

DIREITO MARÍTIMO — UMA PERSPECTIVA (*)

Pelo Dr. Mário Raposo

1

...Um direito quase — judicial

1.1. Ao ser ouvida, em 1973, sobre a projectada criação de uma Associação Portuguesa de Direito Marítimo fez a Ordem um esquemático levantamento das carências da época ⁽¹⁾. A exemplo do que acontecia com idênticas associações de outros países, poderia ela vir a ser um centro de estudos e de documentação, e ajudaria a uma troca interna e transnacional de conhecimentos, avivando o interesse por esse espaço do Direito, «fora do circunstancial impulso do caso forense a enfrentar a curto prazo».

O certo é que a Associação ficou nas intenções e o negativo estado de coisas de então mantém-se intocado; é de pôr, no entanto, a melhor expectativa na *Associação* que, em 1982, se constituiu, aliás com o disponível (mas não suficiente) apoio

(*) Tópicos para uma conferência feita na Ordem dos Advogados em 7 de Abril de 1983. Não se propõem, pois, ser um estudo definitivo.

⁽¹⁾ O respectivo parecer, de que fomos relator, e que o Conselho Geral aprovou em 20 de Julho desse ano, está publicado na *Rev. da Ordem dos Advogados*, ano 33, p. 653.

da Ordem; ponto será que as possibilidades que com ela se abrem venham, efectivamente, a ser rentabilizadas (2).

É, na verdade, sabido que, em Portugal, e com cada vez mais esporádicas ressalvas, o direito marítimo nunca alcançou uma significativa dimensão doutrinal; e mesmo os pátrios recursos conseguidos até aos anos 50 estão quase que por completo ultrapassados; para isso terá decisivamente contribuído a inexistência de uma tradição *universitária* sistematizada (3).

Entretanto, com leis frouxas ou desactualizadas e com uma (pelo menos hoje) muito precária elaboração dogmática, a vida corre e os tribunais não podem denegar justiça. E, por assim ser, dir-se-á que o direito marítimo, no plano da indagação doutrinal, se confina agora à que resulta da actividade dos tribunais; por entre a floresta de dificuldades com que se confrontam os juízes e advogados (4) vão modelando soluções, e o que assim decidem e argumentam nem motivará, por regra, substancial reparo. É neste sentido, e apenas nele, que não será excessivo afirmar que o Direito Marítimo está entre nós a ser

(2) Até para que não lhe suceda o que aconteceu com a *Secção de Direito Marítimo e Aéreo da Associação Jurídica* — que resultara, em 1964, da fusão da Associação Jurídica de Braga, da Sociedade Jurídica Portuense e da Sociedade Jurídica Lisbonense. Estivemos na sua fase inicial (*Rev. de Direito Marítimo*, n.º 11, Fev. de 1965, p. 64). Mas a *Secção* viveu quase que exclusivamente do empenhamento de Victor Nunes e com ele viria a morrer.

(3) Cfr., por ex., Victor Nunes, *A grave falta do estudo do Direito Marítimo nas Universidades Portuguesas*, na *Scientia Juridica*, n.º 120-121, Jan.-Abril de 1973, p. 149.

(4) E, claro está, com especial relevo, os professores de Direito, através dos *pareceres* que emitem. Assim, entre outros, o de Mota Pinto sobre a «distinção, em direito marítimo, entre salvação e assistência de navios e recolha de achados», na *Rev. de Direito e de Estudos Sociais*, XV, n.º 1-2, Jan-Junho de 1968, p. 220. Nele se ressalta, liminarmente, a apontada escassez ou inexistência total, no nosso meio, de «trabalhos doutrinários ou decisões judiciais sobre a maioria das instituições de direito marítimo». A constatação então feita (há cerca de duas dezenas de anos, já que o Ac. do S.T.J. sobre a questão sujeita foi de 3-11-1967 e o *parecer* havia sido junto ao processo «antes do julgamento na 1.ª instância») agravou-se quanto aos *trabalhos doutrinários* e evoluiu positivamente quanto às *decisões judiciais*.

um direito *quase-judicial*; a *doutrina* vai despontando do somatório de decisões dos tribunais, elas próprias tributárias do esforço pessoal dos juizes e do carrear de razões aduzidas pelas partes. Não será, obviamente, de falar num sistema de *precedentes* vinculativos, em estilo anglo-saxónico; mas o *refrescamento* da ordem jurídica é, sem dúvida, agora feito à custa do mérito intrínseco que a actividade processual possa proporcionar (5).

Ninguém pensará, por certo, que isso bastará, sobretudo para definir diferentes ritmos e horizontes; os tribunais enfrentam *casos* — os *casos* que perante eles são postos. Nem os podem, de sua iniciativa, *inventar* nem transcender a moldura do direito constituído. De qualquer modo, é a essa *elaboração* que hoje estamos atidos.

1.2. Afigura-se, assim, de começar por analisar, como que a benefício de *amostragem*, alguns dos acórdãos do S.T.J. mais recentemente recolhidos no prestante *Boletim do Ministério da Justiça*. Nem sempre será uma análise de concordância; mas até a própria discordância significará homenagem; só se discorda do que se quis conhecer, e querer conhecer é já uma forma de reconhecer valia.

(5) Estamos a pensar, predominantemente, no direito *comercial* marítimo mas a observação valerá para o direito *administrativo* marítimo, para o direito *penal* marítimo, para o direito do *trabalho* marítimo, etc. Quanto ao *Direito do Mar* (entendido, *grosso modo*, como o direito internacional público marítimo) já será reconhecível uma produção doutrinal qualificada e actualizada. No que respeita ao direito *comercial* marítimo, a actividade judicial — porque «condenada» a colmatar lacunas ou imprecisões da lei *nacional* ou espaços vazios da doutrina (designadamente na exegese dos textos *internacionais*) — ganha especiais contornos de *autoridade*, não apenas na perspectiva *normativa* a que, por ex., aludiu Carbonnier (*Droit Civil*, I, 10.^a ed., p. 155), mas de igual passo numa perspectiva de elaboração *conceitual*. Isto quanto a qualquer actividade judicial *publicada*, mesmo, portanto, fora do plano dos assentos e dos acórdãos *especiais* do art. 728.^o, n.^o 3, do Cód. Proc. Civil.

1.3. No Ac. de 29-5-1980 (*) fixou-se o conceito de *armazém* na cláusula *all risks*, em seguro marítimo (... o cais não é armazém nem lugar de armazenagem...). A fundamentação, exemplarmente eficaz, firma-se no «entendimento internacional usado nos contratos de seguro de mercadorias».

Mas não colidirá esse apelo com a regra geral do art. 3.º, n.º 1, do Código Civil, que apenas consente se atenda aos «usos» — na acepção de «costumes de facto» — *quando a lei o determine*, o que não era a hipótese? É evidente que não; está-se, com efeito, perante uma *cláusula contratual*; ora seja ou não matéria de direito a interpretação das declarações negociais (7), não resta, pelo menos, dúvida que será apreciável em recurso de revista a correspondência exigida pelo art. 236.º, n.º 1, do Código Civil entre as declarações produzidas pelas partes e o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, pudesse deduzir (8). Deste tendencial objec-

(*) B.M.J., 297, p. 381.

(7) Pires de Lima — Antunes Varela, *Cód. Civil Anotado*, I, 2.ª ed., 1979, p. 208.

(8) Cfr., por ex., Ac. do S.T.J. de 12-12-1975, no B.M.J., 252, p. 144. Em arestos mais recentes, o S.T.J. fixou-se em que a intenção das partes, ao celebrarem um acto jurídico, e a interpretação das cláusulas dos contratos, constituem matéria de facto, da exclusiva competência das instâncias; mas o S.T.J. pode exercer censura sobre se, na interpretação das cláusulas contratuais, foi observado o disposto nos artigos 236.º, n.º 1, e 238.º, n.º 1, do Cód. Civil (assim, Ac. de 6-7-1982, no B.M.J., 319, p. 376). Em plano análogo ao do Ac. de 29-5-1980, o S.T.J. veio a interpretar a cláusula «Fob and Stowed» em conformidade com o «entendimento generalizado do sector internacional respectivo» (Ac. de 18-2-1982, no B.M.J., 314, p. 288); isto porque «não tendo sido alegados (nem provados) factos tendentes a esclarecer quanto à vontade real dos outorgantes ao aceitá-la, a interpretação terá de ser feita segundo a regra do n.º 1 do artigo 236.º do Código Civil». E ponderou: «Assim — fundamentalmente — o que interessa é determinar qual o sentido que *declaratórios normais*, colocados nas posições (dos contraentes), poderiam dar a tal cláusula. Sucede, porém, que, no que a tanto respeita, os *declaratórios normais* têm de vir a ser encontrados entre aqueles, no mundo internacional do comércio marítimo, que usam habitualmente introduzir nos seus contratos cláusulas *nominadas* e do tipo da que se discute, embora muitas delas com conteúdo e significado diferentes. O que implica uma indagação, não só

tivismo interpretativo advirá a necessidade de indagar qual o sentido em que uma certa cláusula contratual é internacionalmente tomada; precisa Sérgio Ferrarini que as condições gerais do seguro «são normas contratuais» (9) e daí a pertinência da

quanto aos usos internacionais em tal matéria, mas também quanto à recolha que, de tais usos e do seu alcance, tem vindo a ser feita pela doutrina jurídica dos vários países. Mas essa indagação, que afinal se traduz na determinação do direito consuetudinário internacional sobre a matéria (o n.º 1 do artigo 348.º do Código Civil, ao falar de direito consuetudinário estrangeiro não exclui a hipótese dos usos e costumes internacionais) há-de competir em primeiro lugar a quem o invoca. Isto, sem prejuízo de o tribunal procurar officiosamente obter o respectivo conhecimento». Ao critério desta forma adoptado pelo S.T.J. haverá a observar não ser pertinente a alusão ao citado n.º 1 do art. 348.º, já que não se trataria de fazer apelo a direito consuetudinário *estrangeiro*, para o *aplicar* — o que é a situação prevista no preceito. Não estava em questão o direito consuetudinário de qualquer país *determinado*, mas o «consenso internacional» (como, aliás, se refere na parte final do Ac.) formado sobre o entendimento de certa cláusula contratual. Nessa medida, se a decisão está certa, a fundamentação não o estará. Repare-se, de resto, que a determinação do sentido da cláusula é apolada, ao que decorre do Ac., num parecer de Mota Pinto «em que é feito um estudo... acerca daquilo que... tem vindo a ser entendido na doutrina jurídica, com destaque para consagrados autores portugueses (tais como Azevedo Matos, Adriano Antero e Vítor Pereira Nunes) e autores estrangeiros (tais como o belga...; os franceses...; os ingleses...; e o alemão...)». Ora, como é óbvio, os elementos assim carreados não serão de enquadrar na moldura do n.º 1 do art. 348.º que, reafirma-se, alude a um *direito consuetudinário estrangeiro* especificamente definível e não ao critério *internacional* formado sobre um *uso interpretativo*; cfr. *infra*, nota (9).

(9) As condições gerais do seguro «rappresentano norme contrattuali da essere interpretate secondo i principi, che regolano la interpretazione dei contratti» (em *Le assicurazioni marittime*, 2.ª ed., 1981, p. 15). E ainda: «se discute se le condizioni generali di contratto costituiscono fonti normative, ma l'opinione prevalente è che si tratti di mere fonti di cognizioni» (*id.*). Sobre este ponto, v. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, I, 4.ª ed., 1982, p. 235. A distinção entre usos *normativos* e usos *interpretativos* aludia já Garrigues (*Instituciones de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., 1952, p. 508): «Los usos convencionales son de alta significación en este Derecho (marítimo). La contratación de formulario (...) favorece la repetición de las mismas cláusulas y el empleo de expresiones abreviadas, signos y palabras, cuya significación sólo a través del uso

invocação dos «usos convencionais» decorrentes da prática seguradora. Aliás o mesmo se passará nos outros contratos (quase todos eles) em que, na prática comercial marítima, existem «entendimentos internacionais», se não inalteráveis, pelo menos correntes; assim, designadamente, em matéria de fretamento (10). São tradicionais as cartas — partidas *tipo*, estabe-

puede alcanzarse. Todo el derecho marítimo está penetrado de usos convencionales, impuestos generalmente por la práctica inglesa en todos los puertos del mundo. Tal es el caso de la interpretación usual de las cláusulas CIF, CAF, FOB, *option* (...), *berth terms* (...), *free stevedore* (...), *ignoro peso y contenido* (...), *lawful merchandises* (...), etc.». Será nesta medida que podem (e devem) ser chamados à colação, em direito marítimo, os usos e costumes internacionais; não obstante as alterações legislativas desde então ocorridas, manterá actualidade, *mudando-se o que deva ser mudado*, o que Viegas Calçada ponderou em *Invocação dos usos e costumes internacionais em direito marítimo* (parecer escrito em 1965 mas só publicado, na *Rev. dos Tribunais*, em 1968 — ano 86, p. 339). Diz, assim, Viegas Calçada a dado passo: «E para mim evidente que B não aludiu aos usos e costumes internacionais para actuarem no caso como direito subsidiário, com o fim de se decidirem por eles as divergências suscitadas, mas simplesmente como exemplo da maneira por que são entendidos e executados em países estrangeiros contratos desta natureza (...). Não são, portanto, os usos e costumes que atribuem, como normas de direito, o exclusivo das operações aos corretores oficiais ou particulares, mas sim os próprios textos dos contratos».

