

[Handwritten signature]

*

Tribunal da Relação de Coimbra.

Recurso de Apelação.

Processo n.º 1630/06.2YRCBR do Tribunal Judicial da Comarca de Leiria – 2.º Juízo Cível.

*

Juiz relator – Alberto Augusto Vicente Ruço.

1.º Juiz-adjunto – Fernando de Jesus Fonseca Monteiro.

2.º Juiz-adjunto – Maria Inês Carvalho Brasil de Moura.

*

Sumário:

I – A cláusula contratual «Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA», interpretada como prevendo o recurso a tribunal arbitral, em caso de incumprimento do contrato onde está inserida, é qualificável como cláusula contratual geral, nos termos do n.º 3, do artigo 1.º, do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, se a parte que pretende prevalecer-se dela não provar que a mesma resultou de negociação entre as partes.

II – Face ao teor da norma do referido n.º 3, do artigo 1.º, do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, a lei, ao impor à parte que pretende prevalecer-se da cláusula, o ónus de provar que a mesma resultou de negociação entre as partes, está também a atribuir-lhe a paternidade da cláusula, isto é, a presumir que a cláusula foi proposta precisamente por quem tem o ónus de mostrar que ela resultou de negociação entre as partes.

III – Declarada inválida tal cláusula, esta decisão implica a recusa, por parte do tribunal nacional, do reconhecimento da decisão arbitral estrangeira, com fundamento no disposto na al. a), do n.º 1, do artigo V, da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de Junho de 1958, que prevê, como fundamento da recusa de reconhecimento da decisão arbitral estrangeira, a invalidade contratual da cláusula que atribuiu competência a esse tribunal arbitral estrangeiro.

*

Acordam no Tribunal da Relação de Coimbra (2.ª secção cível):

*

Recorrente..... [REDACTED], Lda.,
melhor identificada nos autos.

Recorrida..... [REDACTED] - [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED], melhor identificada nos autos.

*

I. Relatório.

a) O presente recurso insere-se num processo cujo objecto consiste na revisão de duas sentenças arbitrais proferidas por um tribunal arbitral inglês (Tribunal Arbitral da GAFTA –The Grain and Feed Trade Association).

A questão fundamental colocada pelos recorrentes à apreciação do tribunal de 1.^a instância, perante o qual foi solicitada a revisão das duas sentenças arbitrais, consistiu em verificar a validade das cláusulas contratuais que previram o recurso à arbitragem e ao abrigo das quais o tribunal arbitral inglês se julgou competente para proferir decisão sobre os casos que lhe foram postos pela recorrida [REDACTED] [REDACTED] (de seguida designada apenas por [REDACTED]).

Com efeito, a recorrente [REDACTED], (doravante designada apenas por [REDACTED] sustenta que tal cláusula é uma cláusula contratual geral e, como tal, sujeita ao regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Como cláusula contratual geral é inválida porque a recorrente [REDACTED] limitou-se a subscrever tal cláusula, sem que tivesse tido efectivo conhecimento do seu teor e alcance, pois não teve qualquer conhecimento acerca da realidade designada por «FOSFA 22» e por «GAFTA 125» mencionadas nessa cláusula, informações só acessíveis através de contacto com as respectivas associações e mediante pagamento.

No final foi proferida decisão com este teor:

«Pelo exposto, mostrando-se verificados os requisitos legais para o efeito, nomeadamente os previstos na aludida Convenção de Nova Iorque de 1958, julgo procedente a pretensão formulada pela requerente, pelo que revejo e confirmo as

[Handwritten signature]

decisões arbitrais proferidas pelo Tribunal Arbitral da GAFTA-The Grain and Feed Trade Association, respectivamente em 14 de Janeiro de 2005 e 22 de Abril de 2005, melhor descritas nos factos provados 1 e 4 e juntas aos presentes autos a fls. 7 a 68, passando as mesmas a ser plenamente eficazes e exequíveis em Portugal».

Esta decisão baseou-se, no essencial, no entendimento de que a cláusula contratual relativa à resolução do conflito através da arbitragem, no âmbito da GAFTA-The Grain and Feed Trade Association, não era uma cláusula contratual geral, mas sim uma cláusula que resultou da negociação entre ambas as empresas e daí não poder ser afastada do contrato, por aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

b) A recorrente [REDACTED] recorre, em síntese, porque pretende a alteração da matéria de facto declarada provada, justamente na parte em que o tribunal *a quo* considerou provado que tal cláusula tinha resultado de negociação entre ambas as empresas, devendo-se concluir, segundo ela, em sentido oposto e, sendo assim, tratando-se de uma cláusula contratual geral da autoria da requerente [REDACTED] e cujo conteúdo não foi explicitado à Requerida, tal cláusula tem de ser afastada do contrato, o que implica a queda do fundamento no qual a Requerente se baseou para recorrer à arbitragem, o que implica, consequentemente, a negação pelo tribunal do reconhecimento pedido.

Concluiu assim:

«1ª – A aliás Doutra Sentença recorrida declarou por assentes os pontos de facto que identifica sob os nºs 13 e 15, e declarou por não provados os pontos que elenca sob os nºs 1 e 4. Com o presente Recurso, considerando incorretamente julgados esses pontos de facto, a recorrente impugna essa Decisão.

2ª – Quanto ao ponto 13 dado por assente e aos pontos 1 a 4 dados por não provados, referidos na conclusão anterior, entende a recorrente enfermar a Sentença recorrida de erro na apreciação das provas, uma vez que a conjugação das posições das partes, considerando o princípio do dispositivo e ainda a

aplicação das normas relativas à confissão e ao reconhecimento não confessório (artºs 352º e 361º do Cód. Civil), conjugada com os documentos de fls. 140, 219 e 545, 195 e 196, 218 e 223 – nos exatos termos atrás expostos em II-B) e com o depoimento da testemunha [REDACTED], gravado no programa [REDACTED], cujas declarações para o efeito relevantes constam ali gravadas nos ficheiros 20100311111841_178661_64479, ao minuto 6:00, e 20100311115228_178661_64479, ao minuto 8:18, cuja respetiva transcrição consta infra, em II D) – e aqui se tem por reproduzida – analisados à luz das regras da experiência comum, impõe decisão diversa.

3ª – A apreciação conjugada da referida prova nos termos expostos, impõe que relativamente aos referidos pontos 13 da matéria assente e 1 a 4 da matéria não provada, seja antes dada por assente a seguinte materialidade:

i) O texto dos contratos referidos em 7. e 10. ...[textos datados de 01.09.2003 e de 02.01.2004 redigidos em língua inglesa, nos termos dos quais a [REDACTED] vendia à [REDACTED] respetivamente 100.000 e 25.000 toneladas métricas de grão de soja amarelo brasileiro, ao preço de USD 240,00 por tonelada métrica]...foi proposto pela requerente à requerida.

ii) Dos referidos textos contratuais, consta uma última cláusula, nos seguintes termos: *CONTRACT All other terms and conditions, not in contradiction with the above, as per FOSFA 22, with arbitration in London as per GAFTA 125 rules.*

Ou, nos termos da tradução certificada, junta à douda petição:

CONTRATO Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA.

iii) Estas cláusulas, que remetem para a FOSFA 22 e para a GAFTA 125, não foram objeto de qualquer negociação entre as partes, tendo-se a requerida limitado a subscrevê-las.

iv) A [REDACTED] não comunicou à [REDACTED] o teor dos formulários ou dos textos para os quais as referidas cláusulas remetiam, ou sequer lhes deu qualquer explicação sobre os mesmos.

v) Aquando da celebração dos acordos, a [REDACTED] desconhecia o teor quer da

[Handwritten signature]

GAFTA 125, quer da FOSFA 22.

vi) Quer a FOSFA 22, quer a GAFTA 125 são instrumentos privados de difícil acesso, sendo necessário para o efeito, contactar as respectivas associações e adquirir, precedendo fatura pro forma, os textos respetivos.

4ª – Quanto ao ponto 15 da matéria dada por assente: a circunstância de tempo colocada na resposta positiva constante deste ponto, é manifestamente restritiva: “Nas datas em que foram proferidas as referidas sentenças arbitrais...” enfermado, por isso, de erro na apreciação das provas.

5ª – Do artº 23º da Oposição, do documento de fls. 224 e do documento de fls. 837, e bem assim do depoimento da testemunha [REDACTED], gravado no programa [REDACTED], cujas declarações para o efeito relevantes constam ali gravadas no ficheiro 20100311115228_178661_64479, ao minuto 8:18, cuja respetiva transcrição consta infra, em II D) – e aqui se tem por reproduzida – analisados à luz das regras da experiência comum, resulta manifesta a seguinte materialidade, que por isso deverá ser dada por assente, em substituição da constante no indicado ponto 15:

i) Ao tempo da celebração dos acordos e nas datas em que foram proferidas as sentenças arbitrais referidas, a [REDACTED] era membro da GAFTA, sendo que a [REDACTED] não o era, nem nunca o foi.

6ª - Também resulta da posição das partes no processo e da análise conjugada, à luz das regras da experiência comum, dos documentos dele constantes a fls. 144, 150, 152, 153, 155, 157, 158, 475, 477, 485, 486, 487 e 491, que se deverão ter por assentes os factos contidos nos artigos 15º, 16º, 18º, 23º, 25º a 37º, 50º, 52º, 53º, 64º, 65º e 69º da oposição. Ao não considerar esta materialidade como assente, a Douta Sentença recorrida enferma de erro na apreciação das provas.

7ª – Para além dos factos conducentes à determinação da existência jurídica ou da natureza e invalidade das cláusulas compromissórias, outra materialidade foi carreada aos autos, que a Douta Sentença recorrida não considerou, por erro na apreciação das provas, conforme supra exposto em II-C, devendo igualmente

serem dados por assentes os seguintes factos:

a) As partes são empresas portuguesas e os negócios que desenvolveram, ocorreram em Portugal, onde deveriam ser concluídos, com a entrega da mercadoria num porto de Portugal continental;

b) No quadro da relação substantiva ocorrida entre as partes e em questão, nada a Requerente pagou ou despendeu com a Requerida e esta não obteve qualquer receita ou benefício;

c) A Requerida dedicava-se habitualmente à mera intermediação na importação de mercadorias de natureza alimentar, e designadamente ao comércio de azeite e óleos alimentares, em cisternas, enquanto a Requerente era e é, uma união de importadores de matérias primas, experimentada na importação de grandes quantidades de mercadorias, designadamente grão de soja brasileiro.

d) A Requerida desenvolveu diversas diligências com vista a obter a efetiva entrega à Requerente, das quantidades de grão de soja amarelo brasileiro que se propôs obter para esta, tendo suportado as inerentes despesas.

e) Apesar de a requerente não ter prestado a garantia adequada a que se vinculava, para consumir o negócio.

f) Em 23-Set.-2003 foi concluída uma cessão: em decorrência desta, a posição da ora Requerida [REDACTED], derivada do contrato de 1-Set.-2003, era transferida para a [REDACTED]).

g) A Requerente demandou esta empresa por incumprimento contratual do mesmo fornecimento, em processo autónomo daqueles onde foram proferidas as decisões arbitrais revidendas.

h) Em anexo (A) ao contrato de 23-Set.-2003, foi acordado um "repasse ao contrato de soja em grão de 23/09/2003, entre a [REDACTED] e a [REDACTED] [REDACTED] pelo qual esta promete à ora Requerida "repassar o valor acordado referente à transferência da operação de venda do produto abaixo identificado...".

i) Aquando da execução do contrato, o fornecedor brasileiro veio exigir um crédito confirmado, pelo comprador, pelo valor total do contrato (USD \$

24.000.000).

j) A [REDACTED] procurou uma alternativa à referida proposta do fornecedor brasileiro: o contrato continuaria pelas 100.000 Mt, mas o crédito garantido seria aberto apenas para cada embarque (USD \$ 6.000.000); após a liquidação, seria aberto outro crédito, sucessivamente e até final.

k) A ora Requerente, [REDACTED] rejeitou a proposta, em declaração dirigida à ora Requerida.

l) A ora Requerente recusou-se a entregar qualquer garantia bancária ou equivalente, que junto dos bancos permitisse a emissão, por estes, de garantias satisfatórias de pagamento aos fornecedores da mercadoria.

m) A ora Requerente, emitiu declarações de compromisso de pagamento da mercadoria, que simplesmente reproduzem o compromisso de pagamento já assumido com a subscrição dos contratos.

n) Não obstante, a Requerida procurou encontrar soluções para obter o fornecimento da mercadoria à Requerente.

o) Prosseguiram diversos contactos e múltiplas comunicações – entre a ora Requerente, a ora Requerida e a [REDACTED].

p) Perante o contrato de fornecimento de soja inicialmente acordado com a [REDACTED], a [REDACTED] procurou alternativas.

q) Ocorreram negociações com [REDACTED], do Rio de Janeiro, que propôs uma venda de grão de soja a USD \$ 169,00 o MT.

r) Foi ajustado o frete de um navio destinado a trazer as competentes cargas: a carta partida, relativa ao navio [REDACTED] data de 4-Dez.-2003.

s) Nesta sequência, foi assinado um acordo com a [REDACTED]: porém, o gerente da [REDACTED] [REDACTED], sofreu um ataque cardíaco, ficando impossibilitado de cumprir o acordado, conforme o comunicado de 9-Dez.-2003.

t) A [REDACTED], tentou, ainda, encontrar um novo fornecedor, mesmo que em condições mais onerosas: veio solicitar, a 29-Dez.-2003, um abaixamento no valor da demurrage.

u) Sem sucesso, apesar dos esforços da Requerida.

v) A carta partida referente ao [REDACTED] foi, nessa data, cancelada, com o armador a protestar pedir compensação pelos danos.

w) A compradora comprometeu-se a entregar à vendedora notas promissórias de garantia do pagamento integral do preço.

x) Tais garantias deveriam ser devolvidas, uma vez efetuado o pagamento.

y) Os acordos em questão foram concluídos, tendo a Requerida e a Requerente conhecimento de que era àquela essencial para a determinação da sua vontade na celebração dos negócios, que as ditas garantias constituíssem documentos bastantes para assegurarem junto da banca, a emissão de garantias bancárias de pagamento aos fornecedores do grão de soja.

z) A requerente nunca entregou à requerida qualquer garantia especial, que tivesse qualquer aptidão para assegurar, designadamente no circuito bancário, o pagamento da mercadoria ao fornecedor estrangeiro.

aa) A [REDACTED] sabia que a [REDACTED] não podia assegurar de modo próprio a emissão de garantia bancária no valor de cerca de USD 24.000.000,00, que assegurasse o pagamento do preço ao exportador, sem que tal garantia não estivesse assegurada, por garantia emitida por sua ordem, enquanto compradora e destinatária da mesma mercadoria.

bb) Como é uso no comércio, quando estão em causa transações de importação, com o elevado volume de preço que caracteriza aquela em apreço.

cc) E a [REDACTED] nunca assumiria o negócio, sem que o mesmo se estabelecesse nessas circunstâncias.

dd) A Requerente convenceu a Requerida de que emitiria uma garantia adequada ao efeito, mas o certo é que, suportando-se na vacuidade do texto da cláusula que propôs, nunca ofereceu tal garantia adequada, mas antes uma promessa de pagamento que nada acrescenta ao contrato e em nada justifica a estipulada obrigação de restituição após o pagamento do preço.

ee) Visou com esta atuação a Requerente obter uma vantagem à custa da Requerida, assim tendo reunido meios para declarar um incumprimento e submeter a sua apreciação a árbitros designados por si e pela associação de que

é associada, com aplicação de regras materiais que lhe proporcionaram vantagem.

