

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAURÍCIO ANDRADE DO VALE

ASPECTOS JURÍDICOS DOS “*INCOTERMS*”

CURITIBA

2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAURÍCIO ANDRADE DO VALE

ASPECTOS JURÍDICOS DOS “INCOTERMS”

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Contratos Empresariais à Luz do Novo Código Civil.

Orientador: Professor João Bosco Lee

CURITIBA

2003

**Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito**

**Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia**

**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO DE MONOGRAFIA

Aluno: Maurício Andrade do Vale

Título da Monografia: Aspectos Jurídicos dos “*INCOTERMS*”

Professor Orientador: João Bosco Lee

Por este Termo de Aprovação, o Professor Orientador aprova a apresentação da versão final da Monografia, em conformidade com os dados acima indicados, autorizando sua apresentação perante Banca Examinadora, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Curitiba, 06 de outubro de 2003



Professor Orientador

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	01
2	ÂMBITO DE APLICAÇÃO	03
3	NATUREZA JURÍDICA DOS INCOTERMS	05
4	CLASSIFICAÇÃO ESTRUTURAL	09
4.1	GRUPO E (EXW).....	09
4.2	GRUPO F	10
4.3	GRUPO C	11
4.4	GRUPO D	12
5	A Oponibilidade dos Incoterms frente a terceiros	14
6	DIREITO BRASILEIRO E INCOTERMS	17
7	JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL E INCOTERMS	20
8	PRÁTICA DOS INCOTERMS	22
8.1	O MODELO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DA CCI.....	22
8.2	INCOTERMS E O CONTRATO ANEC	26
8.3	INCOTERMS E O CONTRATO DE TRANSPORTE.....	27
8.4	INCOTERMS E DOCUMENTOS.....	29
8.5	INCOTERMS, EDI E MENSAGENS ELETRÔNICAS.....	30
8.6	INCOTERMS E UCP 500.....	32
8.7	INCOTERMS E CONTRATO DE SEGURO.....	32
8.8	INCOTERMS E A UNIÃO EUROPÉIA.....	34
8.9	INCOTERMS E SUAS VARIANTES.....	35
9	OS PRINCÍPIO DA UNIDROIT PARA CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL...	37
9.1	OS PRINCÍPIOS DA UNIDROIT E SEUS DIVERSOS PONTOS-DE-VISTA.....	39
10	INCOTERMS E LEX MERCATORIA	42
11	CONCLUSÃO	45
13	BIBLIOGRAFIA	46
14	ANEXO I	51

1. INTRODUÇÃO

Os termos de comércio internacional (INCOTERMS – **International Commercial Terms**) foram criados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) no ano de 1936.

Esta entidade possui o fim precípua de facilitar o comércio internacional, agilizando procedimentos e tentando resolver eventuais conflitos da maneira mais célere possível (a CCI também é mundialmente conhecida no desenvolvimento de soluções para litígios: arbitragem, ADR, entre outros).

Assim sendo, em 1936, visando justamente impulsionar o comércio internacional, a CCI editou os INCOTERMS.

Estes termos de comércio internacional não foram “criados” pela CCI. A entidade apenas reuniu as formas mais comuns de se realizar o comércio internacional e padronizou tais expedientes.

A atitude da CCI foi tão louvável que hoje a credibilidade da entidade repercute internacionalmente, sendo comum a menção aos INCOTERMS nos contratos internacionais de compra e venda (cláusula FOB, cláusula CIF, etc.) das mais diversas modalidades, fato este que materializa o objetivo dos INCOTERMS: a facilitação do comércio internacional através da rapidez dos procedimentos adotados.

Note-se que com o advento de novas tecnologias, principalmente no ramo logístico e de transportes¹, a CCI teve que revisar algumas vezes os INCOTERMS.

Ao todo foram seis modificações: em 1953, em 1967, em 1976, em 1980, em 1990 e a mais recente em 2000. Tais revisões visam justamente adaptar os INCOTERMS ao comércio internacional atual.

Importante salientar o comércio eletrônico não era previsto nas primeiras edições dos INCOTERMS, por exemplo.

Outro fator que deu azo às revisões foram alguns problemas práticos que a interpretação de certos INCOTERMS trouxeram.

¹ Quanto à importância dos incoterms na logística e nos transportes, consultar MORINI, Cristiano et PIRES, Silvio R. I. *“Incoterms”: sua importância na logística e nos negócios internacionais*, monografia fornecida pelo autores, no prelo.

Como a função dos INCOTERMS é justamente facilitar o comércio internacional e não atravancá-lo, a CCI os adapta às práticas comerciais mais difundidas.

Em suma, os INCOTERMS podem ser entendidos como uma padronização dos costumes comerciais internacionais.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Os INCOTERMS publicados pela CCI foram uniformizados a fim de serem utilizados em contratos de compra e venda internacional e tão somente em tais contratos, como assevera LUNARDI:

“No que diz respeito aos Incoterms, verificar que eles determinam, com exatidão, a divisão de custos entre comprador e vendedor e, portanto, conhecer profundamente cada um dos termos significa evitar surpresas com custos adicionais e inesperados. Com a mesma exatidão, também determinaram a divisão de riscos de perdas e/ou danos sobre os bens e, desta maneira, permitem às partes identificarem, também com precisão, o momento e local onde os riscos são transferidos do vendedor para o comprador e, portanto, evidenciam a responsabilidade pela contratação do seguro, quando for o caso ou se assim desejarem.”²

Muitos, erroneamente, entendem que os INCOTERMS devem ser empregados nos contratos de transporte, o que é compreensível quando o assunto é tratado por leigos.

Tal confusão se dá eis que um dos principais pontos abordados pelos INCOTERMS (em conjunto com a transferência de responsabilidade/risco pela mercadoria, desembaraço aduaneiro, fretes, seguros, outros custos, fornecimento de documentos e forma de pagamento) é justamente o transporte da mercadoria vendida.

Outro ponto ainda merece destaque. Tratam-se dos contratos de distribuição internacional que, por via oblíqua, também são passíveis de observância dos INCOTERMS.

É que o contrato de distribuição contempla, em uma de suas fases, a aquisição de bens, sendo aí aplicáveis os INCOTERMS.

Observe-se o cuidado na escolha dos INCOTERMS a serem utilizados. Nem todo INCOTERM pode ser utilizado dependendo da modalidade de transporte eleita pelas partes.

Por exemplo, se o produto será transportado por trem ou avião, jamais o FOB poderá ser utilizado, eis que destina-se exclusivamente ao

² LUNARDI, Angelo Luiz. *Condições Internacionais de Compra e Venda: Incoterms 2000*, 2ª ed., São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 21.

transporte marítimo/hidroviário, mormente em face da expressão (“*ship’s rail* – amurada do navio), como será explicitado em tópico específico.

Por fim, cumpre ressaltar que nem todas as mercadorias podem ser comercializadas através de INCOTERMS.

Tome-se o exemplo da aquisição de *software*. Muitas vezes a tradição da mercadoria se dá por via eletrônica, sendo assim incipiente a aplicação dos INCOTERMS³.

Logo, os incoterms deverão ter lugar somente em contratos de compra e venda internacional.

³ “Deveria ser enfatizado que o escopo do Incoterms é limitado aos assuntos relativos aos direitos e obrigações das partes do contrato de venda com relação à entrega das mercadorias vendidas (no sentido de “tangíveis”, não incluindo “intangíveis” como os softwares de computador).” (*Incoterms 2000: regras oficiais da ICC para a interpretação de termos comerciais*, coord. João dos Santos Bizelli, trad. Elisangela Batista Nogueira, Samir Keedi, São Paulo: Aduaneiras, 2000, p. 11)

3. NATUREZA JURÍDICA DOS INCOTERMS

Os INCOTERMS são apenas modelos sugestivos de cláusulas em contratos internacionais de compra e venda. Assim sendo, é impossível aplicar diretamente os incoterms, posto que somente haverá força vinculativa se contratados.

Todavia, os INCOTERMS são de utilização tão intensa nas relações comerciais internacionais que a sua inserção nos contratos é quase certa na maioria das importações/exportações. Até mesmo o governo brasileiro admite este caráter⁴.

Apesar dos INCOTERMS serem preconizados pela CCI (instituição com sede na França), seu caráter é estritamente comercial. Neste ponto, o interesse em compreender tais relações envolve ordenamentos jurídicos que possuem orientações das mais variadas (“civil law”, “common law”, direito árabe, direito oriental, etc.). Sobre o tema, pertinente se faz a transcrição do entendimento de FONSECA:

“Os contratos internacionais exigem um entendimento jurídico que ultrapasse as fronteiras do jus-positivismo característico do formalismo dos países que adotam o “civil-law system”, exigindo, igualmente, um horizonte não tão pragmático como aquele caracterizador do sistema jurídico como conhecido como “common law”. A prática das relações internacionais de troca, isto é, o comércio internacional, vem provocando um contágio tal entre as duas famílias jurídicas que a sistematização harmônica dos princípios fundamentais regedores das transações internacionais constitui um processo jurídico evolutivo inevitável.”⁵

Os INCOTERMS não se traduzem como lei, ou como norma impositiva. Uma vez convencionados contratualmente, operam eles efeitos somente perante as partes contratantes. Entretanto, é possível haver discrepâncias na sua interpretação devido às premissas que norteiam as diferentes legislações dos países envolvidos na compra e

⁴ “Após agregados aos contratos de compra e venda, os Incoterms passam a ter força legal, com seu significado jurídico preciso e efetivamente determinado. Assim, simplificam e agilizam a elaboração das cláusulas dos contratos de compra e venda.” (www.aprendendoaexportar.gov.br/informacoes/assistente_signif.htm, acessado em 03/10/2002)

⁵ FONSECA, Patricia Galindo da. *O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional* in www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fonseca.html, acessado em 03/10/2002.

venda internacional. A CCI visa justamente diminuir ao máximo este potencial conflitivo, sendo bem clara na redação dos INCOTERMS.

Contudo, por mais cristalinas que sejam tais disposições, na seara contratual sempre haverá possibilidade de discussão judicial.

Neste sentido, os tribunais pátrios vêm sendo instados a se manifestar quanto aos INCOTERMS. É que o ramo do comércio exterior está sendo continuamente incentivado pelo Governo Federal.

Nesta toada, a probabilidade de que ocorram conflitos de interesse envolvendo contratos internacionais de compra e venda aumenta consideravelmente, apesar da arbitragem ser recomendada.

Como a maioria destes contratos envolve INCOTERMS, nada mais natural que os operadores do direito brasileiro vejam-se na continência de estudar com afinco o tema.

O Superior Tribunal de Justiça já analisou o termo FOB, através do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 136065/DF, tendo como relator o eminente Ministro Waldemar Zveiter. O julgado é interessante eis que sintetiza perfeitamente a condição FOB:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA MERCANTIL - “CLAUSULA FOB” - DENUNCIAÇÃO A LIDE DA EMPRESA EXPORTADORA - IMPOSSIBILIDADE - EXEGESE DA CLAUSULA CONTRATUAL - SUMULA 5/STJ.

I- AS ALEGAÇÕES DE QUE O CONTRATO DE TRANSPORTE PREVE COMO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO A EMPRESA CASA BEE'S CAEM POR TERRA DIANTE DO CONSIGNADO SUPRA. REVER TAL ENTENDIMENTO DEMANDARIA EXEGESE DA CLAUSULA CONTRATUAL, OBICE CONTIDO NA SUMULA 5/STJ.

II- NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL AS PARTES CONVENCIONARAM A CHAMADA “CLAUSULA FOB”, QUE LIMITA A RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR ATÉ O EMBARQUE DA MERCADORIA. DEMAIS DESPESAS CORRERÃO POR CONTA DO COMPRADOR. CONSIDERANDO QUE NA COMPRA E VENDA MERCANTIL A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DE SEU OBJETO SE DA COM O CONSENSO ENTRE AS PARTES, ENTENDO, COMO ENTENDEU O ACORDÃO RECORRIDO, QUE A AUTORA, ORA AGRAVADA, NÃO TRANSPORTOU MERCADORIA DE TERCEIROS E SIM DA PRÓPRIA RE ORA AGRAVANTE. ASSIM, DESCABIDA A HIPÓTESE DE SUBSUNÇÃO DO ART. 70, III, DO CPC, NA ESPÉCIE.

III- AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.¹⁶

⁶ STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 136065/DF, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª TURMA, j. 25/08/1997 DJ DATA:24/11/1997 PG:61202, v.u.

Tratou-se de ação de cobrança ajuizada pela transportadora em face de uma compradora brasileira. É que uma empresa brasileira importou do Panamá fitas de vídeo sob a condição FOB, apesar do meio de transporte utilizado ter sido o aéreo.

Como houve demora na entrega da mercadoria (que seria revendida no mercado brasileiro), o pagamento do frete para a transportadora (uma companhia de aviação boliviana) não foi efetuado, eis que empresa brasileira alegou ter “perdido o negócio” em decorrência do atraso.

Logo, a transportadora boliviana cobrou da compradora brasileira o frete, eis que a compra e venda internacional foi convencionada sob o termo FOB, onde a responsabilidade do vendedor (no caso, uma empresa panamenha) encerra-se quando a mercadoria é entregue no meio de transporte (no caso, um avião).

A defesa da empresa brasileira fundou-se na seguinte premissa: o responsável pelo pagamento do frete é o vendedor (empresa panamenha) e não o comprador.

Contudo, como o termo convencionado era FOB, sem razão a empresa brasileira, eis que a responsabilidade pelo pagamento do frete é do comprador, como corretamente decidido pelo STJ.

Mas não foi somente o STJ que apreciou questão relativa aos INCOTERMS. O Judiciário Paranaense, através de seu Egrégio Tribunal de Alçada, também já teve a oportunidade de se manifestar sobre os INCOTERMS.

Cumpre citar então o Agravo de Instrumento n.º 217.058-1 do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. O relator, sua Excelência Juiz Nilson Mizuta, analisa o contrato ANEC (vide tópico (8.2.) e conseqüentemente a condição FOB⁷.