(*) E não só, como é óbvio. Um exemplo será o do contrato de construção naval, em que a standardização é a regra, designadamente quanto à exoneração ou limitação da responsabilidade do construtor. Com base no art. 1643.º do Cód. Civil («le vendeur est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie»), entende a jurisprudência francesa que tais cláusulas de irresponsabilidade ou de responsabilidade mitigada são sempre *nulas*; isto porque o construtor é considerado como *conhecedor* do vício oculto; «le chantier naval en cette qualité, étant considéré comme ayant livré sciemment un navire défectueux ne peut par suite invoquer à son profit les clauses qui limiteraient sa réparation ou qui l'exonéreraient de sa responsabilité» — Anne Chemel, *La responsabilité du constructeur naval en cas de vice caché*, em *Le Droit Maritime Français* (D.M.F.), 396, Dez. de 1981, pp. 707 e segs., *maxime* p. 710. Uma orientação jurisprudencial tentou, segundo refere Anne Chemel, validar as cláusulas quando o cliente seja, ele próprio, um *professional*; assim um *armador*. Mas «la jurisprudence hésite à franchir

lecidas pelas *conférences* marítimas; assim a *Baltimé* domina no fretamento a tempo e a *Gencon* no fretamento por viagem ⁽¹¹⁾. Só que o «entendimento» de certas cláusulas não é uniforme, até porque muitas delas são obscuras ou ambíguas ⁽¹²⁾; a isso acrescerá a progressiva limitação que à «soberania» dispositiva das *conférences* está a ser feita, como adiante mais detidamente se precisará; finalmente, é de sublinhar a generalizada tendência para refrear certos aspectos agressivos do fenómeno da *estandardização* contratual ⁽¹³⁾.

le pas», o que tem sido considerado prejudicial à economia francesa (est. cit., p. 711), já que na generalidade dos outros países tais cláusulas são, em princípio, válidas, apenas diferindo os critérios de apreciação; a maioria entende que ao construtor não poderá ser imputável dolo ou culpa grave; na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos as cláusulas devem ser «justas e razoáveis», e na Alemanha Federal não devem colidir com regras de ordem pública nem com interesses legítimos dos clientes (est. cit., p. 711).

⁽¹¹⁾ Cfr., por ex., Rodière, *Traité Général de Droit Maritime*, «Affrètements et transports», I, 1967, p. 79.

⁽¹²⁾ Sobre a dificuldade de entendimento de algumas cláusulas v., por ex., as resultantes da expressão «proved damages» da cláusula 21 da carta — partida *Gencon* (Patrick Simon, *Essai d'interprétation des clauses obscures ou ambigües des chartes — parties*, em D.M.F., 349, Jan. de 1978, p. 42).

⁽¹³⁾ A *padronização* ou *estandardização* das cláusulas contratuais, dando lugar ao que, sob influência alemã, tem sido designado por *condições gerais dos contratos*, corresponde o que, por inspiração francesa, tem sido chamado de *contratos de adesão*. «O fenómeno produz-se em múltiplos domínios, por exemplo, o dos seguros, o dos transportes aéreos, marítimos e terrestres, de pessoas ou mercadorias, o das operações bancárias, o da venda ou aluguer de bens dos mais diversos tipos, o dos fornecimentos de água, gaz e electricidade» (Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 3.ª ed., 1979, pp. 196 e segs.). Poder-se-á dizer, *grosso modo*, que, em direito marítimo, as condições gerais dos contratos correspondem mais à figura dos *contratos-tipo* do que à dos *contratos normativos*; os primeiros serão previamente negociados pelas associações representativas dos interesses e os segundos unilateralmente impostos. A terminologia não deixa, entretanto, de sofrer de uma certa inflexidez. Diz a este respeito Mota Pinto (*Contratos de adesão*, na *Rev. de Direito e Estudos Sociais*, XX, n.º 2-3-4, Abril-Dez. de 1973, pp. 119 e segs., *maxime* p. 127), referindo-se, precisamente, às *condições gerais*

1.4. Decide o acórdão do S.T.J. de 25-7-1978 ⁽¹⁴⁾ uma questão de inegável relevo: a de saber se, para efeitos da limitação da responsabilidade do transportador ⁽¹⁵⁾, nos termos do n.º 5 do art. 4.º da Convenção de Bruxelas sobre conhecimentos, um *contentor* constitui um só *volume* ou *unidade*. E o relevo da questão é o seguinte: se a resposta for afirmativa a responsabilidade do transportador pelo dano ou pelo desaparecimento das mercadorias arrumadas no contentor estará limitada a 12 500\$00 (§ 1.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 37 748, de 1-2-1950), se outro valor não constar do conhecimento. Da resposta negativa resultará a *multiplicação* desse limite pelo número de *volumes* ou *unidades* arrumadas no contentor. Assim no caso do acórdão: a 1.ª instância, que respondeu negativamente, atribuiu uma indemnização de 409 100\$00; a Relação e o S.T.J., optando pela afirmativa, restringiram-na a... 12 500\$00.

Parece certa esta solução.

É de supor (embora o Ac. o não precise) que o contentor era do carregador, não sendo fornecido pelo transportador; ao carregador era facultado, mesmo para aquém da menção da *natureza* e *valor* das mercadorias a que alude aquele n.º 5 do art. 4.º da *Convenção*, fazer consignar no conhecimento o número de *volumes* ou *objectos* transportados (al. b) do n.º 3

resultantes duma actuação negocial prévia de associações profissionais de fornecedores e de utentes: «É o caso, por exemplo, das estipulações vigentes no domínio do seguro marítimo, resultantes de uma negociação entre entidades representantes dos seguradores e organizações de armadores, a nível internacional». O mesmo ocorre nas *conférences*, a que adiante aludiremos. Para simplificação de terminologia empregaremos então a expressão *contratos-tipo*.

⁽¹⁴⁾ B.M.J., 279, p. 211.

⁽¹⁵⁾ O texto francês, que é o único texto oficial da *Convenção* (Francesco Berlingieri, *La disciplina della responsabilità del vettore di cose*, 1978, p. 13, em nota), usa a expressão «transporteur», a que deveria corresponder, na versão oficial portuguesa, a de *transportador* — e não a de *armador*, como acontece (assim, desde logo, na al. a) do art. 1.º). O erro é patente, até porque o *afretador* não é o *armador* mas o que com este contrata o fretamento, que lhe permite, depois, celebrar o contrato de transporte, no quadro de um fretamento em «time charter».

do art. 3.º da *Convenção*). Como diz Michel Pourcelet ⁽¹⁶⁾: «Quando o carregador efectuou ele próprio o carregamento no contentor, por exemplo 25 aparelhos de televisão, deve especificar ao transportador, aquando da entrega do contentor, que o contrato de transporte respeita a um contentor no interior do qual se encontram 25 aparelhos de televisão; nesta hipótese, cada aparelho de televisão constitui um volume ou unidade. De igual forma, quando o carregamento é feito num contentor pelo transportador, relativamente a mercadorias de um só ou de vários carregadores, o contentor não deve ser considerado como um só volume». Neste sentido decidiu, em 22-10-1976, a *Cour d'Appel* de Ruão: «Para o cálculo da limitação da responsabilidade do transportador marítimo, o contentor deixa de ser assimilado a um único volume quando os elementos nele arrumados forem objecto duma individualização suficiente, resultante da inserção desses elementos no conhecimento» ⁽¹⁷⁾.

Foi a *Convenção* parcialmente alterada pelo Protocolo de Bruxelas de 1968 (Regras de Visby), ainda não ratificado por Portugal ⁽¹⁸⁾. E uma dessas alterações recaiu exactamente no n.º 4 do art. 5.º da *Convenção*, integralmente substituído. Mas a solução é, em termos práticos, a agora exposta.

Entretanto, e obviamente, o limite da responsabilidade foi consideravelmente elevado, passando a ser de 10 000 francos por volume ou unidade; o «franco» corresponderá a 65,5 miligramas de ouro, com o título de 900/1000 de ouro fino (franco *Poincaré*). O reclamante pode optar entre este limite e o de 30 francos *Poincaré* por cada quilograma do peso bruto das mercadorias perdidas ou danificadas.

É de ponderar que o limite de 12 500\$00 estabelecido pelo § 1.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 37 748 é hoje irrisório, repercutindo um dos muitos aspectos da insensibilidade do nosso legislador perante a erosão monetária; não se compreende,

⁽¹⁶⁾ *Le transport maritime sous connaissement...*, 1972, p. 141.

⁽¹⁷⁾ D.M.F., 1977, p. 340.

⁽¹⁸⁾ Ao que adiante nos referiremos.

aliás, por esta e por outras razões, que o *Protocolo* não tenha sido ratificado ⁽¹⁹⁾.

1.5. À generalidade dos acórdãos do S.T.J. sobre transporte marítimo de mercadorias não haverá, de resto, de fazer reparo: é o caso, por exemplo, dos de 25-7-1978 ⁽²⁰⁾ e de 3-10-1980 ⁽²¹⁾.

Em relação ao primeiro haveria, quando muito, de observar não ter sido feliz o apelo argumentativo, feito na fundamentação, à lei francesa de 1936. A questão posta era a de saber *quando se inicia* o contrato de transporte marítimo, no âmbito da aludida Convenção de Bruxelas de 1924. Fora o caso de um contentor, fornecido pela transportadora, se ter rompido ao ser içado para bordo por uma grua portuária, perdendo-se parte da mercadoria. Entendeu, e bem, o S.T.J. que o sinistro se dera já na fase do transporte marítimo. Só que, para assim concluir recorreu, no essencial, à exegese que em França se fez daquela lei de 1936: a mercadoria estava *prise en charge sous palan*, no sentido aí usado.

Ora parece de dizer o seguinte:

Inspirando-se embora nas Regras de Haia de 1922, introduziu-lhe a *Convenção* algumas alterações. Dispunham, com efeito, as *Regras* que o «transporte de mercadorias abrange o tempo decorrido desde a recepção das mercadorias no guindaste (*palan*) do navio até à sua descarga do guindaste do navio». A *Convenção* usou, porém, de uma fórmula diversa: o transporte «abrange o tempo decorrido desde que as mercadorias são *carregadas* a bordo do navio até ao momento em que são *descarregadas*». Aconteceu, entretanto, que a lei francesa de 1936, voltaria, de algum modo, ao critério das *Regras*: pro-

⁽¹⁹⁾ É de sublinhar que, como informa P. Y. Nicholas, «en matière maritime, la livre sterling des Conventions de Bruxelles du 25 août 1924 s'entend valeur — or et représente 7 322,381 mg d'or fin» (*La conversion du «franc» des conventions internationales en droit privé maritime*, em D.M.F., 382, Out. de 1980, p. 579).

⁽²⁰⁾ B.M.J., 279, p. 225.

⁽²¹⁾ B.M.J., 300, p. 419.

cessa-se o transporte «depuis la prise en charge des marchandises sous palan jusqu'à leur remise sous palan au destinataire». Não se falava já em «sous palan» *do navio*, visivelmente para abranger o caso de um sistema elevatório (*palan*) a ele exterior, designadamente portuário (22). A verdade, porém, e que, no domínio da lei de 1936, uma representativa corrente jurisprudencial viria em França a confinar a sua aplicabilidade à «prise en charge» — «par le palan du navire»; só então haveria uma «prise en charge»; só então a mercadoria ficava à guarda («sous la surveillance») do navio. E os autores que se pronunciavam por uma interpretação *mais ampla* baseavam-se, exactamente, na vantagem de aproximar a lei de 1936 do «espírito» da Convenção (23). Mas só pela reforma de 1966, que revogou a lei de 1936, ficou bem claro que o transporte se iniciava com «la prise en charge de la marchandise par le transporteur»; deixou de interessar, pois, a forma *física* como se opera a «prise en charge»; o que releva é o seu significado *jurídico* (24).

Não se afigura, pois, muito pertinente fazer um apelo comparatístico, para fins de clarificação exegética, a uma fórmula legal que sempre se revelou imprecisa e controversa (25).

(22) Significativamente, uma das razões que determinaram a substituição da fórmula das *Regras* pela da *Convenção* foi a de algumas mercadorias não poderem ser carregadas «sous palan»; assim, e por ex., os líquidos, carregados por meio de bombas (Claude Chaiban, *Causes légales d'exonération du transporteur maritime...*, 1965, p. 21).

(23) Claude Chaiban, ob. e loc. citis.

(24) Rodière, *Traité...* cit., «Affrètements et transports», II, 1968, p. 146.

(25) Em Itália, o Tribunal de Cassação decidiu, em 23-4-1969: «I giudizi del merito hanno accertato che l'evento dannoso, consistente nella rottura dell'imballaggio, ebbe luogo durante le operazioni di caricamento, dopo che il collo era sollevato dal vagone ferroviario, nel quale si trovava. La fase di caricamento, secondo la prevalenti interpretazione, costituisce la prima fase dell'operazione del trasporto e rientra pienamente nell'ambito di applicazione delle norme contenute nella Convenzione suddetta» (*Il Diritto Marittimo*, 1969, p. 72). Será de precisar que a *Convenção* foi em Itália aprovada e tornada aplicável em 1929 e ratificada em 1938; no entanto, o *Código da Navegação* de 1942 viria a

1.6. *Reparo de fundo* haverá, sim, que deduzir face ao decidido no acórdão do S.T.J. de 15-10-1980 ⁽²⁶⁾, que julgou não constituir *falta náutica*, como causa de exoneração da responsabilidade do transportador, a circunstância de o capitão, sendo previsível uma tempestade, não ter desviado a rota, antes de ela se desencadear. Têm inteira razão os dois juízes que votaram vencidos. Realmente, a má escolha da rota é um dos paradigmáticos exemplos de erro do capitão na condução do navio, na prática da navegação ⁽²⁷⁾. É óbvio que o capitão

sobrepôr-se-lhe, não sendo muitos dos seus preceitos consonantes com os dela. Suscitaram-se, então, as dificuldades da *coexistência* dos dois regimes; o Tribunal de Cassação viria a decidir pela aplicabilidade da *Convenção aos transportes internacionais*. A questão manteve, de qualquer modo, aspectos complexos (Raffaele Russo, *Le transport sous connaissement en droit italien*, na obra colectiva *Le transport maritime sous connaissement à l'heure du Marché Commun*, 1966, pp. 341 e segs.). Sobre o Ac. do S.T.J. de 25-7-1978 é, incidentalmente, de sublinhar que nele se refere que «a doutrina nacional é praticamente omissa sobre o problema», à excepção do que, «embora por forma sumária», sobre ele ponderou Azevedo Matos. Ora o certo é que Victor Nunes publicou na *Rev. dos Tribunais*, ano 72, 1954, p. 130, um estudo subordinado, exactamente, ao título de *Início e termo do contrato de fretamento* (reproduzido, depois, na *Rev. de Direito Marítimo*, n.º 4, Agosto de 1959, p. 43). O contrato de *fretamento* não é, ainda aí, autonomizado face ao contrato de *transporte marítimo*. A esse vício, de que toda a nossa doutrina tem enfermado (com aflorações em jurisprudência recente; por ex., Ac. do S.T.J. de 27-5-1980, no B.M.J., 297, p. 376), aludiremos adiante. Sobre o sentido «de palan à palan», com referência à *Convenção*, cfr. *Cour d'Appel d'Aix*, 7-12-1979, em D.M.F., 384, Dez. de 1980, p. 726.

⁽²⁶⁾ B.M.J., 300, p. 424.

