

TEMAS DE DIREITO MARÍTIMO – III. PACTOS DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM EM MATÉRIA DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIAS(*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(**)*

SUMÁRIO:

Introdução. **I. Pactos de jurisdição.** A) Noção e efeitos. B) As cláusulas de jurisdição dos conhecimentos de carga e as Convenções de Bruxelas, Hamburgo e Roterdão sobre transporte marítimo de mercadorias. C) Regime estabelecido pelos Regulamentos Bruxelas I e Bruxelas I bis. D) Limites colocados à eficácia dos pactos de jurisdição em matéria marítima pela legislação interna. **II. Convenções de arbitragem.** A) Noção, efeitos e modalidades. B) As convenções de arbitragem e as Convenções de Bruxelas, Hamburgo e Roterdão sobre transporte marítimo de mercadorias. C) Da oponibilidade ao destinatário da mercadoria da cláusula de arbitragem contida na cartapartida referida no conhecimento de carga.

(*) Texto que serviu de base à comunicação proferida nas III Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo, em maio de 2013.

(**) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Introdução

I. O transporte marítimo é um dos setores mais importantes do comércio internacional. As relações que se estabelecem entre os operadores do comércio marítimo são, com muita frequência, relações transnacionais, porque têm contactos relevantes com mais de um Estado soberano. Pense-se, designadamente, em todos aqueles contratos de transporte marítimo que envolvem a deslocação de uma mercadoria de um país para outro.

Perante um litígio resultante de uma relação interna, que se insere inteiramente na esfera social de um Estado, o tribunal, para decidir o caso, tem de apurar os factos e de aplicar o Direito material do foro.

A resolução de litígios emergentes de relações transnacionais coloca dois problemas adicionais:

- a determinação da jurisdição competente (saber se é competente um tribunal arbitral ou um tribunal estadual e, neste segundo caso, qual é ou quais são as jurisdições estaduais competentes);
- a determinação do Direito material aplicável.

A determinação do Direito material aplicável é feita, na falta de convenção de arbitragem, com base no sistema de Direito de Conflitos do Estado do foro, e no caso da arbitragem transnacional, com base em Direito de Conflitos especial que é, até certo ponto, de fonte transnacional.

Como frequentemente os critérios de competência legal conduzem à competência de duas ou mais jurisdições estaduais, e o Direito de Conflitos em matéria de transporte marítimo só está unificado para determinados Estados, como é o caso dos Estados-Membros da União Europeia, o Direito de Conflitos relevante pode depender do Estado em que a ação é proposta, o que gera incerteza sobre qual o Direito material que disciplinará a situação.

A unificação do Direito material aplicável, já realizada por várias Convenções internacionais na área do transporte marítimo de mercadorias, pode atenuar este problema, mas não o elimina.

Com efeito, dados os limites quanto ao âmbito material e espacial de aplicação destas Convenções (não regulam todas as questões nem todos os transportes), a circunstância de o número de Estados Contratantes ser variável e, em alguns casos, muito reduzido, as divergências na interpretação e integração destas Convenções pelas jurisdições nacionais e a possibilidade de conflitos entre algumas destas Convenções, o problema da determinação do Direito material que disciplinará a situação subsiste em muitos casos.

II. Estes problemas colocam-se tanto perante os juízes ou os árbitros confrontados com um litígio emergente de uma relação transnacional como perante as partes e os seus advogados. Mas enquanto os juízes ou os árbitros se limitam a verificar se o tribunal que integram é competente, para os advogados também se pode colocar um problema de escolha da jurisdição mais conveniente para o seu cliente.

Para o jurista prático esta problemática é *multidimensional*: a busca da solução mais favorável ao seu cliente envolve a apreciação:

- das diferentes jurisdições suscetíveis de se considerarem competentes;
- no caso de serem competentes duas ou mais jurisdições estaduais, dos diferentes sistemas de Direito de Conflitos vigentes na ordem jurídica de cada um desses Estados;
- das soluções eventualmente diferentes que se podem esperar em face do Direito material declarado aplicável por esses sistemas conflituais.

Tomemos o exemplo de uma abalroação ocorrida no alto mar entre o navio de um armador do país A e o navio de um armador do país B, os quais transportam cargas de proprietários dos países C e D⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Este exemplo é inspirado em SJUR BRAEKUS — *Choice of Law Problems in International Shipping*, RCADI 164 (1979) 251-338, 251 e ss.

O advogado mandatado pelo armador A cuidará de averiguar o *Direito material* que os tribunais dos diferentes Estados, suscetíveis de afirmarem a sua competência, aplicarão.

Em face da Convenção de Bruxelas para a Unificação das Regras sobre a Competência Civil em Matéria de Abalroação (1952), o armador pode em regra ser demandado no lugar da sua residência habitual ou estabelecimento. Mas esta jurisdição pode não ter interesse, designadamente quando se trate de navios com bandeira de conveniência, caso em que provavelmente o réu não terá bens sujeitos a esta jurisdição. Na prática o mais importante é a competência estabelecida com o arresto do navio. Nesta medida, o advogado tem de estudar os diferentes portos de refúgio ao alcance do navio A e, ao mesmo tempo, seguir os movimentos do navio B.

Significa isto que o advogado tem de conjugar as possíveis jurisdições dos portos X, Y, Z, com os respetivos Direitos de Conflitos X, Y, Z, e ainda as leis eventualmente diferentes que, por fim, serão aplicadas. Se acrescentarmos que é por vezes difícil de prever qual a lei que será designada, quer por falta, num determinado sistema, de uma regra de conflitos inequívoca, quer porque a aplicação das normas de conflitos pode envolver operações complexas, apercebemo-nos que o cálculo exige a inclusão de algumas *variáveis*, o que obriga à consideração de um elevado número de *combinações* possíveis. Tal tarefa pode revelar-se difícil e morosa, mas é, com maior ou menor perfeição, imprescindível.

III. De entre os problemas colocados, e seus diferentes aspetos, a presente exposição limitar-se-á a algumas reflexões sobre a validade e eficácia dos pactos de jurisdição e convenções de arbitragem com respeito a litígios emergentes de contratos de transporte marítimo de mercadorias, designadamente à luz das Convenção de Bruxelas (1924), Hamburgo (1978) e Roterdão (2008) em matéria de transporte marítimo de mercadorias, dos Regulamentos europeus aplicáveis aos pactos de jurisdição nesta matéria (Regulamentos Bruxelas I e Bruxelas I bis), da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras (1958) e da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14/12 — NLAV).

I. Pactos de jurisdição

A) Noção e efeitos

O pacto de jurisdição é o acordo das partes sobre a jurisdição nacional competente.

O pacto de jurisdição é suscetível de ter um *efeito atributivo de competência* e um *efeito privativo de competência*. Tem um efeito atributivo quando fundamenta a competência dos tribunais de um Estado que não seriam competentes por aplicação dos critérios de competência legal. Tem um efeito privativo quando suprime a competência dos tribunais de um Estado que seriam competentes por aplicação dos critérios de competência legal.

As partes podem designar um tribunal estadual como exclusivamente competente ou como concorrentemente competente.

Por meio do pacto atributivo de competência exclusiva, e contanto que este pacto seja reconhecido pelas ordens jurídicas em causa, as partes podem eliminar a incerteza sobre o foro competente e garantir que litígios atuais ou eventuais serão dirimidos no foro que, em seu juízo, é o mais conveniente. Com a determinação do foro competente determina-se também o sistema estadual de Direito de Conflitos que vai ser aplicado, o que contribui para a previsibilidade do Direito material aplicável.

B) As cláusulas de jurisdição dos conhecimentos de carga e as Convenções de Bruxelas, Hamburgo e Roterdão sobre transporte marítimo de mercadorias

A frequência com que os conhecimentos de carga contêm cláusulas de jurisdição deu origem a vasta jurisprudência sobre as condições da sua validade e eficácia.