⁷ Para um estudo jurisprudencial mais aprofundado sobre o tema, consultar os seguintes processos: n.º 83.112-1, n.º 127.989-2, n.º 217.547-3, n.º 220.321-4, n.º 223.345-6, n.º 231.953-3, n.º 232.161-9, n.º 232.163-3, n.º 232.645-0, n.º 232.646-7, n.º 232.650-1, todos do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

Além destas questões comerciais, há também reflexos tributários na utilização dos INCOTERMS. Para não tornar cansativa a explanação podem ser consultados os seguintes julgados, todos do STJ:

- i) REsp n.º 392/RS da 1ª Turma, rel. Min. Milton Luiz Pereira;
- ii) REsp n.º 3703/SP da 2ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler;
- iii) REsp n.º 202263/RJ da 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, e;
- iv) REsp n.º 202929/RJ da 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira.

Logo, a natureza jurídica dos INCOTERMS pode ser entendida como uma orientação (sugestão) contratual. Cumpre observar entretanto que alguns termos podem estar em contradição com os sistemas jurídicos dos países envolvidos.

Se há uma disposição em algum ordenamento jurídico que impede que o exportador se responsabilize pelo fornecimento dos documentos necessários à venda, haverá um conflito de normas e o incoterm eleito pelos contratantes prever tal procedimento.

Destarte, o estudo minucioso dos INCOTERMS, em conjunto com a legislação dos países envolvidos na negociação, é fundamental para legalidade da transação e seu sucesso, sob pena de haver nulidade no instrumento contratual.

4. CLASSIFICAÇÃO ESTRUTURAL

Ao todo, os INCOTERMS são em número de 13 (treze), excetuadas as variantes, que serão melhor analisadas em tópico específico.

Cada um dos INCOTERMS aumenta ou diminui a responsabilidade entre comprador e vendedor, ora imputando a responsabilidade pela carga e os custos (transporte, seguro e frete) a um, ora a outro.

Cada INCOTERM é analisado sob vinte óticas distintas. As obrigações do vendedor recebem a nomenclatura “A” seguida de um número (“A8”, por exemplo). Tais obrigações vão de 1 a 10.

De outro lado, as obrigações do comprador recebem a nomenclatura “B” seguida de número (“B5”, por exemplo). Tais obrigações também vão de 1 a 10 e são equivalentes às obrigações do comprador.

Logo, se há alguma dúvida com relação à transferência de riscos por parte do comprador se utilizada a cláusula CIF por exemplo, deverá ser consultado o CIF 2000 A5, da publicação da Câmara de Comércio Internacional.

Os INCOTERMS são ainda divididos em quatro seções diferentes. A seguir, explanar-se-á, resumidamente, cada INCOTERM.

4.1. Grupo E (EXW)

Neste grupo E há apenas um INCOTERM: o “Ex Works” (EXW). Fazendo-se uso de EXW, o comprador deve buscar a mercadoria na sede do vendedor, arcando com todos os custos aí inerentes.

A responsabilidade do vendedor se exaure no momento em que o produto é colocado à disposição do comprador no estabelecimento daquele.

Assim, a transferência do risco se dá no país exportador. Pode ser utilizado qualquer meio transporte.

4.2. Grupo F

No grupo F, a transferência do risco também se dá no país que exporta a mercadoria.

Todavia, neste grupo F a responsabilidade do vendedor é um pouco maior, eis que deve entregar o produto no meio de transporte indicado pelo comprador.

Ressalte-se que a despesa com o transporte é toda do comprador.

Porém, a despesa do transporte interno (da fábrica do vendedor até o porto/aeroporto) é exclusiva do vendedor. Assim, tem-se três tipos de INCOTERMS neste denominado grupo F.

O primeiro INCOTERM do grupo F é denominado de **FCA** (“**Free Carrier**”). Significa que a mercadoria deve ser entregue ao transportador (“carrier”) livre, desembaraçada para a exportação, momento no qual encerra-se a responsabilidade do vendedor pelo produto.

Os custos correm pelo comprador da mercadoria, ao menos que o local em que o transportador tenha que carregar o produto seja sede do vendedor.

Neste caso, é ele o responsável pelos custos. Fica a cargo do comprador eventuais despesas com seguro. Qualquer meio de transporte pode ser utilizado.

Em seguida, há o INCOTERM denominado **FAS** (“**Free Alongside Ship**”), ou seja, a mercadoria deverá ser entregue desembaraçada para a exportação ao longo do costado do navio, momento no qual o vendedor exonera-se de qualquer fato que venha a ocorrer com a mercadoria. Somente quando o meio de transporte for marítima/hidroviário o FAS há de ser utilizado.

Encerrando o grupo F, sendo talvez o INCOTERM mais conhecido e utilizado pelo comércio internacional, há a condição **FOB (“Free on Board”)**.

Aqui, a responsabilidade do vendedor é a de entregar a mercadoria desembarçada no porão do navio indicado pelo comprador.

A partir do momento que a mercadoria transpõe a amurada do navio (*“ship’s rail”*), o vendedor exime-se que qualquer outro fato daí advindo, ficando a carga sob responsabilidade do comprador.

Como em FAS, FOB somente é utilizado nos transportes marítimos e hidroviários.

4.3. Grupo C

Como no grupo F, neste grupo C a responsabilidade pela mercadoria é transferida no país exportador.

Entretanto, quem deve arcar com os custos do transporte da mercadoria é o vendedor.

Conseqüência disso é que o custo pelo seguro da carga também deve ser arcado pelo vendedor. Aqui, são quatro os INCOTERMS.

O primeiro termo denomina-se **CFR (“Cost and Freight”)**, o que no vernáculo significa custo e frete. Destarte, deverá o vendedor arcar com as despesas de custo e frete. O seguro é opcional.

Sua responsabilidade pela mercadoria acaba quando o produto é desembarcado no local nomeado pelo comprador. Somente o transporte marítimo/hidroviária aceita este termo.

Em seguida, há a condição **CIF (“Cost, Insurance and Freight”)**. Difere-se da condição CFR quanto ao seguro (*“insurance”*), já que no termo CIF o seguro é uma das condições do negócio. O meio de transporte também só poderá ser marítimo/hidroviário.

Como terceiro INCOTERM do grupo C, vislumbra-se o termo **CPT (“Carriage Paid To”)**. O vendedor deverá pagar o transporte, exaurindo-se de sua responsabilidade no momento em que mercadoria

for entregue no local denominado pelo comprador. Qualquer meio de transporte poderá ser utilizada se empregado o termo CPT.

Finalizando este grupo C tem-se a condição **CIP (“Carriage and Insurance Paid to”)**. Difere-se do termo CPT na medida em que o na condição CIP, além do transporte, o vendedor deverá arcar com as despesas do seguro, que neste caso é uma das condições do negócio.

4.4. Grupo D

Diferentemente dos grupos acima mencionados, no Grupo D a responsabilidade de riscos sobre a coisa transfere-se no país importador (no país que recebe a mercadoria).

Como pôde ser notado, a responsabilidade do vendedor cresce do grupo E, passando pelo grupo F, também pelo grupo C e sendo maior ainda neste grupo D.

CCI inclui cinco INCOTERMS neste último grupo.

Inicialmente, estudar-se-á o termo **DAF (“Delivered At Frontier”)**. A análise desta condição somente por sua tradução já é inteligível.

O vendedor deverá entregar a mercadoria, desembaraçada para a exportação “na fronteira” do país indicado pelo comprador.

Qualquer meio de transporte poderá ser utilizado, sendo certo que o rodo-ferroviário é o mais aconselhável.

Em seqüência, há o **DES (“Delivered Ex Ship”)**. A entrega da mercadoria dar-se-á no navio (“ship”) indicado pelo comprador, momento em que também exime-se de sua responsabilidade o vendedor.

Note-se que a mercadoria não deverá estar desembaraçada, eis que tal obrigação é do comprador. Somente o transporte marítimo – hidroviário poderá ser utilizado.

Como terceira condição deste grupo D, há o termo **DEQ (“Delivered Ex Quay”)**. Possui as mesmas características do termo DES, somente agregando à responsabilidade do vendedor a obrigação

de descarregar a mercadoria (ainda não desembaraçada) no porto indicado pelo comprador.

O penúltimo INCOTERM deste grupo D também assemelha-se com o DES. Trata-se do termo **DDU (“Delivered Duty Unpaid”)**.

Aqui, o vendedor deverá entregar a mercadoria ao comprador, no local de destino indicado por este, momento em que encerra-se a obrigação daquele.

Ressalte-se que o desembarço e o descarregamento da mercadoria ficam sob a responsabilidade do comprador. Qualquer meio de transporte poderá ser utilizado.

Por fim, o **DDP (“Delivered Duty Paid”)**. Similar à condição DDU, o termo DDP obriga o vendedor, ainda, a pagar todos os custos com a exportação bem como o descarregamento da mercadoria.

5. A OPONIBILIDADE DOS INCOTERMS FRENTE A TERCEIROS

Necessariamente, deverão os INCOTERMS estarem inseridos num contrato de compra e venda internacional. Assim, devem as partes contratantes obedecer o acordado.

Entretanto, cristalino é que o contrato de compra e venda internacional gera reflexos na esfera jurídica de terceiros (do transportador, do segurador, entre outros, apesar da própria CCI ser enfática ao dispor que os incoterms somente possuem eficácia entre as partes contratantes).

Ora em qualquer condição da família F, por exemplo, o transportador é contratado pelo comprador, atuando muitas vezes como seu preposto.

Na fase de fornecimento de documentos (tópico a ser melhor estudado adiante), a incumbência seria do vendedor no exemplo aqui colocado. Entretanto quem efetivamente o faz é o transportador (através de uma agência de despachantes que o representa).

Logo, é patente a cadeia de relações que envolve a compra e venda internacional, não podendo ser eterno o pensamento de que os contratos operam efeitos somente perante seus subscritores.

Isto porque a principiologia constitucional brasileira deve permear todas as relações jurídicas pátrias, sejam elas de natureza pública ou privada.

Apesar da sua divisão em Público e Privado, o Direito não pode ser entendido como pluralidade, e sim como unidade.

Ora, o Privado não deve ser considerado como antítese ao Público de forma alguma.

Devem sim serem compreendidos como institutos complementares, mormente quando se verifica a supremacia do interesse social em face do individual.

Assim é que os princípios constitucionais influenciam sobremaneira o campo civilístico-comercial, outrora entendido como

exclusivamente Privado (é a releitura do Direito Privado à luz da Constituição: a constitucionalização do direito privado).

A intenção do legislador brasileiro em dar contornos constitucionais ao Direito Privado é clara, posto que o Código Civil atual é repleto de primados que informam a Carta Magna.

Frise-se também que o Código Civil “unificou” o Direito Civil e o Direito Comercial, promovendo-lhes sensíveis mudanças.

Na seara contratual constata-se uma maior preocupação com o social, relativizando-se a individualidade e a obrigatoriedade, que na concepção clássica eram tidos como intangíveis.

O Direito Privado brasileiro, através do Código Civil de 2003, chega até mesmo a abordar a função social do contrato em seu art. 421.

Neste cenário, inegável que o contrato abrange várias esferas jurídicas, sendo certo que sua força vinculativa não atinge somente os contratantes, mas sim a sociedade como um todo.

Logicamente que esta determinada influência jamais poderá prejudicar terceiros, mormente quando de boa-fé.

Assim, uma nova conceituação de contrato deve ser construída, parecendo coerente a definição trazida por NALIN: *“relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”*⁸.

Tal ótica há de ser compreendida como corolário da Carta Magna, eis que a preocupação social norteou sobremaneira a elaboração da Constituição Federal de 1988.

E esta “preocupação social” vem sendo motivo de críticas por parte de todos os ramos da sociedade (posição mais do que aceitável, posto que a Carta Maior foi concebida mediante amplos debates políticos em 1988). Cumpre trazer à colação, ainda, os ensinamentos de Antonio Junqueira de Azevedo quanto ao tema:

⁸ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, Curitiba: Juruá, 2001, p. 255.

“está claramente determinada pela Constituição ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); essa disposição impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, do ordenamento positivo brasileiro.”⁹

Destarte, devem os INCOTERMS operarem seus efeitos não só em face das partes contratantes, mas também contra terceiros, eis que o contrato possui sua função social.

⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual*, RT 750/116, São Paulo: abr./1998.

6. DIREITO BRASILEIRO E INCOTERMS

A legislação pátria, mesmo que timidamente, faz alusão aos incoterms.

A título exemplificativo, mencionar-se-ão apenas alguns instrumentos atinentes ao tema:

a) O art. 497, XIV, do Decreto n.º 4.543, de 26 de dezembro de 2002, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, possui a seguinte redação: *“Art. 497. A fatura comercial deverá conter as seguintes indicações: (...) XIV - termo da condição de venda (incoterm).”*

b) A Portaria Interministerial n.º 291 de 12 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o processamento das operações de importação no Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX, possui alguns trechos que versam sobre INCOTERMS, especificamente os itens n.º 38 (*“Condição de negócio da mercadoria Cláusula contratual que define as obrigações e direitos do comprador e do vendedor, em um contrato internacional de compra e venda de mercadoria, de acordo com a tabela “INCOTERMS” administrada pela SECEX”*) e n.º 39.5 (*“Valor unitário da mercadoria na condição de venda Valor da mercadoria por unidade comercializada, na condição de venda (“Incoterm”) e na moeda negociada, de acordo com a fatura comercial”*) do Anexo I que dispõe sobre as informações a serem prestadas pelo importador, bem como os itens n.º 11 (*“INCOTERM Cláusula contratual que define as obrigações e direitos do comprador e do vendedor, em um contrato internacional de compra e venda de mercadoria, de acordo com a tabela “INCOTERMS”, administrada pela SECEX”*) e n.º 18.4 (*“Valor unitário da mercadoria na condição de venda Valor da mercadoria por unidade comercializada, na condição de venda (“Incoterm”) e na moeda negociada, de acordo com a*

fatura comercial") do Anexo II que dispõe sobre informações a serem prestadas para fins de licenciamento;

c) A Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 155, de 22 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a utilização de declaração simplificada na importação e na exportação, possui o item 29 ("*Valor unitário - Valor da mercadoria na unidade comercializada, na condição de venda (incoterm) e na moeda negociada, de acordo com a fatura comercial*") de seu Anexo I, que versa sobre as informações a serem prestadas na elaboração da DSI (declaração simplificada de importação);

d) A Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 327, de 09 de maio de 2003, que estabelece normas e procedimentos para a declaração e o controle do valor aduaneiro de mercadoria importada, possui o item 3 do campo II (métodos 2º ou 3º) do Anexo II que requer o preenchimento do INCOTERM correspondente ao contrato de compra e venda internacional, e;

e) A Circular n.º 2.730 do Banco Central do Brasil de 13 de dezembro de 1996, que divulga o Regulamento de Importação e promove outras alterações, em seu item n.º 9 ("*São passíveis de remessa ao exterior, em benefício do legítimo credor externo, os valores faturados que estejam rigorosamente nas condições estabelecidas no "INCOTERM" da operação de importação, ou seja, apropriados no valor unitário da mercadoria na condição de venda, observados os montantes, os limites e o esquema de pagamentos previstos na correspondente Declaração de Importação*") do capítulo 06 (importação) da Consolidação das Normas Cambiais, também alude aos INCOTERMS.