⁽²⁷⁾ Claude Chaiban, aliás como Rodière, dá, justamente, o exemplo de o capitão começar a viagem sem ter em conta as indicações dos serviços meteorológicos sobre a iminência duma tempestade (ob. cit. p. 79). No mesmo sentido, Carver, *Carriage of goods by sea*, 10.ª, ed., 1957, p. 108. E ainda Francesco Berlingieri: «La colpa nella navigazione è la colpa nautica in senso stretto, e cioè la colpa commessa dall'equipaggio nella condotta nautica della, come l'errore di manovra, l'erronea determinazione della posizione della nave e l'erronea determinazione della rotta che possono portare all'incaglio, l'erronea valutazione delle condizioni meteorologiche che può portare la nave nell'orbita di um ciclone, ecc.» (*La disciplina della responsabilità del vettore di cose*, cit., p. 73).

deveria ter alterado a rota *antes* da prevista tempestade, e não apenas no decurso desta ⁽²⁸⁾.

1.7. Entretanto, terá sido num acórdão já não recente — o do S.T.J. de 12-11-1968 ⁽²⁹⁾ — que se decidiu um caso cuja complexidade os anos não lograram esbater.

Fora embarcada em Lisboa, com destino a Copenhague, uma certa quantidade de farinha, embalada em sacos. Nos conhecimentos não após a transportadora qualquer reserva; entretanto, à chegada a Copenhague constatou-se que parte da farinha estava deteriorada.

Em síntese, entendeu o S.T.J. que os conhecimentos, embora emitidos *limpos*, apenas faziam prova do estado *aparente* e do acondicionamento *aparente* da mercadoria (alínea c) do n.º 3 do art. 3.º da Convenção de Bruxelas), e não do seu estado *real*. Recaía, pois, sobre a carregadora o encargo de provar que a deterioração ocorrera *durante o transporte*, o que não conseguiu fazer.

1.8. Estão no *Jornal do Foro* as decisões da 1.ª instância e da Relação e as alegações para o S.T.J. de ambas as partes ⁽³⁰⁾. Ajudarão elas a compreender melhor o que estava

⁽²⁸⁾ Assim, *Cour d'Appel d'Aix*, 4-5-1972, em D.M.F., 287, Nov. de 1972, p. 662.

⁽²⁹⁾ B.M.J., 181, p. 279. Neste processo, em que interviemos por parte da autora, fora preliminarmente suscitada a questão da incompetência internacional dos tribunais portugueses, resolvida, em sentido favorável à autora, pelo Ac. do S.T.J. de 18-12-1964 (B.M.J., 142, p. 298). Cfr. o extenso comentário de Victor Nunes na *Rev. de Direito Marítimo*, n.º 10, Nov. de 1964, p. 7, face ao Ac. da Relação e às alegações das partes, ambas entretanto publicadas. É de sublinhar que, hoje, o caso não teria a mesma solução, já que no conhecimento se estipulara que o foro competente seria sempre o de Copenhague, com exclusão do de qualquer outro país. A nova redacção dada pela Lei n.º 21/78, de 3 de Maio, ao art. 99.º do Cód. de Proc. Civil tem sido vivamente contestada pelos carregadores e seguradores, já que, por via dela, a sua posição processual fica compreensivelmente onerada, em caso de litígio.

⁽³⁰⁾ Ano 32, 162-165, Jan.-Dez. 1968, pp. 144-200.

verdadeiramente em causa, já que o Ac. do S.T.J. não será um modelo de clareza expositiva.

Fundamentalmente, aduzira a Autora (que era a seguradora subrogada nos direitos da carregadora) que, quer a lei portuguesa, quer a *Convenção*, estabelecem uma *presunção de culpa* do transportador; e presumir-se-á essa culpa se este não se escudar em qualquer das causas de exoneração constantes do elenco do n.º 2 do art. 4.º da *Convenção*; citando Ripert, poder-se-á dizer que bastará provar que o transporte não foi executado — «la faute résulte de cette inexécution». Ora a transportadora não provou a existência, à data do embarque, de vício próprio da mercadoria ou de vícios ocultos que escapassem à sua razoável diligência. E a farinha fora entregue em bom estado *aparente* e desembarcada em mau estado *aparente*.

De seu lado, apegou-se muito especialmente a transportadora à menção a que se reporta a alínea c) do n.º 3 do art. 3.º da *Convenção*: o conhecimento estabelece *apenas* a prova do estado e acondicionamento *aparentes* da mercadoria; o estado *real* ignora-o o transportador, a menos que ele seja determinável por uma «razoável diligência».

1.9. Certo é que, em tese geral, o estado e o acondicionamento *aparentes* da mercadoria são os *exteriormente* revelados; no caso de uma mercadoria *embalada*, o transportador desconhecerá, em princípio, o seu estado *interno* e *real*; e, por conseguinte, a indicação, inserta no conhecimento, de que ele *desconhece* esse estado poderá ter um efeito neutralizador da eficácia probatória do conhecimento. Eu próprio o reconheci, em ulterior escrito, igualmente publicado no *Jornal do Foro* (81).

Só que, cerca de quinze anos decorridos, continuo a pensar que o S.T.J. não julgou bem (82).

(81) Ano 34, 170-173, Jan.-Dez. 1970, pp. 158-160.

(82) É de salientar que um distinto Conselheiro — o Dr. Eduardo Correia Guedes — votou vencido, por entender que «dado o que constava dos conhecimentos existia a presunção de que a avaria se verificou durante o transporte».

É isto porque sendo a origem do dano *desconhecida* (como concluíram as instâncias, sendo aí que o caso resolvido neste acórdão se diferencia do decidido, por ex., no Ac. de 3-10-1980) — por não ter o carregador conseguido provar *positivamente* a sua ocorrência durante o transporte nem, ao invés, ter o transportador logrado demonstrar, também *positivamente*, a sua ocorrência anterior ao embarque — estaria o transportador adstrito a estabelecer a prova de que a avaria não resultara de facto ou culpa sua, ou dos seus agentes ou empregados. É o que advém da alínea q) do n.º 2 do art. 4.º da *Convenção*, conforme ainda recentemente justificaram Guy Fraikin e André Boquet em estudo publicado em *Le Droit Maritime Français* (83).

O que não aconteceu.

Entretanto, creio que duas razões — decorrentes, aliás, de uma mesma realidade — desautorizarão, em definitivo, o critério do acórdão.

A primeira é a de, ao proceder ao embarque, ter constatado a transportadora que os sacos estavam *velhos* e *rotos* — e que se encontravam *húmidos*. Não obstante, não após essa reserva no conhecimento, nem cumpriu o dever que sobre ela recaía de verificar o estado *interno* da mercadoria. Emitindo o conhecimento limpo *aceitou* que ela embarcava em *bom estado*, salvo prova em contrário (84). Ora a verdade é que não fez prova de vício próprio ou de vício oculto (85).

(83) 360, Dez. de 1978, p. 707.

(84) Cabendo-lhe como que uma tarefa de *reconstituição* da situação então verificada. Assim, António Pavone la Rosa, *Studi sulla polizza di carico*, 1958, p. 205. E também, *Cour d'Appel* de Paris, 6-7-1977, em D.M.F., 357, Set. de 1978, p. 359.

(85) Cfr. *Trib. de Com.* de Paris, 7-12-1977 (D.M.F., 355, Julho de 1978, p. 441): por *vício próprio* da mercadoria, para efeitos de exoneração da responsabilidade do transportador, entender-se-á «toute cause de perte ou d'avarie dérivant de la nature interne de la marchandise ou de l'état où elle se trouve, du fait de son emballage, la rendant impropre au transport». No mesmo sentido, Michel de Juglart, *Le vice propre de la marchandise dans le transport maritime*, em D.M.F., 195, Março de 1965, pp. 131 e segs., *maxime* p. 135: «d'une façon plus générale — et ce, quelle que soit la nature de la marchandise — le défaut d'emballage et,

Tem a segunda razão a ver com a circunstância de, não obstante ter verificado, no embarque, a deficiência de embalagem, ter a transportadora emitido os conhecimentos *limpos*, contra a entrega de uma *carta de garantia* da carregadora. Como é sabido, as cartas de garantia são apenas operantes entre as *partes*, não o sendo perante *terceiros* ⁽⁸⁶⁾. Ora o segurador do *carregador*, regularmente subrogado nos direitos deste, é de considerar como um *terceiro* ⁽⁸⁷⁾.

Por conseguinte, e em resumo, uma de duas: ou não havia vício próprio ou oculto da mercadoria e esta estava em bom estado, e a avaria *surgiu durante o transporte*, ou existia vício próprio ou oculto e a transportadora, emitindo um conhecimento limpo, defraudou a seguradora, já que esta apenas pretendia cobrir os riscos do *transporte marítimo* e as avarias por causa dele sucedidas ⁽⁸⁸⁾.

Em qualquer hipótese, a omissão de reservas no conhecimento remetia para a transportadora o encargo de provar que a avaria lhe não era imputável ⁽⁸⁹⁾.

E mais.

Independentemente da problemática ligada às consequências *jurídicas* decorrentes da *carta de garantia*, uma coisa sempre seria certa: esta foi passada porque a transportadora, quando emitiu o conhecimento, verificou que a mercadoria estava em *más condições*, pelo menos de *embalagem*. Ora dessa verificação *material* resultou-lhe uma especial intensificação do *dever de diligência* para que aponta o art. 3.º da *Convenção*; esse dever de diligência tem de ser apreciado de uma forma

a fortiori, *l'absence d'emballage* — apparaissent bien souvent comme étant à l'origine du vice propre».

(86) Mário Raposo, *As cartas de garantia e o seguro marítimo*, na *Scientia Jurídica*, n.º 112-113, Set.-Dez 1971, pp. 504-513.

(87) Cfr., Antoine Vialard, comentário em D.M.F., 397, Jan. de 1982, p. 38.

(88) Sobre a posição do segurador perante um vício da mercadoria de que tenha conhecimento v. Michel de Juglart, *Le vice de la chose en droit maritime; essai de synthèse*, em D.M.F., 397, Jan. de 1982, p. 3.

(89) V. decisões neste sentido, por ex., em D.M.F., 358, Out. de 1978, p. 592 e 380, Agosto de 1980, p. 465.

tanto mais severa quanto maior for o risco de a mercadoria se avariar ⁽⁴⁰⁾. É evidente que à transportadora não caberia «melhorar o estado da carga que lhe foi confiada», como se ponderou, um tanto surpreendentemente, no Ac. de 12-11-1968; mas havendo *suspeitas*, no momento do embarque, de a mercadoria se não poder conservar em bom estado, em virtude de os sacos serem velhos, rotos e se apresentarem húmidos (como se reconhece no Ac.), estava a transportadora obrigada a demonstrar que, por sua parte, tudo fizera para que a deterioração não eclodisse ou não se agravasse. Neste aspecto é muito mais feliz o acórdão do S.T.J. de 6-7-1978 ⁽⁴¹⁾.

De qualquer forma não conheceu o S.T.J. da problemática decorrente da *carta de garantia*, enquanto lesiva dos interesses e direitos do segurador. Há que convir, no entanto, que as questões por ela postas excediam, de certo modo, a moldura do processo — ou, pelo menos, aquela em que ele foi inserido ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ A diligência do transportador deve ser aferida com maior severidade designadamente quando o transporte é feito no inverno ou quando a mercadoria transportada é, por qualquer razão, mais deteriorável. Cfr., por ex., Carver, *Carriage of goods by sea*, 10.^a ed.^a, cit., p. 181: a diligência do transportador deve ser exercida «tendo em conta as circunstâncias conhecidas e que se devem normalmente considerar, quer da natureza da viagem, quer da carga».

⁽⁴¹⁾ B.M.J., 279, p. 190. É, entretanto, de referir que no caso aí posto não havia divergência sobre a ocorrência da avaria *durante o transporte*.

⁽⁴²⁾ Estava, na realidade, essencialmente em causa um problema de responsabilidade *contratual*, dimanado do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato de transporte. Sobre esta perspectiva cfr. a nossa alegação, publicada na *Gazeta dos Advogados da Relação de Luanda*, XXXIV, 1966, pp. 141-157. Cfr., entretanto, quanto às consequências jurídicas da emissão de uma carta de garantia num caso similar, a expressiva decisão do *Trib. de Com.* de Ruão de 23-2-1962 (D.M.F., 161, Maio de 1962, p. 294): «1. Se as necessidades do comércio marítimo determinam, em certos casos, o uso de cartas de garantia, a sua licitude apenas pode ser admitida nas relações entre o armador e o carregador, já que, então, é de excluir qualquer ideia de fraude. 2. O transportador marítimo que, depois de ter verificado o mau estado aparente da mercadoria (...) emite, não obstante, um conhecimento limpo,

2

Um Código envelhecido

2.1. O universal fenómeno do «envelhecimento» dos grandes Códigos tem no Livro III do Código Comercial uma expressão tanto mais grave quanto é certo que o direito marítimo está, por tendência, em relacionamento internacional, desde os conceitos e regras — aos próprios sujeitos de direito.

2.2. Muitos exemplos se poderiam dar desse «envelhecimento».

Um deles será o da ultrapassada concepção das funções do *capitão*, que já não é um representante *comercial* do armador; só incidentalmente o seu estatuto irá além do de «comandante do navio», numa perspectiva de «técnico qualificado de navegação». Como em 1966 dizia Robert Garron, «o papel do capitão está hoje reduzido à direcção essencialmente técnica do navio»; as operações comerciais são confiadas pelo armador a outras pessoas ou sociedades a ele ligadas *ou a outros auxiliares, que não o capitão*; isto não apenas no porto de origem do navio, «mas em todas as escalas previstas nos itinerários»⁽⁴⁾. Só que sendo assim não faz sentido a responsabilidade *pessoal* que legalmente lhe é atribuída, designadamente

com a menção de recebido *em bom estado aparente* (received in good order and condition), pedindo ao carregador uma carta de garantia (...), deve ser condenado, solidariamente com o carregador, a indemnizar o destinatário do prejuizo para este resultante de ter pago, em vista do conhecimento, o preço de uma mercadoria sã, leal e vendável. Com efeito, a emissão de um conhecimento limpo constitui em tal hipótese um acto fraudulento, estranho ao contrato de transporte (...). 3. O transportador marítimo não tem razão quando imputa à insuficiência da embalagem (sacos) a causa da avaria, quando aceitou os sacos sem (...) reserva». Por paridade de motivos, o que se pondera na decisão do Trib de Ruão quanto ao destinatário valerá para o segurador, defraudado na *opinião de risco* que formara, face ao conhecimento.