8ª – Os factos expostos na conclusão anterior, resultam da apreciação das seguintes provas produzidas nos autos, analisadas conjugadamente, à luz das regras da experiência comum:

a) Da posição das partes no processo, designadamente do articulado em 15º, 16º, 18º, 23º, 25º a 37º, 50º, 52º, 53º, 64º, 65º e 69º da oposição, não especificadamente impugnado na resposta;

b) Do texto das decisões revidendas;

c) Da análise dos documentos de fls. 140, 219 e 545, 195 e 196, 218, 223 e de fls. 144, 150, 152, 153, 155, 157, 158, 475, 477, 485, 486, 487 e 491, conjugada com os documentos de fls. 144 a 158 juntos com a Oposição, e com os documentos de fls. 475 a 491.

d) Do depoimento da testemunha [REDACTED], que adiante se transcreverá. gravado no programa [REDACTED], cujas declarações para o efeito relevantes constam ali gravadas nos ficheiros 20100311111841_178661_64479, ao minuto 6:00, e 20100311115228_178661_64479, ao minuto 8:18, cuja respetiva transcrição consta infra, em II D).

9ª – No que concerne em especial aos elementos de facto subjetivos, caracterizadores do conhecimento e do propósito das partes com a sua atuação, a materialidade supra descrita alcança-se necessariamente da conjugação dos atrás indicados meios de prova produzidos, com presunções naturais que se impõe estabelecer, nos termos do disposto no artº 351º do Código Civil.

10ª – A fixação da matéria de facto na Doute Sentença recorrida compreende, ainda, um erro de julgamento, consubstanciado na violação das regras do ónus da prova quanto à matéria relativa à existência, validade e natureza das cláusulas contratuais inseridas nos contratos, mais especificamente, quanto à cláusula compromissória deles constante.

11ª – Impugnada a existência das referidas cláusulas – por não consubstanciarem um acordo livre e esclarecido, e por ininteligibilidade -, a

ausência de negociação das mesmas, a ausência de informação e de comunicação dos textos privados para os quais remetem, impende sobre a [REDACTED] o ónus de demonstrar os pressupostos do direito que alega deter, sendo um deles o da existência e da validade da cláusula arbitral. O que decorre do disposto no artº 342º/1 do Cód. Civil.

12ª – Por outra via, e considerando-se que a [REDACTED] alegou que as referidas cláusulas não foram negociadas, não foram objeto de informação e não foram comunicadas, sendo que a verificação desses factos é elemento constitutivo da respetiva validade, não lhe compete a ela demonstrar os factos negativos, invertendo-se nesta asserção o ónus da prova, o que decorre, designadamente, do disposto no artº 343º/1 do Cód. Civil.

13ª – Acresce ainda, que a LCCG no seu artº 1º nº 3, estabelece que o ónus da prova de que uma cláusula resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretende prevalecer-se do seu conteúdo e no seu artº 5º/3 dispõe, que o utilizador que alegue contratos celebrados na base de cláusulas contratuais gerais, deve provar, para além da adesão em si, o efetivo cumprimento do dever de comunicar, sendo que caso as exigências de comunicação e informação não sejam cumpridas, as cláusulas contratuais gerais consideram-se excluídas do contrato singular (artº 8º/a) do mesmo regime.

14ª – Ora, a única prova produzida nos autos, e que atrás se identificou, foi no sentido negativo, isto é, de que i) as cláusulas de remissão para a FOSFA 22 e para a GAFTA 125 não foram objeto de negociação; ii) a [REDACTED] não comunicou à [REDACTED] o sentido dessas cláusulas, designadamente o teor dos textos particulares para os quais remetem;

iii) a [REDACTED] não tinha conhecimento do alcance das referidas cláusulas, designadamente do teor da FOSFA 22 e da GAFTA 125. Nenhuma prova se produziu, no sentido de que ocorreu negociação daquelas cláusulas, de que as mesmas foram comunicadas ou objeto de informação.

15ª – Competindo, assim, à [REDACTED] o ónus de provar a negociação das cláusulas, da sua informação e comunicação, e não o tendo cumprido, impõe-se

[Handwritten signature]

pois, para além do que se já propugnou quanto ao erro na apreciação das provas e independentemente da apreciação deste, dar por provados os correspondentes factos negativos, a saber:

i) as cláusulas de remissão para a FOSFA 22 e para a GAFTA 125 não foram objeto de negociação;

ii) a [REDACTED] não comunicou à [REDACTED] o sentido dessas cláusulas, Designadamente o teor dos textos particulares para os quais remetem;

iii) a [REDACTED] não tinha conhecimento do alcance das referidas cláusulas, designadamente do teor da FOSFA 22 e da GAFTA 125.

16ª – Ao não decidir deste modo, a Douta Sentença violou o disposto nos artºs 342º/1 e 343º/1, ambos do Cód. Civil, e nos artigos 1º/3 e 5º/3 da DL n.º 446/85, de 25 de Outubro (regime jurídico das cláusulas contratuais gerais), na redação que lhes foi conferida com o Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto e com o Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

17ª – A [REDACTED] requereu a inquirição das testemunhas [REDACTED] e [REDACTED], a qual não foi admitida, por se não considerar necessária ao apuramento da materialidade necessária ao julgamento da causa. Porém, na Douta Sentença recorrida, a mesma imputa à recorrente ónus de prova que esta não terá cumprido. O direito à prova encontra-se consagrado, constitucionalmente, no artº 20º/1 da Constituição da República Portuguesa, como componente do princípio geral do acesso ao direito e aos tribunais, que a todos é assegurado, para defesa dos seus direitos e interesses, legalmente protegidos. Ao não admitir o depoimento das referidas testemunhas no apontado contexto, a Douta Decisão recorrida incorporou o vício de inconstitucionalidade evidenciado com a recusa da produção da sobredita prova, tendo assim violado o preceituado no referido art. 20º/1.

Sintetizadas deste modo as questões suscitadas com o presente recurso, conducentes à fixação dos pressupostos de facto da decisão do litígio, impõe-se agora analisar o Direito aplicável e a contrariedade ao mesmo, da Douta Sentença recorrida:

18ª – Os tribunais arbitrais que produziram as decisões revidendas, fundaram a sua competência na alegada existência de cláusulas nesse sentido constantes dos contratos celebrados entre as partes. Cujas validade, aliás, não equacionaram.

19ª – Ora, os textos de tais cláusulas constituem meros modelos previamente elaborados, que contêm remissão para complexos normativos ali não descritos nem explicados, não sendo perceptível o seu conteúdo ou alcance, sem o conhecimento concreto das ditas normas para que remetem.

20ª - A [REDACTED] aderiu àquelas expressões e não conhecia tais regras.

21ª - Limitou-se a subscrever os contratos que continham aquelas cláusulas, sem que, quanto às mesmas, lhe tivessem sido prestados quaisquer esclarecimentos sobre o seu significado, ou lhe tivessem sido comunicados os teores das normas para que remetia, ou o sentido das mesmas.

22ª – Estas cláusulas não foram objeto de qualquer negociação prévia.

23ª – Ora, as ditas cláusulas não permitem perceber o seu conteúdo e alcance, e são estas mesmas que constam dos contratos, e nelas se suporta a competência dos tribunais arbitrais que produziram as decisões sob confirmação.

24ª - Não se pode concluir dos textos das ditas cláusulas, que as mesmas traduzem um acordo livre e esclarecido entre as partes.

25ª – Simplesmente, porque por essa via o alcance das mesmas é inteligível.

26ª - Isto é: as alegadas cláusulas compromissórias são inexistentes. As mesmas não podem ser entendidas como compromisso arbitral, por não traduzirem a conclusão de um negócio jurídico relevante na ordem jurídica, isto é, um acordo livre e esclarecido de vontades.

27ª – Aliás, a conduta posterior da ora recorrente, é elucidativa: nunca ela reconheceu a competência dos Tribunais arbitrais da GAFTA para dirimir os litígios, nunca tendo tido qualquer intervenção no processo de arbitragem.

28ª - Pelo que, inexistindo compromisso arbitral, não há arbitragem válida como se evidencia do disposto no Artº II, nºs 1 e 2 da Convenção sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, celebrada em Novas York em 10 de Junho de 1958, pelo que não podem ser reconhecidas em



Portugal as decisões arbitrais proferidas nesse contexto, como as em apreciação.

29ª - No mesmo sentido e atentos os mesmos fundamentos, também se impõe a recusa do reconhecimento das decisões arbitrais em equação, por inexistência de compromisso arbitral dado não existir qualquer acordo livre e esclarecido de vontades, atento o disposto no Artº V, 1 c) da Convenção de Nova York e no artº 1.096º c), ex vi do artº 1.097º, ambos do C.P.C., pressupondo este preceito uma cláusula válida.

30ª - Os contratos apreciados pelas decisões arbitrais aqui em causa, basearam-se em cláusulas contratuais gerais: estamos perante proposições pré-elaboradas, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar – artigo 1º/1, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25-Out..

31ª - Por isso, as inerentes cláusulas deviam ter sido comunicadas à ora recorrente, que, simplesmente, se limitou a subscrevê-las. Tal resulta, expressamente, da LCCG, aprovada pelo citado Decreto-Lei n.º 446/85: o seu artigo 5º impõe uma comunicação integral, realizada de modo adequado e com a antecedência necessária, de modo a permitir o conhecimento completo e efetivo das cláusulas.

32ª – Acresce ainda, um dever de informação: abrangendo os aspetos compreendidos nas cláusulas contratuais gerais cuja aclaração se justifique, bem como todos os esclarecimentos razoáveis solicitados – artigo 6º/1 e 2.

33ª – Ora, não ocorreu qualquer comunicação ou informação sobre o conteúdo e sentido destas cláusulas, quer porque essa realidade resulta dos autos, quer porque a Requerente não produziu qualquer prova no sentido da efetiva comunicação ou da efetiva informação relativa a tais cláusulas, competindo-lhe tal ónus.

34ª - O ónus da prova de que as cláusulas em apreço resultaram de negociação entre as partes, e de que foram objeto de comunicação adequada e efetiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais, por força dos artºs 342º/1 e 343º/1 do Cód. Civil, e 1º/3 e 5º/3, estes do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, aprovado através do Dec. Lei nº 446/85

de 25-Out..

35ª - Tratando-se – como é o caso – de cláusulas contratuais gerais, estas não se podem considerar incluídas nos contratos celebrados: como decorre do artigo 8º/a), do Decreto-Lei n.º 446/85.

36ª - Aliás: definida a inequívoca natureza de cláusulas contratuais gerais quanto às expressões em equação contidas nos contratos, e face à não verificação dos referidos pressupostos, desde logo se impõe a recusa de confirmação das decisões arbitrais em questão, tendo-se por reproduzido, designadamente nesta sede, o Douto Parecer de fls. 644.

37ª – Por outro lado, as cláusulas arbitrais em questão insertas nos contratos, vêm estabelecer um foro competente, que envolve graves inconvenientes para a requerida, sem que qualquer interesse legítimo da requerente o justifique.

38ª - Afasta a decisão do litígio do país da nacionalidade de ambas as partes e onde foram celebrados os contratos.

39ª - Torna absurdamente onerosa – veja-se o teor das sentenças arbitrais e anexos, em matéria de custas – a manutenção do litígio, sendo que às custas acrescem deslocações e a necessidade de encontrar apoio jurídico no estrangeiro.

40ª – Os alegados compromissos arbitrais são, também por esta via, inválidos, no caso feridos de nulidade, por proibidos, tudo conforme o disposto no artº 12º, 15º e 19º/g), todos do Dec. Lei nº 446/85, de 25-Out..