Há também um julgado administrativo da 02ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Florianópolis. Trata-se do acórdão n.º 2.257 de 07 de março de 2003, o qual a ementa aqui se transcreve:

“MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM
FLORIANÓPOLIS
2ª TURMA
ACÓRDÃO Nº 2257, DE 07 DE MARÇO DE 2003
ASSUNTO: *Imposto sobre a Importação - II*
EMENTA: *FRETE. VALOR ADUANEIRO. A alteração, no preço do frete posteriormente à assinatura do contrato, nos casos de incoterm CPT, não modifica o valor aduaneiro.*
DATA DO FATO GERADOR: 09/11/1999
RESULTADO DO JULGAMENTO: *Lançamento Improcedente*”

Como se denota, mesmo os INCOTERMS possuindo características de *lex mercatoria*, e somente possuindo eficácia quando expressamente contratados, o ordenamento jurídico pátrio regula alguns procedimentos referentes ao tema.

A preocupação é tanta, que há até mesmo incentivo governamental para que o empresário brasileiro exporte fazendo uso dos INCOTERMS:

“O ideal é que o exportador possa realizar negócios cuja a entrega se processe no país do comprador, posto que, dessa forma, ele está ampliando seu poder de barganha. Em outras palavras, o exportador, ao assumir responsabilidades na negociação, está possibilitando o crescimento de sua margem de lucro. Todavia, existem mais INCOTERMS nos quais os riscos decorrentes do transporte internacional são afetos ao comprador, do que com risco para o vendedor. As razões para isso são: as dificuldades de transporte enfrentadas até hoje, que assustam o vendedor, fazendo com que tente se eximir das responsabilidades de escoamento das mercadorias e o fato de o vendedor ficar numa posição menos confortável para cobrar o pagamento do comprador após a chegada das mercadorias no destino. Quando o termo internacional de comércio exige que o negociador brasileiro efetue remessas ao exterior para custear despesas de sua responsabilidade perante o INCOTERM negociado, em geral há que ser obtida manifestação favorável da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX para a remessa financeira.”¹⁰.

Este é um fator que traduz a importância dos INCOTERMS no comércio internacional, mormente quando utilizados por importadores/exportadores brasileiros.

¹⁰ www.mdic.gov.br/publica/SECEX/incoterms.html, acessado em 27/05/2003

7. A JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL E OS INCOTERMS

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) recomenda que a solução de questões envolvendo INCOTERMS seja encontrada através de procedimento arbitral.

Além das decisões judiciais e administrativas já expostas envolvendo os INCOTERMS, pertinente se faz também o conhecimento de decisões arbitrais.

Para fins ilustrativos, explanar-se-á o caso n.º 6573 de 1991 julgado em Genebra, em que o vendedor demandou em face do transportador tendo em vista o não recebimento do pagamento¹¹.

Tratou-se de uma compra e venda sob a condição C&F (atualmente CIF), sendo que o primeiro comprador revendeu a um segundo comprador. Quando da entrega da mercadoria, o transportador entregou três conhecimentos de bordo (*“Bill of Lading”*).

Nos conhecimentos de bordo constavam o nome do primeiro comprador como afretador e de um banco líbio como consignante.

Entretanto, o banco cipriota que fazia o pagamento da letra de crédito ao vendedor alegou que os documentos apresentados não estavam corretos, razão pela qual deixou de proceder a transferência do valor da transação.

Devido a este problema, o agente do primeiro comprador informou que a mercadoria só poderia ser entregue ao segundo comprador mediante a apresentação do conhecimento de bordo.

Contudo, o transportador desobedeceu tal recomendação e entregou a mercadoria ao segundo comprador mediante uma garantia assinada pelo banco líbio do primeiro comprador.

O vendedor ficou sem seu crédito e sem a mercadoria também, razão pela qual iniciou a demanda arbitral.

¹¹ Extraído do *Collections of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, ICC Publication n.º 553, 1997: ICC Publishing S.A. Paris – New York, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, pp. 382-397.

O transportador também alega que a mercadoria foi entregue fora das condições contratadas. Como uma forma de obter o pagamento, antes da arbitragem, o vendedor conseguiu arrestar um navio do transportador que só foi liberado mediante caução.

Em suma, no procedimento arbitral o vendedor pleiteou o pagamento das mercadorias, enquanto que o transportador requer a compensação de possível condenação tendo em vistas as perdas e danos que teve com o arresto de seu navio.

Após o tribunal arbitral definir quais leis seriam aplicadas ao caso, uma questão central deveria ser decidida: quem era o responsável pelo pagamento do frete (afretador)?

Independentemente de constar no conhecimento de bordo o primeiro comprador como afretador, o tribunal arbitral decretou que o responsável pelo pagamento do frete (afretador) era o vendedor, já que a compra e venda foi realizada sob a condição CIF.

Desta forma, cabível o pleito de vendedor em face do transportador, eis que o contrato de transporte foi entabulado entre eles.

Ao final, o tribunal arbitral decidiu que o transportador deveria pagar 80% (oitenta por cento) do valor da mercadoria, tendo em vista os problemas alegados (quantidade e qualidade não contratadas).

O pedido de compensação em decorrência do arresto do navio do transportador não foi aceito, eis que a atitude do vendedor foi correta neste ponto, de acordo com o tribunal arbitral.

As custas da arbitragem ficaram rateadas na seguinte proporção: 80% (oitenta por cento) para o transportador e o restante para o vendedor.

Este é um exemplo da utilização da arbitragem nas questões envolvendo os INCOTERMS.

8. PRÁTICA DOS INCOTERMS

Os “INCOTERMS” possuem aplicação prática¹². Apesar de todo o contorno dogmático aqui expendido, é relevante apontar em que situações podem os “INCOTERMS” ser utilizados.

Assim sendo, foram enumerados algumas relações jurídicas em que os termos da CCI são largamente observados, aliando a experiência empírica ao conhecimento científico.

8.1. O MODELO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DA CCI

A CCI desenvolveu um modelo de contrato de compra e venda internacional, somente para produtos manufaturados pretendidos para revenda.

Assim, o contrato que será analisado não compreende a compra e vende de matéria-prima (em estado bruto), alimentos, produtos agrícolas e/ou perecíveis.

Este contrato não pode ser estendido aos consumidores, sendo indicada sua aplicação apenas para os distribuidores e importadores.

Logo, o contrato da CCI possui doze pontos principais, os quais serão a seguir explicitados.

A lei aplicável ao contrato é o primeiro ponto. O contrato-modelo da CCI aconselha a utilização da Convenção de Viena de 1980 (“*United Nations Convention for the International Sale of Goods – CISG*”) como norma regente, visto que foi desenvolvida especificamente para tal mister. Contudo, a CCI adverte possíveis contradições envolvendo as legislações nacionais dos países dos contratantes.

É que a utilização da Convenção de Viena como norma-orientadora não exclui a utilização dos incoterms (art. 6º): “*As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do*

¹² Para exemplos fáticos, consultar *Introduction to ICC Rules on International Contracts*, ICC publication n.º 365: 1981, Paris.

disposto no art. 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.”

Logo, é perfeitamente possível um contrato ser regido pelos incoterms e pela Convenção de Viena simultaneamente, como observado por FONSECA ao comentar o artigo acima referido:

“Tal dispositivo permite tanto a exclusão de preceitos determinados pelas partes como a exclusão do inteiro teor do texto da Convenção, consagrando o caráter dispositivo da Lei Uniforme. Especial relevância adquire a incidência deste princípio no assunto em questão, pela freqüência com que essa derrogação ocorre. O afastamento das regras sobre transferência de risco tem lugar em função da utilização pelas partes do chamados termos comerciais internacionais – INCOTERMS.”¹³

A segunda questão trata das possíveis modificações referentes ao modelo.

Toda e qualquer alteração deverá constar por escrito. O exemplo trazido (contradições envolvendo as legislações nacionais dos países dos contratantes) se amolda bem ao caso.

Havendo alguma disparidade, deverá ser ela expressamente desfeita no corpo do contrato, por escrito.

Quanto ao carregamento por navio e as condições de entrega (terceiro item), os contratantes devem observar quais incoterms serão empregados.

Atrelado aos incoterms, há também os documentos daí advindos. É que alguns produtos (cereais, por exemplo) podem ser negociados ainda quando em transporte.

Como o modelo ora analisado é específico para mercadorias manufaturadas, a CCI aconselha alguns incoterms como sendo preferíveis (EXW, FCA, CPT, CIP, DAF, DDU ou DDP).

Deve ser lembrado ainda que a condição FOB não inclui seguro, ficando assim sob a responsabilidade das partes tal assunto.

¹³ FONSECA, Patrícia Galindo da. *Anotações pertinentes à transmissão de risco: Convenção da ONU de 1980, “Incoterms” e Código Civil Brasileiro in www.uff.br/cisgbrasil/galindouff.html, acessado em 03/10/2002.*

O quarto ponto (o tempo de entrega) está também intimamente ligado aos incoterms.

Dependendo do que for convencionado, deverá ser agendada uma data para a entrega da mercadoria (um dia específico, ou um período), em determinado local.

E é justamente aí que situa-se a importância do incoterm escolhido, eis que o produto poderá ser entregue em diversos lugares (porto de destino/origem, porão do navio, armazém do comprador, armazéns do porto de destino e/ou origem, entre outros).

A data e a forma de pagamento (quinta especificidade) é correlacionada aos incoterms.

Ora, o pagamento se dá após a transferência de responsabilidade pela mercadoria. Quanto à forma, são inúmeros os meios (letra de crédito, transferência eletrônica, etc..).

Os incoterms também determinam o sexto item: os documentos a serem fornecidos.

Havendo a escolha de uma determinada condição, ficará a cargo do comprador/vendedor o desembaraço aduaneiro e o fornecimento de documentos (conhecimento de transporte, apólice de seguro, por exemplo).

Caso o pagamento seja efetivado através de letra de crédito, os documentos devem estar todos em ordem.

Tome-se o exemplo do incoterm EXW, onde a responsabilidade pelos documentos é toda do comprador, e não do vendedor.

Assim, o crédito do vendedor depende única e exclusivamente do fornecimento dos documentos pertinentes pelo comprador.

A sétima questão proposta no contrato-modelo diz respeito à tradição da carga.

Ora, no contrato poderá ser feita uma cláusula com reserva de domínio¹⁴, até que o pagamento seja realmente efetivado, ressalvando-se uma vez mais a estrita observância dos ordenamentos jurídicos dos países dos contratantes.

¹⁴ Arts. 521 e seguintes do atual Código Civil.

Como oitavo ponto a ser analisado tem-se a garantia aos consumidores.

A CCI, preocupando-se não só com o comprador e o vendedor, mas também com a coletividade consumidora, aconselha que os contratantes devem acordar sobre eventual responsabilidade perante terceiros.

Saliente-se que os incoterms em momento algum dispõem sobre tal assunto.

Como nono item passível de análise, há a cláusula de indenização por atraso na entrega e/ou falta de produto.

Quanto ao atraso, novamente o incoterm optado pelas partes é de primordial importância (a título exemplificativo tem-se a condição FOB, em que o frete é de responsabilidade do comprador).

A possível quebra (entrega de menos peças do que a realmente acordada, por exemplo) também remete ao incoterm inserido no contrato de compra e venda.

As últimas questões inseridas no contrato modelo abordam a extinção do contrato por quebra do vendedor, eventos de força maior e cláusula de arbitragem¹⁵.

Os incoterms não se aplicam a estas questões, sendo portanto recomendável a alusão específica no corpo contratual quanto a tais temas.

A quebra do contrato por culpa do vendedor é aquela situação em que o vendedor, por incapacidade ou negligência, não consegue finalizar a operação. E é justamente neste ponto que os vendedores que optam por um incoterm da família D sucumbem.

É obrigação do vendedor desembaraçar a mercadoria no país de destino. Caso não o faça (e para isso é necessário toda uma infraestrutura no estrangeiro), materializar-se-á a quebra do contrato por culpa exclusiva sua, já que assumiu uma obrigação e não a honrou.

¹⁵ Há ainda a possibilidade de convencionar-se pela resolução alternativa de disputas ("Alternative Disput Resolution – ADR") conforme explicitado em *ICC Guide to Incoterms 2000*, ICC publication n.º 620: 1999, Paris, p. 36.

Analisando-se a força maior, deverão os contratantes especificar bem o que é tal instituto, inclusive perante a seguradora se houver, a fim de que não sejam futuramente surpreendidos com uma adversidade.

Quanto à arbitragem da CCI, FONSECA traz um exemplo salutar quanto à solução de demandas envolvendo INCOTERMS:

“Em 1992, a Câmara de Comércio Internacional autuou como árbitra em um caso entre um comprador búlgaro e um vendedor austríaco. Os sujeitos contratuais adotaram o termo “DAF” (Delivered at Frontier) relativo à entrega da mercadoria na fronteira austro-húngara, bem como estabeleceram que o pagamento do preço seria por crédito. Diante da não abertura do crédito na data aprazada, tampouco no período de tempo adicional concedido pelo vendedor ao comprador, o alienante depositou as mercadorias em um determinado armazém e acionou a parte contrária, requerendo o pagamento do principal e indenização por perdas e danos. O tribunal entendeu pela indenização devida ao vendedor bem como pelo reembolso ao mesmo pelas despesas efetuadas com o depósito. Entendeu, outrossim, que não deveria o comprador arcar com o ônus dos danos sofridos pela coisa, por conta da prolongada manutenção no depósito, uma vez que o risco não havia sido transmitido, nos termos do artigo 69¹⁶. O comprador, em momento algum, tomou conta das mercadorias, nem ficaram estas à sua disposição.”¹⁷

Como visto, ajustou-se um determinado INCOTERM (DAF) e ocorreu um problema. Logo, a CCI foi instada a solucionar o litígio. Este é um exemplo de como os INCOTERMS podem agilizar questões comerciais, quer pela clareza de sua disposição, quer pela instituição da arbitragem.

