

- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed., Coleção STVDIVM, 1979, tradução de João Baptista Machado
- LEHR, Wolfgang, *Die neuen Incoterms 2000*, in *Versicherungsrecht*, Jahrgang 51, 2000
- LIMA, Fernando Pires e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 1987
- KOLLER, Ingo, *Incoterms 2000*, in *Handelsgesetzbuch Großkommentar* (org. Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling e Peter Ulmer), 4ª ed., Berlim: De Gruyter Recht, 2001
- MAINGUY, Daniel, *Les opérations commerciales du commerce international*, in *Droit du Commerce International* (org. Jacques Béguin e Michel Manjuq), Paris: Litec, 2005
- MONTEIRO, António Pinto,
Contratos de Distribuição Comercial, Almedina, 2009
Contratos de Adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, in *ROA*, Ano 46, Lisboa, 1986
O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais, in *ROA*, Ano 62, Lisboa, 2002
- MOTA, Carlos Esplugues, *Compraventa Internacional*, in *Derecho del Comercio Internacional* (org. Jose Carlos Fernandez Rozas), Madrid: Eurolex, 1996
- MOUSSERON, Jean Marc, *et alii, Droit du commerce international – Droit international de l’entreprise*, Paris: Litec, 1997
- PINA, Carlos Costa, *Créditos Documentários*, Coimbra Editora, 2000
- PINHEIRO, Luís de Lima,
Incoterms - Introdução e traços fundamentais, in *ROA*, Ano 65, Vol. II, 2005
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*, Almedina, 2006
Incoterms – Introdução e traços fundamentais, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de Adesão – Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in *RDES*, Ano XX, Atlântida Editora, 1973
- PONT, Manuel Broseta, *Manual de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Tecnos, 1991

- SÁ, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.^a ed. revista e actualizada, Almedina, 2005
- SANTOS, António Marques dos, *As Normas de Aplicação Necessária e Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, I Volume, Coimbra: Almedina, 1991
- SCHMITTHOFF, Clive M., *Schmitthoff's Export Trade*, Ninth Edition, London: Sweet & Maxwell, 1993
- SOARES, Maria Bento e RAMOS, Rui Moura, *Contratos Internacionais*, Almedina, 1986
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Das condições gerais dos contratos e da Directiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in *O Direito*, Ano 127, 1995
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10^a reimp. da 10^a ed., Almedina, 2013
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos atípicos*, Coimbra, 1995
- ZUNARELLI, Stefano e PINTO, Michele M. Comenale, *Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti*, CEDAM, 2009
- ZUNARELLI, Stefano e TELLARINI, Greta, *La vendita a condizione FOB*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'Economia*, Volume Ventiquattresimo, CEDAM, 1999
- UNDP, *Shipping and Incoterms – Practice Guide*, UNDP Practice Series, 2008
- URÍA, Rodrigo e MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II, Madrid: Civitas, 2001

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão de 09-06-2011, Processo n.º C-87/10 (Relator: Endre Juhász), *in* curia.europa.eu

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 05-07-2007, Processo n.º 07B1944 (Relator: João Bernardo), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 24-03-2011, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Relator: Granja da Fonseca), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 20-09-2011, Processo n.º 7199/07.3TBMTS.P1.S1 (Relator: Martins de Sousa), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 31-01-2012, Processo n.º 13/2002.L1.S1 (Relator: Salreta Pereira), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 22-09-2016, Processo n.º 2561/14.8T8BRG.G1.S1 (Relator: Salazar Casanova), *in* www.dgsi.pt

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 16-09-2002, Processo n.º 0250465 (Relator: Ribeiro de Almeida), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 23-09-2010, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1 (Relator: Amaral Ferreira), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 10-01-2013, Processo n.º 1566/11.5T2OVR-A.P1 (Relator: Pinto de Almeida), *in* www.dgsi.pt

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 06-03-2012, Processo n.º 97/10.5T2SVV.C1 (Relatora: Regina Rosa), *in* www.dgsi.pt

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 25-05-2006, Processo n.º 8166/2005-6 (Relatora: Fernanda Isabel Pereira), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 23-11-2011, Processo n.º 5849/04.2YXLSB.L1-2 (Relatora: Teresa Albuquerque), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 06-12-2012, Processo n.º 2759/09.0TBVIS.L2-2 (Maria José Mouro), *in* www.dgsi.pt

Acórdão de 11-03-2013, Processo n.º 2001/12.7TJLSB.L1-6 (Relator: Vítor Amaral), *in* www.dgsi.pt

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 13-04-2013, Proc. 306/10.0TCGMR.G1 (Relator: Filipe Carço), *in* www.dgsi.pt