(4) *La responsabilité personnelle du capitaine de navire*, p. 9.

a do art. 497.º do Cód. Com.; dispõe este preceito que «o capitão responde para com os carregadores pelas fazendas constantes dos respectivos conhecimentos, pelo dano suportado por as que deixar carregar no convés do navio sem consentimento escrito do carregador (...)»; complementa o § único que «a simples declaração, exarada nos conhecimentos de carga, de que as mercadorias vão no convés, importa assentimento do carregador, salvo protesto imediato».

Claro que isto se passava numa época em que os conhecimentos de carga eram emitidos pelo capitão, que a todos assinaria, excepto os que lhe fossem destinados, que seriam assinados pelo carregador (§ 4.º do art. 538.º). Só que hoje raramente será o capitão a emitir os conhecimentos⁽⁴⁴⁾. O transportador poderá assim estabelecer com o carregador, ao emitir o conhecimento, que o transporte será feito no convés, e a isso não se poderá opor o capitão⁽⁴⁵⁾. Não sendo aplicável o regime da Convenção de Bruxelas de 1924 sobre conhecimentos (que não se aplica, como dispõe a al. c) do art. 1.º, à carga declarada como carregada no convés e que, de facto, assim seja transportada), poderá o transportador limitar ou excluir convencionalmente a sua responsabilidade, como no direito interno lhe é consentido pelos arts. 800.º, n.º 2, e 809.º do Cód. Civil. Só que essa exclusão ou limitação convencional de res-

(44) Sé-lo-á o próprio transportador ou outros representantes seus: «les représentants du transporteur sont généralement des courtiers, des commissionnaires de transport ou des représentants permanents du transporteur à telle place d'affaire déterminée qui délivrent les connaissements ou nom et pour le compte du transporteur» (Michel Pourcelet, ob. cit., p. 19).

(45) Nos próprios termos da *Convenção* é ao armador que cabe proceder de modo apropriado e diligente «ao carregamento, manutenção, estiva, transporte, guarda, cuidados e descarga das mercadorias transportadas» (n.º 2 do art. 3.º). A obrigação que, para o capitão, decorre do n.º 1 do art. 508.º do Cód. Com. («fazer boa estiva, arrumação, guarda e entrega da carga») traduz-se em actos ou operações *materiais*, ulteriores à emissão do conhecimento; ora será neste que o transportador poderá estabelecer que certa mercadoria é carregada no convés.

ponsabilidade pode não abranger o capitão; e, em tal caso, será este responsável, não o sendo o transportador (*).

Será ainda figurável que, quando resulte de aplicar o regime da *Convenção* — e, para isso, bastará que no conhecimento nada se declare sobre o local onde a mercadoria é carregada (**), —

(*) «Les transporteurs se protègent contre les risques du transport en pontée en insérant dans les connaissements des clauses par lesquelles ils établissent leurs obligations et responsabilités à l'égard des marchandises ainsi transportées» (Michel Pourcelet, ob. cit., p. 69). Pelo n.º 2 do art. 800.º do Cód. Civil a responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, quanto à responsabilidade do devedor «pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação» (n.º 1), «desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos pelas normas de ordem pública». Teve esta disposição por fonte o § 278 do Código alemão e os artigos 101.º do Código suíço e 1228.º e 1229.º do Código italiano (Pires de Lima — Antunes Varela, *Cód. Civil Anotado*, II, 2.ª ed., 1981, p. 49). Entretanto, é de entender que o n.º 2 do art. 800.º apenas é aplicável no domínio da responsabilidade *contratual*, só abrangendo o terceiro que o devedor (ou seja, o transportador) utilize, como substituto ou auxiliar, na realização da prestação (Pessoa Jorge, *A limitação convencional da responsabilidade civil*, no B.M.J., 281, pp. 5 e segs., *maxime* p. 31). Ora a responsabilidade do capitão dimanada do art. 497.º do Cód. Com. será *delitual*, a menos que tenha sido ele a emitir, em representação do transportador, o conhecimento. Isto por um lado. Por outro lado, sempre será figurável que na cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade, o transportador somente aluda a outros auxiliares *que não o capitão*.

(**) Um conhecimento limpo («clean bill of lading») faz pressupor que o carregamento é efectuado no porão. Se, face a um conhecimento assim emitido, a mercadoria for, não obstante, carregada no convés, estar-se-á perante um carregamento *irregular*. Só que poderá suceder que no conhecimento se estabeleça uma cláusula geral atribuindo ao transportador a faculdade de fazer o carregamento no local do navio que ele considerar mais apropriado; a cláusula será válida se, previamente, o transportador avisar o carregador de que esse local será ou terá passado a ser o convés. Esse «aviso prévio» tornará o conhecimento *regular* para efeitos da *Convenção*, mas não para os efeitos do art. 497.º do Cód. Com., que impõe o consentimento *escrito* do carregador ou a declaração no *próprio* conhecimento. E o capitão, então, nem sequer poderá pedir apoio à nova redacção da *Convenção*, introduzida pelo Protocolo de 1968 (*Regras de Visby*), já que Portugal o não ratificou. Dispõe, com efeito,

o transportador, em caso de mercadoria efectivamente arrumada no convés, se possa exonerar de responsabilidade, se houver avaria, socorrendo-se de qualquer das causas legais do n.º 2, do art. 4.º, ou se possa prevalecer do sistema de limitação legal do n.º 5 do mesmo preceito, ficando o capitão por completo a descoberto. Isto porque o art. 497.º do Cód. Com. é peremptório; e nem será, pois, de censurar a decisão do S.T.J., tomada no Ac. de 14-10-1948 (48), ao entender que pelos danos ocorridos em mercadorias carregadas no convés, sem consentimento do carregador, o capitão responde pessoalmente perante este. Realmente, não se vê que uma tão unívoca disposição legal seja remodelável pelo canal de uma exegese *actualizante* (49). Mas porque a responsabilidade do capitão não é

o n.º 2 do *novo* art. 4.º bis: «Se uma acção (de responsabilidade) for intentada contra um proposto do transportador, poderá o proposto prevalecer-se das exonerações ou limitações de responsabilidade que o transportador pudesse invocar com base na Convenção».

(*) B.M.J., 15, p. 396.

(*) Em França, foi tentada essa interpretação *actualizante* antes da reforma de 1966-1969, que tornou inequívoco que na acção de responsabilidade por danos em mercadorias o capitão não deve ser parte (por ex., *Trib. Com. de Marselha*, 20-1-1978, em D.M.F., 358, Out. de 1978, p. 628). Assim, por ex., Vasilii: «(...) il ne faut pas oublier que pour l'exécution des contrats maritimes le débiteur le plus intéressant comme le plus solvable reste malgré tout l'armateur. Celui-ci recueille les bénéfices de l'entreprise, il doit en supporter les risques» (em *La responsabilité personnelle du capitaine de navire*, 1935, p. 187). E ainda Georges Marais: «cette conception de la responsabilité personnelle du capitaine dans l'exécution du contrat de transport, si elle a pu être exacte au temps de l'ancienne navigation, ne correspond plus à la réalité» (em *Les transports internationaux de marchandises par mer*, 1949, p. 27). Mas a doutrina prevalente entendeu que tais preocupações valeriam apenas como reflexões doutrinárias, «n'ayant d'autres objectifs que de modifier une loi desuète» (assim, Garron, ob. cit., p. 11). E, no entanto, de sublinhar que o próprio Ac. do S.T.J., de 14-10-1949 alude à opinião divergente de Cunha Gonçalves (*Comentário...*, III, pp. 172 e segs.), no sentido que a responsabilidade do capitão só existe em relação ao proprietário do navio e não perante terceiros; isto porque a expressão da lei — «o capitão responde para com os carregadores» se reporta à respon-

objectiva, face à regra do n.º 2 do art. 483.º do Cód. Civil, ter-se-á que pressupor que ele omitiu um dever de diligência; pelo menos o de ter deixado fazer o carregamento irregular no convés — cit. art. 497.º Ora, sendo assim, duas interrogativas serão de pôr: em acção movida contra o capitão, qual o prazo aplicável — o da *Convenção* ou o do *Cód. Civil*?; e, ainda, até que ponto, num genuíno efeito de *boomerang*, não será responsabilizável o transportador, por aplicação do art. 500.º do Cód. Civil ⁽⁵⁰⁾.

Tudo isto como fonte de infixidez e imprecisão, embora muitas das dúvidas, ao que saibamos, até agora não tenham sido intuídas ⁽⁵¹⁾.

2.3. A ideia de que o capitão era «depois de Deus o único senhor» da expedição marítima, «regulando as (suas) condições técnicas e comerciais», sem qualquer contacto com o armador, e por completo isento do seu *controle*, está na base do *abandono liberatório* do navio *em espécie* («en nature»), ainda presente no Cód. Com. (§ 1.º do art. 492.º); não seria justo, com efeito, que o proprietário do navio, por completo distanciado do capitão, suportasse sem qualquer restrição as responsabilidades decorrentes da sua conduta. Só que, como diz Viegas

sabilidade do capitão *ex-qualitate*, como representante do armador. Observa-se, porém, no Ac., e com inegável pertinência, que «tal interpretação não se conforma com o que a lei expressamente dispõe».

⁽⁵⁰⁾ Por aplicação do art. 500.º do Cód. Civil, dado ao termo «comissão» o sentido a que aludem Pires de Lima — Antunes Varela (*Cód. Civil Anotado*, I, cit., p. 441), e do próprio n.º 1 do art. 492.º do Cód. Com.

⁽⁵¹⁾ Sobre a proibição do carregamento no convés ser, *em geral*, uma norma de *ordem pública*, impeditiva da exoneração ou limitação convencional de responsabilidade nos termos do n.º 2 do art. 800.º, há que propender para a negativa, já que não é estabelecida no interesse da *segurança do navio* (como sustentou Adelino da Palma Carlos, em *O contrato de fretamento*, 1931, p. 152), mas, essencialmente, no do *carregador* (Rodière, *Traité... cit.*, «Affrètements et transports», II, 1968, p. 154, e, sobretudo, *Droit Maritime*, 8.ª ed., 1979, p. 343: «on ne comprendrait pas autrement que le consentement écrit du chargeur écartât la prohibition»).

Calçada⁽⁵²⁾, «os motivos que criaram e fizeram prevalecer na Idade Média e Moderna o abandono, como elemento de quitação, mal podem ser trazidos para o justificar actualmente, dadas as condições que dominam hoje em dia a exploração marítima»; é, aliás, de ressaltar que, escrevendo em 1935, teve Viegas Calçada a presciência exacta de uma realidade que só depois viria a ser mais generalizadamente acentuada: a do *apagamento* das funções e do estatuto do capitão⁽⁵³⁾.

O navio e o frete eram a *fortuna de mar* do armador; a ela deveria ficar limitada a responsabilidade do proprietário do navio, sem propagação à *fortuna de terra*⁽⁵⁴⁾. O instituto do abandono *em espécie* transitou da Ordenança de 1681, pelo canal do Cód. Com. francês, para o nosso Cód. Com. — mas não sobrevive já; desde logo foi ignorado pela Convenção de Bruxelas de 1924 sobre a limitação da responsabilidade (ratificada por Portugal em 1930) e dele ainda mais se distanciaria a Convenção de 1957⁽⁵⁵⁾; esta, por seu turno, cederá passo à

(52) *Do abandono liberatório de navios...*, p. 15.

(53) Por ex., Rodière e Martine Remond — Gouilloud, *La Mer — Droits des Hommes ou Proie des États?*, 1980, p. 39.

(54) Curiosamente, a expressão *fortuna de mar* tanto é usada para significar a parcela do património do proprietário do navio envolvida na expedição marítima como para designar o próprio *acidente marítimo*; subjacentes a ambas as acepções estão as ideias dos *riscos de mar* e da *comunhão* neles de todos os interessados na *aventura de mar*. Dessas ideias, tradicionais, despontaram, de igual modo, o seguro marítimo e o instituto da avaria comum. Era o mar *lírico* e *dramático*, que *salgava* as *lágrimas*, como no poema de Pessoa; o mar persistentemente *quinhen-tista*, em que os marinheiros não se poderiam classificar entre os *vivos*, já que apenas «quatro dedos de madeira os separavam da morte»; entretanto, em rigor histórico, sublinhar-se-á que entre os *riscos de mar* ocupavam um lugar predominante as doenças dos marinheiros e o que hoje será designável por «acidentes de trabalho» (cfr. Philippe — Jean Hesse, *Introduction à une chronique bibliographique d'histoire du droit maritime*, em D.M.F., 384, Dez. de 1980, p. 707).

(55) A par da concepção clássica do abandono *em espécie* (francesa) serão catalogáveis a *anglo-saxónica* (responsabilidade pessoal — como naquela — mas calculada em cada sinistro em função da tonelagem do navio) e a *alemã* (responsabilidade *real* — e não já pessoal —

nova Convenção de 1976⁽⁶⁶⁾. Manter, pois no Cód. Com. o abandono *em espécie* só suscitará perturbações de compatibilização do regime *nacional* e do regime *internacional*; assim, e como certamente avisava Viegas Calçada, no domínio da Convenção de 1924, os conceitos desse abandono liberatório e da limitação da responsabilidade nos termos da Convenção não se justapunham por inteiro, podendo coexistir; é que a *Convenção não revogou* a regra do abandono. E, por assim ser, «quando os princípios do abandono estiverem em oposição com os da

entendida a fortuna de mar como um património de afectação). Cfr. Ripert, *Droit Maritime*, II, 4.ª ed., 1952, p. 141. Entretanto, para Bonnetcase (*Droit Maritime*, 1923, p. 423), entre outros (Chauveau e Michel de Juglart), o abandono *em espécie* do sistema francês do art. 216.º do Cód. Com. pressupunha, como no sistema alemão, uma responsabilidade *real* do proprietário. A Convenção de 1924 abria uma opção: o proprietário poderia libertar-se de responsabilidade ou pelo abandono do *valor* do navio ou pelo pagamento de uma indemnização, computada segundo critérios vasados na concepção anglo-saxónica. A Convenção de 1957 (entre nós aprovada, para ratificação, pelo Decreto-Lei n.º 48 036, de 14-11-1967, e convertida em direito interno e regulamentada pelos Decreto-Lei n.º 49 028 e Decreto n.º 49 029, ambos de 26-5-1969) estabeleceu apenas um sistema próximo do anglo-saxónico — percentagens calculadas em função da tonelagem de arqueação do navio —, com a constituição de um fundo de limitação.

