

Processo n.º 75/2021

(Autos de recurso em matéria cível)

Relator: Fong Man Chong

Data: 15 de Abril de 2021

ASSUNTOS:

- Contrato de empreitada e direito à eliminação de defeitos e responsabilidade contratual daí decorrente

SUMÁRIO:

I - O regime jurídico do contrato de empreitada comporta uma disciplina de denúncia e reparação ou eliminação de defeitos e vícios construtivos (enquanto perturbações defeituosas da prestação originária do empreiteiro: arts. 1134º e 1144º do CCM) que, para os imóveis destinados a longa duração (art. 1151º do CCM, em articulação com os arts. 1146º, 1147º e 1148º), determina a responsabilidade contratual do empreiteiro pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente.

II - Essa responsabilidade concretiza o direito de pedir a eliminação dos defeitos e vícios do construído e, no caso de não poderem ser eliminados ou sanados, o de exigir uma “nova construção” (artigo 1147º do CCM), tudo sem prejuízo do

direito à respectiva indemnização pelos prejuízos sofridos.

III - Trata-se de uma nova obrigação de prestação de facto, *ex lege*, que surge como consequência de o empreiteiro não ter executado a obra nas condições convencionadas e supõe uma condenação prévia do empreiteiro, na sequência do qual o dono pode exigir a eliminação do defeito ou a “nova construção” por terceiro, se for caso disso, à custa do devedor empreiteiro, ou a indemnização pelos danos sofridos.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo nº 75/2021

(Autos de recurso em matéria cível)

Data : 15 de Abril de 2021

Recorrente : **A Limitada** (A 有限公司)

Recorrida : **B S.A.** (B有限公司)

*

Acordam os Juízes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I - RELATÓRIO

A Limitada (A 有限公司), Recorrente, devidamente identificada nos autos, discordando da sentença proferida pelo Tribunal de primeira instância, datada de 15/06/2020, que julgou procedente a acção nos seguintes termos:

- Ser a Ré/Recorrente condenada a pagar à Autora/Recorrida o valor que, em sede de execução de sentença de vier a liquidar, por conta do valor por esta suportado com a eliminação dos defeitos das obras de reparação identificadas nos autos, e,

- Ser declarada a compensação entre o valor da condenação a liquidar e o preço devido à Recorrente no valor de MOP\$440,535.00, e,

- Ser julgado improcedente o pedido reconvenicional deduzido pela Ré/Recorrente;

Dela veio, em 07/09/2020, recorrer para este TSI com os fundamentos constantes de fls. 1071 a 1098, tendo formulado as seguintes conclusões :

I. 原審裁判指涉案工程於交付時沒有明顯瑕疵存在而推論有隱蔽的瑕疵存在之認定是存有明顯錯誤

1. 上訴人認為原審裁判第20頁所指出的“既證事實指被告於2015年8月1日將工作物交予原告，當時沒有明顯的瑕疵存在”之認定是存在明顯錯誤。

2. 由本案既證事實結合卷宗資料可顯示，上訴人在完成涉案工程後，被上訴人曾作出驗收，且當時曾發現有明顯可見的瑕疵，而經上訴人作出修改及消除瑕疵後，已獲被上訴人發出最後的驗收證明。

3. 上訴人一直在本案中主張其不是不願意履行合同義務，只是被上訴人在其完工後不停要求其重複作出修復工作，而所修復的標的已漸漸脫離了其應負責的範圍，該等嗣後出現之外牆問題非基於上訴人的施工工藝或物料不當所致，而是基於涉案建築物受自然風雨侵蝕及自身養保養不善所導致。

4. 由此可見，原審裁判在前提上已錯誤認定了涉案工程在交付時已存在瑕疵，繼而影響了有關裁判於續後作出的裁定，因此原審裁判沾有《民事訴訟法典》第571條第1款c)項所指“所持依據與所作裁判相矛盾”的無效瑕疵。

II. 原審裁判指上訴人未有履行舉證義務推翻過錯推定之認定存在錯誤

5. 上訴人認為透過鑑定報告內容，結合卷宗書證及透過庭審獲得的證言，可充份證明及合理得出被上訴人於本案中追究的外牆問題不應歸責於上訴人之結論。

6. 由鑑定報告第1條之答覆以及證人C及D所提供之證言可見，本案所爭議的外牆問題之所以出現的根本性原因是由於新造較淺色的白色油漆直接施工於舊有的黃色油漆之上，而沒有徹底將原來的舊油漆鏟除，以致新、舊油漆之間的黏附力不夠，以致容易出現裂縫或空隙，結合涉案建築物的臨海地理位置，海風及雨水的鹽份入侵，使之出現剝落、發霉及污垢。

7. 我們需從「合同範圍」、「標書內容」、「材料之選定」、「重油外牆所需之工藝技術」及「重油外牆的行業工序慣例」等方面分析“新油漆直接作用在舊有油漆上是由誰的過錯造成”之問題。