8.2. INCOTERMS E O CONTRATO ANEC

A Associação Nacional dos Exportadores de Cereais (ANEC) é uma entidade brasileira criada em 22 de junho de 1965 que visa facilitar a exportação de cereais¹⁸.

¹⁶ Art. 69 da Convenção da ONU de 1980 sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Viena – CISG).

¹⁷ BERNSTEIN, H. e LOOKOFKY, J. *Understanding the CISG in Europe*. Kluwer Law International, 1997, p. 79 *apud* FONSECA, Patrícia Galindo da. *Anotações pertinentes à transmissão de risco: Convenção da ONU de 1980, “Incoterms” e Código Civil Brasileiro in www.uff.br/cisgbrasil/galindouff.html*, acessado em 03/10/2002

¹⁸ Para maiores informações sobre a ANEC, acessar o site www.anec.com.br

Visando catalisar o comércio exterior pátrio, a ANEC desenvolveu um modelo de contrato de exportação de cereais que inclui (mesmo que indiretamente) os INCOTERMS, especificamente o FOB. Vide a cláusula 8ª do Contrato ANEC 43 (exportação de milho):

“8. PESO: Será considerado final na hora e no local de embarque por certificado (s) emitido (s) por Controladora independente, sendo os custos por conta do Vendedor. O Comprador tem a opção de, por sua conta e para sua orientação, solicitar controle de peso conjunto, informando ao Vendedor com a devida antecedência o nome da Entidade de Controle que está sendo nomeada. Para todos os efeitos e objetivos os resultados da Controladora Independente do Vendedor serão finais.”¹⁹

Duma análise mais acurada, percebe-se a incidência do FOB, eis que a responsabilidade do vendedor pela carga (e a aferição de pesagem) encerra-se quando o milho é despejado nos porões do navio.

Fato interessante é que o contrato-modelo da CCI recomenda o uso de arbitragem da própria CCI, como já explicitado. Já o Contrato ANEC indica outra instituição em sua cláusula 16ª – Federação de Óleo, Sementes e Gorduras Ltda. – FOSFA:

“ARBITRATION CLAUSE:

A) To be as per Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd./FOSFA/ Rules wích Buyer and Seller hereby expressly accept na admit full notice and knowledge. Or,

B) To be in accordance with Brazilian Law n.º 9.307/96 and through “Associação Brasileira de Arbitragem – ABAR, Chamber of Arbitration in São Paulo, Brazil”. Execution of arbitration awards shall be handed through the Central Forum of the City of São Paulo, if necessary. Buyer and Seller formally declare their full notice and knowledge to the terms herein stated.”

8.3. INCOTERMS E O CONTRATO DE TRANSPORTE

É comum a confusão envolvendo os “INCOTERMS” e o contrato de transporte. Ora, como já explanado alhures, os “INCOTERMS” visam facilitar o ajuste das cláusulas de um contrato de compra e venda

¹⁹ Inteiro teor do contrato em www.anec.com.br

internacional. Contudo, sempre há dúvidas quanto à responsabilidade sobre o frete, o transporte e o seguro.

Neste cenário, os “INCOTERMS” visam otimizar as relações comerciais da empresa, padronizando cláusulas. Com o transporte da mercadoria não é diferente. Todos os termos da CCI contemplam o ônus do comprador/vendedor sobre o transporte.

E é justamente neste ponto que os contratos que prevêm os “INCOTERMS” são falhos.

A simples existência de um determinado incoterm no contrato não explicita detalhadamente toda a responsabilidade das partes contratantes.

O exemplo trazido por Charles Debattista²⁰ ilustra bem a problemática. As partes resolvem contratar a compra e venda de um produto que deve ser refrigerado (frango congelado vendido do Brasil para o Oriente Médio, por exemplo).

Apesar de haver no contrato de compra e venda internacional um determinado incoterm, deverá constar expressamente a forma do resfriamento da mercadoria, sob qual temperatura deverá ela ser armazenada, entre outras peculiaridades.

O fato de haver um incoterm no contrato não exaure as possibilidades de responsabilização do comprador ou do vendedor.

Ainda mais importante do que isso, é que o contrato de compra e venda internacional – e conseqüentemente o incoterm nele inserido – somente opera sua eficácia entre as partes²¹.

O transportador não assume nenhuma responsabilidade, eis que não participa da relação de compra e venda. Independentemente do incoterm convencionado (“CIF”, por exemplo), a responsabilidade pela mercadoria recairá sobre o comprador ou sobre o vendedor, cabendo logicamente o direito de regresso.

A especificação da forma pela qual será realizado o transporte e a transferência do riscos é deveras importante, eis que há contratos em

²⁰ DEBATTISTA, Charles. *Incoterms and the Contract of Carriage in* DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice* ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 12.

²¹ Ressalvado o disposto no item n.º 05 do presente trabalho.

que consta a expressão “segundo os costumes do porto de embarque/desembarque”.

O costume do Porto de Santos-SP pode ser diferente do costume do Porto de Paranaguá-PR. A especificação é tanta que estabeleceu-se até mesmo o FOB-Antuérpia²².

Presume-se que a parte conheça somente os procedimentos de embarque/desembarque do seu país, e não o do estrangeiro.

Justamente por esta razão é que deve ser detalhado o “*modus operandi*” da importação/exportação.

8.4. INCOTERMS E DOCUMENTOS

Como é usual no comércio exterior, a compra e venda internacional envolve uma série de documentos.

Os “INCOTERMS” contemplam alguns deles expressamente ou, de outra forma, fazem apenas uma menção generalizada.

Dentre as diversas modalidades de documentos, os termos da CCI, expressamente, delineiam o “*commercial invoice*” (“nota comercial”).

É de suma importância o “*commercial invoice*” já que descreve, pormenorizadamente, as características da mercadoria que estará sendo comercializada.

A prova de entrega da mercadoria igualmente é vital para o fechamento da operação.

O “*mate’s receipt*” (“recibo de bordo”) – no caso de transporte marítimo – indica exatamente em que condições a mercadoria foi embarcada.

Este é um fator determinante caso haja uma avaria ou defeito na qualidade/quantidade embarcada.

Tome-se o exemplo de venda de mercadoria a granel (o Brasil importando trigo argentino, por exemplo). Se for convencionado o termo

²² Para um estudo mais aprofundado do FOB-Antuérpia, ver GELENS, Carine. *Incoterms and Contracts of Carriage on Liner Terms in* DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice*. ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 139/140.

FOB na operação, a responsabilidade argentina exaure-se a partir do momento que o trigo transpõe a amurada da embarcação (“*ship’s rail*”).

Entretanto, se o armador do navio aponta eventual falta de mercadoria, emitindo um “*mate’s receipt*” devidamente marcado com a ausência do trigo, a responsabilidade pela falta será do vendedor argentino.

De outro vértice, não havendo qualquer restrição ao embarque e sendo constatada a falta da mercadoria no porto de descarga, ao comprador brasileiro caberá somente direito de ação contra o transportador, e não mais contra o vendedor argentino, já que sua obrigação foi cumprida.

A gama de documentos que inserem-se nas operações de compra e venda internacional é muito extensa, tanto que necessário seria um trabalho específico sobre o tema.

Porém, os exemplos acima citados dão um perfil da importância dos documentos de importação/exportação e como os “INCOTERMS” estão intimamente a eles relacionados.

8.5. INCOTERMS, EDI E MENSAGENS ELETRÔNICAS

O comércio internacional é ágil. Há uma grande preocupação logística quanto à entrega de mercadoria e formas de pagamento.

Além disso, há os custos com seguro e transporte, bem como as despesas para o desembaraço aduaneiro.

Diante destes fatores, a internet surge como um instrumento eficaz para a otimização das relações comerciais internacionais.

Visando um maior implemento de tais relações, desenvolveu-se ainda a intranet, ou seja, uma rede de computadores privada, seleta. Somente empresas parceiras comercialmente têm acesso a tais informações. Eis o intercâmbio eletrônico de dados (“*Electronic Data Interchange – EDI*”).

O grau de interatividade é tanto que são desenvolvidos “*softwares*” específicos para compartilhamento mundial destes dados.

Há mensagens-padrão envolvendo ordens de pagamento, datas de embarque/desembarque, etc.

Os incoterms regulamentam o uso da EDI, principalmente em A8 e B8, permitindo seu uso como prova de entrega da mercadoria, se assim contratados²³.

Ao invés de utilizar-se o conhecimento de embarque, expede-se um documento eletrônico equivalente a tal (“e-bill of lading”) como explicita o guia para interpretação dos incoterms:

“Apesar da natureza legal particular do conhecimento de embarque é esperado que ele seja substituído por meios eletrônicos num futuro próximo. A versão 1990 do Incoterms já tinha esta expectativa de desenvolvimento em conta. De acordo com as cláusulas A8, documentos em papel podem ser substituídos por mensagens eletrônicas desde que as partes tenham acordado em comunicar-se eletronicamente. Tais mensagens poderiam ser transmitidas diretamente para a parte interessada ou através de uma terceira parte fornecendo serviços com valores agregados. Tal serviço que pode ser utilmente fornecido por uma terceira parte é o registro de portadores sucessivos de um conhecimento de embarque. Sistemas que fornecem tais serviços, como o chamado serviço BOLERO, podem exigir suporte adicional por normas e princípios legais apropriados com evidenciado pelas Regras para Conhecimentos de Embarque Eletrônicos da CMI 1990 e artigos 16-17 da Legislação Modelo sobre Comércio Eletrônico da UNCITRAL 1996.”²⁴

Fazendo-se uma alusão às práticas comerciais brasileiras, pode ser citada a duplicata eletrônica.

Na verdade, inexistente qualquer documento palpável: há somente um dado.

Logicamente que a EDI ainda sofre restrições e falta de confiabilidade por muitos.

Entretanto, o e-commerce está em voga e, mais cedo ou mais tarde, as empresas terão que adotar tal tecnologia, assim como aconteceu com o fac-símile²⁵.

²³ “The buyer may still insist on paper documentation unless there is an agreement to communicate electronically (an EDI agreement)” (*ICC Guide to Incoterms 2000*, ICC publication n.º 620: 1999, Paris, p. 30.)

²⁴ BIZELLI, J. dos Santos. coord., NOGUEIRA, Elisângela B. et al, trad. *Incoterms 2000: regras oficiais da ICC para a interpretação de termos comerciais*, São Paulo: Aduaneiras, 2000, p. 30

²⁵ JIMENEZ, Guillermo. *Incoterms, EDI and Electronic Messaging in* DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice*, ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 61.

8.6. INCOTERMS E UCP 500

A CCI publica várias brochuras sobre prática comercial internacional, arbitragem, resolução alternativa de disputas, entre outros assuntos. Desta forma, foi publicada a UCP 500 (*“Uniform Customs and Practice for Documentary Credits”*).

Esta “Uniformização de Costumes e Práticas para Créditos Documentários” é um instrumento eficaz no que concerne ao quesito pagamento.

Apesar das práticas comerciais não acompanharem o mesmo ritmo dos avanços tecnológicos²⁶, a UCP 500 tenta agilizar tais procedimentos.

Em suma, a escolha do incoterm correto pode determinar o recebimento do crédito pela venda de uma forma mais célere ou, ao revés, mais prolongada.

É que o pagamento se dá geralmente quando a responsabilidade do vendedor se encerra.

Como há alguns incoterms que estendem a responsabilidade do vendedor até a entrega efetiva da mercadoria na sede do comprador, a data do recebimento do crédito pode variar de uma compra e venda para outra.

8.7. INCOTERMS E O CONTRATO DE SEGURO

Conforme já explicitado, os incoterms abrangem vários detalhes referentes à transferência de risco da mercadoria, inclusive a responsabilidade pela taxa de seguro.

Entretanto, somente as condições CIF e CIP aludem expressamente quanto ao seguro (*“insurance”*), sendo que nos outros

²⁶ Um navio demora apenas dois dias para cruzar o Mar Mediterrâneo, saindo da Europa e aportando no norte da África. De outro lado, o *“bill of lading”* referente a esta mercadoria leva duas semanas para transpor o mesmo percurso. Exemplo trazido em GUEDON, Jean et GAUTHIER, Michel-Jean. *Incoterms and UCP 500 in* DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice*, ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 69

incoterms devem as partes contratantes acordar de quem é ônus pela referida taxa. Note-se que, independentemente dos incoterms CIF e CIP englobarem o seguro, não há disposição quanto ao seu alcance.

Assim, para evitar interpretações dúbias quanto aos riscos que estão sendo cobertos, as partes hão de mencionar o que está sendo segurado e sob responsabilidade de quem.

Hipoteticamente, suponha-se uma exportação de veículos brasileiros para a Arábia Saudita. Ora, o risco de guerra ou até mesmo de pilhagem da mercadoria é mais alto do que uma exportação do mesmo produto para a Argentina.

Sendo assim, é de bom grado que as partes especifiquem qual a abrangência do seguro contratado, seu período de duração e de quem é a responsabilidade pelas conseqüentes despesas, como forma de evitar futuros conflitos de interesses – que por conseqüência hão de gerar custos e mais do que isso, demora na solução das possíveis demandas.

A questão do seguro é tão importante, que com os avanços tecnológicos, deve haver um maior cuidado quando de sua análise.

O transporte multi-modal engloba uma série de fases. Em cada uma delas, poderá existir uma seguradora diferente, por exemplo.

Merecedor de análise também a questão do resseguro. Em muitos países (e o Brasil é um deles), o resseguro somente será realizado através de um órgão público (no Brasil é o IRB – Instituto de Resseguros do Brasil).

Já em outros lugares (Inglaterra, por exemplo) há entidades privadas que lidam especificamente com o assunto.

Destarte, dependendo da natureza da operação internacional, o envolvimento estatal pode ser maior ou menor, eis que empresas estatais de resseguro poderão ter intervenção necessária.