41ª – Perante a invalidade dos compromissos arbitrais, os tribunais arbitrais que produziram as decisões revidendas são incompetentes para as produzirem, não podendo as mesmas ser reconhecidas, por força do disposto na alínea c) do artigo 1096º, do Código de Processo Civil, ex vi do artº 1.097º, e bem assim por força do artº V, 1 al. a) da Convenção de Nova York.

42ª - A requerida nunca reconheceu qualquer competência aos tribunais arbitrais da GAFTA, nunca tendo intervindo nos processos a que dizem respeito as decisões arbitrais revidendas.

43ª - Através das regras para as quais as cláusulas compromissórias remetem, com o desconhecimento da requerida, a requerente pretendeu provocar

[Handwritten signature]

ocultamente uma penalização para esta, pelas consequências do incumprimento dos contratos celebrados, desmesurada e não admitida com a aplicação da lei portuguesa.

44ª – De facto, remeteu ocultamente o regime e a decisão de conflitos emergentes do contrato, para um contexto que permite a responsabilização objetiva, isto é, sem culpa da contraparte, e ainda a condenação de vários sujeitos em processos diferentes, pelo ressarcimento dos mesmos danos, num contexto de responsabilidade contratual.

45ª – Acresce, que a requerente bem sabia que a requerida não poderia cumprir o contrato, caso as notas promissórias objeto de acordo, não tivessem força bancária para assegurar o financiamento da operação de compra e venda em equação. Isto é: não era pressuposto que a requerida tivesse autonomia financeira para proceder à importação da mercadoria, até ao momento de receber o preço a pagar pela [REDACTED].

46ª - A [REDACTED] ciente desse facto, colocou arditosamente a requerida em condições de não poder cumprir, no contexto das regras desconhecidas desta, para que remeteu a regulação dos conflitos do negócio. Porque tal responsabilização não ocorreria por aplicação do direito português, nomeadamente por recurso às regras reguladoras da culpa e da boa-fé.

47ª - Assim, a admitir-se, no que não se concede, a existência e validade das cláusulas compromissórias, provocou a competência jurisdicional das mesmas resultante, com o fim ilegítimo de obter um benefício extraordinário e desequilibrado à custa da requerida, que o Direito português não consentiria.

48ª – A utilização do compromisso arbitral inesclarecido como forma de obtenção de enriquecimento ilegítimo à custa da contraparte, consubstancia sempre e necessariamente fraude à lei para os efeitos da previsão do artº 21º do Cód. Civil, de fraude à lei e abuso de direito para os efeitos da previsão do artº 334º do Cód. Civil, e por essa via, de ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado português, na aceção do artº 22º/1 do Cód. Civil.

49ª - Realidades que impedem o reconhecimento das ditas decisões, quer por

força do estatuído no artº 1.096º als. c) e f), ex vi do artº 1.097º, ambos do C.P.C., quer por força do disposto no artº V, 2 b) da Convenção de Nova York.

50ª - Os árbitros, autores das decisões arbitrais em apreço, foram nomeados pela requerente e pela GAFTA, de quem esta é associada e a quem a recorrente é estranha, não tendo, também, tido qualquer intervenção no processo arbitral.

51ª - Não pode neste contexto, dar-se por assegurados os princípios da igualdade entre as partes, da independência do Tribunal e da imparcialidade, os quais consubstanciam direito fundamental no ordenamento jurídico português, designadamente nos termos consagrados no artº 20º nº 4 e 203º, ambos da Constituição da República Portuguesa, e integram igualmente os princípios da ordem pública internacional do Estado português, na aceção do artº 22º/1 do Cód. Civil.

52ª - Estamos assim, ante os termos da constituição e composição dos tribunais arbitrais cujas decisões se apreciam, perante clara violação dos princípios da independência dos tribunais, da imparcialidade e da igualdade das partes.

53ª - Nesta sede, também as decisões em revisão não podem ser reconhecidas, por força do disposto no artº V, 2 b) da Convenção de Nova York e do artº 1.096º f) do C.P.C..

54ª - Perante a inexistência, conforme comprovado, de cláusulas remissivas para jurisdição ou lei fixadas pelas partes, são evidentemente competentes os tribunais portugueses, apreciando-se o litígio à luz da lei portuguesa.

55ª - Ainda que se não entenda desse modo, considerando-se a questão no contexto da invalidade das cláusulas compromissórias e tal apreciação na ótica do artº V nº 1 al. a) da Convenção de Nova York e apenas nesse domínio, ainda assim é a lei portuguesa a competente para apreciar dessa validade; porque a cláusula compromissória remete para regras privadas, não suscitando por isso a omissão que permite a aplicação da lei do domicílio da arbitragem;

56ª - Ou ainda porque a LCCG portuguesa tem uma norma de conflitos, verificando-se os elementos de conexão para o estabelecimento da competência

[Handwritten signature]

da lei portuguesa: a nacionalidade e domicílio das partes e o local de cumprimento da obrigação, são elementos de conexão bastantes para o efeito, nos termos do artº 23º do daquela lei.

57ª – Por outro lado, o artigo 65º/1, a), do Código de Processo Civil atribui competência aos Tribunais portugueses, quando o réu tenha domicílio em território nacional, pelo que assiste competência ao foro português para se pronunciar sobre a matéria em jogo.

Consequentemente, seriam as regras de conflitos portuguesas a determinar a lei aplicável:

58ª - Esta será, necessariamente, a portuguesa, mercê da demonstrada ineficácia da remissão contratual para a FOSFA 22; assim, o regime contratual não poderá ser submetido à lei designada pelas partes (como resultaria do artigo 41º/1, do Código Civil).

59ª - Os contraentes – ora Requerente e Requerida – são sociedades portuguesas, com sede e estabelecimento em Portugal; os contactos havidos, entre ambos, quer em fase de formação, quer em fase de execução contratual, ocorreram em Portugal, o cumprimento dos contratos ocorreria em Portugal.

60ª - Conclui-se, pois, pela aplicação da lei portuguesa, quer como lei pessoal (artº 33º/2 do Cód. Civil), quer por se tratar da residência habitual das partes (artº 42º/1 do Cód. Civil).

61ª - Sem prejuízo do anteriormente exposto, ainda que se aplicasse a lei inglesa à apreciação substantiva da validade das cláusulas compromissórias em apreço, certo é que as mesmas são igualmente inválidas à luz da lei inglesa.

62ª - O direito inglês aplicável aos contratos, consagra, como para qualquer outra convenção, que a cláusula arbitral pressupõe um acordo de vontades.

63ª - Sendo que tal acordo de vontades existe, no momento em que existe um acordo de vontades livre e esclarecido.

64ª - Por outro lado, no domínio do standart form contracts, exige-se igualmente um efetivo acordo esclarecido de vontades entre as partes.

65ª – E a Unfair Contract Terms Act 1977 regula as cláusulas contratuais

gerais, exigindo a demonstração de que as mesmas foram objeto de negociação e informação ou comunicação consideradas razoáveis, no sentido da que o respetivo conteúdo consubstancie um acordo livre e esclarecido, cometendo – também - àquele que se pretende prevalecer do conteúdo das referidas cláusulas, o ónus da demonstração do aludido esclarecimento razoável.

66ª - Pese embora, a questão substantiva em dissídio deveria, como vimos, ter sido apreciada à luz do Direito português.

67ª - Perante o Direito nacional, a condenação da ora Requerida por incumprimento contratual, pressuporia a verificação, quanto a ela, dos diversos pressupostos da responsabilidade civil obrigacional – artigos 798º e segs., do Código Civil.

68ª - Os factos demonstram que a [REDACTED], Lda., agiu com a diligência exigível, procurando, sempre e pelos meios ao seu alcance, a boa execução dos contratos: o que indicia a demonstração de inexistência de culpa, mediante o afastamento da correspondente presunção.

69ª - Por outro via, ainda: os factos indiciam que a ora Requerida se viu – mercê de fatores exteriores, que, como tal, não lhe são imputáveis – impossibilitada de executar o acordado com a ora recorrida, o que, à luz do Direito material português, abre as portas à sua exoneração ou à sua não responsabilização: respetivamente, por impossibilidade definitiva ou temporária, por causa não imputável ao devedor – artigos 790º/1 e 792º, do Código Civil.

70ª - Portanto: a aplicação do Direito português permitiria à ora recorrente demonstrar a não verificação de pressupostos essenciais da responsabilidade obrigacional – a ilicitude e/ou a culpa.

71ª - Como permitiria, ainda, ao Tribunal, averiguar a verificação dos requisitos da impossibilidade objetiva de cumprimento, e a consequente extinção da obrigação – artigo 790º/1, do Código Civil – ou suspensão do dever de prestar, sem responsabilidade do devedor – artigo 792º.

72ª - Isto é: com a aplicação do Direito português, a ora Requerida obteria, certamente, resultados mais favoráveis do que aqueles que, para ela, decorrem

[Handwritten signature]

das sentenças arbitrais proferidas em Londres.

73ª - Tal constitui, também, fundamento autónomo para recusa da revisão, nos termos do artigo 1100º/2, do Código de Processo Civil.

74ª – A douta Sentença recorrida compreende erro na apreciação da prova, e erro de julgamento, tendo contrariado o disposto nos artºs 21º, 22º nº 1, 33º/2, 42º/1, 261º, 334º, 342º/1, 343º/1, 351º, 790º/1, 792º, 798º do Cód. Civil, 20º nºs 1 e 4 e 203º da Constituição da República Portuguesa, 65º/1a), 1.096º als. c) e f) e 1.097º do C.P.C., 1º nºs 1 e 3, 5º, 6º nº 1, 8º al. a), 12º, 15º e 19º al. g) do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais aprovado pelo Dec. Lei nº 446/85 de 25 de Outubro, e artº II, nºs 2 e 3 e V nºs 1 als. a) e c) e 2 al. b) da Convenção de nova York de 1958, normas que impõe decisão diversa.

Termos em que, deve ser proceder o recurso, revogando-se a douta Sentença recorrida, e determinando-se a recusa da confirmação/reconhecimento das decisões arbitrais estrangeiras em apreciação, com o que se fará JUSTIÇA!».

c) A recorrida [REDACTED] contra-alegou sustentando a manutenção da sentença com fundamento no facto das cláusulas que previram o recurso à arbitragem terem sido negociadas entre as partes, como foi decidido em 1.ª instância.

E, quanto ao desconhecimento do «Regulamento de Arbitragem», sustentou que a recorrente não tem razão porque a própria [REDACTED], em contrato que celebrou com [REDACTED] (doc. 3 junto com a oposição), propôs a utilização de tal regulamento.

Concluiu pela improcedência do recurso.

II. Objecto do recurso.

O reconhecimento de sentenças arbitrais em Portugal encontra-se submetido à disciplina da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de Junho de 1958, ratificada pelo Decreto do presidente da República n.º 52/94, de 8 de Maio, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, publicada no Diário da República, I-Série-A, n.º 156, de 8 de Julho de 1994.

Tendo em consideração a problemática suscitada nestes autos, releva para os

mesmos o disposto na al. a), do n.º 1, do artigo V da Convenção, onde se dispõe «1- Que o reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: a) Da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença; ...».

As restantes hipóteses de recusa de reconhecimento mencionadas nas alíneas b) a e), do n.º 1 e no n.º 2, do artigo V, da Convenção, não foram invocadas pela requerida [REDACTED].

Sendo assim, as questões de facto e de direito a resolver no presente recurso são apenas as que se prendem com as hipóteses de recusa do reconhecimento e execução da sentença arbitral previstas na Convenção e, de entre estas, as invocadas pela parte interessada, que, como se disse, respeitam apenas à mencionada alínea a), concretamente à invalidade da cláusula contratual onde se previu o recurso à arbitragem, por ofensa, segundo ela, das disposições legais da lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais.

É sob este pano de fundo que as questões colocadas nas 74 conclusões do recurso têm de ser unificadas, isto é, repete-se, apenas está em causa a apreciação da matéria relativa à recusa de reconhecimento das duas sentenças, por se verificar uma situação de «...invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram...», extravasando do âmbito do reconhecimento questões que não digam respeito à cláusula de arbitragem, como é o caso do alegado comportamento doloso da Requerente, no sentido de fazer crer à recorrente que emitiria uma garantia bancária que assegurasse os fornecimentos da mercadoria, o que não fez, tendo em vista provocar um incumprimento da recorrente.

Estas questões nada têm a ver com a validade ou invalidade da cláusula arbitral, sendo, alias, cronologicamente posteriores ao primeiro contrato celebrado.

Vejamos então.

a) A primeira questão é de incidência processual e respeita à produção da prova.

A recorrente alega que requereu a inquirição das testemunhas [REDACTED], diligência que não foi admitida, por se ter considerado, em 1.ª instância, que a audição das mesmas não era necessária ao apuramento da materialidade necessária ao julgamento da causa.

A recorrente sustenta que o direito à prova se encontra consagrado constitucionalmente no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, como componente do princípio geral do acesso ao direito e aos tribunais, que a todos é assegurado, para defesa dos seus direitos e interesses, legalmente protegidos.

Por conseguinte, ao não admitir o depoimento das referidas testemunhas, no apontado contexto, a sentença recorrida incorporou o vício de inconstitucionalidade evidenciado com a recusa da produção da sobredita prova, tendo assim violado o preceituado no referido artigo 20.º, n.º 1, da Constituição.

b) Em segundo lugar, colocam-se as questões relativas à impugnação da matéria de facto.

São as seguintes:

I - A recorrente pretende a alteração dos factos considerados «provados» sob o n.º 13, para a resposta «não provados».

Sustenta ainda que a resposta à matéria do facto declarado «provado», sob o n.º 15, não deve ser restritiva.