Já no 2.º volume do tratado de SMEESTERS e WINKELMOLEN, cuja segunda edição foi publicada em 1933, se podia ler a opinião segundo a qual seria nula a cláusula que submetesse os litígios aos tribunais de um país que não tivesse adotado as regras da Convenção de Bruxelas de 1924, mas se admitiria a validade da cláusula

atributiva de jurisdição a um tribunal estrangeiro, quando o conhecimento contivesse uma cláusula *Paramount*⁽²⁾.

Designa-se por *Paramount* a cláusula que determina que as regras da Convenção de Bruxelas ou de uma lei estadual que as incorpora devem ser aplicadas com primazia sobre as outras cláusulas que constam do conhecimento ou que integram o contrato de transporte ⁽³⁾.

Esta orientação foi seguida por decisões dos tribunais belgas e alemães ⁽⁴⁾, embora neste segundo caso com oposição de parte da doutrina e divergências sobre a relevância da incorporação das regras do Protocolo de 1968, de que a Alemanha não é parte, na legislação interna ⁽⁵⁾. Para alguns autores alemães trata-se de uma manifestação da reserva de ordem pública internacional alemã que não pode ser torneada por pactos de jurisdição⁽⁶⁾.

Na mesma linha, a jurisprudência inglesa veio entender que a cláusula de jurisdição será ineficaz, por força do art. 3.º/8 da Convenção, na medida em que se demonstre que, no caso concreto, o tribunal estrangeiro aplicaria regras materiais que definam um padrão de responsabilidade do transportador inferior ao estabelecido pela Convenção de Bruxelas modificada pelo Protocolo de 1968⁽⁷⁾. Uma abordagem até certo ponto semelhante é feita pelos tribunais dos EUA com referência ao *Carriage of Goods by Sea Act* que incorpora as regras da Convenção de Bruxelas de 1924⁽⁸⁾.

(2) CONSTANT SMEESTERS e GUSTAV WINKELMOLEN — *Droit maritime et droit fluvial*, 2.ª ed., vol. II, Bruxelas, 1933, 260.

(3) Sobre estas cláusulas, ver LIMA PINHEIRO — “Direito aplicável ao contrato de transporte de mercadorias”, in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, 311-348, Coimbra, 2009, 333 e segs., com mais referências.

(4) Ver JACQUES PUTZEYS — “Le nationalisme dans le droit international”, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1981, 473, e HEINZ PRÜSSMANN e DIETER RABE — *Seehandelsrecht*, 4.ª ed., Munique, 2000, Vor § 556 n.º 163.

(5) Ver FELIX SPARKA — *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents. A Comparative Analysis*, Heidelberg, et al., 2010, 159-160.

(6) Ver PETER MANKOWSKI — “Neue internationalprivatrechtliche Probleme des Konnossements”, *Transportrecht* 11 (1988) 410-420, 414-415 e 419-420.

(7) Ver *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* — 14.ª ed. por J. FAWCETT, J. CARRUTHERS e PETER NORTH, Londres, 2008, 450, e SPARKA (n. 5) 157-158.

(8) Ver WILLIAM TETLEY — “Jurisdiction Clauses and *Forum Non Conveniens* in the Carriage of Goods by Sea”, in *Jurisdiction and Forum Selection in International Mari-*

Certas exigências relativamente à manifestação do consentimento do carregador foram também formuladas pelas jurisprudências francesa e alemã, em atenção ao caráter de cláusulas contratuais gerais de que se revestem, normalmente, as cláusulas de jurisdição dos conhecimentos de carga⁽⁹⁾.

A oponibilidade da cláusula de jurisdição ao destinatário das mercadorias foi igualmente objeto de decisões francesas e belgas restritivas⁽¹⁰⁾.

Mais radicalmente, a Convenção de Hamburgo ⁽¹¹⁾, depois de estabelecer uma pluralidade de critérios atributivos de competência (entre os quais o resultante de uma cláusula de jurisdição — art. 21.º/1/d), determina que só os pactos celebrados depois do surgimento do litígio têm uma eficácia privativa de competência (art. 21.º/5). Mas esta Convenção não encontrou acolhimento junto das principais nações marítimas e, na Europa, é diminuto o número de Estados que a ela se vincularam. Portugal não é parte.

Disposições semelhantes constam da Convenção de Roterdão⁽¹²⁾: as ações contra o transportador ao abrigo da Convenção podem ser propostas em diversos foros situados em Estados Contratantes, designadamente no foro estipulado pelas partes (arts. 1.º/30 e 66.º), mas, em regra, só os pactos celebrados depois do surgimento do litígio têm uma eficácia privativa de jurisdição (art. 72.º).

Esta Convenção, porém, admite mais amplamente a eficácia de pactos de jurisdição celebrados pelas partes de contratos gerais

time Law, org. por MARTIN DAVIES, 183-263, A Haia, 2005, 215-217; SPARKA (n. 5) com mais referências. CP. THOMAS SCHOENBAUM — *Admiralty and Maritime Law*, 5.ª ed., 2011, § 10-21.

⁽⁹⁾ Ver, relativamente à jurisprudência francesa, PIERRE BONASSIES e CHRISTIAN SCAPEL — *Droit maritime*, 2.ª ed., Paris, 2010, 796-797, assinalando uma evolução liberalizante nesta matéria; TETLEY (n. 8) 240-242; *Cour d'appel de Rouen* 5/2/2009 e 26/2/2009 [DMF 61 (2009) an. AMOUSSOU]; quanto à jurisprudência alemã, PRÜSSMANN/RABE (n. 4) Vor § 556 n.ºs 153 e ss.

⁽¹⁰⁾ Relativamente à jurisprudência francesa, ver BONASSIES/SCAPEL (n. 9) 799-805; relativamente à jurisprudência belga, ver JACQUES PUTZEYS e MARIE-ANGE ROSSEELS — *Droit des transports et droit maritime*, Bruxelas, 1993, 244-245.

⁽¹¹⁾ Ver SPARKA (n. 5) 189 e ss.

⁽¹²⁾ Ver MICHAEL STURLEY — “Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules”, *Uniform L. Rev.* 14 (2009) 945-980, 954 e ss., e SPARKA (n. 5) 189 e ss.

de transporte [*Volume Contracts*]⁽¹³⁾, i.e., de contratos por que um transportador se obriga a deslocar uma quantidade determinável de mercadorias durante certo período de tempo, efetuando para o efeito uma pluralidade de operações de transporte (art. 1.º/2), desde que obedeçam a certos requisitos (art. 67.º)⁽¹⁴⁾.

Por acréscimo, estas disposições só vinculam os Estados que façam uma declaração nesse sentido (art. 74.º).

A Convenção de Roterdão ainda não está internacionalmente em vigor e obteve até agora limitado acolhimento internacional.

Com não menos radicalismo, o legislador português estabeleceu, na legislação de Direito Comercial Marítimo de 1986/1987, a regra da ineficácia dos pactos privativos de jurisdição. Com efeito, nos termos do art. 7.º da L n.º 35/86, de 4/9, não é “válido” o pacto destinado a privar de jurisdição os tribunais portugueses, quando a estes for de atribuir tal jurisdição por força do disposto no art. 65.º CPC (atual art. 62.º CPC de 2013)⁽¹⁵⁾, exceto se as partes forem estrangeiras e se tratar de obrigação que, devendo ser cumprida em

(13) Sobre estes contratos, ver LIMA PINHEIRO — “O Direito Comercial Marítimo de Macau Revisitado”, *ROA* 62 (2002) 425-438, 429.

(14) Este art. 67.º é do seguinte teor:

“1. The jurisdiction of a court chosen in accordance with article 66, subparagraph (b), is exclusive for disputes between the parties to the contract only if the parties so agree and the agreement conferring jurisdiction:

- a) Is contained in a volume contract that clearly states the names and addresses of the parties and either (i) is individually negotiated or (ii) contains a prominent statement that there is an exclusive choice of court agreement and specifies the sections of the volume contract containing that agreement; and
- b) Clearly designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State.