Assim, o seguro de mercadorias possui várias nuances que devem ser cuidadosamente estudadas antes da assinatura do contrato de compra e venda internacional²⁷.

²⁷ Para um estudo mais aprofundado, consultar WINKLER, Klaus B. *Incoterms and Insurance in Practice*. ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 86/96.

8.8. INCOTERMS E A UNIÃO EUROPÉIA

Com o advento da União Européia em 1993, o comércio exterior foi sensivelmente facilitado no Velho Mundo.

Os limites fronteiriços nacionais foram “eliminados”, criando-se destarte um mercado com aproximadamente 340 milhões de consumidores²⁸.

Ocorreram também redução de custos com as operações de exportação, eis que o desembaraço aduaneiro foi otimizado.

Tal expediente influencia diretamente as despesas com transporte, seguro, taxas fiscais, entre outros.

Houve quem pensasse até na utilização dos incoterms somente na compra e venda internacional envolvendo países não-integrantes da comunidade européia.

Porém, apesar da desobstrução burocrática da importação/exportação, outros fatores fazem com que os incoterms sejam largamente observados (responsabilidades, custos com transporte, seguro, etc.).

Numa visão geral, apenas a condição DDP é de ser revista quando de sua utilização perante a União Européia.

É que as taxas de importação/exportação não de ser suportadas pelo vendedor. Como estas “taxas” não mais existem, o incoterm DDP poderá cair em desuso, ainda mais com o advento do VAT ²⁹.

²⁸ BATTERSBY, Raymond. *Incoterms and the Single Market* in DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice* ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 98.

²⁹ Taxa ou Imposto de Valor Agregado (Value Added Tax – VAT) é uma forma da Comunidade Européia possuir um controle fiscal sobre o consumo/venda de diversos produtos e, conseqüentemente, sobre as “exportações” (no sistema tributário brasileiro, o VAT assemelha-se ao imposto sobre produtos industrializados – IPI). Para maiores informações, acessar www.bcentral.co.uk/finance/tax/vatfaq/What_is_vat.asp. Ver ainda o comentário de Angelo Luiz Lunardi quanto ao termo DDP: “*Todavia, se as partes desejarem excluir das obrigações do vendedor alguns custos pagáveis na importação dos bens (tais como o imposto sobre valor agregado:IVA), isto deve ficar claro pela adição de cláusula explícita para esse efeito no contrato de venda.*” (LUNARDI, Angelo Luiz. *Condições Internacionais de Compra e Venda: Incoterms 2000*, 2ª ed., São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 131), bem como RATY, Asko. *Variants on Incoterms (Part 2)* in DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice* ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 157.

8.9. INCOTERMS E SUAS VARIANTES

O termo DDP inclui o pagamento de VAT? Como já salientado, é possível convencionar que em DDP todas as despesas correm por conta do vendedor, com exceção da VAT.

Logo, deste exemplo prático é possível concluir que existem diversas variações dos incoterms nas relações negociais.

Isto quer dizer que, apesar das partes convencionarem a utilização de um determinado incoterm, podem elas modificar algumas peculiaridades referentes a eles.

Ora, o DDP é cristalino ao dispor que todas as despesas correm por conta do vendedor, incluindo-se logicamente a VAT.

Porém, a prática comercial e os costumes internacionais, às vezes, prevêm justamente o oposto.

Assim, os incoterms possuem algumas variações, sendo portanto adaptáveis de contrato a contrato³⁰.

A mais conhecida é o “FOB estivado” (o vendedor é responsável pela entrega da mercadoria até a transposição da mercadoria pela amurada do navio – “*ship’s rail*” – bem como pelos custos de estivagem).

Uma das grandes preocupações é quanto ao seguro. Nada impede que seja convencionado um “FOB segurado”, ficando o vendedor responsável pelas custas com o seguro, já que o termo FOB não prevê tal garantia.

Aliás, estas disposições específicas são até recomendáveis, pois elidem qualquer sorte de dúvidas quanto à responsabilidade pelos custos dos serviços e representam uma maior segurança nas transações internacionais.

Mais do que isso, num possível conflito de interesses, o juiz/árbitro situar-se-ia numa posição mais favorável para decidir o tema.

³⁰ “That is what variants are needed for: to adjust the basic incoterms according to existing commercial practices.” (MIKKOLA, Kainu. *Variants on Incoterms (Part I)* in DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice*. ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 144)

Importante ainda ressaltar que existem os “*Revised American Foreign Trade Definitions*”. São eles termos utilizados no comércio interno norte-americano³¹.

Logicamente que numa operação envolvendo americanos e brasileiros podem ser convencionadas algumas disposições destes termos. Contudo, não possuem eles a chancela da CCI, sendo portanto apenas uma fonte alternativa à formação dos contratos internacionais.

³¹ Para maiores considerações quanto aos “*Revised American Foreign Trade Definitions*”, consultar LUNARDI, Angelo Luiz. *Condições Internacionais de Compra e Venda: Incoterms 2000*, 2ª ed., São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 142-149 e também ISSA, Maurício. *Termos Padronizados de Comércio e Transporte Internacional*, São Paulo: Aduaneiras.

9. OS PRINCÍPIOS DA UNIDROIT PARA CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

A UNIDROIT (*“International Institute for the Unification of Private Law”* – Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado) é uma instituição privada situada em Roma. Seu objetivo é estudar métodos otimizadores do direito comercial internacional.

Em 1926, a UNIDROIT surgiu como um órgão auxiliar da Liga das Nações. Com a extinção da Liga, em 1940 a UNIDROIT reestruturou-se, desta vez mediante acordos multilaterais que originaram o Estatuto da UNIDROIT.

Atualmente, a UNIDROIT possui 59 (cinquenta e nove) países-membros, dentre os quais o Brasil.

Assim sendo, como uma forma de harmonizar os diferentes sistemas jurídicos dos países, a UNIDROIT publicou em 1994 os Princípios para Contratos de Comércio Internacional.

Este trabalho foi resultado de pesquisas comparativas realizadas por um Grupo de Estudos composto por juristas³² dos maiores sistemas legais do mundo.

O preâmbulo daquele trabalho é bem claro ao dispor que tais princípios devem nortear as relações contratuais internacionais, mas não regê-las por completo:

“Les Principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. Ils s’appliquent lorsque les parties acceptent d’y soumettre leur contrat. Ils peuvent s’appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les “Principes généraux du droit”, la “lex mercatoria” ou autre formule similaire. Ils peuvent apporter une solution lorsqu’il est impossible d’établir la règle pertinente de la loi applicable. Ils peuvent être utilisés afin d’interpréter ou de compléter d’autres instruments du droit international uniforme. Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux.”

³² O rol dos representantes pode ser conferido diretamente no site da UNIDROIT (www.unidroit.org). Infelizmente, nenhum brasileiro participou da elaboração dos “Princípios”. O grupo conta com representantes dos Estados Unidos, França, Itália, Alemanha, Rússia, China, Holanda, entre outros.

Eventualmente, no bojo do contrato, as partes podem fazer menção aos “Princípios” para dirimir alguma dúvida porventura surgida.

Enfim, os “Princípios da UNIDROIT para Contratos de Comércio Internacional” servem para orientar juízes ou árbitros que venham a decidir questões que envolvam contratos desta natureza, sendo lúcido o entendimento a seguir transcrito:

“Enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado, mas diferindo das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio – seu peso específico – é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada. Os princípios – ademais – informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que neste caso específico se considera importante.”³³

Contudo, para o francês Marcel Fontaine³⁴, os “Princípios” são mais do que um norte para juízes e árbitros. São eles verdadeiros instrumentos que as partes dispõem para a confecção de um contrato de comércio internacional:

“Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ne devraient pas seulement de référence au arbitres et aux juges appelés à connaître du contentieux des contrats internationaux. Il est à prévoir qu'ils deviendront l'un des livres de chevet des praticiens eux-mêmes, source de documentation et d'inspiration privilégiée quant aux problèmes à rencontrer et aux solutions à y apporter. Qu'il s'agisse d'y puiser des modèles pour la rédaction du contrat, ou de décider d'y soumettre le contrat sous réserve de dérogations, les Principes devraient apporter une contribution significative à la tâche combien délicate des négociateurs et des rédacteurs de contrats internationaux.”³⁵

³³ CASAMIGLIA *apud* Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, trad. de Marta Guastavino, 3ª reimpr. Barcelona: Ariel, 1987, pp. 9.

³⁴ Professor de Direito da Universidade Católica de Louvain, Diretor do Centro de Direito das Obrigações da Universidade Católica de Louvain, Membro do Conselho do Instituto de Direito e das Práticas e Demandas Internacionais da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

³⁵ FONTAINE, Marcel. Les Principes UNIDROIT, guide de la rédaction des contrats internationaux in BERAUDO, Jean-Paul et. al. The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris, pp. 82.

A seguir, serão expostos, em rápidos contornos, os pontos-de-vista de alguns países sobre os “Princípios da UNIDROIT para Contratos de Comércio Internacional”. Note-se que a opinião é de somente alguns estudiosos, todos eles co-autores da obra intitulada “*The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*”

9.1. OS PRINCÍPIOS DA UNIDROIT E SEUS DIVERSOS PONTOS-DE-VISTA

Para o americano Farnsworth³⁶, os “Princípios” possuem quatro funções primordiais:

a) fonte de terminologia: por utilizar uma linguagem franca, a inteligibilidade dos “Princípios” é tamanha que qualquer pessoa pode ler e compreender exatamente seus significados;

b) “check-list” da formação do contrato: os “Princípios” servem como instrumento de conferência quando da elaboração do contrato, evitando assim alguma discrepância com o texto da UNIDROIT;

c) modelo de redação: Farnsworth sugere a problemática do conceito de força maior. Poderá haver confusão sobre tal conceito, eis que uma parte contratante pode entender que determinado evento caracteriza-se como força maior e a outra não. Utilizando-se os “Princípios” este problema dificilmente ocorrerá, já que força maior já definida no texto da UNIDROIT, e;

d) “check-list” de cláusulas pouco específicas: os “Princípios” auxiliam a interpretação de cláusulas demasiadamente “abertas”. Toda e qualquer conclusão deverá ser fundamentada no texto da UNIDROIT³⁷.

De outro vértice, numa posição mais crítica, a inglesa Vivien Gaymer³⁸ entende que a utilização direta dos “Princípios da UNIDROIT”

³⁶ Professor de Direito da Alfred McCormack (Universidade de Columbia em Nova Iorque), membro-correspondente do Instituto Intenacional de Negócios, Direito e Prática da Câmara de Comércio Internacional (CCI)

³⁷ BERAUDO, Jean-Paul et. al. *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris, pp. 85-92.)

³⁸ Responsável pelos assuntos legais da Enterprise Oil de Londres.

dar-se-á ou na arbitragem ou como sugestão aos legisladores nacionais, sendo bem restrita sua atuação na formação contratual:

“What this amounts to, I think, is that the non-binding nature of the Principles is going to cause problems when it comes to using them. In practice, it may be that the arbitration technique may be the only way of making effective use of the Principles. Where I suspect that the Principles will be extremely useful is as a model for legislators and law reformers but that is not the subject which I have been asked to address.”³⁹

Para o russo Konstantin Razumov, advogado e Professor do Centro de Estudos S. Wolf Martin em Genebra, os “Princípios” são muito importantes para a Rússia e para os outros países que integravam a antiga União Soviética.

É que com a queda do comunismo, todo o direito privado deverá ser reformulado e o texto da UNIDROIT serve como base para modernizar o legislação referente ao comércio internacional

“Le projet du nouveau Code civil (seulement la partie générale) a déjà passé deux lectures au Parlement russe (la Doune d’Etat) mais la version définitive n’est pas encore adoptée. L’analyse comparée des Principes UNIDROIT du Code civil de la Russie permet de constater que le projet contient beaucoup de dispositions qui sont analogues aux prévisions des Principes (liberté contractuelle, formation, interprétation, exécution, etc.).”⁴⁰

Ora, as diferenças entre uma economia estatizada e uma economia predominantemente privada são gritantes.

Do prisma alemão, Hans Van Houtte⁴¹ enumera três linhas em que os “Princípios da UNIDROIT” podem ser observados:

a) as partes podem acordar a observância aos “Princípios” no contrato;

³⁹ BERAUDO, Jean-Paul et. al. *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris, pp. 102.

⁴⁰ RAZUMOV, Konstantin. *Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes UNIDROIT: la pratique contractuelle commerciale russe* in BERAUDO, Jean-Paul et. al. *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris, pp. 111.

⁴¹ Professor da Universidade Leuven, sócio da Stibbe Simont Monahan Duhot & Brussels, membro-correspondente do Instituto Internacional de Negócios, Direito e Prática da Câmara de Comércio Internacional (CCI)

b) na elaboração do contrato, algumas cláusulas podem ou não estarem sob a tutela dos “Princípios”, e;

c) os “Princípios” podem influenciar na condução das negociações⁴².

Por fim, para Giorgio de Nova, Professor de Direito Civil da Universidade de Milão, os “Princípios” possuem uma função residual. Primeiramente as partes devem focar qual o objeto da transação e ultimar todos os detalhes.

Passada esta primeira fase, os contratantes devem então consultar os “Princípios da UNIDROIT” e ajustar suas pretensões com o aludido texto⁴³.

⁴² BERAUDO, Jean-Paul et. al. *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris, pp. 117.)

⁴³ BERAUDO, Jean-Paul et. al. *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris, pp. 135)

10. INCOTERMS E LEX MERCATORIA

Em verdade, os INCOTERMS também traduzem-se na consubstanciação da “Lex Mercatoria”.

Ora, os INCOTERMS não possuem força vinculativa, a não ser que contratados.

As publicações da Câmara de Comércio Internacional são meros estândares, dos quais as partes podem optar em fazer uso.

Tal fato corrobora com a assertiva supra de que INCOTERMS são uma forma da chamada “Lex Mercatoria” (conceito utilizado pela doutrina internacionalista privada para denominar fontes supra-legais do comércio internacional)⁴⁴.