(66) Acerca da Convenção de 1976 sobre a limitação da responsabilidade em matéria de créditos marítimos cfr. a análise de Claire Legendre em D.M.F., 340, Abril de 1977, p. 195. A *Convenção* foi preparada e concluída não já sob a égide do CMI, mas da IMCO-IMO. Entrará em vigor «no primeiro dia do mês que se seguir ao termo do prazo de um ano a contar da data em que doze Estados ou a assinarem sem reserva quanto à ratificação, à aceitação ou à aprovação, ou depositarem um instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão». Face, no entanto, ao provável retardamento deste início de vigência foi, em 21-12-1979, concluído em Bruxelas um Protocolo de alteração da Convenção de 1957, entre nós aprovado pelo Decreto n.º 6/82, de 21 de Janeiro. V. o aviso de 6-12-1982 (D. R., 1.ª série, de 21 de Julho do mesmo ano) tornando público o depósito do instrumento de ratificação do Protocolo.

limitação, o armador escolherá aquele que mais lhe convier para atenuar a sua responsabilidade» (57).

Dá-se ainda o caso de o abandono liberatório ser a mais clássica fórmula da limitação *privada* da responsabilidade do proprietário do navio, numa área em que o instituto tende cada vez mais a ser *publicizado*; situar-se-á mesmo aqui o que Paul Chauveau viu como a «grande revolução» do direito marítimo (58). Assim, a começar com a Convenção de Bruxelas de 1962 relativa aos navios de propulsão nuclear, *alvoroçadamente* ratificada por Portugal (59), e a prosseguir com a Convenção sobre a responsabilidade no transporte de substâncias nucleares, concluída também em Bruxelas em 1971. Por aquela, pela primeira vez encontrou guarida no domínio dos transportes marítimos a regra da responsabilidade *objectiva*, com um limite espectacularmente elevado, já sem conexão com o valor do navio. Entre as duas Convenções intercalar-se-ia a respeitante à responsabilidade civil em caso de poluição por hidrocarbonetos, feita em Bruxelas em Novembro de 1969 e vigente desde

(57) Ob. cit., p. 286. É de sublinhar, porém, que, se a Convenção de 1924 não inviabilizou a aplicabilidade do abandono *em espécie* (para quem pense como Viegas Calçada), o mesmo não acontecerá já com a Convenção de 1957. É que o abandono *em valor*, substituindo-se ao abandono *em espécie*, partia de uma mesma concepção de base: a do próprio navio *em viagem*. Ora, como comenta Rodière, referindo-se à Convenção de 1957, «il ne s'agit plus, comme dans notre ancienne institution, des voyages mais des événements: plus des fortunes de mer, mais des sommes fixées suivant le tonnage du bâtiment» (cit. *La Mer...*, p. 71).

(58) *Le Droit Maritime en Révolution*, em *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, II, p. 173.

(59) Realmente, como informa Jean-Pierre Quéneudec, em *Conventions Maritimes Internationales*, 1979, p. 713, em 1-1-1978 apenas cinco Estados, para além de Portugal, haviam ratificado a Convenção; Líbano, Madagascar, Países-Baixos, Síria e Zaire. As grandes potências nucleares recolheram-se, pois, a um prudente e significativo recato. Rodière inclui a Convenção no rol dos *textos inúteis*. E comenta: «Le triste exemple de la convention sur les navires à propulsion nucléaire bâclée en quelques années et qu'aucune puissance digne de son nom n'a ratifiée pourrait inciter à la prudence» (em D.M.F., 356, Agosto de 1978, p. 464).

Junho de 1975. A responsabilidade é nela também *objectiva*⁽⁶⁰⁾ e o seu limite irá até 14 milhões de dólares. E o curso da vida não se interrompe: está já em preparação, sob os auspícios da IMCO-IMO e do CMI, uma Convenção sobre o transporte por mar de outras substâncias perigosas e nocivas, mesmo que não poluentes.

2.4. Outra expressão do «envelhecimento» do Cód. Com. é o confusionismo que nele se faz entre o contrato de transporte marítimo de mercadorias e o contrato de fretamento; aquele surge configurado como uma modalidade deste (art. 542). E, por assim acontecer, consideram os mais divulgados autores o transporte sob conhecimento, «ou por partidas soltas», uma subdivisão do contrato de fretamento⁽⁶¹⁾. A construção *unitária* foi, de resto, uma constante em todos os sistemas que prestaram tributo às concepções do século XIX⁽⁶²⁾. Tendo

(⁶⁰) Segundo Chauveau (est. cit.). Em sentido diverso opinou, porém, Rodière: «Il ne s'agit pas, comme on l'a très généralement écrit, d'une responsabilité objective (...). Il s'agit proprement d'une présomption de responsabilité» (*Traité... cit.*, «Introduction», 1976, p. 660). Claire Legendre ficou-se numa solução «compromissória»: «Il s'agit (...) d'une responsabilité objective, mais non absolue» (*Travaux récents du Comité Juridique de P.O.M.C.I.*, em D.M.F., 362, Fev. de 1979, p. 117).

(⁶¹) Por ex., Azevedo Matos, *Princípios de Direito Marítimo*, II, 1956, p. 19.

(⁶²) O que é expresso por Ripert: «ont peut dire que tout contrat ayant pour objet le transport de marchandises par mer est un affrètement» (*Droit Maritime*, cit., II, p. 269). No mesmo sentido, e com referência ao direito espanhol, Jesus Rubio, *El fletamento...*, 1953, p. 67: «la identificación del contrato de fletamento con el transporte marítimo de mercancías sigue siendo doctrina inatacable para la inmensa mayoría de los mercantilistas españoles (...)». É de apontar, no entanto, a posição precursora de Gay de Montellá, *Código de Comercio Comentado*, IV, p. 361, contrária à *unidade jurídica* do fretamento. No direito italiano, o Código da Navegação de 1942 distinguia já, no título consagrado aos «contratos de utilização do navio», a *locasione*, o *noleggio* (fretamento) e o *trasporto* (de pessoas e coisas); só que a distinção radicava numa perspectiva fundamentalmente prática, sem especial apuro dogmático (Sergio Ferrarini e Giorgio Righetti, *Apunti di diritto della navigazione*,

como precursor em França Paul Chauveau⁽⁸³⁾, ficar-se-ia a dever a Rodière a demarcação nítida, no plano doutrinal, dos dois contratos («o fretamento diz respeito a um *navio*; o contrato de transporte diz respeito a uma *carga*»); tal autonomização, que hoje vale como moeda corrente, encontraria explícita consagração na lei francesa de 18-6-1966 e no seu decreto de aplicação de 31-12-1966. E não é meramente académica; desde logo, no fretamento dispõem os contraentes, por via de regra, de equivalente força económica, e daí, até certo ponto, a prevalência do princípio da autonomia da vontade, revestindo as normas legais natureza supletiva; no contrato de transporte, a generalidade das cláusulas visa proteger os carregadores e daí a natureza *imperativa* das normas legais. E as obrigações que os contraentes assumem são de sentido substancialmente diverso, como em 1979 acentuaria Rodière: «Um fretador fornece um navio em bom estado de navegabilidade. Um transportador compromete-se a fazer chegar uma certa mercadoria a um certo destino»⁽⁸⁴⁾.

Certo é que as coisas, no contrato de fretamento, não se passarão como se as vontades recíprocas se pudessem formar em inteira disponibilidade; ocorreu primeiro o já descrito fenómeno da *standardização* das cláusulas, mercê da intervenção das «conférences» marítimas, numa fase quase que inteiramente dependente da prevalência de certos interesses *privados* sobre outros interesses *privados*, ou de um esforço de compati-

«parte speciale» — *I contratti di utilizzazione della nave*, 1981, p. 5). De um critério predominantemente prático advieram outras formas de *utilização* do navio. Aludia Ripert, designadamente, ao caso da locação de um navio ancorado num porto, para servir de hotel ou de casino; tal locação nada teria de «marítima», tudo se passando como ocorreria com uma instalação terrestre — o que, pelo que adiante se dirá, não parece incontroverso. Está hoje difundido o contrato de *leasing* do navio, expressamente previsto na Lei da R.D.A. de 5-2-1976 sobre navegação comercial marítima (§§ 87 a 89). E outras hipóteses serão divisíveis.

(⁸³) Como assinala Emmanuel de Pontavice, *L'oeuvre du doyen Rodière en droit maritime*, em D.M.F., 408, Dez. de 1982, p. 711.

(⁸⁴) *Considérations sur les affrètements et les transports en droit comparé*, em D.M.F., 367, Julho de 1979, p. 387.

bilização de, pelo menos, alguns deles; passou-se depois a uma crescente intervenção de *controle*, nacional ou internacional, dos contratos-tipo ou da efectiva execução de algumas das suas cláusulas (65). Não será de falar, entretanto, na vinculação dos contraentes a um *imperativo* regime legal, como acontece no contrato de transporte de mercadorias. As regras legais são sempre, no contrato de fretamento, *supletivas*, salvo no que toca à problemática legal *genérica* (i. e., estabelecida na lei civil) das cláusulas de exclusão ou limitação convencional da responsabilidade.

(65) É o caso do *controle* da qualidade dos combustíveis utilizados para execução do contrato de fretamento. O problema põe-se hoje com especial acuidade, quer para a execução das obrigações do fretador («On comprend (...) dans la navigabilité l'approvisionnement du navire en soutes convenables, lorsque l'obligation en pèse sur le fréteur. Ainsi l'insuffisance de charbon a pu être tenue comme entraînant l'innavigabilité du bâtiment» — Rodière, *Le bon état de navigabilité du navire affreté*, em D.M.F., 199, Julho de 1965, pp. 387 e segs., *maxime* p. 389), quer para a execução das obrigações do afretador (por ex., pela CP *Baltimé*, o afretador, no fretamento a tempo, deve restituir o navio «no mesmo bom estado» em que o recebeu; ora é sabido que a utilização de um mau combustível afecta o bom estado das máquinas do navio). Até há escassos anos não se punha com carácter *generalizado* a questão da boa ou má qualidade dos combustíveis; as situações de deficiência eram quase que esporádicas. Mas «la situation a considérablement changé au cours des six à sept dernières années».

A qualidade dos combustíveis vai-se, nalguns portos de abastecimento, degradando, em termos de afectar a boa condição das máquinas do navio. Daí que estejam, a nível internacional, a ser estabelecidos *controles* preventivos. «Le CIMAC (Conseil international des machines à combustion) s'était déjà arrêté à la question lors de son dernier congrès, em 1981, à Helsinki, et un groupe de travail de cette organisation à entrepris à partir de 1979 l'élaboration de règles internationales uniformes sur la qualité des combustibles de soute» (Gérard Auchter, *Le combustible de soute dans l'affrètement à temps*, em D.M.F., 404, Agosto de 1982, pp. 451 e segs.).

3

A reforma necessária

3.1. Para se superar a situação de crise do Livro III do Código Comercial sugeriu o Prof. Fernando Olavo uma de duas opções: ou a de o rever e completar, inserindo-se o texto no novo Código, ou a de preparar um Código de Navegação Marítima, reunindo num só diploma legal o direito marítimo privado e o direito público marítimo ⁽⁶⁶⁾.

É, no entanto, de pôr reserva quanto a qualquer das soluções.

Quanto à primeira porque, mesmo não sobrevalorizando em excesso o *particularismo* do direito marítimo, será de reconhecer-lhe uma suficiente autonomia e diferenciação para não o incluir na *unidade* orgânica e contextual que deveria ser o Código Comercial. Tal inclusão, no estilo do velho Cód. Com. francês de 1808 ou do Cód. Com. alemão de 1897, constitui agora uma ideia geralmente posta de lado ⁽⁶⁷⁾.

Quanto à segunda porque o direito *público* marítimo (pensar-se-á, sobretudo, a nível interno, no direito administrativo e no direito social marítimo) dificilmente será codificável, e o seu *ritmo* e pressupostos dogmáticos são substancialmente diversos dos subjacentes ao direito marítimo privado. É um direito vocacionado para a *dissolução*; inseri-lo no Código seria transformar este, desde logo, numa *compilação* de leis e não num sistema ordenado, coerente e estabilizado. Foi por assim ser que mesmo no Cód. Marítimo da Argélia de 1976-1977 ⁽⁶⁸⁾, com os seus pesados 887 artigos, não se tentou fazer uma codi-

⁽⁶⁶⁾ *Alguns apontamentos sobre a reforma da legislação comercial*, no B.M.J., 293, *maxime* p. 16.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Rodière, *Traité...* cit., «Introduction», 1976, p. 206: «la loi maritime se détache de la loi commerciale».

⁽⁶⁸⁾ *Ordonnance* n.º 76-80, de 23-10-1976, publicada no jornal oficial em 10-4-1977.

ficação *exaustiva* do direito público marítimo; apenas sobre um ou outro aspecto nele se preceituou.

O direito público marítimo, no sentido tradicional da expressão, não deverá ser, pois, integrado numa codificação que inclua o direito privado. O que não significa, porém, que a *marca* publicística não se faça sentir, a nível interno e internacional, nos clássicos institutos de direito marítimo privado. Essa «impronta publicística»⁽⁶⁹⁾ é, no entanto, uma realidade por completo diversa da que determinaria a inclusão no *Código* de normas caracterizadamente de direito portuário, de direito do trabalho ou de direito criminal. E nem se pensará, sequer, no *direito do mar*.

3.2. De qualquer modo, para que haja uma reforma do direito privado marítimo é preciso dispor de meios e de pessoas. O que agora ocorre em Portugal é de molde a não se poder ser optimista quanto à praticabilidade, a curto ou a médio prazo, da tarefa. Ter-se-á, antes, que reactivar uma elaboração doutrinal desde há anos paralisada e que começar a encarar o direito comercial marítimo como alguma coisa mais densa e profunda do que o direito da marinha mercante. Falou-se em Itália na «regeneração» científica impulsionada por Scialoja e pela *Rivista del diritto della navigazione* (70). É frustrante

(69) A última das grandes leis ocidentais que aspirou a *totalizar*, num só *monumento* legislativo, o direito público e o direito privado marítimo, em conjunto com o direito aéreo, foi o Código da Navegação italiano de 1942: era o sistema *global* do direito da navegação. Fe-lo com inegável mérito, sem lograr, no entanto, seguidores. Realidade diversa será a «impronta publicística» comum a todos os ramos do direito, mas com especial expressão no direito marítimo e aéreo, que não postula necessariamente, mesmo para os autores italianos, a unificação *formal* do direito *privado* («publicizado» em maior ou menor grau) e do direito especificamente *público*. Cfr., por ex., Dante Gaeta, *Le fonti del diritto della navigazione*, 1965, p. 32, em nota. Numa perspectiva mais recente, Michele Grigoli, *Sistema di diritto della navigazione*, «Parte Generale», 1979, p. 184.