“2. A person that is not a party to the volume contract is bound by an exclusive choice of court agreement concluded in accordance with paragraph 1 of this article only if:

- a) The court is in one of the places designated in article 66, subparagraph (a);
- b) That agreement is contained in the transport document or electronic transport record;
- c) That person is given timely and adequate notice of the court where the action shall be brought and that the jurisdiction of that court is exclusive; and
- d) The law of the court seized recognizes that that person may be bound by the exclusive choice of court agreement.”

(15) Ver, designadamente, art. 71.º/1 CPC, aplicável por força do art. 62.º/a CPC.

território estrangeiro, não respeite a bens sitos, registados ou matriculados em Portugal.

Perante as regras de competência internacional contidas noutros diplomas de Direito Marítimo ⁽¹⁶⁾, é duvidoso que o pacto de jurisdição possa produzir o efeito privativo de competência quando os tribunais portugueses forem competentes com base nessas regras.

C) Regime estabelecido pelos Regulamentos Bruxelas I e Bruxelas I bis

A validade e eficácia dos pactos de jurisdição foi matéria abrangida pela Convenção de Bruxelas sobre a Competência Judiciária e a Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (1968), entretanto substituída pelo Reg. (CE) n.º 44/2001, Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (Regulamento Bruxelas I) que, por seu turno, será substituído a partir de 10 de janeiro de 2015 pelo Reg. (UE) n.º 1215/2012 (Regulamento Bruxelas I bis).

Estes instrumentos estabelecem um regime bastante favorável à validade e eficácia dos pactos de jurisdição por eles regulados.

O art. 23.º do Regulamento Bruxelas I tem um *âmbito de aplicação no espaço* diferente conforme se trata do efeito atributivo ou do efeito privativo de competência.

No que se refere ao efeito atributivo, o regime contido no preceito é aplicável quando estiverem reunidos dois pressupostos (n.º 1/1.ª parte):

- uma das partes encontra-se domiciliada no território de um Estado-Membro;
- as partes atribuem competência aos tribunais de um Estado-Membro.

O Regulamento não regula os pactos que atribuam competência aos tribunais de um Estado terceiro.

⁽¹⁶⁾ Ver ainda DL n.º 349/86, de 17/10, art. 20.º; DL n.º 352/86, de 21/10, art. 30.º; DL n.º 431/86, de 30/12, art. 16.º; e, DL n.º 191/87, de 29/4, art. 47.º.

A eficácia privativa da competência dos tribunais de um Estado-Membro a favor dos tribunais de um Estado terceiro depende do seu Direito interno ⁽¹⁷⁾, mas também do respeito das competências exclusivas estabelecidas pelo Regulamento e, tratando-se de réu domiciliado num Estado-Membro, dos limites estabelecidos aos pactos de jurisdição em matéria de contratos de seguros, contratos com consumidores e contratos individuais de trabalho⁽¹⁸⁾.

O Regulamento também não regula o efeito atributivo de competência quando nenhuma das partes se encontra domiciliada num Estado-Membro. A aceitação da competência pelos tribunais de um Estado-Membro depende então do seu Direito interno. No entanto, o Regulamento obriga os outros Estados-Membros ao reconhecimento do efeito privativo de competência do pacto atributivo de competência aos tribunais de um Estado-Membro, mesmo que nenhuma das partes tenha domicílio num Estado-Membro (art. 23.º/3)⁽¹⁹⁾. Só não será assim se o tribunal ou os tribunais escolhidos se tiverem declarado incompetentes ⁽²⁰⁾.

O art. 25.º do Regulamento Bruxelas I bis tem um âmbito de aplicação no espaço mais amplo, visto que regula quer o efeito atri-

⁽¹⁷⁾ Cf. PETER SCHLOSSER — “Relatório sobre a Convenção, de 9 de Outubro de 1978, relativa à Adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte à Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, bem como ao Protocolo Relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça”, *JOCE* C 189, 28/7/90, 184-256, 1979, n.º 176, e TCE 9/11/2000, no caso *Coreck* [CTCE (2000) I-09337], n.º 19. Cp. ULRICH MAGNUS, in *Brussels I Regulation*, 2.ª ed., Munique, 2012, art. 23.º, n.º 37.

⁽¹⁸⁾ Cf. LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. III — *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, 193-194, com referências da doutrina dominante. Cp. ARTHUR BÜLOW, KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, REINHOLD GEIMER e ROLF SCHÜTZE (org.) — *Das internationale Rechtsverkehr in Zivil — und Handelssachen*, vol. II, B I 1 e por STEFAN AUER, CHRISTIANE SFFERLING e CHRISTIAN WOLF, Munique, 1989, art. 17.º, n.º 61, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e DÁRIO MOURA VICENTE — *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial*, Lisboa, 1994, 38.

⁽¹⁹⁾ Cf. SCHLOSSER (n. 17) n.º 177.

⁽²⁰⁾ Ver ainda HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON — *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4.ª ed., Paris, 2010, n.º 155.

butivo quer o efeito privativo independentemente de qualquer das partes ter domicílio num Estado-Membro.

Dentro do domínio de aplicação da Convenção de Bruxelas de 1968, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias teve ocasião de estabelecer algumas regras sobre *a validade das cláusulas de jurisdição contidas num conhecimento de carga* desde logo na sua decisão no caso *Tilly Russ* (1984)⁽²¹⁾.

Entendeu o tribunal satisfazerem as condições colocadas pelo art. 17.º da Convenção, e deverem, assim, ser respeitadas, as cláusulas de jurisdição do conhecimento que tenham sido objeto do consentimento expresso por forma escrita ou objeto da convenção oral da qual o conhecimento, assinado pelo transportador, seja a confirmação escrita, ou ainda se o conhecimento se insere no quadro das relações comerciais entre as partes, na medida em que se tenha estabelecido que essas relações são regidas por condições gerais que incluam a cláusula⁽²²⁾.

A partir da redação dada ao art. 17.º da Convenção pelo Protocolo de Luxemburgo de 1978, permite-se que, no comércio internacional, o pacto de jurisdição obedeça a uma forma admitida pelos usos que as partes conheçam ou devam conhecer, e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

No caso citado, o Tribunal de Justiça afirmou também *a oponibilidade ao terceiro portador do conhecimento* desde que preenchidos dois pressupostos: que a cláusula de jurisdição seja válida entre o carregador e o transportador e que, de acordo com o Direito nacional aplicável⁽²³⁾, o terceiro portador, ao adquirir o conheci-

⁽²¹⁾ TCE 19/6/1984 [CTCE (1984) 02417].

⁽²²⁾ N.º 19.

⁽²³⁾ N.º 24. Constitui ponto controverso a de saber qual a lei aplicável à questão — ver, designadamente, PAUL LAGARDE — An. a Cass. 4/3/2003 [*R. crit.* 92 (2003) 285, 290 e ss.] que se inclina no sentido da competência da lei reguladora do contrato de transporte, posição que só foi parcialmente seguida pelo acórdão anotado. Segundo outro entendimento, aí referido, seria aplicável a lei reguladora do conhecimento enquanto título de crédito. Este segundo entendimento, que a meu ver seria mais conforme ao Direito constituído e, designadamente, à exclusão contida no art. 1.º/2/d do Regulamento Roma I (na linha da já contida no art. 1.º/2/c da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obriga-

mento de carga, suceda ao carregador nos seus direitos e obrigações (11)⁽²⁴⁾.

O tribunal argumentou que permitir ao terceiro portador subtrair-se ao pacto de jurisdição contido no conhecimento de carga, por não ter dado o seu consentimento a este pacto, seria estranho ao objetivo do art. 17.º, “que é o de neutralizar os efeitos das cláusulas que podem passar despercebidas nos contratos”. Argumentou ainda que preenchidos os referidos pressupostos, o terceiro titular do conhecimento fica adstrito a todas as obrigações que figuram no conhecimento, incluindo as relativas ao pacto de jurisdição⁽²⁵⁾.

Este entendimento foi retomado e desenvolvido na decisão proferida no caso *Coreck* (2000)⁽²⁶⁾, em que o TCE afirmou que se perante o Direito nacional aplicável o terceiro portador do conhecimento de carga não suceder nos direitos e obrigações do carregador há que verificar o seu consentimento à cláusula de jurisdição à luz das exigências do artigo 17.º da Convenção⁽²⁷⁾.