8. 首先是「合同範圍」方面，載於起訴狀附件5的報價單上載有被上訴人與上訴人雙方的簽名，文件當中的所有內容是獲得雙方確認。由證人F的證言，結合報價單上的價金分析，便可認定工程範圍不可能包括上訴人須於五年間不斷為涉案建築物進行翻新，其中報價單中所載的“5 years DLP Period Management and follow-up”所指的只是一般的工程保固期。

9. 載於起訴狀的附件4之標書文件只是在敘言部分提及業主方希望可以保障油漆五年有效，但其中最重要的「工程範圍」部分並沒有提及有如此要求，有關內容都只是一般的油漆工程條款。

10. 被上訴人從未證實其在合同中有特別要求上訴人為該座處於海邊的酒店提供特別的防霉、防水、防潮的油漆服務。

11. 而且被上訴人於2020年3月17日提交予原審法院的文件第5頁亦有載明上訴人已於投標階段向被上訴人特別建議使用防腐、防菌作用更強烈的新材料，並獲得被上訴人的批准。

12. 在「標書的內容」方面，由已確定事實D)項、E)項以及卷宗第86至105頁之文件可顯示，“標書”是由被上訴人制定，且當中的工程方案、執修範圍、施工程序及選用材料等全由被上訴人訂定，上訴人只能按照被上訴人訂定的要求作出配合。

13. 按照標書及招標會議紀錄之內容，針對外牆翻新油漆的部份，上訴人需要進行的施工工序是先用高壓槍清洗牆身，繼而掃上新油漆，當中並無“以工具鏟起牆身舊油漆及污漬”的項目。

14. 而且在施工過程中，被上訴人從起始至工程完結期間一直有派員監管，倘若上訴人在施工過程中出現任何差錯，尤其是施工工序的缺漏或工程實施的過失，被上訴人定必知悉並要求修正。但從已確定及既證事實可得知，在工程完結後，被上訴人曾對涉案建築物進行驗收且給予認可。

15. 可見，上訴人嚴格按照被上訴人於“標書”及“招標會議”所訂定之施工工序來實施工程，過程中不存在任何缺失。

16. 在「在材料之選定」方面，雖然本案翻新涉案建築物外牆所使用之油漆是由上訴人推薦，但證人E已明確指出，上訴人所推薦的油漆被當時招標委員會接納，因該油漆的質量不比標書所要求的低。

17. 在「重油外牆所需之工藝技術」方面，根據標書規定，上訴人所負責的工程內容是為陳舊的外牆塗上新油漆，並須在上油前先以高壓槍清洗外牆的舊污漬。

18. 上訴人在上油漆前已使用高壓水槍清洗外牆的舊污漬，有關步驟純為對簡單儀器的基本操作，不涉及工藝技術成份。

19. 雖然上油漆這一過程涉及工藝技術，但從鑑定報告的結果反映，涉案建築物外牆所出現的問題是因為原油漆及污漬未能被徹底去除，新油覆蓋上舊油而致，這與上訴人所需負責實施的上油漆的工藝無關。

20. 在「重油外牆的行業工序慣例」方面，雖然在翻新外牆的工程中，上油漆前有需

要按照行業慣例先行清潔牆身，但上訴人認為清潔牆身的方式有多種，以高壓水槍進行清洗亦是其中之一，而不僅限於“以工具鏟除舊牆身”這一方式。

21. 事實上，被上訴人已經透過標書記載了上述“清洗牆身”的慣例以及指定履行該慣例的方式，就是使用高壓水槍清洗。

22. 換角度思考，倘若認為被上訴人要求上訴人在清潔沒有將上述慣例於標書中記載，並要求承攬人以工具鏟除舊底漆，則原則上經過承攬人“鏟除底漆”這一工序後，涉案建築物的牆身理應再不存在舊有的油漆以及污漬。這樣，被上訴人一方似乎無需要在標書中訂定“高壓水槍清洗牆身”的工序。但相反，現實情況就是被上訴人在標書中要求上訴人在上油漆前須以高壓水槍清洗牆身，並為此訂定了水壓的最低要求。

23. 而且根據證人E所提供的證言可反映，被上訴人一方在就涉案工程進行招標時已達成共識，承攬人在進行上油漆前只需以高壓水槍清洗牆身，並認為這樣已足夠去除牆身的原有油漆及污漬，而實際上上訴人在實施有關工程時亦有作出此一工序。

24. 上訴人並非不負責任的承建商，針對被上訴人亦有澳門幣440,535元之工程款項未收取，若被上訴人的維修要求是合理且應由被上訴人負責，則上訴人不會拒絕執漏；但被上訴人在完工後就酒店的外牆部份向上訴人提出的執漏要求已明顯超逾合同之範圍，有關外牆問題非因上訴人的工藝不好而導致。

25. 基於此，上訴人根據《民事訴訟法典》第599條之規定，針對原審法院在事實事宜方面的裁判提出爭執如下：

- 調查基礎內容第47及48項應改判為部份獲得證實，應認定涉案的建築物外牆問題與上訴人所提供的工藝和物料無關；及

- 調查基礎內容第48-A項應改判為獲得證實。

26. 在此情況下，應裁定被上訴人在本案所主張的瑕疵非因上訴人的過錯造成，有關瑕疵即使屬實亦不應歸責於上訴人。

III. 被上訴人在本案中所主張的所有權利已告失效及不可行使

27. 由已確定及既證事實反映，被上訴人自於2016年3月其發現工作物之瑕疵之時起計，直至其於2016年12月9日將瑕疵告知上訴人，已至少超逾八個月之時間。

28. 根據《民法典》第1146條第1款之規定，被上訴人由同一法典第1147條至1149條規定所賦予之權利，即其對除去瑕疵、減少報酬、解除合同及損害賠償等權利已告失效。