Há até quem opine por uma formalização material da lex mercatoria, fazendo dela um instrumento legal e não classificá-la como sendo espécie de usos e costumes:

“Uma nova ordem de relações econômicas internacionais exige uma nova ordem jurídica, que se poderia chamar de nova Lex Mercatória (sic). Esta é chamada a ter um papel de Direito Comum do Comércio Internacional, não podendo, portanto, ser de natureza costumeira, como o Artigo jus mercatorum, mas deve ser de natureza legislativa, pondo, assim, os Estados diante de suas responsabilidades e obrigações, influenciando numa questão de maior importância para a vida internacional. Entre os defensores da teoria da Lex Mercatória (sic), destacam-se autores como Philippe Francescakis, Berthold Goldman, Philippe Kahn e Clive Schmitthof. Entre os que são contra temos Henry Batiffol, Coussouarn, Klein e Mann. Os críticos alegam, sobretudo, sua fragilidade e inaptidão para regular as relações econômicas internacionais.”⁴⁵

⁴⁴ “... trata-se do corpo de direito com regras fundadas na prática e no exercício contratual de uma comunidade extensa, envolvendo atividades mercantis, navegação, seguro e operações bancárias, desenvolvidas por empresas de todos os países.” (BERMANN e KAUFFMAN in STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 799). Ou ainda “conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.” (STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo: LTr, 1996, p. 78).

⁴⁵ MATIAS, João Luis Nogueira. “*Lex Mercatoria e Contratos Comerciais Internacionais in* www.pgmfortaleza.ce.gov.br/artigos/vol8/art07.htm, p. 7, acessado em 03/10/2002.

Inobstante a natureza jurídica da *lex mercatoria*, os incoterms são de fundamental importância para uma melhor compreensão do tema.

Como já fora salientado, a CCI apenas sintetizou as principais práticas comerciais internacionais. Ora, a CCI não criou os incoterms, apenas aperfeiçoou e uniformizou tais costumes comerciais.

É certo que as práticas comerciais de âmbito internacional são antiquíssimas. O comércio internacional desenvolveu-se desde os fenícios até a presente data, onde foram constatados avanços tecnológicos que mudaram por completo a feição deste ramo

Ademais, os incoterms preconizam costumes comerciais de há muito utilizados pelos “*international traders*”.⁴⁶

Mesmo com a longa tradição das práticas comerciais, torna-se impossível eleger apenas a *lex mercatoria* como gestora dos contratos internacionais:

“Em face da insuficiência das práticas comerciais e das tentativas de uniformização do Direito Comercial, surge a Lex Mercatória (sic). Teoria que tenta, através de um conjunto de normas autônomas, trazer a segurança jurídica que o comércio necessita, acabando com o conflito de Leis. A Lex Mercatória (sic) é uma teoria fascinante. Contudo, carece de aplicação prática, principalmente pelo fato de que não possui uma perfeita sistematização, assim como, carece de obrigatoriedade. Por conclusão, acreditamos que, no estágio em que encontra, a Lex Mercatória (sic) não atende às expectativas dos operadores econômicos.”⁴⁷

Ora, se até mesmo os incoterms são insuficientes para regular as relações do comércio internacional, não será um conceito vago de um lado e amplo por demais de outro – como é a *lex mercatoria* – que terá o condão de uniformizar as diferentes práticas espalhadas e consolidadas no mundo inteiro.

⁴⁶ “Moreover, customs and practices developed in sea transport many centuries ago, as for example FOB, CFR and FAS, might effect other incoterms and means of transport. (...) These three acronyms date back to more than one and a half centuries ago.” (GUEDON, Jean et GAUTHIER, Michel-Jean. *Incoterms and UCP 500* in DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice*, ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 68 e 83).

⁴⁷ MATIAS, João Luis Nogueira. “*Lex Mercatoria e Contratos Comerciais Internacionais* in www.pgmfortaleza.ce.gov.br/artigos/vol8/art07.htm, p. 7, acessado em 03/10/2002.

Note-se que a própria Convenção de Viena admite ser impossível regulamentar todos os usos e práticas do comércio internacional na letra de seu art. 9º:

*“1. As partes estão vinculadas pelos usos que consentiram e pela prática que elas se estabelecerem.
2. Salvo convenção em contrário das partes, entende-se que estas consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.”*

Somente em conjunto com outros instrumentos (incoterms, Princípio da UNIDROIT, convenções internacionais, etc.) a *lex mercatoria* será útil para sua finalidade precípua: facilitar o comércio internacional e diminuir o risco de litígio (judicial ou extrajudicial) entre os comerciantes.

Ressalve-se, contudo, que ao brasileiro é vedado o direito de optar sob qual legislação será resolvida determinada controvérsia, sendo pertinente a observação de FONSECA:

“A lei interna nacional reguladora do Direito Internacional Privado é a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942. A Lei de Introdução não tem, perante a doutrina, interpretação pacífica no que se refere à consagração do princípio da autonomia da vontade. O artigo 9º, em seu “caput”, consagra o princípio da “lex loci celebrationis”, não se podendo afirmar a existência da autonomia da vontade para indicação da norma aplicável no Direito Internacional Privado, segundo entendimento doutrinário majoritário. A corrente doutrinária capitaneada pelo professor Haroldo Valladão entende estar encampada a liberdade de escolha da lei aplicável pelas partes no parágrafo segundo.”⁴⁸

A *lex mercatoria* (usos e costumes) servirá apenas como elemento orientador (teoria da “*civil law*”), caso não haja lei específica para o caso prático, segundo a ótica do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁴⁸ FONSECA, Patrícia Galindo da. *O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional* in www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fonseca.html, acessado em 03/10/2002.

11. CONCLUSÃO

O que se procurou demonstrar aqui foi a importância dos incoterms no comércio internacional, especialmente quando uma empresa brasileira está envolvida na operação.

Com a diversificação do comércio exterior e a celeridade que as relações comerciais internacionais ganharam com o advento da internet, os INCOTERMS têm de ser largamente observados nas compras e vendas brasileiras no estrangeiro.

O cenário econômico dá conta que a exportação é uma das vias para a recuperação financeira do Brasil. Com o dólar em alta, a receita das empresas exportadoras é grande, o que injeta recursos no mercado interno e conseqüentemente aquece o consumo.

Os incoterms, aliados à Convenção de Viena, aos “Princípios da UNIDROIT”, bem como aos usos e costumes da “*Lex Mercatoria*”, consubstanciam-se como verdadeiras instrumentos que as partes dispõem para confecção de contrato internacional de compra e venda.

Assim sendo, com o estudo aprofundado dos INCOTERMS, o empresário brasileiro poderá otimizar seu processo de importação/exportação, evitando gastos desnecessários e majorando seus lucros.

De outro vértice, aos operadores do direito também é primordial o estudo dos incoterms, visto que probabilidade de conflito de interesses envolvendo os termos da CCI aumenta na medida que são utilizados por boa parte dos “*traders*” do mundo inteiro.

12. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual, RT 750/116, São Paulo: abr./1998.

BATTERSBY, Raymond. Incoterms and the Single Market in
DEBATTISTA, Charles Incoterms in Practice ICC publication n.º 505:
1995, Paris.

BERAUDO, Jean-Paul et. al. The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris.

BERMANN e KAUFFMAN in STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000.

BERNSTEIN, H. e LOOKOFKY, J. Understanding the CISG in Europe.
Kluwer Law International, 1997, *apud* FONSECA, Patrícia Galindo da.
Anotações pertinentes à transmissão de risco: Convenção da ONU de 1980, “Incoterms” e Código Civil Brasileiro in
www.uff.br/cisgbrasil/galindouff.html, acessado em 03/10/2002.

BIZELLI, J. dos Santos. coord., NOGUEIRA, Elisangela B. et al, trad.
Incoterms 2000: regras oficiais da ICC para a interpretação de termos comerciais, São Paulo: Aduaneiras, 2000.

CASAMIGLIA *apud* Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, trad. de Marta Guastavino, 3ª reimp. Barcelona: Ariel, 1987.

Collections of ICC Arbitral Awards 1991-1995, ICC Publication n.º 553, 1997: ICC Publishing S.A. Paris – New York, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, pp. 382-397.

DEBATTISTA, Charles. Incoterms and the Contract of Carriage in Practice ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 12.

FONSECA, Patrícia Galindo da. O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional in www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fonseca.html, acessado em 03/10/2002.

FONSECA, Patrícia Galindo da. Anotações pertinentes à transmissão de risco: Convenção da ONU de 1980, "Incoterms" e Código Civil Brasileiro in www.uff.br/cisgbrasil/galindouff.html, acessado em 03/10/2002.

FONTAINE, Marcel. Les Principes UNIDROIT, guide de la rédaction des contrats internationaux in BERAUDO, Jean-Paul et. al. The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris, pp. 82.

GELENS, Carine. *Incoterms and Contracts of Carrigage on Liner Terms* in DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice* ICC publication n.º 505: 1995, Paris.

GUEDON, Jean et GAUTHIER, Michel-Jean. *Incoterms and UCP 500 in* DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice*, ICC publication n.º 505: 1995, Paris.

ICC Guide to Incoterms 2000, ICC publication n.º 620: 1999, Paris.

Introduction to ICC Rules on International Contracts, ICC publication n.º 365: 1981, Paris.

ISSA, Maurício. *Termos Padronizados de Comércio e Transporte Internacional*, São Paulo: Aduaneiras.

JIMENEZ, Guillermo. *Incoterms, EDI and Eletronic Messaging in* DEBATTISTA, Charles *Incoterms in Practice*, ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 61.

LUNARDI, Angelo Luiz. *Condições Internacionais de Compra e Venda: Incoterms 2000*, 2ª ed., São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MATIAS, João Luis Nogueira. "*Lex Mercatoria e Contratos Comerciais Internacionais* in www.pgmfortaleza.ce.gov.br/artigos/vol8/art07.htm, p. 7, acessado em 03/10/2002.

MIKKOLA, Kainu. Variants on Incoterms (Part 1) in DEBATTISTA, Charles Incoterms in Practice ICC publication n.º 505: 1995, Paris.

MORINI, Cristiano et PIRES, Silvio R. I. "Incoterms": sua importância na logística e nos negócios internacionais, monografia fornecida pelo autores, no prelo.

NALIN, Paulo. Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, Curitiba: Juruá, 2001, p. 255.

RATY, Asko. Variants on Incoterms (Part 2) in DEBATTISTA, Charles Incoterms in Practice ICC publication n.º 505: 1995, Paris..

RAZUMOV, Konstantin. Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes UNIDROIT: la pratique contractuelle commerciale russe in BERAUDO, Jean-Paul et. al. The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, ICC publication n.º 490/1: 1995, Paris.

STRENGER, Irineu. Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria, São Paulo: LTr, 1996, p. 78).

WINKLER, Klaus B. Incoterms and Insurance in DEBATTISTA, Charles Incoterms in Practice ICC publication n.º 505: 1995, Paris, pp. 86/96.

www.anec.com.br

www.aprendendoaexportar.gov.br/informacoes/assistente_signif.htm,
acessado em 03/10/2002

www.bcentral.co.uk/finance/tax/vatfaq/What_is_vat.asp

www.mdic.gov.br/publica/SECEX/incoterms.html, acessado em
27/05/2003

www.unidroit.org

ANEXO I

COLLECTION OF ICC ARBITRAL AWARDS
1991 – 1995
RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES DE LA CCI

Jean-Jacques Arnaldez Yves Derains Dominique Hascher

ICC Publishing S.A. Paris – New York
Kluwer Law International
The Hague – London – Boston

Final award in case no. 6573 of 1991

Parties: Claimant: seller
Defendant: carrier

Place of arbitration: Geneva, Switzerland

Published in: Unpublished

Subject matters:

- Hague Rules
- Hague-Visby Rules
- statute of limitation for actions arising out of contract of carriage
- Bill of Lading
- contract of carriage
- calculation of damages
- rate of interest

Facts

Claimant sold goods to a buyer in Limassol, Cyprus, (first buyer) to be shipped C&F Benghazi. First buyer resold these goods to a buyer in Benghazi (second buyer). First buyer arranged a letter of credit for payment of the goods. A bank in Limassol issued a letter of credit in favor of claimant, which was confirmed by a Swiss bank (first Swiss bank) and notified by a second Swiss bank. The goods were shipped on a vessel sailing under the Libyan flag. The shipment was arranged by an agent of the shipper (the identity of the shipper being disputed). The master of the vessel issued three clean bills of lading at Bar, Yugoslavia. The Bill of Lading referred to the first buyer as "shipper" and to a Libyan bank as "consignee". After the goods were discharged in Benghazi, the Cypriot bank refused to pay under the letter of credit alleging non conforming documents. It returned the documents, including the Bill of Lading to the Swiss bank.

The agent for the shipper instructed that the goods should not be delivered without presentation of the Bill of Lading. The carrier (defendant) relayed this instruction to its agent in Benghazi. Shortly thereafter defendant's agent delivered the goods to the second buyer without presentation of the Bill of Lading, but against a guarantee issued by the Libyan consignee bank of the

first buyer. Claimant attempted to obtain payment or return of the goods. In particular, claimant sent a representative to Benghazi who met with second buyer and was informed that the goods were not in conformity with the order. Several months later, claimant arrested one of defendant's vessels in an Italian port. The vessel was subsequently released against a guarantee.

Claimant initiated ICC arbitration against the carrier seeking to be paid for the goods. Defendant counterclaimed costs and damages incurred as a result of the arrest of its vessel. The arbitral tribunal held that the claim was not barred by the statute of limitation. Although the claimant was not entitled to bring a claim on the basis of the Bill of Lading, he was awarded damages and interest on the basis of the carriage contract.

Excerpt

I. APPLICABLE LAW TO THE MERITS

[1] "The arbitration agreement includes an express choice of Swiss law in the following terms:

'The arbitration shall in all respects (i.e., both as regards the procedure, and the merits and substance of the dispute) be governed by Swiss law.'

[2] "Swiss law includes the Code of Obligations (CO) as well as the 'Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse' (LNM) of 23 September 1953 (RS 747.30), the private law provisions of which also apply to vessels with non-Swiss flags (ATF 115 II 108/109).

[3] "Moreover, Switzerland is a party to the so-called Hague Rules (*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement*, signed in Brussels on 25 August 1924 and entered into force in Switzerland on 28 November 1954; RO 1954 p. 776) and Hague-Visby Rules (*Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement*, signed in Brussels on 23 February 1968 and entered into force in Switzerland on 23 June 1977; RO 1977 p. 1077)."