À face do entendimento dominante na maioria dos sistemas nacionais que consultei, o terceiro titular do conhecimento não sucede nos direitos e obrigações do carregador⁽²⁸⁾. Mas pode ser

ções Contratuais), deverá conduzir, em minha opinião, à aplicação da lei do lugar indicado no conhecimento para entrega da mercadoria — ver, em geral, sobre a lei aplicável aos títulos de crédito, HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE — *Droit international privé*, vol. II, 7.ª ed., Paris, 1983, 225, e LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.ª ed., Coimbra, 2009, § 66 B. Ver ainda, perante o Direito Internacional Privado alemão, PETER MANKOWSKI — *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Tubinga, 1995, 255 e ss., e RAINER HAUSMANN, in *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, org. por CHRISTOPH REITHMANN e DIETER MARTINY, 7.ª ed., Colónia, 2010, n.º 6512.

⁽²⁴⁾ N.º 26, seguido por TCE 16/3/1999, no caso *Castelletti* [CTCE (1999) I-01597], n.º 41, e 9/11/2000, no caso *Coreck* [CTCE (2000) I-09337], n.º 23.

⁽²⁵⁾ Caso citado n.ºs 24 e ss.

⁽²⁶⁾ 9/11/2000 [CTCE (2000) I-09337]

⁽²⁷⁾ N.ºs 26-27.

⁽²⁸⁾ Ver SPARKA (n. 5) 170 e ss., assinalando que o Direito dos EUA nega a sucessão, exigindo uma vinculação tácita [*implied contract*] do terceiro; que este também era o entendimento tradicional no Direito inglês, mas a legislação veio admitir que o terceiro fica sujeito a todas as vinculações resultantes do contrato de transporte a partir do momento em que aceite a mercadoria ou formule uma pretensão perante o transportador em relação à mercadoria; ao abrigo do Direito alemão, o destinatário é geralmente considerado como terceiro beneficiário do contrato de transporte e, nesta medida, vinculado pela

questionado se a formulação do Tribunal de Justiça não deve ser entendida em sentido amplo, como abrangendo todos os sistemas

cláusula de jurisdição a partir do momento em que atua uma pretensão fundada no contrato; quando é emitido um conhecimento de carga, este prevalece, enquanto título de crédito, sobre o contrato de transporte, mas o destinatário designado no conhecimento também é considerado pela doutrina dominante como terceiro beneficiário; em geral, é admitido que o destinatário designado no conhecimento é vinculado pela cláusula de jurisdição do conhecimento a partir do momento que aceita a mercadoria; quando o titular do conhecimento o endossa a terceiro, entende-se que o terceiro sucede nos direitos e obrigações do titular originário, mas só é vinculado pela cláusula de jurisdição que conste do conhecimento. Ver também JAN KROPHOLLER e JAN VON HEIN — *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9.^a ed., Francoforte-sobre-o-Meno, 2011, art. 23.º, n.º 67, assinalando que segundo o BGH se presume o consentimento do terceiro titular do conhecimento na cláusula de jurisdição quando faça valer direitos baseados no conhecimento. No Direito francês, prevalece o entendimento segundo o qual o terceiro titular do conhecimento não sucede nos direitos e obrigações do carregador e que a cláusula de jurisdição só lhe é opo-nível se for por ele aceite o mais tardar no momento da entrega da mercadoria — ver, designadamente, CASS. 4/3/2003, com an. de PAUL LAGARDE [*R. crit.* 92 (2003) 285, 294-295], dando conta que a jurisprudência sobre o ponto não é uniforme. Perante o Direito inglês, YVONNE BAATZ, in *Maritime Law*, org. por YVONNE BAATZ, 2.^a ed., Londres, 2011, 15, entende que por força dos arts. 2(1) e 3 do *Carriage of Goods by Sea Act 1992* se verifica a transferência dos direitos e obrigações baseados no conhecimento para o terceiro titular do conhecimento.

No Direito português, a doutrina dominante também entende que o contrato de transporte é um contrato a favor de terceiro; o terceiro (destinatário) pode aderir nos termos gerais do Código Civil; mas o regime do contrato de transporte afasta-se, em alguns aspetos, do regime geral contrato a favor de terceiro (arts. 443.º e ss. CC) — ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO — *Direito Comercial*, 3.^a ed., Coimbra, 2012, 818. Para um levantamento destes aspetos, ver FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA — *O Contrato de Transporte de Mercadorias*, Coimbra, 2000, 209 e ss. Também à semelhança do Direito alemão o conhecimento é um título de crédito que pode ser nominativo, à ordem ou ao portador e cuja transmissão está sujeita ao regime geral dos títulos de crédito (art. 11.º do DL n.º 352/86, de 21/10). É ao portador quando na sua literalidade não revela a identidade do titular, caso em que se transmite por entrega real; o título à ordem é nominado, enquanto se indica à ordem de quem a prestação deve ser feita, mas circula por entrega real do próprio Título com endosso; é nominativo o título que indica no seu texto a identidade do titular e circula de modo mais complexo, que exige no mínimo a declaração no título — JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO — *Direito Comercial*, vol. III — *Títulos de Crédito*, Lisboa, 1992, 42 e ss; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS — *Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, 2011, 301 e 308. Mas coloca-se a questão de saber se a legislação portuguesa, ao referir-se a conhecimento nominativos, não se reportará aos chamados títulos impróprios visados pelo art. 483.º C.Com. que se transmitem através das regras da cessão de créditos. Independentemente das dúvidas que pode suscitar a posição do destinatário, quando se trate de um terceiro titular do conhecimento de carga, dada a literalidade e autonomia do título, os seus direitos são os que resultam do

nacionais em que o terceiro titular pode ficar vinculado à cláusula de jurisdição contida no conhecimento mesmo que não emita uma declaração negocial neste sentido⁽²⁹⁾.

Entretanto, o tribunal já tinha apreciado outras questões suscitadas pelos pactos e jurisdição contidos em conhecimento de carga na sua decisão no caso *Castelletti* (1999)⁽³⁰⁾.

Neste caso colocou-se, entre outras, as questões de saber se uma cláusula geral de jurisdição constante do verso de conhecimentos de carga impressos, que na frente continham uma remissão genérica para o clausulado constante do verso, tinha sido objeto do consenso das partes, se tinha sido celebrada em conformidade com um uso do comércio internacional e se este uso poderia derogar a disposição do art. 1341.º do Código Civil italiano. Esta disposição impõe, em matéria de condições gerais do contrato previamente estabelecidas por um dos contratantes, o necessário conhecimento ou a possibilidade de conhecimento por parte do outro contratante e exige que sejam especificamente assinadas as cláusulas que estabelecem derrogações à competência da autoridade judicial.

O tribunal afirmou que se pode presumir que existe o consenso das partes quanto à cláusula atributiva jurisdição se o seu comportamento corresponder a um uso que rege o domínio do comércio internacional em que operam as partes em questão e se estas últimas conhecem esse uso ou devem conhecê-lo⁽³¹⁾.

Entendeu também que existirá um uso no ramo comercial considerado, quando, designadamente, um certo comportamento é

título, e o transportador não pode invocar em sua defesa algo que daí não resulte — ver PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, 236 e ss., 292, 296. Parece que, nesta medida, as soluções referidas a propósito do Direito alemão poderão, em princípio, ser transpostas para os quadros da ordem jurídica portuguesa. O terceiro titular do conhecimento ficará vinculado pela cláusula de jurisdição a partir do momento que receba a mercadoria, solicite a entrega da mesma ou de outro modo atue pretensões fundadas no conhecimento.

(29) A dúvida é suscitada por JÜRGEN SAMTLEBEN — “Europäische Gerichtsstandsvereinbarungen und Drittstaaten — viel Lärm um nichts?”, *RabelsZ.* 59 (1995) 670-712, 708. A resposta afirmativa é sugerida por SPARKA (n. 5) 172-173, com mais referências.

(30) 16/3/1999 [CTCE (1999) I-01597].