E, por fim, pretende que os factos declarados «não provados» na sentença, sob os números 1, 2, 3 e 4, sejam declarados «provados».

Quanto aos factos do n.º 13 da matéria provada e 1 a 4 da matéria não provada, sustenta que devem ser considerados provados estes factos:

a) O texto dos contratos referidos em 7. e 10. ...[textos datados de 01.09.2003 e de 02.01.2004 redigidos em língua inglesa, nos termos dos quais a [REDACTED] vendia à [REDACTED] respetivamente 100.000 e 25.000 toneladas métricas de grão de soja

amarelo brasileiro, ao preço de USD 240,00 por tonelada métrica] ... foi proposto pela requerente à requerida.

b) Dos referidos textos contratuais consta uma última cláusula, nos seguintes termos: *CONTRACT All other terms and conditions, not in contradiction with the above, as per FOSFA 22, with arbitration in London as per GAFTA 125 rules.*

Ou, nos termos da tradução certificada, junta à douda petição:

CONTRATO Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA.

c) Estas cláusulas, que remetem para a FOSFA 22 e para a GAFTA 125, não foram objecto de qualquer negociação entre as partes, tendo a requerida se limitado a subscrevê-las.

d) A [REDACTED] não comunicou à [REDACTED] o teor dos formulários ou dos textos para os quais as referidas cláusulas remetiam, ou sequer lhes deu qualquer explicação sobre os mesmos.

e) Aquando da celebração dos acordos, a [REDACTED] desconhecia o teor quer da GAFTA 125, quer da FOSFA 22.

f) Quer a FOSFA 22, quer a GAFTA 125 são instrumentos privados de difícil acesso, sendo necessário para o efeito, contactar as respectivas associações e adquirir, precedendo factura *pro forma*, os textos respectivos.

II - Quanto aos factos considerados provados sob o n.º 15, entende que deve alterar-se a circunstância de tempo «Nas datas em que foram proferidas as referidas sentenças arbitrais...» para «Ao tempo da celebração dos acordos e nas datas em que foram proferidas as sentenças arbitrais referidas, a [REDACTED] era membro da GAFTA, sendo que a [REDACTED] não o era, nem nunca o foi».

III – A recorrente pretende ainda que os factos a seguir referidos, que diz ter alegado nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 23.º, 25.º a 37.º, 50.º, 52.º, 53.º, 64.º, 65.º e 69.º da oposição, os quais não foram objecto de pronúncia em 1.ª instância, devem, porém, ser considerados «provados».

Tais factos são estes:

44

a) As partes são empresas portuguesas e os negócios que desenvolveram, ocorreram em Portugal, onde deveriam ser concluídos, com a entrega da mercadoria num porto de Portugal continental;

b) No quadro da relação substantiva ocorrida entre as partes e em questão, nada a Requerente pagou ou despendeu com a Requerida e esta não obteve qualquer receita ou benefício;

c) A Requerida dedicava-se habitualmente à mera intermediação na importação de mercadorias de natureza alimentar, e designadamente ao comércio de azeite e óleos alimentares, em cisternas, enquanto a Requerente era e é, uma união de importadores de matérias primas, experimentada na importação de grandes quantidades de mercadorias, designadamente grão de soja brasileiro.

d) A Requerida desenvolveu diversas diligências com vista a obter a efectiva entrega à Requerente, das quantidades de grão de soja amarelo brasileiro que se propôs obter para esta, tendo suportado as inerentes despesas.

e) Apesar de a requerente não ter prestado a garantia adequada a que se vinculava, para consumir o negócio.

f) Em 23-Set.-2003 foi concluída uma cessão: em decorrência desta, a posição da ora Requerida [REDACTED], derivada do contrato de 1-Set.-2003, era transferida para a [REDACTED].

g) A Requerente demandou esta empresa por incumprimento contratual do mesmo fornecimento, em processo autónomo daqueles onde foram proferidas as decisões arbitrais revidendas.

h) Em anexo (A) ao contrato de 23-Set.-2003, foi acordado um "repasse ao contrato de soja em grão de 23/09/2003, entre a [REDACTED] e a [REDACTED] pelo qual esta promete à ora Requerida "repassar o valor acordado referente à transferência da operação de venda do produto abaixo identificado..."

i) Aquando da execução do contrato, o fornecedor brasileiro veio exigir um crédito confirmado, pelo comprador, pelo valor total do contrato (USD \$ 24.000.000).

j) A [REDACTED] procurou uma alternativa à referida proposta do fornecedor brasileiro: o contrato continuaria pelas 100.000 Mt, mas o crédito garantido seria aberto apenas para cada embarque (USD \$ 6.000.000); após a liquidação, seria aberto outro crédito, sucessivamente e até final.

k) A ora Requerente, [REDACTED] rejeitou a proposta, em declaração dirigida à ora Requerida.

l) A ora Requerente recusou-se a entregar qualquer garantia bancária ou equivalente, que junto dos bancos permitisse a emissão, por estes, de garantias satisfatórias de pagamento aos fornecedores da mercadoria.

m) A ora Requerente, emitiu declarações de compromisso de pagamento da mercadoria, que simplesmente reproduzem o compromisso de pagamento já assumido com a subscrição dos contratos.

n) Não obstante, a Requerida procurou encontrar soluções para obter o fornecimento da mercadoria à Requerente.

o) Prosseguiram diversos contactos e múltiplas comunicações – entre a ora Requerente, a ora Requerida e a [REDACTED].

p) Perante o contrato de fornecimento de soja inicialmente acordado com a [REDACTED], a [REDACTED] procurou alternativas.

q) Ocorreram negociações com [REDACTED], do Rio de Janeiro, que propôs uma venda de grão de soja a USD \$ 169,00 o MT.

r) Foi ajustado o frete de um navio destinado a trazer as competentes cargas: a carta partida, relativa ao navio [REDACTED] data de 4-Dez.-2003.

s) Nesta sequência, foi assinado um acordo com a [REDACTED]: porém, o gerente da [REDACTED], sofreu um ataque cardíaco, ficando impossibilitado de cumprir o acordado, conforme o comunicado de 9-Dez.-2003.

t) A [REDACTED], tentou, ainda, encontrar um novo fornecedor, mesmo que em condições mais onerosas: veio solicitar, a 29-Dez.-2003, um abaixamento no valor da demurrage.

u) Sem sucesso, apesar dos esforços da Requerida.

v) A carta partida referente ao [REDACTED] foi, nessa data, cancelada, com o armador

a protestar pedir compensação pelos danos.

w) A compradora comprometeu-se a entregar à vendedora notas promissórias de garantia do pagamento integral do preço.

x) Tais garantias deveriam ser devolvidas, uma vez efectuado o pagamento.

y) Os acordos em questão foram concluídos, tendo a Requerida e a Requerente conhecimento de que era àquela essencial para a determinação da sua vontade na celebração dos negócios, que as ditas garantias constituíssem documentos bastantes para assegurarem junto da banca, a emissão de garantias bancárias de pagamento aos fornecedores do grão de soja.

z) A requerente nunca entregou à requerida qualquer garantia especial, que tivesse qualquer aptidão para assegurar, designadamente no circuito bancário, o pagamento da mercadoria ao fornecedor estrangeiro.

aa) A [REDACTED] sabia que a [REDACTED] não podia assegurar de modo próprio a emissão de garantia bancária no valor de cerca de USD 24.000.000,00, que assegurasse o pagamento do preço ao exportador, sem que tal garantia não estivesse assegurada, por garantia emitida por sua ordem, enquanto compradora e destinatária da mesma mercadoria.

bb) Como é uso no comércio, quando estão em causa transacções de importação, com o elevado volume de preço que caracteriza aquela em apreço.

cc) E a [REDACTED] nunca assumiria o negócio, sem que o mesmo se estabelecesse nessas circunstâncias.

dd) A Requerente convenceu a Requerida de que emitiria uma garantia adequada ao efeito, mas o certo é que, suportando-se na vacuidade do texto da cláusula que propôs, nunca ofereceu tal garantia adequada, mas antes uma promessa de pagamento que nada acrescenta ao contrato e em nada justifica a estipulada obrigação de restituição após o pagamento do preço.

ee) Visou com esta actuação a Requerente obter uma vantagem à custa da Requerida, assim tendo reunido meios para declarar um incumprimento e submeter a sua apreciação a árbitros designados por si e pela associação de que é associada, com aplicação de regras materiais que lhe proporcionaram

vantagem.

c) *Em terceiro lugar*, colocam-se as seguintes questões de direito.

1 – A primeira questão respeita à definição da lei aplicável ao contrato, à luz da qual se apreciará a validade das respectivas cláusulas.

2 – Em segundo lugar, a recorrente sustenta que a sentença não pode manter-se, na medida em que o ónus da prova quanto à questão de saber se as cláusulas do contrato são ou não são cláusulas contratuais gerais, incide sobre a Requerente/Recorrida e esta não fez tal prova.

Por outro lado, incidia sobre a Requerente a obrigação de informação sobre o conteúdo das cláusulas, sendo a Recorrente credora do correspondente dever.

Ora, a única prova produzida nos autos, e que atrás se identificou, foi no sentido negativo, isto é, de que as cláusulas de remissão para a FOSFA 22 e para a GAFTA 125 não foram objecto de negociação, sendo também certo que a [REDACTED] não comunicou à [REDACTED] o sentido dessas cláusulas, designadamente o teor dos textos particulares para os quais remetem.

III. Fundamentação.

A – Questão relativa à produção da prova.

A recorrente sustenta que o direito à prova se encontra consagrado constitucionalmente no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, como componente do princípio geral do acesso ao direito e aos tribunais, que a todos é assegurado, para defesa dos seus direitos e interesses, legalmente protegidos.

E afirma que a rejeição da inquirição, por parte do tribunal, das testemunhas [REDACTED], implicou que a sentença recorrida tenha incorporado o vício de inconstitucionalidade evidenciado com a recusa da produção da sobredita prova.

Vejamos então.

Cumprе referir dois aspectos que mostram a improcedência da argumentação adiantada pela recorrente.

Em primeiro lugar, a declaração de inconstitucionalidade versa apenas sobre

[Handwritten signature]

normas e não sobre decisões.

É o que resulta do disposto no n.º 1, do artigo 277.º, da Constituição da República Portuguesa, onde se proclama que «São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados».

Por conseguinte, a alegação de que a sentença incorporou um vício qualificável como inconstitucionalidade não assume relevo jurídico, pois só releva a identificação de uma norma e a demonstração da sua inconstitucionalidade, situação que não ocorre no caso.

Em segundo lugar, a requerente recorreu do despacho que não admitiu a produção da prova testemunhal requerida.

Sobre tal requerimento recaiu, efectivamente, o despacho de 11 de Julho de 2011, do qual consta:

«Req. de fls. 826: veio a Requerida interpor recurso de agravo do despacho proferido a 04/02/2011, a fls. 823-824, na parte em que se considerou desnecessária a inquirição das duas outras testemunhas indicadas pela Requerida, residentes no Brasil.

Ora, tal despacho foi proferido, como aí é referido, na sequência do despacho proferido a 11/01/2010 (a fls. 804-805), ao abrigo do disposto no art. 1099º, nº 1, 1ª parte, do CPC, o qual estatui que «Findos os articulados e realizadas as diligências que o relator tenha por indispensáveis, (...)».

Tal disposição legal consagra, assim, um poder discricionário ao juiz quanto à determinação da realização das diligências probatórias no processo especial em apreço ...».

Este despacho terminou com a decisão de não recebeu o recurso e *transitou em julgado*.

Por conseguinte, o caso julgado formal (artigo 672.º do Código de Processo Civil) formado no processo, quanto a esta matéria, impede que se volte a suscitar a questão da produção da mencionada prova testemunhal.

Julga-se, por isso, improcedente, esta questão.

B – Matéria de facto impugnada.

1 – Vejamos se a resposta ao facto considerado «provado» sob o n.º 13, devia ter merecido a resposta «não provado», como pretende a recorrente.

O teor deste facto (declarado «provado») é o seguinte:

«13 – O texto dos acordos referidos em 7. e 10. foi objecto de negociação entre requerente e requerida, sendo que o texto inicial dos referidos acordos foi proposto pela requerente à requerida e o respectivo texto final foi proposto pela requerida à requerente, tendo ambas, a final, acordado numa versão final, que viria a ser aquela que foi subscrita por ambas as partes».

Em 1.ª instância a convicção formou-se no sentido de que o texto do contrato foi objecto de negociação entre as partes e esta convicção alcançou-se com base na troca de correspondência entre as partes a respeito da formação do contrato, que as partes juntaram aos autos.

Com efeito, escreveu-se na sentença, a este respeito, o seguinte:

«Quanto à prova do facto 13 o mesmo resultou sobretudo da análise atenta de alguns dos e-mails trocados entre as partes, da qual deriva o seguinte:

- por e-mail enviado a 21/8/2003, às 17h51m, a requerente comunica à requerida o seguinte: «De acordo com as nossas conversas telefónicas, junto envio proposta de contrato para o seu fornecimento de 100.000 MT de grão de soja brasileira. Agradeço a sua análise e eventual correcção a fim de podermos concluir este negócio».

Em anexo a tal e-mail foi remetido pela requerente à requerida, em língua inglesa, o texto inicial (datado de 21/8/2003) do acordo que acabou por ser celebrado com data de 1/9/2003, referido no facto provado 7 (cfr. doc. de fls. 218 a 222).

- por e-mail enviado a 29/8/2003, às 10h58m, a requerida comunica à requerente o seguinte: «Junto envio o contrato com as alterações sugeridas pela [REDACTED], conforme já comentado. Aguardo Hoje ao final do dia confirmação por parte do nosso [REDACTED], sobre os trâmites da promissória a apresentar por parte de [REDACTED]. Qualquer outra questão estarei em contacto com o [REDACTED]» (cfr. doc. de fls. 195).