(...)

II. STATUTE OF LIMITATION

[4] “The goods were discharged ... and delivered [in March of the year in question]. Claimant arrested the vessel and entered into the arbitration agreement in September [of the same year]. In initiated this arbitration in June [of the following year]”.

A. Art. 87(2) LNM

[5] “Art. 87(2) LNM provides for a one year limitation except in the event of gross negligence and wilful misconduct in the following terms...:

‘All actions arising out of ... a contract for carriage by sea are barred, except in cases of wilful misconduct (*dol*) and gross negligence (*faute grave*), by a statute of limitation of one year commencing ... for contracts of carriage from the day on which the cargo has been or should have been delivered.’

[6] “The same rule is contained in Art. 454(1) and (3) CO, which also provides for a one year limitation for actions against the carrier subject to gross negligence or wilful misconduct.

[7] “The rationale underlying this rule – whether embodied in Art. 87(2) LNM or in Art. 454(1) and (3) CO – expresses a more general principle arising out of Art. 2(2) CC¹ pursuant to which a party should not benefit from a short limitation period to avoid liability for its intentional or at least grossly negligent misconduct.

[8] “The question then arises whether delivery without presentation of the bill of lading amounts to such intentional or grossly negligent misconduct, i.e., to a *dol* or *faute grave*. For the reasons set forth below in connection with defendant’s liability [29][47], the arbitral tribunal is of the opinion that wrongful delivery amounts to *faute grave*.”

1. Art. 2(2) of the Swiss Civil Code reads:

“Every person shall exercise his rights and perform his obligations in accordance with the rules of good faith.

A manifest abuse of right is not protected by the law.”

[9] “As a result, the one year limitation of Art. 87(2) LNM does not apply and one must resort to the general provisions of the CO, which provide a ten year limitation (Art. 127).”²

B. Hague Rules

[10] “The broad choice of law provision found in the arbitration agreement (covering ‘the procedure, and the merits of the dispute’) indicates a straightforward intention to be bound by the limitation period provided by Swiss law. This led the tribunal to apply Arts. 87(2) LNM and 127 CO ([5][9] above) and to find that the action was not time-barred. Notwithstanding such finding, one should, however, further consider whether the limitation provisions of the Hague or Hague-Visby Rules also apply.

[11] “Art. 3(6) fourth sentence of the Hague Rules reads as follows:

‘In any event the carrier and the ship shall be discharged from all liability in respect of loss or damage unless suit is brought within one year after delivery of the goods or the date when the goods should have been delivered.’

[12] “The internal logic of Art. 3(6) shows that this limitation does not cover delivery without presentation of the bill of lading:

[13] “Art. 3(6) first sentence³ requires that a written ‘notice of loss or damage’ be given to the carrier at the port of discharge *before or at the time of*

2. Art. 127 of the Swiss Code of Obligations reads:

“After ten years, all claims for which the federal civil law does not provide another time period are forfeited because of the statute of limitations.”

3. Art. 3(6) of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924 (Hague Rules) reads in relevant part:

“6. [first sentence] Unless notice of loss or damage and the general nature of such loss or damage be given in writing to the carrier or his agent at the port of discharge before or at the time of the removal of the goods into the custody of the person entitled to delivery thereof under the contracts of carriage, such removal shall be *prima facie* evidence of the delivery by the carrier of the goods as described in the bill of lading.

[second sentence] If the loss of damage is not apparent, the notice must be given within three days of the delivery.
(...)

[fifth sentence] In the case of any actual or apprehended loss or damage the carrier and the receiver shall give all reasonable facilities to each other for inspecting and tallying the goods.”

removal of the goods; in a case of wrongful delivery such as the present one, the shipper is obviously not in a position to meet this requirement; this same rule provides that the notice of loss or damage must be given at the time of removal of the goods 'into the custody of the person entitled to delivery thereof under the contract of carriage', i.e., to the person entitled to the rights arising out of the bill of lading; Art. 3(6) second sentence (to the extent it refers to hidden defects) and Art. 3(6) fifth sentence (to the extent it requires that the carrier and the receiver grant each other all reasonable facilities for inspecting and tallying the goods) show that Art. 3(6) refers to *claims with respect to the goods and their defects* and not to the circumstances of the delivery.

4] "This seems to have been the general understanding of Art. 3(6) fourth sentence of the Hague Rules. Such understanding is especially clear from the *Travaux préparatoires* for the Hague-Visby Rules (which are discussed and noted in the lower court's decision in re *Captain Gregos* [1989] 2 All E.R. 54, 8).

5] "As a result, the one year limitation of the Hague Rules not applying, one must again look to the general provisions of the law chosen by the parties, i.e., specifically to Art. 127 CO, and the result achieved is the same as that by way of application of Art. 87 LNM."

Hague-Visby Rules

6] "The Hague-Visby Rules amended Art. 3(6) fourth sentence Hague Rules and substituted the words 'all liability whatsoever in respect of the goods' for 'all liability in respect of loss or damage'. The legislative intent behind such substitution was undoubtedly to cover claims for wrongful delivery (*Travaux préparatoires*, quoted in [1989] 2 All E.R. 54, 58-59).

7] "Although in the matter of the *Captain Gregos* the English Court of Appeal clearly took the position that a claim for wrongful delivery (in that case theft) was subject to the one year limitation of Art. 3(6) fourth sentence Hague-Visby Rules,⁴ the arbitrators would have some doubts as to whether to follow such case law, were the Hague-Visby Rules to apply in the present case.

8] "Indeed, the *internal logic* of the Hague-Visby Rules (including the aspects referred to above in connection with the Hague Rules, and the

Art. 3(6) fourth sentence of the Hague-Visby Rules reads:

"Subject to paragraph 6 *bis* the carrier and the ship shall in any event be discharged from all liability whatsoever in respect of the goods, unless suit is brought within one year of their delivery or of the date when they should have been delivered. This period may, however, be extended if the parties so agree after the cause of action has arisen."

interaction between Arts. 2⁵ and 3(6) fourth sentence) would rather tend to indicate that wrongful delivery is outside the scope of Art. 3(6).

[19] "Moreover, several writers consider that despite the rationale underlying the amendment and expressed in the *Travaux préparatoires*, it is at least doubtful whether the words used in the new version are broad enough to cover delivery without presentation of bills of lading.⁶

[20] "Finally, although the legislative intent was clear, the history of the amendment to Art. 3(6) fourth sentence provides ground for divergent conclusions.⁷

[21] "This being so, the issue can remain open as the arbitrators in any event determine that the Hague-Visby limitations period does not apply on the basis of the following considerations:

[22] "a) Art. 10 Hague-Visby Rules states that the rules apply whenever (i) a bill of lading was issued in a member state, (ii) the carriage was from a port of a member state, or (iii) the contract contained in or evidenced by the bill of lading provides that these rules or legislation of any state giving effect to them are to govern the contract.

[23] "b) To the best knowledge of this tribunal, Yugoslavia, i.e., the country of the loading port, is a party to the Hague (RO 1973 I 590), but not to the Hague-Visby Rules (RO 1977 II 1077; 1981 II 1354; 1983 I 420; 1984 I 273; 1985 II 1770; 1987 II 1151 and oral updating information received from the 'Office fédéral de la navigation maritime'; Claimant's contention that Yugoslavia has ratified the Hague-Visby Rules in 1959 appears in any event erroneous considering the date of these rules. Accordingly the conditions for the application of (i) and (ii) above do not apply.

[24] "c) The paramount clause of the Bill of Lading does not provide for the application of the Hague-Visby Rules, but does provide that whenever the Hague-Visby Rules apply compulsorily they are deemed incorporated into the bill of lading. Accordingly, the two conditions for application of the Hague-

5. Art. 2 of the Hague-Visby Rules reads:

"Subject to the provisions of Article 6, under every contract of carriage of goods by sea the carrier, in relation to the loading, handling, stowage, carriage, custody, care, and discharge of such goods shall be subject to the responsibilities and liabilities, and entitled to the rights and immunities hereinafter set forth."

6. The arbitral tribunal referred to "Scrutton on *Charterparties*, 19th Ed., p. 441 footnote 32; *Carver, Carriage by Sea*, 13th Ed., vol. 1, p. 370, footnote 47; *Wilson Carriage of Goods by Sea*, 1988, p. 196; *Mustill, Carriage of Goods by Sea Act 1971* (1972) 11 *Arkiv Sjørett* 684, 706 quoted by the Queen's Bench Division in the *Captain Gregos*, [1989] 2 All E.R. 54, 61."

7. The arbitral tribunal referred to the "Report of the Subcommittee of the 1963 Stockholm Conference, quoted in the *Captain Gregos*, [1989] 2 All E.R. 54, 59."

Visby Rules set forth in (iii) above are to be determined by the same test: does Swiss law provide for the compulsory application of the Hague-Visby Rules with respect to the statute of limitation?

[25] “d) Art. 101(2) LNM⁸ provides that the Hague and Hague-Visby Rules must be ‘taken into consideration’ for the application and the interpretation of the articles of Chap. IV LNM entitled ‘*Du contrat de transport maritime*’. However, Chap. IV does not deal with the issue of statute of limitation, while a general and compulsory limitation period is provided in Art. 87 of the Chapter I LNM (*‘Dispositions générales’*), which applies to *‘toutes les actions dérivant de la location d’un navire, d’un contrat d’affrètement et de transport maritime’*.”

[26] “e) Hence, at the least insofar as the limitations period of the Hague-Visby Rules is concerned, Swiss legislation does not give effect to the Rules and a provision to ‘take into consideration’ those rules in the interpretation and application of the LNM’s provisions on contracts for carriage by sea does not constitute compulsory legislation providing for the application of the Rules’ limitation period. As a consequence, the Hague-Visby Rules do not apply to the issue at hand whether as a result of the scope of application provided by Swiss legislation or as a result of an incorporation agreed upon by the parties by way of the paramount clause.

[27] “f) Moreover, even if, contrary to such conclusion, it could be argued that the limitation periods of the Hague-Visby Rules apply and if there were a conflict between these limitation periods and that of Art. 87 LNM, the arbitrators would feel constrained to apply Art. 87 LNM, including its exceptions. Indeed, Art. 87 sets forth the limitation period of the law *chosen* by the parties to govern in the broadest fashion the claim brought before this tribunal. Moreover, the exceptions set out in Art. 87 for *dolo* and *faute grave* can be deemed to represent Swiss policy in respect of limitations of actions within the ambit of the LNM.

[28] “On the basis of the foregoing reasons, the tribunal holds that claimant’s claim is not time-barred.”

3. Art. 101(2) of the Swiss Federal Law on Maritime Navigation under Swiss Flag reads:

“The International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading of 25 August 1924 as well as its [Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading of 25 August 1924] should be taken into consideration when applying and interpreting the articles of this chapter.”

III. LIABILITY

A. On the Basis of the Bill of Lading

[29] “The arbitrators hold that claimant is not entitled to bring any claims on the basis of the Bill of Lading, because, although it physically holds it, it is not the *lawful* holder of the Bill.

(...)

[30] “Under the heading ‘consignee’ the Bill of Lading bears the mention of the [Benghazi bank as consignee of the first buyer]. Hence, the Bill of Lading would be a commercial paper to order, i.e., a *papier-valeur nominatif* (Art. 974 CO)⁹ issued to the latter bank.

[31] “It can be left open for what purpose the [Benghazi bank] was entered as ‘consignee’ on the Bill of Lading (to secure a lien over the goods or to secure fiduciary title);¹⁰ as in any event it appears as the holder of the Bill of Lading. Admittedly, the [Benghazi bank] never acquired possession of the Bill of Lading, which after being rejected by the Cypriot Bank was returned to the Swiss bank. However, the mere issuance of a bill of lading to a stated person entitles such person to the rights of a lawful holder.” In summary, the [Benghazi bank], not claimant, would be the lawful holder of the Bill of Lading if it were a *papier-valeur* and claimant’s claim in this respect must be dismissed.”

B. On the Basis of the Carriage Contract

[32] “Despite the reference to a charter-party in the Bill of Lading, both parties regard the contract as a carriage contract. The arbitrators share this view.

[33] “Defendant submits that claimant is not a party to the carriage contract because the Bill of Lading refers to the first buyer as shipper. Thus, the first question to review is that of the *identity of the shipper*: first buyer or claimant?”

9. Art. 974 of the Swiss Code of Obligations reads:

“All commercial paper (*papier-valeur*) drawn on the name of a specified person and which is not issued to order or declared by law to be a bill is deemed to be a registered security.”

10. The arbitral tribunal referred to “Thévenoz, *Propriété et gage sur la marchandise et son titre représentatif dans le crédit documentaire*, SAS 1985, p. 7.”

11. The arbitral tribunal referred to “Meier-Hayoz/von der Crone, *Wertpapierrecht*, Bern 1985, p. 361 et seq.; Schönle/Thévenoz, *La lettre de garantie pour connaissement (letter of indemnity) dans les opérations de crédit documentaire*, RDS 1986 I, p. 53.”

[34] "The arbitrators come to the conclusion that claimant is the shipper for the following reasons:

[35] "a) the sales contract between claimant and the first buyer was on C&F Benghazi terms. In a C&F port of discharge sale, it is the seller's, i.e., claimant's obligation to arrange for the shipment;

[36] "b) the letter of credit issued by claimant's bank in claimant's favor provides that the freight must be deducted from the amount payable to the beneficiary (claimant) and paid to the agent for the shippers. Although admittedly unusual, this provision shows that claimant was to bear the cost of the shipment;

[37] "c) even though not in accordance with the payment procedure provided in the letter of credit (see b above), claimant effectively paid the freight (which freight was then apparently paid - in a lower amount - through Agent X - and possible other agents - to defendant);

[38] "d) the same letter of credit expressly required that the first buyer be shown as shipper on all documents. This explains the reference to the first buyer on the Bill of Lading as the expression of a special arrangement made by the parties for one reason or another despite the fact that claimant was responsible for the shipment, which responsibility clearly arises out of the other terms of the letter of credit (see a and b above);

[39] "e) the shipment was arranged by the agent for the shippers. The written evidence shows that the agent for the shippers acted for claimant. There is a number of communications on record from or to the agent for the shippers. They all either emanate or are addressed to claimant (or its bank); they never involve the first buyer;

[40] "f) this written evidence was confirmed by the oral evidence given by Mr. K principal of the first buyer, a witness called by defendant. Mr. K stated that, although it was the first buyer which had recommended the services of the agent for the shippers to claimant, claimant arranged for the shipment, gave related instructions, and paid the freight.