(31) N.º 21.

geral e regularmente seguido pelos operadores nesse ramo no momento da celebração de contratos de um certo tipo⁽³²⁾.

O conhecimento efetivo ou presumido desse uso pelas partes contratantes considera-se provado quando, designadamente, essas partes tenham anteriormente estabelecido relações comerciais entre si ou com outras partes que operam no setor em questão ou quando, neste setor, um certo comportamento é suficientemente conhecido, pelo facto de ser geral e regularmente seguido no momento de celebração de um certo tipo de contratos, para poder ser considerado como uma prática consolidada⁽³³⁾.

Relativamente à derrogação da referida disposição do Código Civil italiano, o Tribunal de Justiça decidiu que a validade de uma cláusula atributiva de jurisdição não pode ser subordinada ao respeito de uma condição particular de forma, a não ser que esta condição esteja conexas com as exigências formuladas pela Convenção, e que, por conseguinte, compete ao órgão jurisdicional nacional referir-se aos usos comerciais no ramo considerado de comércio internacional, para determinar se, no litígio que lhe foi submetido, a apresentação material da cláusula atributiva de jurisdição, incluindo a língua em que está redigida, e a sua inserção num formulário previamente elaborado não assinado pela parte estranha à sua elaboração são conformes com as formas reconhecidas por estes usos⁽³⁴⁾.

Decidiu ainda que no caso de a cláusula de jurisdição ser eficaz em relação a terceiros, o conhecimento do uso deve ser apreciado relativamente às partes originárias⁽³⁵⁾.

A doutrina tem defendido que a inclusão de uma cláusula de jurisdição nos conhecimentos de carga pré-elaborados pelo transportador constitui uma prática geralmente aceite no comércio

⁽³²⁾ N.º 25 e ss., referindo também TCE 20/2/1997, no caso *MSG* [*CTCE* (1997) I-00911, n.º 23].

⁽³³⁾ N.º 43, referindo também TCE 20/2/1997, no *supracit.* caso *MSG*, n.º 24. O diferente entendimento seguido por STJ 17/11/1998 [*in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>] não é compatível com a jurisprudência do TCE.

⁽³⁴⁾ N.ºs 35-36.

⁽³⁵⁾ N.º 42.

marítimo, por forma que, em princípio, a cláusula vincula o carregador⁽³⁶⁾.

A doutrina dominante também admite que no caso de o terceiro titular do conhecimento não suceder nos direitos e obrigações do carregador a sua vinculação à cláusula de jurisdição pode resultar de um uso do comércio internacional⁽³⁷⁾. Nesta linha, alguns autores, bem como o Supremo Tribunal Federal alemão⁽³⁸⁾, entendem que sendo a cláusula de jurisdição usual nos conhecimentos de carga, se presume a vinculação à cláusula do terceiro titular que atue uma pretensão com base no conhecimento⁽³⁹⁾.

Um específico problema de oponibilidade é o suscitado pela incorporação no conhecimento, através de uma *remissão geral para uma carta-partida*, da cláusula de jurisdição ou, mais frequentemente, de arbitragem, nesta contida. Remeto a este respeito para as considerações feitas a propósito da convenção de arbitragem, que considero em princípio aplicáveis também aos pactos de jurisdição.

No mesmo caso *Castelletti*, foram colocadas ao Tribunal de Justiça questões relativas à compatibilidade com a Convenção de limitações quanto à escolha do tribunal designado, designadamente relacionadas com a conexão do foro escolhido com a relação controvertida, a motivação da escolha e a aplicabilidade de regras sobre a responsabilidade do transportador. O tribunal respondeu negativamente a estas questões, reafirmando que “a escolha do tribunal designado só pode ser apreciada à luz de considerações ligadas às exigências estabelecidas pelo artigo 17.”⁽⁴⁰⁾.

(36) Ver KROPHOLLER/VON HEIN (n. 28) art. 23.º, n.º 62; DANIEL GIRSBERGER — “Gerichtsstandsklausel im Konnossement: Der EuGH und der internationale Handelsbrauch”, *IPRax* (2000) 87-91, 89; e MAGNUS/MANKOWSKI/MANKOWSKI (n. 17) art. 23.º, n.º 138.

(37) Ver KROPHOLLER/VON HEIN (n. 28) art. 23.º, n.º 62; MANKOWSKI (n. 23) 274-275; MAGNUS/MANKOWSKI/MAGNUS (n. 17) art. 23.º, n.º 126 ver também n.º 161, afirmando a existência de um uso do comércio internacional neste sentido. Cp. MAGNUS/MANKOWSKI/MANKOWSKI (n. 17) art. 23.º, n.º 138.

(38) BGH 15/2/2007 [*BGHZ* 171 (2007) 141].

(39) Ver JÜRGEN BASEDOW — “Das forum conveniens der Reeder im EuGVÜ”, *IPRax* (1985) 133-137, 137; SPARKA (n. 5) 173-174, com mais referências, entendendo, porém, que neste caso é em ainda necessário verificar se segundo a lei nacional aplicável se formou o consentimento sobre a cláusula.

(40) N.ºs 49 e ss.

Adotou assim o entendimento segundo o qual os limites à validade e/ou eficácia do pacto de jurisdição estabelecidos pelos Direitos internos dos Estados-Membros em matéria de Direito Marítimo não são compatíveis com o disposto no art. 17.º da Convenção de Bruxelas e, atualmente, no art. 23.º do Regulamento Bruxelas I⁽⁴¹⁾. Segundo o entendimento dominante, estes limites também não podem basear-se na Convenção de Bruxelas sobre o transporte marítimo de mercadorias⁽⁴²⁾. Com efeito, o Regulamento Bruxelas I apenas salvaguarda as Convenções em que os Estados-Membros sejam partes à data da sua entrada em vigor que regulem a competência internacional em matérias especiais (art. 71.º/1). Nem a Convenção de Bruxelas sobre o transporte marítimo de mercadorias nem os Protocolos que a modificam contêm uma regulação específica da competência internacional.

Portanto, esses limites só relevam fora do âmbito de aplicação do regime europeu dos pactos de jurisdição.

Acrescente-se que o regime especial dos contratos com consumidores, que limita a admissibilidade dos pactos de jurisdição, não é aplicável ao contrato de transporte (art. 15.º/3 do Regulamento Bruxelas I) e que, segundo o entendimento dominante, as normas nacionais que transpõem a Diretiva sobre cláusulas abusivas (Dir. 93/13/CEE) não são aplicáveis aos pactos de jurisdição abrangidos pelo art. 23.º do Regulamento⁽⁴³⁾.

Um padrão mínimo de responsabilidade do transportador fica em todo o caso assegurado, uma vez que o regime europeu só se

(41) Ver KROPHOLLER — *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 6.ª ed., Heidelberg, 1998, art. 17.º, n.ºs 93 e ss.; KROPHOLLER/VON HEIN (n. 28) art. 23.º, n.º 22; e MANKOWSKI (n. 23) 285 e ss. Cp. PRÜSSMANN/RABE (n. 4) Vor § 556 n.º 139.

(42) Ver KROPHOLLER e KROPHOLLER/VON HEIN, *loc. cit.* na n. anterior; Dicey, *Morris and Collins on the Conflict of Laws* — 15.ª ed. por Lord Collins of Mapesbury (ed. geral), Londres, 2012, n.º 12-151 e n. 649; e SPARKA (n. 5) 156-157, com mais referências. Cp. SERGIO CARBONE — *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milão, 1988, 443-445; MANKOWSKI (n. 23) 288-289; MARCO LOPEZ DE GONZALO — *Giurisdizione civile e trasporto marittimo*, Milão, 2005, 255 e ss.

(43) Cf. KROPHOLLER/VON HEIN (n. 28); PETER SCHLOSSER — *EU-Zivilprozessrecht*, 3.ª ed., Munique, 2009, art. 23.º, n.º 31; REINHOLD GEIMER e ROLF SCHÜTZE — *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3.ª ed., Munique, 2010, art. 67.º, n.º 6. Em sentido diferente, MAGNUS/MANKOWSKI/MAGNUS (n. 17) art. 23.º, n.º 74.

aplica aos pactos atributivos de jurisdição a um Estado-Membro da UE e que a generalidade dos Estados-Membros é parte em Convenções sobre transporte marítimo de mercadorias⁽⁴⁴⁾.