- por e-mail enviado a 29/8/2003, às 12h04m, a requerente comunica à requerida o seguinte: «Aceitamos as alterações sugeridas pela [REDACTED]. Deverá avisar-nos com pelo menos três dias de antecedência relativamente ao início previsto da carga dos navios, a fim de podermos nomear os nossos superintendentes à carga» (cfr. doc. de fls. 223).

- por e-mail enviado a 29/8/2003, às 12h47m, a requerida comunica à requerente o

[Handwritten signature]

seguinte: «Confirmamos o fecho do negócio, pelo que solicitamos o envio do contrato de compra assinado por [REDACTED] que remeteremos devidamente assinado por [REDACTED] ou se pretenderem, podemos nós enviar contrato de venda assinado por [REDACTED] e devolvido por [REDACTED] devidamente assinado» (cfr. doc. de fls. 223).

- por e-mail enviado a 01/9/2003, às 10h37m, a requerente comunica à requerida o seguinte: «O normal e corrente, é ser o fornecedor a enviar o contrato assinado, para a ser assinado pelo comprador. Agradeço que nos envie, em dois exemplares, o contrato nestas condições, que lhe será devolvido, depois de assinado por nós» (cfr. doc. de fls. 223).

Ora, conjugando o teor dos supra referidos e-mails nomeadamente com as duas versões do primeiro contrato celebrado entre as partes (a proposta inicialmente remetida pela requerente à requerida a 21/8/2003, a fls. 219 a 222, e a versão final que foi proposta pela requerida à requerente e subscrita por ambas com data de 01/09/2003, a fls. 226 a 234), conclui-se, sem margem para dúvidas, que houve negociação prévia entre as partes em relação ao texto do referido contrato.

De facto, a requerida teve cerca de oito dias para analisar o texto inicial do contrato proposto pela requerente, tendo-o efectivamente analisado, pois até lhe sugeriu alterações, alterações essas que foram depois aceites pela requerente.

Assim, resulta à saciedade que a requerida, ao contrário do que alega, não se limitou a subscrever as cláusulas constantes dos acordos referidos em 7. e 10. dos factos Provados (acordos esses similares, nomeadamente contendo a mesma cláusula de convenção arbitragem em discussão nos autos) sem que tivesse um efectivo e concreto conhecimento do seu teor e alcance.

Por outro lado, resulta das regras da experiência comum, nomeadamente referentes à negociação e celebração de contratos como os que foram objecto das decisões arbitrais revidendas que, tendo havido negociação prévia em relação a tais contratos, como efectivamente houve, a requerida teve oportunidade de sugerir também alterações quanto à referida cláusula de convenção arbitragem (como sugeriu em relação a outra cláusulas) ou até proposto a sua eliminação, o que não fez, pelo que aceitou expressamente, e após negociação prévia, tal cláusula.

De referir que o teor dos documentos de fls. 218 a 262 foi expressamente aceite por ambas as partes (cfr., quanto à requerida, que os juntou, o seu reqº de fls. 208 e ss., e quanto à requerente a sua declaração documentada a fls. 816).

A convicção do Tribunal formada quanto ao facto provado 13 pelo modo supra descrito não foi minimamente abalada pelo depoimento da testemunha indicada pela requerida e oportunamente inquirida.

De facto, a testemunha [REDACTED], que foi empregada de escritório da requerida pelo menos desde o ano de 2000 até finais do ano de 2007, sendo que desde essa altura trabalha para uma empresa do grupo económico da requerida, declarou, em síntese e com interesse para a decisão da causa, que em relação ao negócio que foi objecto dos acordos referidos em 7. e 10. dos factos provados (negócio esse que descreveu sucintamente) falou várias vezes com o [REDACTED], administrador da [REDACTED] que a [REDACTED] nunca tinha feito um contrato do género e que esta empresa não tinha conhecimento da existência da GAFTA, sendo que na altura (Agosto a Outubro de 2003) a ora requerida não era associada da GAFTA, nem o foi depois.

Mais declarou que não tem conhecimento de que tenha sido solicitado ou efectuado algum esclarecimento sobre o conteúdo da cláusula que referia a GAFTA.

Tal declaração da testemunha não significa, evidentemente, que não tenha sido solicitado ou efectuado esclarecimentos sobre o conteúdo da referida cláusula, nomeadamente nas conversações directas entre os legais representantes das partes (possibilidade essa até conforme às regras da experiência comum), mas apenas que a testemunha inquirida não tem conhecimento da solicitação ou realização de tais esclarecimentos.

Confrontada com o teor do documento de fls. 197 (mais concretamente na parte respeitante ao teor do e-mail remetido pela requerida à requerente no dia 22/10/2003, às 16h09m), do qual derivou a prova do facto provado 14, confirmou que na altura em que enviou o e-mail em causa (a 22/10/2003) já sabia da existência da GAFTA, e que o Sr. [REDACTED] (administrador da [REDACTED] já tinha dito ao [REDACTED] (gerente da [REDACTED]) que, pelas dificuldades do negócio, iria avançar com o processo junto da GAFTA, pelo que, por essa razão, remeteu o e-mail em causa, dando a sugestão para a [REDACTED] avançar com o processo junto da GAFTA.

Da análise crítica deste depoimento não resulta de forma minimamente cabal que a requerida se tenha limitado a subscrever as cláusulas constantes dos acordos referidos em 7. e 10. dos factos provados sem que tivesse um efectivo e concreto conhecimento do seu teor e alcance, e que não tivesse existido negociação prévia dos acordos ou contratos em causa, tanto mais que a própria testemunha assumiu que falou várias vezes sobre

este negócio com o o [REDACTED], administrador da [REDACTED].

Por outro lado, como já referido, o teor da sucessão dos e-mails supra descritos é manifestamente elucidativo de que houve efectiva negociação prévia entre as partes dos acordos ou contratos em causa» - *fim de citação*.

Apesar do mérito da análise acabada de transcrever, afigura-se que não se pode subscrever esta argumentação em relação à totalidade das cláusulas que constam do contrato.

Ou seja, a prova de que certas cláusulas resultaram, efectivamente, de negociação entre as partes, não implica a prova de que todas as cláusulas foram objecto de negociação, designadamente aquela que é objecto de controvérsia, quanto a ter resultado ou não de negociação prévia entre as partes.

Vejamos melhor.

Não há dúvida de que a primeira versão do contrato foi confeccionada pela Requerente [REDACTED] pois foi esta que enviou o texto à [REDACTED].

Também não há dúvida que a recorrente [REDACTED] analisou esta primeira versão do contrato, pois propôs alterações que foram aceites pela [REDACTED] como resulta do e-mail acima mencionado.

Porém, comparando a versão contratual enviada pela requerente, que se encontra a fls. 219 a 222, inclusive, com o contrato assinado por ambas as partes, datado de 1 de Setembro de 2003, verifica-se que são ambos praticamente idênticos.

As divergências detectadas são apenas estas:

Do contrato firmado entre as partes não constam os dizeres «Final at discharge or...», «All final at discharge or...» e «Final at discharge or...» que figuram nas cláusulas intituladas, respectivamente «WEIGHT», «QUALITY» e «SAMPLING AND ANALYSIS», constantes da versão contratual enviada pela [REDACTED] à [REDACTED].

Do contrato firmado entre as partes não consta a segunda alternativa iniciada pelas palavras «USD 243.00 per Mt...» mencionada na cláusula intitulada «PRICE» da versão contratual enviada pela [REDACTED] à [REDACTED].

Do contrato firmado entre as partes não consta designação «C.I.F» mencionada

na cláusula intitulada «PARITY», da versão contratual enviada pela [REDACTED] à [REDACTED], designação que foi substituída no contrato por «C&F».

Do contrato firmado entre as partes não constam os itens «Insurance Policy Certificate» e «FGIS Certificate(s)» que constam da cláusula intitulada «DOCUMENTS» e da versão contratual enviada pela [REDACTED] à [REDACTED].

Quanto a estas partes do contrato, que foram suprimidas, poder-se-á dizer que houve negociações entre as partes, pois as alterações existem e comportam esse significado.

Porém, a questão que tem de ser colocada é esta: houve também negociação relativamente à última cláusula do contrato com o teor «All other terms and conditions, not in contradiction with the above, as per FOSFA 22, with arbitration in London as per GAFTA 125 rules» («Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA»)?

A convicção acerca deste ponto é negativa, por esta razão: não há qualquer referência, nos documentos juntos aos autos, sobre a existência de negociação acerca do teor desta cláusula.

Se não há qualquer referência na correspondência trocada entre as partes e a cláusula não sofreu, como não sofreu, de facto, qualquer alteração no seu teor, em relação ao modelo de contrato remetido pela [REDACTED] à [REDACTED], então não é possível afirmar que tal cláusula resultou de negociação.

É que, tal negociação não existiu; pelo menos, nenhum indício existe de que tenha havido negociação entre as partes sobre essa cláusula.

Sendo assim, na resposta a dar a esta matéria factual, apenas tem de constar que a requerente [REDACTED] propôs o texto contratual inicial e remeteu-o à [REDACTED], para esta analisar e propor alterações e esta remeteu-o de volta assinado e apenas amputado dos itens acima referidos.

Face à documentação existente foi isto o que ocorreu e nenhuma outra prova implica outro entendimento.

Por conseguinte, o facto que consta do n.º 13 deve ter esta redacção:



«13 – O texto inicial dos acordos referidos em 7 e 10 foi proposto e enviado pela requerente [REDACTED] à requerida [REDACTED], para esta o analisar e propor alterações, tendo a [REDACTED] remetido à Requerente este texto contratual assinado por si, o qual foi depois também assinado pela Requerente, apenas amputado ou acrescentado em relação ao texto remetido pela Requerente, das seguintes palavras ou segmentos de texto:

a) No que respeita ao contrato de 1 de Setembro de 2003:

Amputado de «Insurance Policy Certificate» e «FGIS Certificate(s)» que constavam da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

Amputado de «Final at discharge or...», «All final at discharge or...» e «Final at discharge or...» que figuravam nas cláusulas intituladas, respectivamente, «WEIGHT», «QUALITY» e «SAMPLING AND ANALYSIS»;

Amputado da segunda alternativa iniciada pelas palavras «USD 243.00 per Mt...» mencionada na cláusula intitulada «PRICE»;

Amputado da sigla «C.I.F» mencionada na cláusula intitulada «PARITY», designação substituída no contrato por «C&F»;

Amputado de «Insurance Policy Certificate» e «FGIS Certificate(s)» que constavam da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

b) No que respeita ao contrato de 2 de Janeiro de 2004:

Acrescentado de «2004» na cláusula intitulada «COMMODITY SPECIFICATIONS»;

Alterado na sua totalidade quanto à cláusula «CUANTITY»;

Substituição na cláusula intitulada «WEIGHT» do texto proposto «Final at discharge or at loading from vessel/barges as per certificate issued by first class control entity, at buyer's option and account » pelo texto « Final at loading as per certificate issued by first class control entity, at Buyers option and account»;

Amputado de «All... at discharge or...» e «...discharge or...» e acrescentado de «...on the vessel...», na cláusula intitulada «QUALITY»;

Amputado de «...at discharge or...» na cláusula intitulada «SAMPLING AND ANALYSIS»;

Amputado da cláusula intitulada «SURVEYING AT LOADING» na sua totalidade;

Acrescentado de «C&F LISBON» na cláusula intitulada «PRICE»;

Amputado da segunda alternativa iniciada pelas palavras «USD 243.00 per Mt...» mencionada na cláusula intitulada «PRICE»;

Substituição do primeiro e segundo parágrafos da cláusula intitulada «PARITY» em

que o texto proposto foi «C.I.F. Free Out Lisbon, Portugal;

Discharge port can be Setubal by agreement between sellers and buyers if carrying vessel is suitable to (L.O.A. max. 205 metres and draught max 10 metres)» pelo texto «C&F free out, Lisbon or Setubal ports (Portugal) to be declared by buyer till five days before ETA Portugal»;

Substituição da parte final do texto da cláusula intitulada «INSURANCE» em que o texto proposto foi «...a first class E.U. or Switzerland Insurence Company previous accepted by buyers», por «[REDACTED]».

Acrescentado de «...and to be accepted by buyer» na parte final da cláusula proposta denominada «TYPE OF VESSEL»;

Substituição no primeiro parágrafo do texto da cláusula intitulada «PAYMENT» das palavras «...in Portugal, to be declared by [REDACTED]...» pelas palavras «...to be declared by Buyer...»;

Acrescentado de «4 (four)» no primeiro item da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

Amputado de «US Analysis and Certificate(s) of Quality», «Insurance Policy Certificate» e «FGIS Certificate(s)» que constavam da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

Amputado da cláusula intitulada «PERFOMANCE BOND»;

Acrescentado de «...sent... any of the parts.../fax or e-mail...» no terceiro item da cláusula intitulada «OTHER CONDITIONS».

*

Quanto ao facto declarado provado sob o n.º 15 («15 – Nas datas em que foram proferidas as referidas sentenças arbitrais a [REDACTED] era membro da GAFTA e a [REDACTED] não o era, nem o é actualmente).

A Recorrente pretende que lhe seja dada uma resposta não restritiva, isto é, que se declare que a recorrente [REDACTED] nunca foi membro desta instituição.

Assiste razão à Recorrente, pois resulta do documento de fls. 837 (tradução a fls. 849), que a recorrente nunca foi membro da GAFTA.