(70) A esse movimento de «*rigenerazione scientifica*», alude, com evidente entusiasmo, Dante Gaeta, *ob. cit.*, p. 166.

atentar na riqueza dos debates das periódicas e frequentes «assembleias gerais» da Associação francesa de Direito Marítimo, de que *Le Droit Maritime Français* dá circunstanciada conta. Parece que tudo deverá começar por essa «regeneração» científica, da qual o Estado e as Universidades não se poderão desinteressar, nos seus recíprocos e indispensáveis campos de acção. E depois, já na fase de preparação legislativa, ilusório será supor que ela não parta do Ministério da Justiça, entendido não numa visão possessiva de *ministère de la loi*, detentor de um quase monopólio legiferante — mas como centro impulsor das acções *interdisciplinares* e *interministeriais* que tenham a ver com as grandes reformas de direito privado ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ Como referi, por ex., no B.M.J., 300, p. 7: «(...) não pode caber ao Ministério da Justiça como que o *exclusivo* da preparação legislativa (...) Trata-se de uma acção integrada na política *geral* do Governo, e assim o deverá ser desde a fase genética do estudo do direito (positivo) a constituir». Mas, como repetiria depois na Assembleia da República (sessão de 20-1-1983; cfr. *Diário da A.R.*, 1.ª série, n.º 37, p. 1297), «na área dos grandes institutos de direito privado (a área dos chamados *grandes códigos*) o M. J. deverá ser especialmente responsável pelas actuações de reforma legislativa». Aliás, e num plano prévio, caberá ao Governo *suprir* o actual vazio de informação doutrinal e legislativa e de tratamento documental, numa área onde as iniciativas particulares dificilmente lograrão viabilidade económica; para essa tarefa de informação comparatística (e do que entretanto se possa vir a produzir em Portugal) estará vocacionado o *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*, institucionalizado pelo Decreto-Lei n.º 388/80, de 22 de Setembro, e o *Centro de Publicações* do M. J., tal como foi pensado, em fase experimental, naquele ano. Aliás, o G.D.D.C., embora só institucionalizado em 1980, fora criado, com carácter informal, em Outubro de 1978 (despacho do então M. da Justiça n.º 21/78, de 6-10 — D. R., 2.ª série, de 17 do mesmo mês e ano), precisamente para dar resposta a carências de «documentação e informação comparatística». Situavam-se essas suas funções em espaço diverso das previstas na *Convenção Europeia no âmbito da informação sobre o direito estrangeiro*, preparada pelo Conselho da Europa em 1968 e aprovada em Portugal pelo Decreto n.º 43/78, de 28 de Abril. Realmente, nos termos da *Convenção* (art. 3.º, n.º 1), «o pedido de informação deverá emanar *sempre* de uma *autoridade judiciária*» e «por ocasião de uma instância já iniciada». Isto, designadamente, portanto, para os efeitos dos arts. 23.º e 348.º do Cód. Civil. Face aos objectivos do G.D.D.C. (de documentação e informação não

Dele dependerá o trânsito da época do direito da marinha mercante a que agora estamos confinados para a de um verdadeiro e dogmaticamente dignificado *direito marítimo*. A reforma não postulará, de resto, uma unitária *codificação*; mais sensato será desdobrá-la em fases, tal como aconteceu em França de 1966 a 1969 ⁽⁷²⁾.

necessariamente processual ou judiciária), só por precipitação de leitura Heinrich Ewald Hörster poderá ter observado, na aliás extremamente útil *Revista de Direito e Economia* (ano IV, n.º 2, Julho-Dez, 1978, p. 557), que naquele despacho n.º 21/78 não se fizera referência à *Convenção*. Para quê? Na área específica do direito comunitário dispõe ainda o M. J. do *Gabinete de Direito Europeu* (Decreto-Lei n.º 200-B/80, de 24 de Junho), apto a encarar a política comunitária, designadamente em matéria de *transportes marítimos*. Como é óbvio, as tarefas eventualmente imputadas ao M. J. não neutralizarão (e antes potenciarão, num esforço de cooperação interdisciplinar) as de entidades ou organismos como a *Ass. Port. de D.M.* e a *Comissão Permanente de Direito Marítimo Internacional*, cuja meritória acção está avalizada por largos anos de actividade. Entretanto, o que se está a passar é o M. J. ser parte por completo revel no que se relaciona com alguns dos problemas fundamentais do direito marítimo. Disso é exemplo a composição da *Comissão Nacional da IMCO-IMO*, nos termos da Portaria n.º 546/81, de 3 de Julho.

(⁷²) Da reforma francesa do direito marítimo foi, pelo então *Ministro da Justiça* (Jean Foyer), incumbido Rodière; os anteprojectos que foi preparando eram submetidos a uma «comissão de reflexão» presidida pelo M. da Justiça e composta por representantes dos Ministérios interessados (essencialmente os das Finanças, dos Negócios Estrangeiros e da Marinha Mercante) e por especialistas escolhidos na Magistratura, no Foro e nas actividades económicas envolvidas (armadores e seguradores). Elaborados os anteprojectos eram sobre eles depois ouvidos outros organismos, como a Associação Francesa de Direito Marítimo. Processou-se a reforma pelas seguintes *étapes*: (a) lei n.º 420, de 18-6-1966, e decreto n.º 1078 de 31-12-1966, sobre fretamento e transporte de mercadorias e passageiros; (b) lei n.º 5, de 3-1-1967, e decreto n.º 967, de 27-10-1967, sobre o estatuto dos navios e o regime interno da responsabilidade dos seus proprietários; (c) lei n.º 545, de 7-7-1967, e decreto n.º 65, de 19-1-1968, sobre acontecimentos de mar (abalroação, assistência e avarias comuns); (d) lei n.º 522, de 3-7-1967, e decreto n.º 64, de 19-1-1968, sobre o seguro marítimo; (e) lei n.º 8 de 3-1-1969, e decreto n.º 679, de 19-6-1969, sobre o armamento e as vendas marítimas.

4

Revolução ou evolução?

4.1. Falava Chauveau no direito marítimo *em revolução*. Evidentemente que o conceito de *revolução* é polissémico; tudo estará, pois, no significado em que for invocado. Melhor talvez se devesse antes falar num direito em continuada *evolução*, num esforço de sintonia com diferentes condicionantes tecnológicas, económicas e políticas; o que é uma característica de base de todos os ramos do Direito alcança, na verdade, aqui, uma intensificada expressão.

4.2. Assim, e desde logo, um novo *internacionalismo*. O velho *Comité Maritime International*, criado em 1897 como uma associação privada, fundamentalmente objectivada na compatibilização de interesses privados ⁽⁷⁸⁾, perdeu o *monopólio* da unificação internacional e entrou, pelo menos até certa altura, em aberto declínio. E isso pelo peso político que os países em vias de desenvolvimento passaram a ter no contexto internacional; pressentindo nele um instrumento de *neo-colonização* dos países desenvolvidos forçaram a que na ONU se concentrassem, quase exclusivamente, as tarefas de unificação. Daí a criação da IMCO (Organização Intergovernamental Consultiva da Navegação Marítima), agora designada por IMO (Organização Marítima Internacional) e a intervenção da CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) no domínio dos transportes marítimos, do fretamento, de seguro marítimo, etc. ⁽⁷⁴⁾. Foi, designada-

(78) Associação *privada*, pelo menos *teoricamente*. Cfr. Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le C.M.I.*, na *Rev. Trim. de Droit Commercial*, 1963, p. 737.

(74) A IMCO-IMO não está predominantemente objectivada para o direito privado, mais directamente a cargo da CNUCED e da CNUDCI, esta última mais especializadamente *jurídica*. Ambas se radicam na ideia de uma «nova ordem económica internacional», de que é expres-

mente, por impulso dos países do «terceiro-mundo» que a CNUCED adoptou em 1974 o *Código de Conduta das «Conférences» marítimas* ⁽¹⁵⁾ e que, em 1978, a CNUDCI preparou as *Regras de Hamburgo*, destinadas a substituir a Convenção de Bruxelas de 1924 sobre conhecimentos. O determinante objetivo era, em qualquer caso, o de proteger os carregadores de matérias-primas (tradicionalmente os países do «terceiro-mundo») contra os transportadores (tradicionalmente alguns dos países ricos).

4.3. Curiosamente, já a *Convenção* de 1924 intentara ser uma plataforma de compromisso entre os interesses envolvidos: os dos carregadores, os dos seguradores e os dos transportadores.

são a *Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados*, adoptada pela Resolução 3281 (XXIX) 1974 da Assembleia Geral da ONU. Precisamente à IMO se ficou a dever a formação, em 1976, de um novo e espectacularmente útil organismo: a INMARSAT (Organização Internacional de Satélites Marítimos), cujas incidências na segurança da navegação e na gestão náutica repercutirão, por certo, na própria conformação de institutos privados do direito marítimo. Portugal aprovou, para adesão, pelo Decreto n.º 72/79, de 19 de Julho, a Convenção sobre a INMARSAT; esta viria a ser publicada, com o aviso do depósito do instrumento de adesão, no D. R., 1.ª série, de 22-2-1980; pelo Decreto n.º 16/80, de 21 de Março foi aprovado, para adesão, o Acordo de Exploração relativo à INMARSAT.

(¹⁵) As *conférences* marítimas foram, durante a primeira metade deste século, expressão de um certo «imperialismo» dos países «ricos»; através dela, e em síntese, grupos de armadores desses países dominavam o tráfico marítimo de determinados espaços geográficos, estabelecendo acordos quanto aos fretes, quanto às percentagens de carga, etc. Só que, favorecido, para mais, pela política concorrencial agressiva dos países «socialistas» face aos da OCDE, o movimento reactivo dos países do «terceiro-mundo» está a condicionar fortemente a anterior intocabilidade de tal domínio. Daí o *Código de Conduta*, a que a CEE deu já o seu aval. As *conférences* foram, aliás, alvo de reacções nos Estados Unidos, com base em que violariam a legislação *anti-trust*. Entretanto, a posição do Governo norte-americano é, desde o início de 1982, mais favorável a uma aproximação com a política de transportes dos demais países da OCDE e, designadamente, às *conférences* (*Les Transports Maritimes 1981*, public. do Comité dos Transportes Marítimos da OCDE, p. 16).

Fora o caso de nos Códigos providos do século XIX ser acolhida a regra da responsabilidade do capitão (e, como corolário, a do armador) pelas mercadorias transportadas, salvo provando força maior; regra tão drástica que cedo teve como contrapolo a proliferação das cláusulas de exoneração da responsabilidade dos armadores, sobretudo as célebres «negligence clauses». A reacção dos carregadores não tardou a sentir-se; e, passando pelo *Harter Act* norte — americano e pelas *Regras de Haia*, culminaria na Convenção de 1924.

Segundo a *Convenção* está o transportador adstrito, antes e no início da viagem, a exercer uma *razoável diligência* («due diligence») para pôr o navio em estado de navegabilidade, para o armar, equipar e aprovisionar convenientemente, e para preparar e pôr em bom estado os porões e frigoríficos e todas as outras partes do navio em que as mercadorias são carregadas, para a sua recepção, transporte e conservação (art. 3.º, n.º 1). E procederá de modo apropriado e diligente ao carregamento, manutenção, estiva, transporte, guarda, cuidados e descarga das mercadorias transportadas (art. 3.º, n.º 2). Entretanto, numa solução compromissória entre este estatuto, favorável aos carregadores, e um estatuto que aproveitasse aos transportadores, logo estabeleceu o art. 4.º um extenso elenco de causas de exclusão legal da responsabilidade.

Pretenderam as Regras de Hamburgo formular um regime mais simples e mais favorável aos carregadores. Em síntese, e como do § 1.º do art. 5.º decorre, o transportador é responsável, salvo se fizer a prova de que, por si e pelos seus auxiliares e mandatários, tomou todas as medidas que poderiam razoavelmente ser exigidas para evitar o evento e as suas consequências.

Pretenderam. Mas conseguiram? Tem sido posta a interrogativa, que só poderá ser esclarecida quando as *Regras* vierem um dia a ser aplicadas (76). O que deverá ser enten-

(76) As *Regras* entrarão em vigor no primeiro dia do mês seguinte no decurso do prazo de um ano a contar do depósito do vigésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão (art. 30.º, n.º 1).

dido por «evitar o evento e as suas consequências»? Em que se traduzirá essa «due diligence»? Claro que se se vier a propender para um entendimento de presunção de *responsabilidade*, e não de *culpa*, como foi frequentemente julgado, pelo menos em França, relativamente a uma fórmula análoga da Convenção de Varsóvia de 1929, relativa ao transporte aéreo, o regime resultará particularmente severo para os transportadores (17). Mas será assim?

Desde já, batendo-se *pela sua dama*, tem o CMI afirmado, e com inegável razão, que duma norma de tal estilo despontará uma grave infixidez «num domínio onde actualmente existe uma jurisprudência bem definida no mundo inteiro» — ou seja, no da Convenção de 1924. E análoga é a posição da Câmara Internacional da Marinha Mercante (18).

(17) «L'article 5 ouvre en effet la voie à l'interprétation jurisprudentielle, ce qui est fort regrettable; y a-t-il présomption de faute que le débiteur pourra détruire par la preuve de sa *due diligence*, ou lui faudra-t-il établir la cause du dommage que les mesures prises ne pouvaient éviter? Il est fort à parier que la réponse variera en fonction des systèmes juridiques, à l'exemple de ce qui est produit pour la Convention de Varsovie: une formule semblable y figure, elle est interprétée, en France du moins, comme édictant pratiquement une présomption de responsabilité» (Michel Alter, *La Convention sur le transport des marchandises par mer*, no *Journal du Droit International*, 1979, n.º 4, pp. 793 e segs., *maxime* p. 180). Rodière é da mesma opinião (*La responsabilité du transporteur maritime suivant les Règles de Hambourg 1978*, em D.M.F., 356, Agosto de 1978, p. 451). Mas o seu juízo é desfavorável ao novo sistema de responsabilidade, ao invés de Joseph C. Sweeney, que ressalta o que de positivo existe na similitude entre a redacção do § 1.º do art. 5.º e o preceito simétrico da Convenção de Varsóvia (*Les Règles de Hambourg. Point de vue d'un juriste anglo-saxon*, D.M.F., 366, Junho de 1979, p. 323). Sweeney foi o chefe da delegação dos Estados- Unidos à Conferência de Hamburgo que concluiu as *Regras*.