D) Limites colocados à eficácia dos pactos de jurisdição em matéria marítima pela legislação interna

Que dizer dos limites colocados à eficácia dos pactos de jurisdição em matéria marítima pelo Direito português nos termos anteriormente expostos (*supra* C)?

A atribuição de competências exclusivas só pode admitir-se em matérias bem restritas, onde razões de natureza excecional o aconselham (por exemplo, arts. 22.º do Regulamento Bruxelas I e 63.º CPC), tendo como consequência a ineficácia dos pactos privativos de jurisdição e a recusa de reconhecimento de sentenças proferidas por tribunais estrangeiros quando os tribunais do foro forem exclusivamente competentes.

Mas nenhuma razão excecional parece fundamentar uma regra geral de competência exclusiva em todas as matérias marítimas: se todos os Estados consagrassem tal regra, nenhum deles reconheceria as sentenças proferidas pelos tribunais estrangeiros quando os seus tribunais fossem competentes, o que limitaria a eficácia prática das decisões proferidas nestas matérias por forma contrária aos interesses das partes e ao desenvolvimento do comércio internacional.

Mais em geral, não posso concordar com uma regra geral de ineficácia dos pactos privativos de jurisdição ou que só admita a sua eficácia em casos residuais.

Quando, relativamente ao contrato de transporte marítimo, o legislador português de 1986/1987 estabeleceu múltiplos fatores de atribuição de competência⁽⁴⁵⁾, alguns dos quais traduzem liga-

⁽⁴⁴⁾ Neste sentido, SPARKA (n. 5) 157.

⁽⁴⁵⁾ Nos termos do art. 30.º do DL n.º 352/86, de 21/10, os tribunais portugueses são competentes se o porto de carga ou de descarga se situar em território português; se o contrato tiver sido celebrado em Portugal; se o navio transportador arvorar bandeira portu-

ções muito ténues com o foro, contribuiu para o *forum shopping*, i.e., para escolha pelo autor do foro mais conveniente para a sua pretensão.

Tratando-se de uma relação em que a grande maioria das ações são propostas pelos destinatários ou as suas seguradoras contra os transportadores (por avaria ou falta de carga), este *forum shopping* significa um *tratamento desigual* desfavorável aos transportadores.

Com a invalidade das cláusulas de jurisdição torna-se imperativo este *forum shopping* unilateral e compromete-se a desejável previsibilidade⁽⁴⁶⁾.

Quer isto dizer que fora do âmbito de aplicação dos regimes europeus não deve haver quaisquer limites à eficácia dos pactos de jurisdição nesta matéria?

Em minha opinião há um *limite geral à eficácia dos pactos de jurisdição* que encontra aqui aplicação: o efeito privativo da competência dos tribunais portugueses deve ser negado quando a sentença suscetível de ser proferida pela jurisdição estrangeira competente não seja previsivelmente reconhecível em Portugal e exista um elemento ponderoso de conexão com o Estado português⁽⁴⁷⁾. A sentença não será reconhecível, designadamente, quando viole a ordem pública internacional do Estado português ou normas e princípios imperativos de Convenções internacionais aplicáveis e vigentes na ordem jurídica portuguesa.

Nesta base, por exemplo, poderia negar-se a eficácia privativa da competência dos tribunais portugueses de uma cláusula atributiva de jurisdição aos tribunais de um terceiro Estado (i.e., não membro da União Europeia) que apliquem um padrão de responsabilidade do transportador inferior ao estabelecido pela Convenção

guesa ou estiver registado em Portugal; e se a sede, sucursal, filial ou delegação do carregador, do destinatário ou consignatário ou do transportador se localizar em território português.

⁽⁴⁶⁾ Em sentido crítico se manifesta igualmente RUI MOURA RAMOS — “Aspectos recentes do Direito Internacional Privado português”, in *Est. Afonso Queiró*, Coimbra, 1987, 40 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Pressupostos de uma competência de necessidade — ver LIMA PINHEIRO (n. 18) 311.

de Bruxelas sobre o transporte marítimo de mercadorias, quando o transporte seja efetuado para Portugal.

Para além disso, tratando-se de cláusulas contratuais gerais, também se devem considerar proibidas as cláusulas que estabeleçam um foro “que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem” (art. 19.º/g do DL n.º 446/85, de 25/10).

A este respeito, deve notar-se que as cláusulas de jurisdição contidas nos modelos de conhecimento de carga do transportador podem ser vistos como um instrumento de *forum shopping*, i.e., de escolha da jurisdição mais favorável ao transportador⁽⁴⁸⁾.

Porém, não só podem invocar-se, geralmente, bons argumentos em favor da escolha consagrada nessas cláusulas gerais (por exemplo, a escolha do foro da sede do transportador, pelo menos quando se trate da sede efetiva da administração), como assiste ao carregador a faculdade de acordar com o transportador um foro diferente. Nem as presentes “relações de força” entre carregadores e transportadores, nem a crescente utilização de outros documentos, conjuntamente com o conhecimento, em tráfegos de linha (“*booking-notes*” e mesmo cartas-partidas), permitem objetar que tal liberdade de estipulação seja meramente formal.

O não aproveitamento pelos carregadores dessa faculdade, em tráfegos nos quais existam interesses legítimos dos destinatários suficientemente fortes, parece antes encontrar explicação nos desequilíbrios existentes entre carregadores e destinatários e nas relações contratuais de compra e venda subjacentes.

Estes desequilíbrios não devem corrigir-se *a posteriori* a expensas do transportador que tenha contratado com um carregador realizar um serviço, na base das condições estipuladas no conhecimento, por determinado frete.

(48) Ver BASEDOW (n. 39) cuja abordagem me parece a este respeito algo unilateral.

II. Convenções de arbitragem

A) Noção, efeitos e modalidades

A *convenção de arbitragem* é o acordo das partes em submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis a arbitragem.

A convenção de arbitragem tem um efeito positivo — fundamentar a competência do tribunal arbitral — e um efeito negativo — excluir a competência dos tribunais estaduais.

A generalidade dos sistemas admite que a convenção de arbitragem revista as modalidades de compromisso arbitral ou de cláusula compromissória.

Nas Convenções de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958, art. 2.º/2) e de Genebra sobre a Arbitragem Comercial Internacional (1961, art. 1.º/2/a), na Lei-Modelo da CNUDCI (art. 7.º/1) e em diversos sistemas nacionais, a cláusula compromissória distingue-se do compromisso arbitral por constituir uma cláusula de um contrato. Perante a lei portuguesa, diferentemente, a distinção traça-se em função do caráter atual ou futuro dos litígios que são objeto da convenção de arbitragem (art. 1.º/3 NLAV). Considera-se “cláusula compromissória” a convenção de arbitragem que visa litígios futuros, e que tanto pode constituir uma cláusula de um contrato como um negócio jurídico autónomo⁽⁴⁹⁾.

B) As convenções de arbitragem e as Convenções de Bruxelas, Hamburgo e Roterdão sobre transporte marítimo de mercadorias

Segundo um entendimento, os limites colocados à validade e eficácia dos pactos de jurisdição, em face do disposto no art. 3.º/8 da Convenção de Bruxelas sobre transporte marítimo de mercado-

⁽⁴⁹⁾ Cf. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 34/IV [Diário da Assembleia da República II s. n.º 83, de 2/7/86] n.º 8.

rias, seriam também aplicáveis às cláusulas compromissórias contidas em conhecimentos de carga⁽⁵⁰⁾. A jurisprudência e a doutrina revelam uma larga divergência a este respeito perante os diversos sistemas nacionais⁽⁵¹⁾.

O problema é, no entanto, mais complexo no que respeita às convenções de arbitragem.