O facto declarada provado sob o n.º 15 passará a ter esta redacção: «15 – Nas datas em que foram proferidas as referidas sentenças arbitrais a [REDACTED] era membro da GAFTA e a [REDACTED] não o era, nem nunca o foi».

*

de

Relativamente aos factos declarados «não provados» na sentença sob os números 1, 2, 3 e 4.

Tais factos são estes:

«1 – A requerida limitou-se a subscrever as cláusulas constantes dos acordos referidos em 7. e 10. dos factos provados sem que tivesse um efectivo e concreto conhecimento do seu teor e alcance.

2 – Em parte, a [REDACTED] limitou-se a transcrever cláusulas recebidas da [REDACTED], sem real conhecimento do seu conteúdo.

3 – Quer a FOSFA 22, quer a GAFTA 125 são de difícil acesso: para seu conhecimento é necessário contactar as respectivas associações e adquirir, precedendo factura *pro forma*, os textos respectivos.

4 – Aquando da celebração dos referidos acordos a requerida desconhecia o teor quer da GAFTA 125, quer da FOSFA 22».

A Recorrente pretende que este tribunal da Relação declare tais factos como «provados».

Quanto aos factos dos n.º 1, 2 e 4 verifica-se que os mesmos têm natureza mental, isto é, são factos que, a terem existido, nasceram e existiram na mente das pessoas, no caso concreto, na mente das pessoas que, à data, representavam os interesses da [REDACTED], fossem ou não seus representantes legais.

Sendo assim, só é possível dar como provados tais factos ou por confissão, que no caso dos autos não existe, ou através da prova de factos (indiciários/instrumentais) externos à mente dessas pessoas e dos quais se possa inferir que os factos em questão existiram na mente dos representantes da Recorrente.

Ora, não há factos indiciários ou instrumentais de onde se retire que os factos mencionados sob os n.º 1, 2 e 4 tiveram existência.

Ou seja, não é possível afirmar se tais factos existiram ou não existiram.

Concretizando.

Pergunta-se: «A requerida limitou-se a subscrever as cláusulas constantes dos acordos referidos em 7. e 10. dos factos provados sem que tivesse um efectivo e

concreto conhecimento do seu teor e alcance»?

E «Aquando da celebração dos referidos acordos a requerida desconhecia o teor quer da GAFTA 125, quer da FOSFA 22»?

Certamente a recorrente [REDACTED] leu e compreendeu em geral as palavras escritas no contrato, caso contrário não tinha celebrado o contrato.

Pergunta-se: compreendeu a cláusula *«All other terms and conditions, not in contradiction with the above, as per FOSFA 22, with arbitration in London as per GAFTA 125 rules»* («Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA»)?

Não é possível responder nem «sim», nem «não», pois o tribunal não sabe que grau de conhecimento ou informação tinha a Recorrente sobre esta matéria.

Portanto, a resposta negativa dada implica que o facto em causa («A requerida limitou-se a subscrever as cláusulas constantes dos acordos referidos em 7. e 10. dos factos provados sem que tivesse um efectivo e concreto conhecimento do seu teor e alcance»?) fique em aberto, ou seja, tanto poderia ter tido, como não ter tido, o conhecimento a que se refere a matéria factual quesitada, o que implica que a questão tenha de ser resolvida posteriormente através da aplicação das regras do ónus da prova (cfr. artigo 515.º do Código de Processo Civil).

O que fica referido vale para o outro facto («Em parte, a [REDACTED] limitou-se a transcrever cláusulas recebidas da [REDACTED], sem real conhecimento do seu conteúdo»).

Com efeito, não se sabe se a [REDACTED] se limitou a transcrever cláusulas recebidas da [REDACTED], sem real conhecimento do seu conteúdo, ou sequer se recebeu tais cláusulas da [REDACTED].

É certo que a testemunha [REDACTED] referiu que a recorrente [REDACTED] não teve conhecimento do alcance da cláusula *«All other terms and conditions, not in contradiction with the above, as per FOSFA 22, with arbitration in London as per GAFTA 125 rules»* («Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com

arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA», ignorando a [REDACTED] *o significado das palavras «FOSFA 22» e «Regulamento 125 da GAFTA».*

Porém, as afirmações da testemunha exprimem apenas a sua própria convicção e nada de concreto se sabe, para além das suas próprias palavras, acerca das circunstâncias que levaram a testemunha a adquirir uma tal convicção.

Por conseguinte, o juiz não pode adquirir a convicção de que tais factos existiram apenas porque uma testemunha, empregada da recorrente, os afirmou, sem se saber com que fundamento essa testemunha adquiriu, ela mesma, tal convicção.

Por conseguinte, devem manter-se as respostas dadas a estes três factos.

*

Quanto ao facto declarado «não provado» «Quer a FOSFA 22, quer a GAFTA 125 são de difícil acesso: para seu conhecimento é necessário contactar as respectivas associações e adquirir, precedendo factura *pro forma*, os textos respectivos».

Deve manter-se também a resposta negativa, unicamente por não haver prova nos autos acerca da forma de aceder a tal informação.

*

Quanto aos factos alegados nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 23.º, 25.º a 37.º, 50.º, 52.º, 53.º, 64.º, 65.º e 69.º da oposição, os quais não foram objecto de pronúncia em 1.ª instância, mas que a Recorrente entende que devem ser considerados «provados».

Tais factos já ficaram transcritos supra.

Quanto a estes factos entende-se que não interessam à decisão do mérito da causa.

Pelas seguintes razões:

Como já se deixou dito no ponto «II», o objecto do presente processo respeita ao reconhecimento na ordem jurídica portuguesa de duas sentenças proferidas por um tribunal arbitral inglês.

O reconhecimento de sentenças arbitrais em Portugal encontra-se submetido à

disciplina da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque a 10 de Junho de 1958, ratificada pelo Decreto do presidente da República n.º 52/94 de 8 de Maio e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, publicada no Diário da República, I-Série-A, n.º 156, de 8 de Julho de 1994.

A questão que se coloca neste recurso consiste em saber se a Requerente [REDACTED] podia, com êxito, recorrer ao mencionado tribunal arbitral inglês, ao abrigo das cláusulas contratuais constantes dos contratos celebrados com a Recorrente.

A Recorrente sustenta que não e justifica esta posição alegando que a validade das cláusulas dos contratos é aferida face à lei portuguesa.

Por outro lado, face à lei portuguesa, ocorre uma situação de invalidade das cláusulas contratuais ao abrigo das quais a Requerente [REDACTED] recorreu ao tribunal arbitral inglês.

Tal invalidade a existir resultará da aplicação do regime das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (doravante identificado apenas pelas letras «RCCG»).

Portanto, o que agora está em causa, neste recurso, é apenas a questão de saber se tais cláusulas são válidas ou não o são.

Tendo em consideração a problemática suscitada nestes autos, releva para os mesmos o disposto na al. a), do n.º 1, do artigo V da referida Convenção de Nova Iorque, onde se dispõe «1- Que o reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: a) Da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença; ...».

No n.º 1 e 2 do artigo II desta Convenção dispõem-se o seguinte: «1. Cada Estado Contratante reconhece a convenção escrita pela qual as Partes se

comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito, contratual ou não contratual, respeitante a uma questão susceptível de ser resolvida por via arbitral.

2. Entende-se por "convenção escrita" uma cláusula compromissória inserida num contrato, ou num compromisso, assinado pelas Partes ou inserido numa troca de cartas ou telegramas.

3...».

As restantes hipóteses de recusa de reconhecimento mencionadas nas alíneas b) a e) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo V da Convenção não foram invocadas pela requerida [REDACTED] e não são efectivamente pertinentes.

Sendo assim, as questões de facto e de direito a resolver no presente recurso são apenas as que se prendem com as hipóteses de recusa do reconhecimento e execução da sentença arbitral previstas na mencionada Convenção e, de entre estas, as invocadas pela parte interessada, que, como se disse, respeitam apenas à mencionada alínea a), concretamente à *invalidade da cláusula contratual onde se previu o recurso à arbitragem*, por ofensa, segundo ela, das disposições legais sobre o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

É sob este pano de fundo que tem de ser apreciada a pertinência dos factos em causa.

Ora, estes factos, mesmo que fossem declarados «provados», não permitiriam concluir, conjugados com os restantes, pela invalidade ou validade da aludida cláusula compromissória, pois nada têm a ver com ela.

Estes factos que a recorrente [REDACTED] pretende que sejam declarados provados respeitam às circunstâncias envolventes ao contrato declarado como tendo sido celebrado em 23 de Setembro de 2003, no âmbito do qual foi concluída uma cessão da posição da requerida [REDACTED] derivada do contrato de 1 de Setembro de 2003, para a empresa [REDACTED]).

Segundo a Recorrente, «A [REDACTED] sabia que a [REDACTED] não podia assegurar de modo próprio a emissão de garantia bancária no valor de cerca de USD

24.000.000,00, que assegurasse o pagamento do preço ao exportador, sem que tal garantia não estivesse assegurada, por garantia emitida por sua ordem, enquanto compradora e destinatária da mesma mercadoria.

bb) Como é uso no comércio, quando estão em causa transações de importação, com o elevado volume de preço que caracteriza aquela em apreço.

cc) E a [REDACTED] nunca assumiria o negócio, sem que o mesmo se estabelecesse nessas circunstâncias.

dd) A Requerente convenceu a Requerida de que emitiria uma garantia adequada ao efeito, mas o certo é que, suportando-se na vacuidade do texto da cláusula que propôs, nunca ofereceu tal garantia adequada, mas antes uma promessa de pagamento que nada acrescenta ao contrato e em nada justifica a estipulada obrigação de restituição após o pagamento do preço.

ee) Visou com esta atuação a Requerente obter uma vantagem à custa da Requerida, assim tendo reunido meios para declarar um incumprimento e submeter a sua apreciação a árbitros designados por si e pela associação de que é associada, com aplicação de regras materiais que lhe proporcionaram vantagem».

Ora, se bem se compreende esta matéria, esta questão suscitada pela [REDACTED] situa-se a jusante, para além do ponto onde se situa a questão da validade da cláusula relativa à convenção de arbitragem.

Ou seja, a actuação imputada pela [REDACTED] à requerente [REDACTED] respeita à própria execução do contrato e não a questões prévias a essa execução, como é o caso da validade ou invalidade da cláusula sobre arbitragem, pelo que tal questão sobre o apontado comportamento da [REDACTED] nenhuma influência poderá ter sobre a cláusula onde se prevê o recurso à arbitragem.

Com efeito, tal comportamento imputado à [REDACTED] poderia relevar como defesa no processo que conduziu à sentença arbitral, o que mostra que as questões sobre a determinação da competência do tribunal são prévia às vicissitudes contratuais.

De qualquer forma, esta objecção só teria relevância em relação ao primeiro

contrato datado de 1 de Setembro de 2003, não já quanto ao contrato celebrado em 2 de Janeiro de 2004.

Pelo exposto, *julga-se improcedente esta pretensão da recorrente*, por se entender que tais factos não são relevantes para o conhecimento do mérito do presente recurso.

*

Na transcrição da matéria de facto provada que se segue, efectuada a partir da sentença, serão introduzidas as alterações resultantes do acabado de decidir.

C – Matéria de facto provada.

1 – Por sentença de 14 de Janeiro de 2005, proferida pelo Tribunal Arbitral da GAFTA-The Grain and Feed Trade Association, com sede em Londres, foi a requerida [REDACTED], Lda. condenada a pagar à requerente [REDACTED] [REDACTED].:

- a quantia de 9.620.000,00 USD (nove milhões e seiscentos e vinte mil dólares americanos), correspondente na data da propositura da acção (05/04/2006) a €7.888.400,00 (sete milhões, oitocentos e oitenta e oito mil e quatrocentos euros);

- juros sobre este montante à taxa de 5,5% (cinco e meio por cento) por ano, composto de três em três meses, a partir de 3 de Dezembro de 2003 até recepção integral do pagamento;

- as despesas legais razoáveis, incorridas com a apresentação do presente pedido de indemnização;

- os encargos e as despesas inerentes à arbitragem, mais os 100 GBP de preparo para designação de árbitro.

2 - A requerida [REDACTED] foi devida e regularmente citada para esta arbitragem, na qual viria a ser proferida a Sentença arbitral n.º 13-283B, de 14 de Janeiro de 2005, supra referida, mas não interveio na mesma nem nomeou árbitro próprio.

3 - Da sentença arbitral referida em «1» não foi interposto recurso e transitou em julgado.

4 - A requerida [REDACTED], Lda., foi igualmente condenada, por sentença proferida pelo referido Tribunal Arbitral da GAFTA-The

Grain and Feed Trade Association, proferida em 22 de Abril de 2005, a pagar à requerente [REDACTED].:

- a quantia de 3.156.700,00 USD (três milhões e cento e cinquenta e seis mil e setecentos dólares americanos), correspondente na data da propositura da acção (05/04/2006) a € 2.588,494,00 (dois milhões, quinhentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e noventa e quatro euros);

- juros sobre o montante de 3.156.700,00 USD à taxa de 5,5% (cinco e meio por cento) por ano, a partir de 14 de Abril de 2004 até à data do recebimento pela [REDACTED] do pagamento da indemnização especificada;

- os encargos e as despesas inerentes a esta arbitragem, incluindo o preparo de 100,00 GBP pago pela [REDACTED] quando pediram a designação de um árbitro em nome da Barod.

5 - A requerida [REDACTED] foi devida e regularmente citada para esta arbitragem referida em «4», na qual viria a ser proferida a Sentença arbitral n.º 13-315, de 22 de Abril de 2005, mas não interveio na mesma nem nomeou árbitro próprio.

6 - Da sentença arbitral referida em «4» não foi interposto recurso e transitou em julgado.