[41] "The fact that defendant may not have known that the actual shipper was claimant not the first buyer is of no relevance. If defendant knew that claimant was the shipper, then the rights and obligations under the carriage contracts arose directly between defendant and claimant (Art. 32(1) CO).¹² If

Art. 32(1) of the Swiss Code of Obligations reads:

"If one who is authorized to represent another party enters into a contract in the other party's name, then the party represented, but not the agent, shall have the rights, and shall be bound by the obligations, resulting therefrom."

defendant did not know that claimant was the shipper, which appears likely, then the contract first bound only defendant and the agent for the shippers, as undisclosed agent of claimant. But from the time claimant has performed its obligations under the contract, i.e., paid the freight, it is subrogated in its agent's rights.¹³

[42] "Being established that there is privity of contract between claimant and defendant, the question is whether defendant breached its obligations under the carriage contract. In the arbitrators' opinion, there is no question that it did. [43] "If the Bill of Lading is a commercial paper, defendant was bound not to deliver the goods without the presentation of the document (Art. 116(2) LNM; Art. 965 CO).¹⁴ This is a general rule of maritime law known also under English law. It is not disputed that defendant has delivered the goods to the second buyer without presentation of the Bill of Lading, but against delivery of a letter of guarantee issued by the [Benghazi bank].

[44] "One should note in this context that, even if the second buyer had acquired title to the goods, which in the tribunal's opinion it did not, defendant would not have been entitled to deliver the goods without the presentation of the document.¹⁵

[45] "If the Bill of Lading does not qualify as a negotiable instrument, defendant also breached its obligation not to deliver without presentation of the document. Such obligation does not arise out of the Bill of Lading, but out of the contract of carriage, the terms of which are evidenced by the 'bill of lading' (Art. 115(2) LNM).¹⁶ The fact that the carrier issues a bill of lading

13. The arbitral tribunal referred to "R. Zäch, *Berner Kommentar*, vol. VI 1.2.2., Berne 1990, n. 178 ad Art. 32."

14. Art. 116(2) of the Swiss Federal Law on Maritime Navigation under Swiss Flag reads:

"When a bill of lading is drawn up, the goods should not be delivered, at the place of destination, unless a first original copy [of the bill of lading] is presented; all other copies lose their validity. If several original copies are presented simultaneously by several carriers, the captain shall deliver the goods to the competent authority or a third party."

Art. 965 of the Swiss Code of Obligations reads:

"All instruments incorporating a right in such a way as to make it impossible to enforce a right or to transfer it independently of the title are commercial papers."

15. The arbitral tribunal referred to "Schoenle/Thévenoz, *op. cit.*, p. 54."

16. Art. 115(2) of the Swiss Federal Law on Maritime Navigation under Swiss Flag reads:

"The legal relationship between the carrier and the shipper is governed by the clauses of the contract of carriage. Nevertheless, the provisions of the bill of lading are held to express the will of the parties if no other written contract exists stating the contrary."

and that the shipper accepts it – even if it fails to meet all formal requirements of a negotiable instrument – shows a common intent that the goods are delivered against presentation of such document or else a different document would have been used.

[46] “Moreover, the fact that defendant delivered the goods against a bank guarantee shows that it was aware at least of the risk that the delivery was not lawful and that it may incur liability as a result.

[47] “Delivery without presentation of a bill of lading is generally regarded as grossly negligent conduct.¹⁷ Such conduct entails liability on the basis of Art. 103(1) LNM¹⁸ (see ATF 47 II 327/330 likely to be applicable by analogy to Art. 103 LNM) or Arts. 440(2), 398(1), 321e(1), and 97(1) CO.”¹⁹

17. The arbitral tribunal referred to “Carver, *Carriage by Sea*, 13th Ed., vol. 2, p. 1111; implied Meier-Hayoz/von der Crone, *Wertpapierrecht*, Berne 1985, p. 369.”

18. Art. 103(1) of the Swiss Federal Law on Maritime Navigation under Swiss Flag reads:

“The carrier is responsible, from the taking over up to the delivery of the cargo for the loss, destruction or partial or total damage of the goods, as well as for the late delivery, unless he can prove that the damage results from a cause which cannot be attributed to a fault (*faute*) the captain, the crew, other persons in service of the ship or all other persons who took part in (carrying out) the transportation.”

19. Arts. 440(2), 398(1), 321e(1) and 97(1) of the Swiss Code of Obligations read:

Art. 440(2)

“The provisions applying to mandate are applicable to the contract of carriage, with the exception of the derogations resulting from this Title [Title 6, Contract of Carriage].”

Art. 398(1)

“The agent is obligated in general, to use the same care as the employee under an employment contract.”

Art. 321e(1)

“The employee shall be liable for any damage he causes to the employer, whether willfully or negligently.”

Art. 97(1)

“If the performance of an obligation can not at all or not duly be effected, the obligor shall compensate for the damage arising therefrom, unless he proves that no fault at all is attributable to him.”

IV. MEASURE OF DAMAGES

A. General Rule

[48] “Damages should be equal to the market value of the goods at the time and place of the wrongful delivery.”²⁰

B. Weight of Goods

[49] The arbitral tribunal observed that there was contradictory evidence regarding the quantity of goods shipped. It then continued: “The primary question is thus whether, as a matter of law, the Bill of Lading should prevail over the statements of different weight in other documents. As a general rule, a bill of lading is prima facie evidence that the goods were shipped and the burden of disproving it lies with the shipowner.²¹ Without quantifying the short delivery, the end receivers appear to have claimed a shortfall.

[50] “In the present case, however, the Bill of Lading bears the following wording in small print: ‘Weight, measure, quality, quantity, condition, contents and value unknown’. It is a now well-settled rule that, as a consequence of such language, the Bill of Lading is not even prima facie evidence of the weight shipped and that the burden of proving the weight is on the shipper.²²

[51] “Claimant opposes this clear rule by relying on Carver’s statement that ‘... where, however, the bill of lading states the number of bags shipped, “weight and contents unknown” that number remains prima facie evidence of the number of bags shipped’ (Carver, Art. 104). This is not conclusive, as in the present case the number of parcels is not disputed (and if it were, it would in any event be covered by the broad reservation language in the Bill of Lading).”

[52] The arbitral tribunal assessed the weight on the basis of all elements on record and decided that the weight was as asserted by claimant.

20. The arbitral tribunal referred to “Müller, *Droit maritime* 17, *Les contrats d’utilisation du navire*, FJS 1031, pp. 15 and 16; see also ATF 47 II 327/331 in connection with Art. 447 CO”.

21. The arbitral tribunal referred to “Scrutton, op. cit., p. 115; Art. 112 LNM which however seems to indicate that only the receiver can rely on the presumption.”

22. The arbitral tribunal referred to “Scrutton, op. cit., p. 116; Carver, op. cit., pp. 75-76; *New Chinese Co. v. Ocean SS. Co.* [1917] 2 K.B. 664.”

C. Quality of Goods

[53] "Defendant alleges that the goods shipped were defective. It bases its allegations primarily on the fact that the second buyer voiced complaints about quality, that claimant had difficulties bringing together the required tonnage within the available time, and that claimant itself offered the first buyer a price discount. Defendant does not state to what extent the defects affect the goods' value, as it in any event disputes any loss. Claimant denies such allegations of defects and in particular relies on the inspection carried out at the factory before transportation to the port of shipment.

[54] "From the evidence on record, this inspection does not warrant any conclusion on the condition and specification conformity of the goods. According to Mr. V only 3 to 5 samples were physically inspected and the inspection was otherwise limited to ascertaining that the labels on the samples corresponded with the specification.

(...)
[55] "In the arbitrators' view there are, however, other indications of quality problems on record. Although it disputed that the goods were defective (except for some differences in diameter or thickness, which are said to be irrelevant) claimant nevertheless offered a price discount. It did so in a telex to the second buyer, 'in case that you have any interest to keep this material'. In his written statement, Mr. V stated that the first buyer asked for a 30% discount and that he agreed to grant 10%.

[56] "On the other hand in a [later] telex, Mr. L on Mr. V's behalf confirmed to the first buyer 'agreement on discussion of 50/50'. Defendant alleges that this telex refers to a 50% discount on this cargo. Claimant argues that it relates to a contemplated joint venture between the first buyer and itself. As a consequence, this document cannot be taken into account for the present purposes."

[57] After summarizing the deviations from the contract specifications found by second buyer when inspecting the goods the arbitral tribunal continued as follows: "Whatever the accuracy of the second buyer's findings, they at least indicate the existence of quality claims problems. Other documents on record refer to the same or part of the same alleged defects. Mr. H also stated in his oral evidence and written statement that upon his first visit in Benghazi, the second buyer claimed that the goods were not in conformity with the order.

[58] "On the basis of the foregoing paragraphs, the arbitrators come to the conclusion that the existence of some defects must be regarded as established, which justifies a reduction of the value of the goods. It also accepts that sufficient notice of defects was given (see [57] above).

[59] "The extent of the reduction is, however, difficult to assess. The first buyer and the second buyer appear to have agreed on a usable quantity. Such a substantial reduction can obviously not be opposed to claimant. The first buyer may have reasons to defer to the second buyers' demands to an extent which does not reflect the quality of the goods. The first buyer's conduct in this respect is in particular evidenced by its telex pursuant to which it will accept just any settlement offer of the second buyer 'without negotiation', including acceptance of the goods at 'very low price'. As a more significant fact for present purposes, the tribunal takes notice that the parties have discussed a possible price discount in a range of 10 to 30%.

[60] "Therefore, on the basis of the available evidence and of its powers under Arts. 99(3) and 42(2) CO,²³ the arbitral tribunal holds that the defects should be deemed to reduce the market value by 20%."

(...)

V. COUNTERCLAIM

[61] "In view of the foregoing conclusions, the arrest of the vessel was well founded and, therefore, the counterclaim must be dismissed."

VI. INTEREST

[62] "Claimant claims compound interest computed at the rate charged by its bank, the second Swiss bank.... In support of this claim, it relies on a statement issued by the second Swiss bank pursuant to which such bank has financed the price of the goods...."

23. Arts. 99(3) and 42(2) of the Swiss Code of Obligations read:

Art. 99(3)

"The provisions concerning the extent of liability in case of tort also apply by analogy to acts in breach of contract."

Art. 42(2)

"Damages which cannot be established in amounts shall be assessed by the judge in his discretion, having regard to the ordinary course of events and the measures taken by the damaged party."

[63] "Pursuant to Art. 104(3) CO,²⁴ between merchants the defaulting debtor owes late interest for the entire duration of the default, computed at the rate at which banks at the place of payment discount commercial papers of first class debtors (ATF 116 II 140/141). This rule calls for the following clarifications:

[64] "a) Both claimant and defendant qualify as merchants.²⁵

[65] "b) Interest is owing for the entire duration of the default. The default occurred at the time of the wrongful delivery. Hence, interest should run from the [first day of the following month]. The default will end at the time of payment of the amount owing as awarded in the present arbitral decision. Thus, interest should run until payment of the amount awarded herein.

[66] "c) Since payment was available by negotiation of drafts drawn at sight on you (i.e., [the first Swiss bank, Geneva], the place of payment must be deemed the place of business of the confirming bank, i.e., Geneva. This does not mean, however, that the discount rate applicable to commercial papers in Swiss francs applies. The Swiss Federal Court has left this issue unsettled.²⁶ Absent a clear statutory rule to the contrary, economic reality requires that interest be computed at the rate generally applicable in business to commitments in the currency of the debt, i.e., here in US dollars.

[67] "d) This tribunal has ascertained this rate by means of an inquiry from a prime bank at the place of payment.... Accordingly, the arbitrators decide in their discretion that interest will be awarded at the average yearly rate of 8.8%.

[68] "It is true that, according to Art. 106 CO,²⁷ the creditor is entitled to

24. Art. 104 of the Swiss Code of Obligations reads:

"If an obligor is in default as to the payment of a financial obligation, he shall pay penalty interest at five percent per annum, even if the contract provides for a lower rate.

If a higher interest rate than five percent has been agreed upon in the contract, whether directly or by stipulation of a periodic bank charge, such higher interest may be claimed from the obligor in default.

As between merchants, when the usual bank discount at the place of payment is higher than five percent penalty interest may be calculated at this higher rate."

25. The arbitral tribunal referred to "Schenker, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht*, 1988, p. 52 and citations therein."

26. The arbitral tribunal referred to "ATF 116 II 140/141; see also in a similar context 116 II 373/375".

27. Art. 106 of the Swiss Code of Obligations reads:

"If the obligee has incurred greater damage than that compensated by the penalty interest, the obligor will also be obligated to compensate such damage unless he proves that no fault is

recover damages in excess of late interest allowable under Art. 104, if he proves having incurred such damages. The arbitral tribunal is reluctant to accept the second Swiss bank's statement as sufficient evidence of additional damages. Indeed, such statement was filed in the course of the last hearing when the arbitral tribunal had closed the evidentiary proceedings [seven months earlier] and expressly ruled that thereafter no further documents would be accepted in evidence.... There is no reason why such proof could not have been submitted timely. As a result of the late submission, defendant - although formally given an opportunity to comment on this statement at the hearing - had no effective possibility of verifying and, if appropriate, challenging the statement's contents. Neither did the arbitrators have an opportunity to enquire about the contents, e.g., by questions to party representatives.

[69] "As a consequence, the arbitral tribunal decides that interest should be awarded pursuant to Art. 104(3) and not to Art. 106 CO."

VII. COSTS OF ARBITRATION AND LEGAL FEES

[70] "In view of the outcome of the arbitration, the arbitrators hold that defendant shall bear 80% and defendant 20% of the arbitration costs. This dispute raised difficult issues of law, primarily in connection with the statute of limitation as well as the identity of the shipper and the consequences arising from it in terms of liability, all of which justified a full-scale litigation. Considering this and all other circumstances of this dispute, the tribunal holds that each party shall bear its own legal fees."

If this additional damage can be estimated in advance, the judge may award it in the judgment regarding the principal claim."