Por um lado, na arbitragem transnacional, os árbitros não estão absolutamente vinculados a uma particular ordem jurídica estadual e, em especial, a um particular sistema nacional de Direito Internacional Privado⁽⁵²⁾. Para além disso, em muitos sistemas, a possibilidade de as partes convencionarem uma decisão segundo a equidade é mais amplamente admitida na arbitragem que perante os tribunais estaduais. Por isso, é muito difícil prever se os árbitros aplicarão um regime menos favorável ao carregador ou ao destinatário que o contido na Convenção de Bruxelas e nos seus Protocolos.

Por outro, os principais sistemas jurídicos tendem a respeitar a autonomia da arbitragem transnacional. Se as ordens jurídicas nacionais, atendendo ao carácter disponível ou patrimonial da matéria, admitem que as partes submetam os litígios emergentes dos contratos de transporte marítimo à decisão de particulares, dificilmente se entende que a validade ou eficácia da convenção de arbitragem seja condicionada à garantia da aplicação das normas imperativas vigentes nestas ordens jurídicas, mesmo quando constem de uma Convenção de Direito material unificado.

Por estas razões, *justifica-se uma maior liberalidade em relação à validade e eficácia das convenções de arbitragem*.

De um ponto de vista prático, o escopo de proteção da Convenção de Bruxelas não é geralmente ameaçado, porque, em regra, os conhecimentos contêm cláusulas *Paramount*, ou cláusulas que submetem as relações emergentes do contrato de transporte, no seu

(50) Ver, designadamente, JEAN-CLAUDE SOYER — “Les aspects de Droit international privé de la réforme du Droit maritime”, *Clunet* (1969) 610-629, 621.

(51) Relativamente à Alemanha, EUA e Inglaterra, ver SPARKA (n. 5) 161 e ss.

(52) Ver LIMA PINHEIRO — *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estado da Arbitragem*, Coimbra, 2005, 29 e ss., com desenvolvidas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

conjunto, a um Direito nacional que considera aplicável as regras convencionais.

À face dos regimes aplicáveis ao reconhecimento da convenção de arbitragem na ordem jurídica portuguesa (art. 2.º da Convenção de Nova Iorque, arts. 96.º/b e 577.º/q CPC e art. 5.º NLAV), não há qualquer fundamento jurídico-positivo para limitar a validade e eficácia das convenções de arbitragem em matéria de transporte marítimo de mercadorias.

Isto não exclui a relevância dos limites que decorram do *regime das cláusulas contratuais gerais* quando a cláusula compromissória for regida pela lei portuguesa (designadamente a aplicabilidade, com alcance muito limitado, do já referido art. 19.º/g às cláusulas compromissórias, e, nas relações com consumidores finais, do disposto no art. 21.º/h)⁽⁵³⁾.

Nas relações com consumidores finais, haverá também que ter em conta a extensão deste regime às cláusulas regidas por uma lei estrangeira quando o contrato apresente uma conexão estreita com o território português, bem como a relevância das disposições correspondentes de outro Estado-Membro da União Europeia quando o contrato apresente uma conexão estreita com o seu território (art. 23.º)⁽⁵⁴⁾.

O exposto não obsta também a que a decisão arbitral que não tenha aplicado o regime da Convenção de Bruxelas possa, em determinadas circunstâncias, ser anulada ou ver o seu reconhecimento recusado com fundamento em manifesta incompatibilidade com a ordem pública internacional do Estado português (art. 46.º/3/b/ii NLAV; art. 5.º/2/b da Convenção de Nova Iorque e art. 56.º/1/b/ii NLAV, respetivamente).

A *Convenção de Hamburgo* procurou ir mais longe por meio das regras sobre arbitragem contidas no art. 22.º⁽⁵⁵⁾.

O n.º 1 deste artigo determina que as partes podem estipular por escrito que um litígio emergente de um transporte de mercadorias abrangido pela Convenção seja submetido a arbitragem desde

⁽⁵³⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 52) 91-92.

⁽⁵⁴⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 23) § 66 C.

⁽⁵⁵⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 52) 512 e ss., e SPARKA (n. 5) e ss.

que sejam respeitadas as disposições contidas nos números seguintes. De entre estas cabe salientar a obrigatoriedade de o processo arbitral ser instaurado num dos foros enumerados na Convenção (que são os foros competentes para a ação judicial nos termos do art. 21.º/1), à escolha do autor (n.º 3) e o dever de os árbitros aplicarem as regras da Convenção (n.º 4).

Acrescente-se que, segundo o disposto no n.º 5, considera-se estas regras incluídas em toda a cláusula ou compromisso e que toda a cláusula ou compromisso que as contrariar é nula.

Resulta no n.º 6 que a validade de uma Convenção de arbitragem celebrada depois do surgimento do litígio não depende dos requisitos estabelecidos nos números anteriores⁽⁵⁶⁾.

O sentido global destes preceitos é, em minha opinião, não só o de subordinar a validade e a eficácia da decisão arbitral à aplicação das regras da Convenção mas também o de vincular os árbitros à aplicação das regras sobre a arbitragem aí contidas.

O legislador internacional procura, por um lado, facilitar a instauração do processo arbitral num Estado que seja favorável ao autor, *maxime* um Estado que seja parte na Convenção de Hamburgo, de modo a possibilitar a impugnação da decisão arbitral em caso de violação das regras desta Convenção. Por outro lado, ciente de que em sede de impugnação, oposição à execução e reconhecimento da decisão arbitral o controlo do Direito aplicado ao mérito da causa é limitado, o mesmo legislador procurou configurar a não aplicação das normas das Convenção como um caso de violação da convenção de arbitragem⁽⁵⁷⁾.

A esta luz, parece claro que o legislador internacional não quis que a aplicação das normas da Convenção na arbitragem transnacional dependesse das diretrizes emitidas pelos Estados Contratantes. A intenção é antes a de vincular diretamente os árbitros e criar um mecanismo que facilite a impugnação ou recusa de reconhecimento e/ou execução caso essa vinculação não seja respeitada.

(56) Cf. PETER MANKOWSKI — “Jurisdiction Clauses und Paramount Clauses nach dem Inkrafttreten der Hamburg Rules — Zugleich eine Darstellung des Anwendungssystems der Hamburg Rules”, *Transportrecht* 15/9 (1992) 301-313, 309.

(57) Ver, em sentido convergente, as considerações de MANKOWSKI (n. 56) 307.

Esta vocação para vincular diretamente os árbitros é, porém, imperfeita, porque a ordem jurídica internacional não institui nenhum dispositivo internacional para sancionar o desrespeito de tais obrigações internacionais. Nenhuma jurisdição internacional tem competência para impor sanções aos árbitros ou anular a decisão arbitral caso não sejam observadas as regras contidas na Convenção. Sabendo-se que a suscetibilidade de demandar (ou peticionar) e responder perante instituições jurisdicionais é justamente um dos elementos mais importantes a ter em conta para afirmar a subjetividade internacional dos particulares⁽⁵⁸⁾, é duvidoso que de disposições convencionais daquela natureza resultem verdadeiras obrigações internacionais para os árbitros.

Em todo o caso, a posição que se assuma a este respeito parece-me ter consequências práticas muito limitadas. Por um lado, só perante tribunais de Estados Contratantes será porventura sancionado o desrespeito das regras da Convenção sobre a arbitragem⁽⁵⁹⁾. Dado o reduzido acolhimento internacional da Convenção de Hamburgo, o impacto real das suas regras sobre a arbitragem transnacional é, portanto, diminuto⁽⁶⁰⁾.

Por outro, mesmo quem entenda que os árbitros não ficam adstritos a uma obrigação internacional pode atribuir relevância à pretensão de aplicabilidade direta das regras da Convenção.

A *Convenção de Roterdão* contém um capítulo sobre arbitragem que, porém, só vincula os Estados Contratantes que façam uma declaração nesse sentido (art. 78.º)⁽⁶¹⁾. Afóra os compromissos arbitrais celebrados depois do surgimento do litígio (art. 77.º) e os regimes especiais para as cláusulas de arbitragem contidas em contratos gerais de transporte (art. 75.º/3) e em contratos de trans-

⁽⁵⁸⁾ Ver referências em LIMA PINHEIRO (n. 52) n. 1513.