7 - Com data de 01 de Setembro de 2003 foi celebrado entre a requerente e a requerida um acordo escrito, em papel com o timbre da [REDACTED], na língua inglesa, através do qual a requerida vendia à requerente 100.000 toneladas métricas de feijão de soja amarelo brasileiro, ao preço de USD \$240,00 por tonelada métrica.

8 - No referido acordo consta, para além do mais, uma última cláusula com o seguinte teor, de acordo com a tradução para a língua portuguesa: «CONTRATO Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA».

9 - O acordo referido em «7» foi objecto da referida sentença arbitral de 14/01/2005.

10 - Com data de 02/01/2004 foi celebrado entre a requerente e a requerida um outro acordo escrito, em papel com o timbre da [REDACTED], na língua inglesa, através

do qual a requerida vendia à requerente 25.000 toneladas métricas de feijão de soja amarelo brasileiro, ao preço de USD \$240,00 por tonelada métrica.

11 – No acordo referido no facto anterior consta, para além do mais, uma última cláusula com o seguinte teor, de acordo com a tradução para a língua portuguesa:

«CONTRATO. Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA».

12 – O acordo referido em «10» foi objecto da referida sentença arbitral de 22/04/2005.

13 – O texto inicial dos acordos referidos em 7 e 10 foi proposto e enviado pela requerente [REDACTED] à requerida [REDACTED], para esta o analisar e propor alterações, tendo a Barod remetido à Requerente este texto contratual assinado por si, o qual foi depois também assinado pela Requerente, apenas amputado ou acrescentado em relação ao texto remetido pela Requerente, das seguintes palavras ou segmentos de texto:

a) No que respeita ao contrato de 1 de Setembro de 2003:

Amputado de «Insurance Policy Certificate» e «FGIS Certificate(s)» que constavam da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

Amputado de «Final at discharge or...», «All final at discharge or...» e «Final at discharge or...» que figuravam nas cláusulas intituladas, respectivamente, «WEIGHT», «QUALITY» e «SAMPLING AND ANALYSIS»;

Amputado da segunda alternativa iniciada pelas palavras «USD 243.00 per Mt...» mencionada na cláusula intitulada «PRICE»;

Amputado da sigla «C.I.F» mencionada na cláusula intitulada «PARITY», designação substituída no contrato por «C&F»;

Amputado de «Insurance Policy Certificate» e «FGIS Certificate(s)» que constavam da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

b) No que respeita ao contrato de 2 de Janeiro de 2004:

Acrescentado de «2004» na cláusula intitulada «COMMODITY SPECIFICATIONS»;

Alterado na sua totalidade quanto à cláusula «CUANTITY»;

Substituição na cláusula intitulada «WEIGHT» do texto proposto «Final at discharge or at loading from vessel/barges as per certificate issued by first class control entity, at buyer's option and account » pelo texto « Final at loading as per certificate issued by first class control entity, at Buyers option and account»;

Amputado de «All... at discharge or...» e «...discharge or...» e acrescentado de «...on the vessel...» , na cláusula intitulada «QUALITY»;

Amputado de «...at discharge or...» na cláusula intitulada «SAMPLING AND ANALYSIS»;

Amputado da cláusula intitulada «SURVEYING AT LOADING» na sua totalidade;

Acrescentado de «C&F LISBON» na cláusula intitulada «PRICE»;

Amputado da segunda alternativa iniciada pelas palavras «USD 243.00 per Mt...» mencionada na cláusula intitulada «PRICE»;

Substituição do primeiro e segundo parágrafos da cláusula intitulada «PARITY» em que o texto proposto foi «C.I.F. Free Out Lisbon, Portugal»;

Discharge port can be Setubal by agreement between sellers and buyers if carrying vessel is suitable to (L.O.A. max. 205 metres and draught max 10 metres)» pelo texto «C&F free out, Lisbon or Setubal ports (Portugal) to be declared by buyer till five days before ETA Portugal»;

Substituição da parte final do texto da cláusula intitulada «INSURANCE» em que o texto proposto foi «...a first class E.U. or Switzerland Insurence Company previous accepted by buyers», por [REDACTED]

Acrescentado de «...and to be accepted by buyer» na parte final da cláusula proposta denominada «TYPE OF VESSEL»;

Substituição no primeiro parágrafo do texto da cláusula intitulada «PAYMENT» das palavras «...in Portugal, to be declared by [REDACTED]...» pelas palavras «...to be declared by Buyer...»;

Acrescentado de «4 (four)» no primeiro item da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

Amputado de «US Analysis and Certificate(s) of Quality», «Insurance Policy Certificate» e «FGIS Certificate(s)» que constavam da cláusula intitulada «DOCUMENTS»;

Amputado da cláusula intitulada «PERFORMANCE BOND»;

Acrescentado de «...sent... any of the parts.../fax or e-mail...» no terceiro item da cláusula intitulada «OTHER CONDITIONS».

14 – Através de e-mail enviado a 22/10/2003, às 16,09 horas a requerida comunica à requerente, para além do mais, o seguinte: «Deste modo sugiro que avance com o processo junto da Gafta, com a possibilidade de, no desenrolar dos acontecimentos se poder suspender a acção, caso se concretize o fornecimento por parte da [REDACTED]».

15 – Nas datas em que foram proferidas as referidas sentenças arbitrais a [REDACTED] era membro da GAFTA e a [REDACTED] não o era, nem nunca o foi.

D – Restantes questões objecto do recurso.

1 – A primeira questão que se coloca consiste em saber qual a lei aplicável para efeitos de averiguar da validade das cláusulas em questão.

Sobre esta matéria é de considerar que nem se trata de uma questão sobre a qual haja litígio, pois ambas as partes apontam para a lei portuguesa como a aplicável ao contrato.

Nem pode ser de outra forma, pois as partes são empresas portuguesas, têm a sede em Portugal e o contrato foi celebrado em Portugal, sendo o lugar do cumprimento também em Portugal.

Não há, pois, quanto à formação do contrato, conexão com qualquer outra ordem jurídica.

Assim, é à luz da lei portuguesa que tem de ser analisada a questão da eficácia da aludida cláusula contratual (artigos 41.º, n.º 1, 42.º, n.º1 e 35.º, n.º1, todos do Código Civil).

Passando à questão seguinte.

2 – A segunda questão consiste em saber se a cláusula «All other terms and conditions, not in contradiction with the above, as per FOSFA 22, with arbitration in

London as per GAFTA 125 rules» («Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA»), que consta de ambos os contratos, *é uma cláusula contratual geral*.

A resposta é afirmativa.

Com efeito, como resulta do facto provado n.º 13 «O texto inicial dos acordos referidos em «7» e «10» foi proposto e enviado pela Requerente à requerida [REDACTED], para esta o analisar e propor alterações...».

As alterações propostas pela [REDACTED] foram as indicadas no facto provado n.º 13, entre as quais não se encontra a cláusula em questão, que é a última, quer no «contrato modelo» proposto pela [REDACTED] quer em ambos os contratos depois firmados entre as partes.

Ora, tal cláusula (reproduzida em ambos os contratos) «All other terms and conditions, not in contradiction with the above, as per FOSFA 22, with arbitration in London as per GAFTA 125 rules») não foi objecto de quaisquer alterações por parte da [REDACTED], o que significa que a aceitou, em ambos os contratos, tal qual lhe foi proposta pela [REDACTED] o mesmo é dizer, não resultou, em ambos os contratos de negociação prévia entre [REDACTED].

Chegava-se à mesma conclusão pela aplicação da regra do ónus da prova que consta do n.º 3, do artigo 1.º, do RCCG, onde se dispõe que «O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo».

Por conseguinte, mesmo que não se tivesse provado que a cláusula em causa, constante de ambos os contratos, tinha sido subscrita sem ter existido negociação prévia sobre ela, a regra do ónus da prova que incide sobre a [REDACTED] e que esta não superou, levaria à conclusão de que tal cláusula não tinha sido objecto de negociação prévia.

Estamos, pois, perante uma cláusula contratual geral que cai sob a alçada normativa do RCCG aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Vejamos agora a questão seguinte.

3 – A recorrente ■■■ sustenta que incidia sobre a requerente ■■■ o dever de informação sobre o conteúdo da cláusula relativa à arbitragem, sendo certo, diz, que a ■■■ não comunicou à ■■■ o sentido dessa cláusula, designadamente o teor dos textos particulares para os quais remetia.

Ou seja, a ■■■ pretende o afastamento de tal cláusula, em ambos os contratos, com base no argumento de que a ■■■ não a informou dos «textos» para a qual tal cláusula remetia.

Vejamos mais de perto.

Na cláusula diz-se: «Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado, serão de acordo com FOSFA 22, com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA».

Aparentemente esta cláusula contém alguma opacidade no que respeita à visualização e compreensão do seu alcance.

Pergunta-se, então: o que é que um declaratório normal, nos termos do artigo 236.º do Código Civil, colocado na posição da ■■■, teria entendido ao ler esta cláusula?

Entenderia, sem esforço, que havia referência a uma «arbitragem em Londres».

Mas, uma arbitragem em Londres a respeito de quê?

Pela análise gramatical e semântica das palavras, concluiria que a arbitragem em Londres se referia a «Todos os outros termos e condições que não estejam contraditórios ao acima estipulado».

O que seriam os outros «termos e condições»?

Aparentemente seriam cláusulas não previstas no contrato, a incluir supletivamente ou por integração, pois só outras cláusulas poderiam entrar em *contradição* com o «acima estipulado», isto é, com as outras cláusulas, no caso, com «as cláusulas acima estipuladas», que são as cláusulas redigidas no contrato.

Seria isto que o declaratório entenderia numa primeira fase.

Só num segundo momento o declaratório normal colocaria a hipótese de vir a existir um conflito relativo ao cumprimento do contrato e se interrogaria se tal

hipótese caberia ainda na letra da cláusula em questão.

Quanto à resposta a tal interrogação, a [REDACTED] responderia «sim», pois o sentido que lhe atribui consiste na previsão do recurso à arbitragem em Londres, a efectuar pela GAFTA, de acordo com o seu Regulamento 125, em caso de incumprimento do contrato, para efeitos de atribuição de indemnização à parte credora.

Vejam, então, se, tomando a perspectiva da [REDACTED], esta chegaria à mesma resposta, acaso se interrogasse sobre se o eventual incumprimento do contrato estaria abrangido na mencionada cláusula (a última em ambos os contratos).

Ora, ao ler «Todos os outros termos e condições» entenderia «*tudo* o que não constar do texto contratual»;

Depois, ao ler «que não estejam contraditórios ao acima estipulado», perceberia «e não contrarie o que se encontra previsto no contrato»;

Ao ler «serão de acordo com FOSFA 22...», entenderia «ficam sujeitos a «FOSFA 22»»;

E «com arbitragem em Londres, nos termos do Regulamento 125 da GAFTA» perceberia que «haveria arbitragem em Londres e seria efectuada nos termos do Regulamento 125 da GAFTA».

Por conseguinte, um declaratório normal colocado na posição da [REDACTED], após leitura da cláusula e num segundo momento integrado por alguma reflexão, perceberia o seguinte a respeito dessa última cláusula:

«Tudo o que não constar do texto contratual e não contrariar o que se encontra previsto no contrato, fica sujeito a FOSFA 22 e haverá arbitragem em Londres a qual será efectuada nos termos do Regulamento 125 da GAFTA».

É de concluir, pois, que *a letra da cláusula comporta o sentido que a [REDACTED] lhe atribui*, isto é, em caso de incumprimento (cláusula omissa), haverá recurso a arbitragem.

Mas, apesar da letra da lei comportar este sentido, tal não equivale a afirmar que tal sentido era percebido por um declaratório normal colocado na posição da [REDACTED], ou seja, que esse declaratório se apercebesse que em caso de

incumprimento contratual por alguma das partes a decisão seria tomada por arbitragem.

É que, quando as partes assinam um contrato, não estão a pensar, em regra, em não o cumprir, mas sim em cumpri-lo, pelo que a previsão da arbitragem poderia não ser ligada pela Barod a uma hipótese de incumprimento, mas sim a qualquer outra situação contratual que a mesma poderia nem vislumbrar no momento.

Mas se foi assim ou não foi que os factos se passaram nesta parte, tendo em conta a posição subjectiva da [REDACTED], não é possível saber.

Porém, como se disse, o teor literal da cláusula comporta o recurso à arbitragem em caso de incumprimento.

Continuando.

Um declaratório normal, colocado na posição da [REDACTED], se continuasse a reflectir sobre o alcance da cláusula em questão, deparar-se-ia com esta questão: «O que é FOSFA 22? O que é Regulamento 125? O que é GAFTA?».

Ora, se o declaratório não soubesse antecipadamente o que significavam estas palavras ou siglas, ficava com um défice de informação que não lhe permitiria antecipar o que poderia acontecer em caso de incumprimento contratual, quer da sua parte, quer da parte contrária, caso colocasse a questão de tal cláusula se aplicar a situações de incumprimento do contrato que assinou com a intenção de cumprir.

No caso dos autos, não há qualquer prova de que a [REDACTED] soubesse, antecipadamente, o que significavam as expressões ou siglas «FOSFA 22», «Regulamento 125» e «GAFTA».

É aqui que se surge a questão da relevância da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao caso.

Ou seja: o facto de não existir prova de que a recorrente [REDACTED] conhecesse o significado das expressões ou siglas «FOSFA 22», «Regulamento 125» e «GAFTA», constantes da indicada cláusula contratual, existente em ambos os contratos, com a mesma redacção, sendo, como já se concluiu, uma cláusula

contratual geral, tem alguma relevância face ao regime das cláusulas contratuais gerais?