(18) Cfr. *Règles de Hambourg*, I, em *European Transport Law*, vol. XIV, 1979, p. 143. A infixidez do regime do art. 5.º foi desde logo detectada por Claire Legendre, em *La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer* (D.M.F., 355, Julho de 1978, p. 387): para alguns poderá ser superada e, se assim for entendido, a responsabilidade fundada na culpa equivalerá, *de facto*, a uma responsabilidade *objectiva*. Assim o terão suposto os países do «terceiro-mundo»: «aux

4.4. No que as Regras de Hamburgo contribuirão, sem dúvida, para a clarificação do *internacionalismo* das relações de transporte marítimo, será enquanto pela primeira vez expressamente estabelecem o regulam a *arbitragem marítima*; a Convenção de 1924 e o Protocolo de 1968 (Regras de Visby) silenciaram a tal respeito e as Convenções de Nova-York de 1958 e de Genebra de 1961 sobre a execução de decisões arbitrais estrangeiras não aludem *ex-professo* à arbitragem *marítima*. Ora se no fretamento esta só por excepção não é convenionada, se nos contratos de construção ou grande reparação naval quase sempre é aposta uma cláusula compromissória, que em matéria de abalroação e de assistência também frequentemente surge, só raras vezes nos contratos de transporte

yeux de la plupart des pays en voie de développement est la clef de voûte de la réforme. La disparition des exonérations de responsabilité accordées au transporteur est la victoire, ainsi que la disparition de la notion traditionnelle de *due diligence*». E caso, porém, de questionar se tal expectativa se concretizará. E se as Regras traduzirão, realmente, uma vitória dos carregadores sobre os transportadores. Um outro reparo que tem sido deduzido contra as Regras é o de ao definirem, no n.º 6 do art. 1.º, uma posição sobre o *transporte multimodal*, terem entrado em colisão com o anteprojecto, já então conhecido, da Convenção preparada pela CNUCED. O receio veio a revelar-se fundado, depois de concluída a Convenção de Genebra de 1980 (assim Jean Ramberg, *Multimodal Transport. A new dimension of the law of carriage of goods?*, em *Études offertes à René Rodière*, 1981, p. 481). Fundamentalmente, a divergência está em que, pela Convenção de 1980, o *multimodal transport operator* (M.T.O.) emite um documento (*multimodal transport document* — M.T.D.) respeitante a todo o percurso da carga, misto ou combinado (ou seja, por qualquer modo de transporte marítimo, terrestre ou aéreo), assumindo, ele próprio, o encargo e a responsabilidade de promover a entrega da mercadoria que recebeu. Ora pelas Regras de Hamburgo a fase *marítima* do transporte multimodal está sujeita ao sistema nelas definido, incluindo o da responsabilidade do transportador marítimo; ora esta, pela Convenção de 1980, é absorvida pela do M.T.O. Para uma melhor precisão, cfr. Sergio Ferrarini e Giorgio Righetti, ob. cit., p. 116: «La detta Convenzione costituisce pertanto un passo avanti verso la completa uniformizzazione del diritto dei trasporti in genere, e tende a superare l'attuale differenziazione tra i vari regime di responsabilità prevista per i singoli modi, e per il modo marittimo tra le varie Regole (L'Aja, Visby, Amburgo) finora in concorrenza».

marítimo de mercadorias se pratica a arbitragem⁽⁷⁹⁾. E desnecessário será evidenciar o relevo e a vantagem da arbitragem comercial internacional e, mais genericamente, de todos os possíveis mecanismos de arbitragem.

Dá-se, para mais, o caso de a esmagadora maioria das decisões arbitrais internacionais ser voluntariamente acatada. Como já em 1960 informava Charles Carabiber, 80 a 85 por cento são cumpridas sem intervenção judicial⁽⁸⁰⁾. E esta quase geral aceitação subirá de ponto nas arbitragens marítimas; di-lo, por exemplo, Jambu-Merlin cerca de vinte anos volvidos⁽⁸¹⁾. O prestígio da LONDON MARITIME ARBITRATOR'S ASSOCIATION, verdadeiro *centro* da arbitragem marítima mundial, da CHAMBRE ARBITRALE MARITIME DE PARIS, da SOCIETY OF MARITIME ARBITRATORS, de Nova York, da JAPAN SHIPPING EXCHANGE, de Tóquio, asseguram que a superação dos diferendos se alcance por forma expedita, especializada e — o que não deixa de corresponder a uma preocupação quase que universal — em moldes que ajudam a isentar os tribunais judiciais da *maré negra* de processos que sobre eles se abate⁽⁸²⁾.

Acresce que os contratos de transporte marítimo são fonte de nunca aquietáveis dúvidas de interpretação; para assim se concluir bastará atentar na produção jurisprudencial desencadeada pela Convenção de Bruxelas de 1924. E, pelas razões sumariamente já afloradas, tais dúvidas virão, por certo, a reflorescer com a aplicação das Regras de Hamburgo. É por isso mesmo que José Domingo Ray, professor de direito marí-

(79) Jambu-Merlin, *L'arbitrage maritime*, em «*Études offertes à René Rodière*», cit., pp. 401 e segs., *maxime* p. 407.

(80) *L'arbitrage international de droit privé*, p. 16.

(81) «L'expérience de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris (...) montre que l'exequatur est peu demandé et qu'en fait les cases d'inexécution sont rares». Cfr. ob. cit., p. 406.

(82) O *New York Herald Tribune* já em 28-2-1959 se fazia eco desta realidade e desta preocupação, referindo que mais de 80 000 processos se encontravam em atraso nos tribunais federais (cit. por Carabiber, p. 19).

timo e aéreo na Universidade de Buenos Aires e presidente da Associação Argentina de Direito Marítimo, em estudo publicado em *Le Droit Maritime Français* ⁽⁸³⁾, ao avalizar a previsão da arbitragem, logo intui as descritas tempestades exegéticas que por certo recairão sobre o art. 5.º das *Regras* e sobre o sentido que deverá ser dado à «due diligence» do transportador, cuja prova sobre ele recai para se libertar de responsabilidade.

Como é sabido, o legislador português — tão preocupado, por vezes, em *complexificar* o ordenamento jurídico, mesmo com o risco de afectar a sua unidade e coerência — tem descuido, possivelmente por descuido de informação, a reforma dos mecanismos arbitrais; tal reforma parece premente e aí, sim, poderia ser sectorial, em antecipação à reforma global e sistematizada do corpo geral do processo civil. Para além das Convenções de Nova York e de Genebra, haverá que atentar na Convenção de Estrasburgo de 1966. Delas advieram a Lei belga de 4-7-1972 ⁽⁸⁴⁾, o Decreto francês de 14-5-1980 sobre arbitragem, seguido do Decreto de 12-5-1981 sobre arbitragem internacional ⁽⁸⁵⁾ e o Decreto-Lei espanhol de 22-5-1981 sobre a arbitragem comercial internacional ⁽⁸⁶⁾.

No fundo, o que está em causa é a renovação dos mecanismos internos de arbitragem e a executoriedade (através de um processo destinado a obter o *exequatur*) ou o reconhecimento *de plano* das decisões arbitrais estrangeiras (como advirá da ratificação da Convenção de Genebra de 1961). A ratificação das Convenções de 1958 e de 1961 mudará substancialmente

⁽⁸³⁾ 395, Nov. de 1981, p. 643.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Louis Dermine, *L'arbitrage commercial en Belgique*, 1975 (Univ. de Lovaina) e Alberto Lotti, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Belgio*, na *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXVI, 1982, p. 845.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Pierre Bellet e Ernst Mezger, *L'arbitrage international dans le nouveau Code de Procédure Civile*, na *Rev. Critique de Droit International Privé*, 1981, n.º 4, p. 611.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. José Luis Goni, *La nouvelle politique d'exécution des sentences arbitrales en Espagne*, em *D.M.F.*, 409, Jan. de 1983, p. 55.

a problemática da arbitragem internacional no nosso País; é de reter, sobretudo, que, nos termos da Convenção de Genebra, as decisões arbitrais estrangeiras são equiparadas às sentenças nacionais, com todos os corolários daí decorrentes⁽⁸⁷⁾. Certo é que os tribunais portugueses não se têm revelado especialmente severos na revisão de decisões arbitrais estrangeiras⁽⁸⁸⁾, ao invés do que acontecia em Espanha antes da ratificação das Convenções de Nova York e de Genebra⁽⁸⁹⁾. Mas outros problemas inevitavelmente se porão. É óbvio que o juiz do *exequatur* está adstrito à lei. Tudo estará em que a lei seja a mais certa e actual⁽⁹⁰⁾.

4.5. Na mesma linha da reacção contra as *conférences marítimas* está a que se deduz contra os *contratos-tipo*, que, sobretudo em matéria de fretamento, elas impuseram, como que pré-constituindo um sistema jurídico *paralelo*. Disso se tem ocupado a CNUCED, em convergência com acções igualmente desenvolvidas pelo CMI; pretende-se, designadamente, obviar à utilização de expressões herméticas ou ambíguas, de difícil compreensão para os não iniciados, como tendencialmente serão os seus destinatários dos países do «terceiro-mundo». O objectivo mais próximo estará em estabelecer um *léxico* das expressões mais usuais, com o seu significado *precisado* por forma

(87) Cfr. Luzzato, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 21 Aprile 1961*, na *Riv. di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1971, pp. 54 e segs., *maxime* p. 80.

(88) V., por ex., Ac do S.T.J. de 25-10-1974 (B.M.J., 240, p. 199). E ainda, de certo modo, Ac. do S.T.J. de 11-1-1977 (B.M.J., 263, p. 195).

(89) José Luis Goni, *est. cit.*

(90) Sobre arbitragem marítima é de sublinhar o relevo que alcançou o *Comité Internacional de Arbitragem Marítima*, criado em 1978 por acção conjugada da CCI e do CMI — o qual é por completo autónomo do Tribunal de Arbitragem da CCI (Câmara de Comércio Internacional). Representa, aliás, um dos aspectos da *recuperação* que está a ocorrer quanto ao CMI.

tanto quanto possível *unívoca*, precedido por um sumário de critérios de interpretação eles próprios como que *tipificados* ⁽⁹¹⁾.

No fundo o que está em causa é a ideia, hoje prevalecente em todos os domínios do direito dos contratos, de comedir os abusos da *standardização*, embora, como é óbvio, não esteja em causa a criação de um sistema *internacional* de protecção legal; as acções da CNUCED (que abrangem outras áreas do direito marítimo, como por ex. a do seguro) são essencialmente *preventivas*, não coincidindo, pois, com as medidas já expressamente adoptadas em algumas legislações nacionais, como é o caso da alemã ⁽⁹²⁾.

5

O futuro do direito marítimo

5.1. O futuro do direito marítimo despontará deste novo *internacionalismo*, mas também de factores tecnológicos — e de outras razões económicas e políticas. E nem sequer se poderá prever que a evolução se faça sempre num mesmo sentido: condicionalismos hoje preponderantes poderão ser alterados e às «revoluções» poderão mesmo suceder como que «contra-revoluções».

5.2. É o que se passa, por exemplo, quanto à utilização dos *contentores*.

Disse em 1978 o autorizado William Tetley que o trans-

⁽⁹¹⁾ Emmanuel du Pontavice, *Termes des chartes — parties*, em D.M.F., 350, Fev. de 1978, p. 75.

⁽⁹²⁾ Lei de 9-12-1976. Aláás, ao invés do que se passa com esta lei, que logo no § 1.º distingue entre as «condições gerais dos contratos» e os «acordos individuais» (ou seja, as condições contratuais negociadas em detalhe pelas partes), pretende-se evitar que nos próprios «acordos individuais» se utilize uma terminologia que, embora usual, seja imprecisa ou indefinida.

porte em contentores foi, no domínio da manutenção, do acondicionamento e, em geral, do sistema de transporte de mercadorias, o mais importante fenómeno da 2.^a metade deste século; falou mesmo, com a propensão que, ao que se vê, existe para no direito marítimo se apelar para a ideia de «revolução», na «container revolution» (93). Surgia a época dos navios especializados no transporte de cargas homogéneas. Era a viabilização definitiva do transporte «porta a porta» (*door to door*) e, por conseguinte, do transporte *multimodal*.

Só que da euforia em breve se passou à reticência. Desde logo, porque o transporte em contentores, ao difundir-se, criou difíceis problemas de gestão portuária nos casos em que as infraestruturas dos portos e das instalações terrestres complementares (rodoviárias, ferroviárias ou aéreas) não estavam acomodadas às suas especificidades; tais problemas foram especialmente sentidos pelos países que não dispunham dessas infraestruturas, forçando-os a investimentos que não estariam ao seu alcance ou para os quais não encontrariam contrapartida, pelo menos imediata (94). Simultaneamente, a crise dos transportes marítimos e o excedente mundial de tonelagem (95) fez com que, em certa medida, dos navios *especializados* se regressasse aos navios polivalentes.

Por outro lado, a utilização dos contentores deu lugar a um novo campo de fraudes (96) e de abusos contratuais.

(93) Em *Marine Cargo Claims*, 2.^a ed., 1978, p. 311.

(94) Cfr. *Les Transports Maritimes 1979*, da OCDE, p. 137: «(...) les problèmes qui ont créés (os contentores), ont annulé jusqu'à un certain point les bénéfices qui auraient pu autrement résulter de la conteneurisation».

(95) No 2.^o semestre de 1982 um número crescente de navios estava imobilizado, porque a «economia» daí decorrente era superior aos possíveis lucros de exploração. Em fins de Outubro desse ano, a capacidade total não utilizada elevava-se a 69 milhões de toneladas, o que equivalia a cerca de 10 % da marinha mercante mundial. É de sublinhar, no entanto, que os navios-cisternas, só por si, representavam 57 milhões de toneladas.

(96) Ellen-Campbell, *International Maritime Fraud*, 1981, p. 31: «Containerisation has brought with it many advantages, and also perhaps more its share of crime problems. Quite apart from its own peculiar brand of theft, the container lends itself to fraud and deception».