⁽⁵⁹⁾ Como a tendência dominante não é favorável a um controlo de mérito da decisão arbitral em sede de impugnação ou de reconhecimento da decisão arbitral “estranheira”, mesmo em muitos Estados Contratantes a não aplicação das regras da Convenção de Hamburgo só será sancionada se conduzir a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional.

⁽⁶⁰⁾ O comentário ao preceito feito pela CNUDCI [1992] reconhece que, não obstante, uma decisão arbitral que não se conforme com as regras da Convenção será normalmente executável.

⁽⁶¹⁾ Ver STURLEY (n. 12) 974 e ss., e SPARKA (n. 5) 202-203.

porte não realizado em linhas regulares (art. 76.º), o processo arbitral contra o transportador pode ser instaurado não só no lugar designado na convenção de arbitragem mas também em qualquer dos foros que seriam competentes para a ação judicial (art. 75.º/2). As regras limitativas contidas neste capítulo consideram-se incluídas em todas as convenções de arbitragem e prevalecem sobre todos os outros preceitos destas convenções (art. 75.º/5).

Grosso modo, a Convenção de Roterdão consagra mais limitadamente algumas das soluções já avançadas na Convenção de Hamburgo e à qual se aplicam as considerações formuladas a respeito de tais soluções.

Num plano geral, parece-me defensável que os árbitros devam, em princípio, respeitar as diretrizes contidas em Convenções de Direito material unificado na resolução de litígios emergentes de situações reguladas por essas Convenções. Mas creio que deve ser reservada aos árbitros uma margem de apreciação irreduzível, que lhes permite em casos excepcionais não atender a essas diretrizes, quando uma ponderação de todos os interesses legítimos em presença o justifique. Esta margem de apreciação pode ser especialmente útil perante diretrizes contidas em Convenções que têm um reduzido acolhimento internacional ao mesmo tempo que reclamam um âmbito de aplicação no espaço muito amplo, como é o caso da Convenção de Hamburgo, e poderá vir a ser o caso da Convenção de Roterdão.

C) Da oponibilidade ao destinatário da mercadoria da cláusula de arbitragem contida na carta-partida referida no conhecimento de carga

Nas relações entre transportadores e destinatários das mercadorias coloca-se frequentemente a questão da oponibilidade da cláusula de arbitragem que não é reproduzida no conhecimento de carga, mas que consta da carta-partida incorporada por remissão neste conhecimento.

A maior parte dos sistemas que consultei admite que a cláusula de arbitragem da carta-partida é oponível ao destinatário

quando existe uma *referência específica* a esta cláusula no conhecimento⁽⁶²⁾. Já há mais divergências quanto à oponibilidade da cláusula de arbitragem no caso de o conhecimento conter apenas uma *referência genérica à carta-partida*.

Os tribunais italianos consideram que a referência genérica não é suficiente⁽⁶³⁾. O mesmo entendimento é seguido pela doutrina alemã à face da nova redação dada ao art. 1031.º/4 ZPO⁽⁶⁴⁾, o que representa uma viragem relativamente à jurisprudência anterior, e está consagrado na Convenção de Hamburgo (art. 22.º/2) e, relativamente ao contrato de transporte não realizado em linha regular, na Convenção de Roterdão (art. 76.º/2/b). Os tribunais ingleses também tendem para uma posição restritiva, embora pareça que uma referência específica nem sempre é necessária⁽⁶⁵⁾. A jurisprudência suíça pende em sentido contrário⁽⁶⁶⁾ e a jurisprudência dos tribunais dos EUA divide-se sobre o ponto⁽⁶⁷⁾.

A jurisprudência francesa entendeu que à semelhança do que se verifica com as cláusulas de jurisdição perante o Direito francês (*supra* I.B)⁽⁶⁸⁾, a cláusula compromissória só é oponível ao terceiro titular do conhecimento se tiver sido levada ao seu conhecimento e por ele aceite o mais tardar no momento da receção da mercado-

(62) Na Alemanha, o art. 1031.º/4 ZPO dispõe expressamente neste sentido.

(63) Ver PIERO BERNARDINI — *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2.ª ed., Milão, 2008, 106, n. 51, e JEAN-FRANÇOIS POUDRET e SEBASTIEN BESSON — *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurique, 2002, 178, e referências aí contidas. Ver ainda MAURO RUBINO-SAMMARTANO — *Il diritto dell'arbitrato*, 5.ª ed., Pádua, 2006, 354 e ss.

(64) Cf. KLAUS PETER BERGER — “The German Arbitration Law of 1998. First Experiences”, in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, 31-49, Colónia, et al., 2001, 33; PRÜS-MANN/RABE (n. 4) Vor §556 n.º 181; KARL HEINZ SCHWAB e GERHARD WALTER — *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, 7.ª ed., Munique, 2005; ROLF TRITTMANN e INKA HANEFELD, in *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice*, org. por KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, STEFAN KRÖLL e PATRICIA NACIMIENTO, AUSTIN, et al., 2007, 134.

(65) Ver GUENTER TREITEL e F. REYNOLDS — *Carver on Bills of Lading*, 3.ª ed., 2011, n.ºs 3-033 e 3-034; SPARKA (n. 5) 113, com mais referências.

(66) Ver POUDRET/BESSION (n. 63) 179 e ss.

(67) Ver GARY BORN — *International Commercial Arbitration*, vol. I, AUSTIN, et al., 2009, 697 e ss.

(68) Ver também *supra* n. 28.

ria⁽⁶⁹⁾. Não há, porém, uniformidade quanto à exigência de uma aceitação expressa e suscita dúvida se esta jurisprudência se mantém após as decisões proferidas nos casos *Lindos* (2005) e *Pella* (2006) com base na regra da competência do tribunal arbitral para decidir *prioritariamente* sobre a sua competência⁽⁷⁰⁾.

A solução que se me afigura preferível é a da oponibilidade da cláusula de arbitragem da carta-partida ao destinatário quando, perante uma remissão do conhecimento para a carta-partida e o conjunto das circunstâncias do caso, se possa concluir que o destinatário tem ou deveria ter conhecimento da cláusula.

É também esta posição que deve ser seguida à face do art. 2.º da Convenção de Nova Iorque⁽⁷¹⁾. No mesmo sentido aponta o art. 2.º/4 NLAV, com ressalva do regime das cláusulas contratuais gerais, que não parece impor solução diferente.

A esta luz, sendo um verdadeiro uso do comércio a inclusão nas cartas-partidas de uma cláusula de arbitragem e assistindo ao destinatário, designadamente ao comprador CIF, a faculdade de solicitar ao vendedor o envio de uma cópia da carta-partida genericamente incorporada no conhecimento de carga, entendo que uma remissão genérica para a carta-partida deve ser considerada, geralmente, como suficiente⁽⁷²⁾.

Na prática, porém, será prudente que o transportador faça inserir no conhecimento de carga uma referência expressa à cláusula de arbitragem da carta-partida.

(69) Ver BONASSIES/SCAPEL (n. 9) 806-807, e, ainda, *Cass.* 8/10/2003 [*R. arb.* (2004) 77 an. CACHARD].

(70) 22/11/2005 [*DMF* 58 (2006) 16 an. BONASSIES] e 21/2/2006 [*DMF* 58 (2006) 379 an. DELEBECQUE]. Ver BONASSIES/SCAPEL (n. 9) 807 e ss.

(71) Cf. A. VAN DEN BERG 1981 — *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, DEVENTER, *et al.*, [1981, 210. Sobre as exigências que devem ser postas a esta remissão, ver VAN DEN BERG, *op. cit.*, 215 e ss., seguido por MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO — “A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 Relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, *R. Jur.* n.º 20 (1996) 37-71, 48, e RAÚL VENTURA — “Convenção de arbitragem e cláusulas gerais”, *ROA* 46 (1986) 5-48, 19 e ss.

(72) Ver ainda SPARKA (n. 5) 117 e ss.