Antes de responder, cumpre indicar alguns aspectos justificativos da existência do regime das cláusulas contratuais gerais.

Como é do conhecimento jurídico comum, as relações comerciais, em especial as ligadas ao consumo de bens e serviços, atingiram na última metade do século XX um tal volume que se tornou impossível, em numerosos domínios da actividade comercial, celebrar contratos segundo o paradigma contratual que se encontra previsto no Código Civil, isto é, precedido de negociações demoradas e completas sobre todas as cláusulas que vêm a figurar no contrato, tal como, de alguma forma, resulta do disposto no artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil, onde se dispõe que «Quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte».

Este estágio prévio ao contrato, durante o qual as partes «se sentam à mesa das negociações» e analisam conjuntamente todos os pontos do contrato e este vem a ser o resultado da fusão de ambas as vontades, embora com cedências de parte a parte ou só de uma parte, tornou-se inviável quando as empresas tiveram de celebrar centenas ou milhares de contratos em curtos espaços de tempo ⁽¹⁾.

Por outro lado, uma empresa não seria eficiente se tivesse em relação ao

¹ «...os negócios formam-se e executam-se a um ritmo de todo incompatível com um esquema negocial que faculte aos intervenientes um consciente exercício das suas liberdades de celebração e de estipulação» - Menezes Cordeiro. *Tratado de Direito Civil*, I, tomo I, pág. 597, pág. 597.

Diz ainda este autor que «A manutenção efectiva de negociações pré-contratuais em todos os contratos iria provocar um retrocesso na actividade jurídico-económica em geral. A quebra nos mais diversos sectores da actividade seria inimaginável, pois a rapidez e a normalização seriam postas em crise. Todos seriam prejudicados. Verifica-se ainda que certos sectores económicos só funcionam na base dos grandes números: pense-se nos seguros ou na banca. Para que possam ser feitos cálculos de risco, é necessário que todos os contratos tenham a mesma configuração. As cláusulas contratuais gerais são, aí, ontologicamente necessárias, além de quanto foi dito.

As cláusulas contratuais gerais devem, pois, manter-se, por necessidade» - *ob. cit.* pág. 600.

mesmo tipo de bem ou serviço que fornece, contratos com uma multiplicidade e diversidade de cláusulas, todos eles a regular um mesmo tipo de matéria contratual, consoante a individualidade de cada cliente.

Nestes casos, por imperativos de eficiência económica, tornou-se necessário estabelecer padrões contratuais iguais para todos os clientes.

As centenas ou milhares de contratos ficarão reduzidos, do ponto de vista da sua normatividade e interpretação, a um único contrato padrão, susceptível de ser reproduzido em massa apesar da diversidade dos clientes.

Nos futuros contratos individuais apenas variará o nome do cliente/contraente e, eventualmente, o quantitativo da prestação monetária a pagar por parte do aderente.

Porque a realidade é assim, a realidade impôs-se ao direito e o direito teve de a aceitar e regular tal como ela se lhe apresentou.

Claro está que este novo tipo de prática contratual gerou e gera inúmeros *problemas*, pois tende a favorecer o autor do contrato e a prejudicar aquele que não tem qualquer poder no sentido de *ditar* o teor das cláusulas contratuais, isto é, o aderente.

A este respeito o ANTÓNIO PINTO MONTEIRO diz-nos que «Esses problemas são fundamentalmente, de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente *desconhecer* cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de *cláusulas abusivas*; no plano processual, mostram a *inadequação* e *insuficiência* do normal controlo judiciário, que actua *a posteriori*, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso *concreto*.

Em face disto, um controlo eficaz terá de actuar em três direcções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um *efectivo e real acordo* sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de *cláusulas abusivas*; e pela atribuição de *legitimidade processual activa* a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadearem um

controlo preventivo (que além de permitir superar a habitual inércia do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza este processo negocial), isto é, um controlo sobre as “condições gerais” antes e independentemente de já haver sido celebrado um qualquer contrato» ⁽²⁾.

No caso dos autos, a questão que acima ficou identificada prende-se com o primeiro aspecto considerado, ou seja, com a obtenção de um *efectivo e real acordo* sobre todos os aspectos da regulamentação contratual.

Na verdade, uma cláusula para obrigar as partes tem de ser o resultado de um consenso sobre o seu conteúdo, o que implica que a parte que não a elaborou careça de, *pelo menos*, conhecer o seu conteúdo, pois se isso não acontecer não se pode afirmar que houve consenso acerca dela e não havendo consenso não se pode falar de contrato, pelo menos nessa parte.

Este consenso, claro está, não significa apenas acordo do aderente quanto às vantagens que o contrato lhe traz, mas também relativamente às desvantagens que ele acarreta.

O que releva é, como se disse, o acordo quanto a umas e outras; um acordo em que o aderente tem conhecimento do conteúdo de cada cláusula.

A pergunta que se coloca, então, no presente caso, é esta:

A obtenção de um efectivo e real acordo pressupunha que o [REDACTED] soubesse o que eram «FOSFA 22», «Regulamento 125» e «GAFTA»?

Verifica-se que o contrato não presta esta informação e nada nos autos indica que a [REDACTED] soubesse o significado de tais expressões ou siglas.

Qual a importância deste conhecimento/desconhecimento?

A relevância é esta:

Em caso de eventual incumprimento e na ausência de consenso sobre a indemnização, a cláusula diz que a indemnização não seria estabelecida pelos tribunais portugueses, nem de acordo com a lei portuguesa, mas sim fixada na cidade de Londres, por um tribunal arbitral inglês, identificado como GAFTA –The

² O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 62, I. Lisboa, Janeiro de 2002, pág. 8-9.

Grain and Feed Trade Association, e segundo as regras jurídicas estabelecidas no «Regulamento 125» da GAFTA.

Ora, não ter informação sobre a entidade que iria exercer a arbitragem, para além do seu nome, e sobre as regras aplicáveis à determinação da indemnização em caso de incumprimento, representam, no momento da assinatura do contrato, uma informação que podia ter influído na decisão de contratar, no todo ou noutros termos.

Com efeito, a parte que colocasse a hipótese de querer cumprir, mas admitisse a possibilidade de poder vir a não cumprir, muito embora sem qualquer *culpa* sua, poderia não querer contratar se um determinado regulamento de arbitragem previsse, por exemplo, indemnizações em qualquer caso de incumprimento, inclusive não imputável a culpa do faltoso.

Verifica-se, por conseguinte, que a cláusula aqui em análise remete para um regulamento de arbitragem, certamente composto por inúmeras outras cláusulas, cujo conteúdo foi desconhecido da [REDACTED] quando assinou o contrato, mas que em caso de incumprimento determinaria a forma processual e substantiva de chegar à respectiva indemnização.

Daí que tal informação seja de considerar relevante para a tomada da decisão de contratar e devesse ter sido transmitida pela [REDACTED] à [REDACTED] antes da assinatura do contrato e não o foi.

Vejamos agora a relevância desta situação face ao regime das cláusulas contratuais gerais.

Sobre esta matéria, o n.º 1, do artigo 6.º, do RCCG, dispõe que «O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique» e na al. b), do artigo 8.º, do mesmo diploma determina-se que se consideram «...excluídas dos contratos singulares: a)... ; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo».

Ora, já se deixou demonstrado que a [REDACTED] carecia de ser informada pela

██████ sobre o que significavam as palavras ou siglas «FOSFA 22», «Regulamento 125» e «GAFTA», que constavam da dita cláusula.

Não o tendo sido, a [REDACTED] não cumpriu o dever imposto pelo mencionado artigo 6.º do RCCG e a sanção é a exclusão de tal cláusula de ambos os contratos ⁽³⁾.

Excluída tal cláusula dos contratos, cumpre ter em consideração o disposto no n.º 1, do artigo 9.º, do RCCG, onde se determina: «... os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos».

É o caso.

Desaparecendo as cláusulas em questão, o litígio, na falta de consenso das partes acerca da sua resolução, terá de ser dirimido pelos tribunais portugueses.

Esta conclusão implica a recusa do reconhecimento das duas decisões arbitrais, com fundamento, precisamente, no disposto na al. a), do n.º 1, do artigo V, da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de Junho de 1958, ao qual já acima se aludiu.

*

Coloca-se, porém, ainda uma questão, referida pela recorrida nas contra-alegações, e que é esta: há um terceiro contrato onde também se prevê o recurso à arbitragem.

Com efeito, existe também o contrato celebrado em 23 de Setembro de 2003, entre a [REDACTED] Corp, a [REDACTED] e a [REDACTED] contrato este que vem mencionado na decisão arbitral que recaiu sobre o primeiro contrato celebrado em 01 de Setembro de 2003.

Neste terceiro contrato existe uma cláusula, com o n.º 15, semelhante a esta

³ Neste sentido o *Parecer* junto aos autos de António Menezes Cordeiro/Carlos Lacerda Barata, «A presença, num contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, de dispositivos que não tenham sido devidamente comunicados ou informados não corresponde ao consenso real das partes: ninguém pode dar o seu consentimento ao que, de facto, não conheça ou não entenda» - pág. 72 do respectivo texto.

ds

cláusula comum a ambos os contratos, que vem sendo analisada.

A relevância desta questão consiste no seguinte:

A competência arbitral atribuída à entidade arbitral GAFTA deriva não só do contrato celebrado em 01 de Setembro de 2003, cuja cláusula, já se viu, deve ser excluída, como também do contrato celebrado em 23 de Setembro de 2003.

Sendo assim, como é, coloca-se a questão de saber se a cláusula arbitral constante do contrato celebrado em 23 de Setembro de 2003 é válida ou não é face à argumentação que acabou de ser exposta, pois, se for válida, não há razão para negar a competência ao tribunal arbitral quanto ao primeiro contrato.

Vejamos.

A resposta a esta questão consiste em afirmar que este segundo contrato não altera a conclusão geral a que já se chegou.

Com efeito, no cabeçalho deste outro contrato, antes da redacção da primeira cláusula, consta o seguinte:

«O presente contrato resulta da transferência do contrato n.º 6034/011, datado de 1 de Setembro de 2003, entre [REDACTED], e [REDACTED] — [REDACTED]...» (cfr. tradução de fls.241).

Não é viável concluir, por isso, que a cláusula de arbitragem existente neste contrato, de 23 de Setembro de 2003, foi proposta pela [REDACTED] à [REDACTED].

Verifica-se, por conseguinte, que este contrato reproduz, nesta parte, o anterior, celebrado em 1 de Setembro de 2003 e nada mostra que a [REDACTED] tivesse ficado mais esclarecida em relação ao significado das expressões ou siglas «FOSFA 22», «Regulamento 125» e «GAFTA».

Seja como for, caso não se aceite esta conclusão, prevalecendo-se a Recorrida desta cláusula, então, face à aplicação da regra que consta do n.º 3, do artigo 1.º, do RCCG, onde se dispõe que «O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo», incumbia-lhe provar que a cláusula resultou de negociação entre as partes, sob pena de se considerar uma cláusula contratual geral.

Porém, como tal facto (negociação prévia) não se encontra provado, tem de se considerar que esta cláusula foi também subscrita pela [REDACTED] sem ter existido negociação prévia sobre ela, ou seja, é uma cláusula contratual geral.

Esta afirmação não permite responder à pergunta: mas, afinal, quem propôs a cláusula a quem? A cláusula foi proposta pela [REDACTED]? Se foi, pode agora ela invocar a falta de dever de informação por parte da [REDACTED]

Ora, face ao teor da norma do referido n.º 3, do artigo 1.º, do RCCG, tem de se considerar que a lei, ao impor à parte que pretende prevalecer-se da cláusula, o ónus de provar que a mesma resultou de negociação entre as partes, está também a atribuir-lhe a paternidade da cláusula, isto é, está a presumir que a cláusula foi proposta precisamente por quem tem o ónus de mostrar que ela resultou de negociação entre as partes.

Claro está que, caso a parte que pretende prevalecer-se da cláusula prove que a cláusula foi proposta pela outra parte, cumpre automaticamente, o mencionado ónus.

Colocam-se, pois, em relação a esta cláusula do contrato celebrado em 23 de Setembro de 2003, as mesmas questões que se colocaram antes quanto às outras duas cláusulas, iguais na sua redacção, constantes dos outros dois contratos.

Era essencial para a [REDACTED] conhecer o teor de tal cláusula.

Ora, como já se deixou referido, a [REDACTED] carecia de ser informada pela [REDACTED] sobre o que significavam ou eram as palavras ou siglas «FOSFA 22», «Regulamento 125» e «GAFTA» que constavam da dita cláusula.

Não o tendo sido, a [REDACTED] não cumpriu o dever imposto pelo mencionado artigo 6.º do RCCG e a sanção é também a exclusão de tal cláusula deste contrato onde intervém a empresa [REDACTED] como vendedora.

Ora, concluindo-se pela supressão de tal cláusula de todos os três contratos, isso implica que tenha de se negar o reconhecimento das sentenças arbitrais, uma vez que é suprimida a cláusula contratual que atribuía competência ao tribunal arbitral para dirimir o conflito resultante do alegado incumprimento do contrato.

III. Decisão.

Considerando o exposto, julga-se o recurso procedente, revoga-se a decisão recorrida e decide-se nega-se o reconhecimento das duas sentenças arbitrais.

Custas pela Requerente.

*

Coimbra, 19 de Junho de 2013.

Alberto Ruço
(Alberto Augusto Vicente Ruço)

Fernando de Jesus Fonseca Monteiro
(Fernando de Jesus Fonseca Monteiro)

Maria Inês Carvalho Brasil de Moura
(Maria Inês Carvalho Brasil de Moura)