E, nesta área, a *parte afectada* não é já a dos carregadores mas, ao invés, a dos *transportadores*. Realmente, a estes é praticamente impossível, sob pena de anularem, na prática, a vantagem do transporte em contentores, o *controle* das declarações dos carregadores; a *supremacia contratual* passou para estes, restando aos transportadores o recurso à reserva «said to contain», de problemática eficácia⁽⁹⁷⁾ e de duvidosa validade⁽⁹⁸⁾.

De qualquer modo, o transporte em contentores, não obstante toda a reticência que suscita, não tenderá a ser abandonado. Pelo contrário, para utilização no tráfico de linha, os armadores continuam a encomendar novas unidades, em época de geral recessão da marinha mercante e da construção naval⁽⁹⁹⁾.

5.3. Aliás, o transporte em contentores poderá dar a melhor resposta a um dos fundamentais *interesses* dos transportes marítimos: a economia de *tempo*. Isto, pelo menos quando as instalações portuárias facultem o rápido escoamento da carga e da sua arrumação nos navios⁽¹⁰⁰⁾.

E poderá *compensar* o desequilíbrio que, noutra frente, se está a verificar quanto à concretização desse *interesse*. É que

(97) Cfr. Rodière, *La protection du transporteur maritime contre les fausses déclarations de la nature des marchandises en conteneurs*, em *Bulletin des transports*, 1979, p. 486. Aí se refere que as falsas declarações em matéria de transporte em contentores são de estimar em 30 % do tráfico total.

(98) A *Cour de Cassation* francesa julgou, em 29-1-1980, que, mesmo no caso de contentores entregues selados ao transportador, a cláusula «said to contain» era uma reserva insuficientemente motivada e, por conseguinte, sem efeito. Cfr. *Bulletin des transports*, 1980, p. 183.

(99) Até para fazer face à «ponte terrestre» transiberiana pela qual a URSS absorve grande parte do tráfico de mercadorias proveniente ou destinado à Europa do Norte e à Grã-Bretanha.

(100) Não apenas os contentores alteraram profundamente o sistema de transporte; o mesmo se deu com os novos meios de carga de mercadorias a granel. «Un *pinardier* qui charge du vin par pipe line met trois heures à emplir ses cuves quand il fallait trois jours pour rouler des fûts sur un navire de même capacité» (Rodière — Martine Remond — Gouilloud, *La Mer...* cit., p. 41).

a crise energética fez balancear, no confronto dos valores envolvidos na navegação comercial, o da *velocidade* e o do *custo do combustível*. Toda uma nova geração de navios é concebida para utilização de dois combustíveis alternativos: os petrolíferos e o já quase abandonado carvão; este poderá vir a recuperar no transporte marítimo o «prestígio» de outrora. E perspectiva-se mesmo a utilização de velas mecânicas, como meio de propulsão auxiliar ou complementar. Como está longe a ideia dos navios de comércio de propulsão nuclear, perdida como ficou nos anos 60!

Ora, neste contexto, poderão os contentores compensar a brecha que assim sofrerá o factor *tempo*.

5.4. Mas o grande *salto* qualitativo está a dar-se no direito marítimo quanto ao seu próprio *objecto*. Ele foi tradicionalmente concebido como o direito dos *navios*; é agora, mais alargadamente, o direito da *presença* do homem no *mar*. Ou, noutra perspectiva, o próprio conceito de navio terá de ser revisto e precisado.

Atente-se no exemplo mais invocado, que é os dos chamados *hovercrafts* ou *aérogliisseurs*, ou naves pairantes, numa terminologia ensaiada em Portugal ⁽¹⁰¹⁾. Não estão em contacto directo com a água; são sustentados por uma almofada de ar situada entre o seu fundo e a superfície da água ou do solo. «A almofada é limitada aos lados por uma cortina de ar ejectada por agulhetas que se estendem a toda a periferia do fundo do aparelho. Gera-se assim uma zona de alta pressão sob o fundo, que produz a força necessária para equilibrar o seu peso» ⁽¹⁰²⁾. Por aplicação da regulamentação internacional em vigor, não são aeronaves, já que não se sustentam no ar nos termos aí definidos ⁽¹⁰³⁾. Acresce que são veículos anfi-

⁽¹⁰¹⁾ Assim, Eng.º Rogério d'Oliveira, *Dos navios do passado aos navios do futuro*, publ. da Escola Naval, 1959, p. 35.

⁽¹⁰²⁾ Eng. Rogério d'Oliveira, ob. cit., p. 37.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Rodière, *Droit des Transports Terrestres et Aériens*, 3.ª ed., 1981, p. 156. É de distinguir o *hovercraft* do *hydrofol* ou *hydrogliisseur*; este está em contacto permanente com a água e, portanto, não

bios: a serem navios, apenas, obviamente, o poderão ser quando circularem sobre a água. E parece que em tal hipótese o serão ⁽¹⁰⁴⁾.

E quanto às plataformas *off-shore*, para exploração petrolífera, ou quaisquer fábricas flutuantes, como as usadas na dessalinização da água do mar, ou centrais nucleares? Terão pelo menos de ser assimiladas a navios durante o percurso do estaleiro onde foram construídas até ao local onde ficarão fixadas ⁽¹⁰⁵⁾.

E quanto aos navios transformados em hotéis flutuantes (como acontece com o «Infante D. Henrique», em Sines), ou em museus flutuantes, ou em centros de recreio?

pode ser posta em causa, qualquer que seja o critério que se aplique, a sua qualificação como navio.

⁽¹⁰⁴⁾ Assim o decidiu o Conselho de Estado francês, em 19-12-1979; isto, além do mais, porque embora deslocando-se a cerca de 30 centímetros acima do nível do mar, fazem-no «en prennant appui sur l'eau» (v. D.M.F., 376, Abril de 1980, p. 231 e o comentário discordante de R. Rézenthel e A. Caubert). Na Grã-Bretanha está legalmente definido que o transporte por *hovercraft* será tido como um transporte aéreo (sujeito, pois, à Convenção de Varsóvia.) em relação aos *passageiros* e como um transporte *marítimo* (sujeito, pois, ao *Carriage of goods by sea Act*) em relação às *mercadorias*.

⁽¹⁰⁵⁾ Os problemas envolvidos ganham um especial relevo, até pela circunstância de as explorações petrolíferas se processarem hoje, por vezes, a grandes profundidades; ainda há poucos anos o limite de 200 ou 300 metros, alcançado no Mar do Norte, era tido como «inultrapassável»; entretanto, para se evidenciar o ponto que a inovação tecnológica alcançou bastará referir que em 5-12-1982 se iniciou, no Mediterrâneo, uma exploração a 1500 metros de profundidade (*L'Express*, 7-1-1983). Obviamente que, assim sendo, os percursos no alto mar são cada vez mais extensos, e com riscos acrescidos. Qual, designadamente, o regime de responsabilidade aplicável em caso de *abalroação*, no alto mar, do conjunto «rebocador» — «rebocado», quando este for uma plataforma inerte, sem força motriz e mesmo sem capitão nem tripulação marítima? O Cód. Com. português, que nada dispõe sobre o contrato de reboque, fala sempre em *navios*, o mesmo acontecendo com as Convenções de 1910 (sobre *abalroação*) e de 1952 (uma sobre a competência *civil* em matéria de *abalroação* e outra sobre a competência *penal*). E a própria *Convenção sobre o regulamento internacional para evitar abalroamentos no mar*, de 1972 (aprovada, para ratificação, pelo Decreto n.º 55/78, de 27-6)

5.5. Num estudo que fez época (104), Rodière, posto perante estas situações e outras semelhantes, entendeu que a circunstância de um engenho estar sujeito aos *riscos de mar* constitui uma condição necessária mas não suficiente para que seja definido como um navio. O outro requisito estará em ser um engenho *flutuante*. A lei francesa de 7-7-1967 considerou que, para efeitos de abalroamento, será navio qualquer engenho flutuante, não amarrado a um posto fixo, quando colocado no mar. Para efeitos de assistência, sê-lo-á mesmo quando não amarrado a um posto fixo, desde que sujeito aos riscos de mar.

Bem vistas as coisas, não poderá haver critérios uniformes. Assim, e designadamente, nos termos da Convenção Internacional sobre a intervenção no alto mar em caso de acidente que provoque ou possa vir a provocar a poluição por hidrocarbonetos, concluída em Bruxelas em 1969, e aprovada, para ratificação, pelo Decreto n.º 88/79, de 21 de Agosto, a expressão

Inclui apenas na sua previsão «todo o *véhicule aquatique* de qualquer natureza»... «utilizado ou susceptível de ser utilizado como *meio de transporte sobre a água*» — o que não será a hipótese de uma *plataforma*. Daí que em Setembro de 1977, na Conferência do Rio de Janeiro, tenha o CMI discutido e adoptado um projecto de convenção internacional sobre os engenhos móveis off-shore, num sentido abrangente das *plataformas* com aptidão para se deslocar *na* ou *sob* a água, estejam ou não estejam fixadas no fundo do mar no momento das operações (cfr. André Pierron, *Project de convention internationale sus les engins mobiles off-shore préparé par le CMI*, em D.M.F., 351, Março de 1978, p. 131). De qualquer forma, faltarão em Portugal o estatuto *interno* de relacionamento entre o *rebocador* e o *rebocado*, como acontece em França (lei de 3-1-1969), e uma regulamentação actualizada do regime da abalroação, como também acontece em França (lei de 7-7-1969). Poderá a responsabilidade *perante terceiros* do proprietário do rebocador ser convencionalmente transferida para o proprietário da plataforma rebocada? Sobre a solução em França cfr. as decisões do *Trib. Com.* de Marselha de 9-11-1979 (D.M.F., 376, Abril de 1980, p. 217) e da *Cour d'Appel d'Aix* de 2-10-1981 (D.M.F., 404, Agosto de 1982, p. 473). É incidentalmente, de referir que a 2.ª decisão foi proferida no recurso interposto da 1.ª — o que revela que este demorou cerca de *dois anos* a ser julgado.

(**) *Faut-il reviser la définition classique du navire?*, em J.C.P., 1978, 2880.

«navio» designa «todo o navio, qualquer que ele seja» e «todo o engenho flutuante, com excepção das instalações ou outros dispositivos utilizados na exploração do fundo dos mares, dos oceanos e do seu subsolo, ou para exploração dos seus recursos» — o que excluirá, portanto, as plataformas *off-shore* ou equipamentos similares. Por sua vez, a Convenção para a prevenção da poluição marinha por operações de imersão de detritos e outros produtos, concluída em Londres em 1972, e aprovada, para ratificação, pelo Decreto n.º 2/78, de 7 de Janeiro, enfrenta o problema dos *hovercrafts*. Diz, com efeito: «Por navio e aeronave entendem-se os veículos que circulam na água ou no ar, qualquer que seja o seu tipo. Estas expressões englobam os veículos que se deslocam sobre almofadas de ar e os veículos flutuantes, quer sejam ou não autopropulsionados».

5.6. Sejam quais forem as soluções que possam ser dadas às diversas hipóteses que têm surgido e que possam vir a surgir o que será certo é que, como conclui Rodière, os especialistas de direito marítimo devem estar preparados para rever os seus conceitos, *mesmo os mais fundamentais*. Bastará pensar que desde há anos se encara a implantação de *ilhas artificiais*, destinadas a habitação, à indústria, a investigação científica, etc. ⁽¹⁰⁷⁾. E os mais variados casos vão surgindo, designadamente nos desportos náuticos. As pranchas com vela («*planches à voile*») serão consideradas navios, para efeitos de abalroamento? A *Cour d'Appel* de Rennes, em 4-5-1982, pronunciou-se sobre uma colisão, no alto mar, entre duas pranchas com vela, de que adveio a morte do tripulante de uma delas. Contrariando o tribunal recorrido, que negara a equiparação a navio, decidiu em sentido positivo; isto porque nos termos da lei francesa de 7-7-1967 sobre acontecimentos de mar e da regra 3.ª da Convenção de Londres de 20-10-1972 é um navio «todo o veículo aquático de qualquer natureza, incluindo os veículos sem imersão e os hidroaviões, utilizado ou susceptível

⁽¹⁰⁷⁾ N. Papadakis, *The international legal regime of artificial islands*, 1977, p. 155.

de ser utilizado como meio de transporte sobre a água» (108). A caracterização feita poderá ter bem marcadas incidências: o regime da responsabilidade não é o mesmo se à colisão forem aplicáveis as regras específicas do abalroamento ou as regras gerais da responsabilidade civil extracontratual.

De igual modo, e usando um exemplo de Rodière e Martine Remond-Gouilloud: «199 mecânicos a bordo duma plataforma (*off-shore*) desencadeiam subitamente uma greve. Se for um navio, é um motim; se não for é uma greve, porventura irregular, mas que a lei penal não censura» (109). E se os critérios de gestão náutica do capitão entrarem em conflito com os critérios de exploração técnica do engenheiro — chefe da plataforma, quais prevalecerão (110)?

E no que respeita à noção de *navegabilidade*, que sempre ocupou uma posição central do direito marítimo? Trata-se de um conceito *relativo*, funcionando em moldes não coincidentes conforme respeite, por exemplo, a um contrato de seguro, ou a um fretamento, ou a um contrato de transporte. Será o seguro relativo a um navio transformado em hotel flutuante ou em casino, relativamente aos quais se considerou que a locação «nada tem de marítima», um seguro marítimo ou um seguro terrestre? Haverá que tomar em conta a sua navegabilidade, ou não? E, indo mesmo mais além, a sua própria utilização será um contrato feito e regulado à inteira revelia do direito marítimo?

Que saibamos, estes problemas não têm sido submetidos aos tribunais portugueses e, a terem surgido em área não jurisdicional, foram resolvidos por critérios mais ou menos empíricos. Pelo menos ao nível do S.T.J. apenas foi tratada a questão de saber se, para efeitos de abalroação, uma grua flutuante é um navio. A decisão foi, e bem, no sentido positivo (111).

(108) D.M.F., 409, Jan. de 1983, p. 40.

(109) Ob. cit., p. 22.

(110) D.M.F., 410, Fev. de 1983, p. 126.

(111) Ac. do S.T.J., de 29-11-1977, no B.M.J., 271, p. 251.

Claro que os tribunais apenas se podem pronunciar sobre as questões que lhes são propostas; não as podem «inventar», para se substituírem à elaboração doutrinal que porventura escasseie ou inexista.