29. 上訴人並不同意原審法院認為本案之情況應適用《民法典》第1151所規定的特別期限之觀點，因為適用《民法典》第1151條第1款之前提是「建造、改建或修葺」樓宇或其他屬

供長期使用之不動產。

30. 對於涉案建築物之外牆部份，上訴人所負責的工程項目是塗上新油漆，非屬「建築、改建」之情況，且上訴人認為塗油漆亦非屬「修葺」涉案建築物，因為上訴人沒有對涉案建築物的結構進行改動，尤其沒有加固外牆部份。

31. 再者，被上訴人自於2015年8月1日獲交付工作物後，直至其於2017年12月7日提起本案，已超逾了兩年時間。

32. 根據《民法典》第1150條第2款後部份結合同一條文第1款之規定，在任何情況下，對除去瑕疵、減少報酬、解除合同及損害賠償之權利均不得自工作物之交付經過二年後行使。

IV. 被上訴人要求上訴人在一般保固期內不停重做工程屬於“權利濫用”

33. 根據已證事實，涉案酒店位置臨海，長期遭受海水和海風帶來的鹽份侵蝕，而且日常降雨和颱風，尤其是於2017年8月襲澳的颱風天鴿也對涉案建築物造成破壞，必然加劇外牆老化、剝落和出現污垢的情況。

34. 此外，根據涉案工程合同的內容，被上訴人只是重新粉刷涉案酒店之外牆，所負責的工作只屬於提供體力勞動和工藝技術，不會出現所謂的“嚴重瑕疵”。即使存在工藝上的瑕疵，例如油漆過界、用錯顏色等，也會在完工驗收時立即被發現，而不會像被上訴人所指那樣在完工及交付工作物後多個月後才被發現的。

35. 上訴人所承諾給予被上訴人的五年保固期只是一般行業慣例上所指的保養服務，並不等於每當被上訴人的建築物遭受任何自然或人為的損毀，在該五年期間內上訴人亦要提供修復服務。

36. 被上訴人明知其建築物是因為自然侵蝕及其自身保養不善等原因而導致出現外牆老化和污垢的問題，但仍強行將有關問題持續地歸咎於上訴人，其行為和做法明顯有違善意，以及符合《民法典》第326條所指的權利濫用。

37. 亦正如尊敬的Abílio Neto學者於《Código Civil Anotado》一書中就葡萄牙民法典第1225條(該條與本澳《民法典》第1151條所規定者相約)所作註釋中援引的由葡國法院所作出的裁判，有關見解認為：“São imputáveis ao dono obra, e não ao empreiteiro, os estragos causados em bens daquele por virtude de infiltrações de águas motivadas por vícios da obra, se o dono, conhecendo essas infiltrações e prevendo ou devendo prever que elas causariam danos nesses bens, ou não retira ou acautela, podendo faze-lo (STJ, 22-2-1973:BMJ, 224°-152).”

38. 換言之，因工作物有瑕疵而滲水因而對定作人之財產造成之毀損，如定作人知悉

此等滲漏，以及預料到或應預料到該等滲水將引致損害，或當其可以這樣做時不避免或不採取措施避免損害時，則該損害應歸責於定作人，而不是承攬人。

39. 上訴人認為本案的情況符合上述引例，被上訴人明知涉案建築物的臨海位置，而且深受颱風及暴雨等天然災害影響，但被上訴人在就涉案工程制定標書及進行招標時並無就此等問題所作出的預防手段，在完工後亦無作出特別的保護措施。相反，一直將問題無理歸責於上訴人的“手工”不好，嚴重違反合同善意，因此被上訴人的訴訟主張不應受法律所保護。

V. 上訴人並沒有作出承攬人的承認

40. 上訴人不認同原審法院就“被告知悉瑕疵亦承諾會作出維修，等同被告承認了原告的权利”之認定。所謂“凡事看兩面”，我們認為判斷上訴人有沒有在本案中對被上訴人所追究的瑕疵作出承認，應該從事件的整體來龍去脈作出分析。

41. 上訴人在2015年8月正式將涉案工程交付予被上訴人之時及之前已完成一次較大規模的執修工作，因不論是按照雙方合同及一貫工程慣例，上訴人是有義務完成該次執修。

42. 但其後相隔完工驗收之日一年多以後，被上訴人向上訴人告知發現“新的瑕疵”需要執修，上訴人初時是本著履行保固期義務的善意心態，派員為被上訴人進行修復工程。但在執修過程中，上訴人始發現被上訴人要求上訴人修復不屬於上訴人工藝問題的損毀部份，甚至是不屬原工程範圍的外牆問題，因此上訴人於2017年2月便停止執修工作，明確告知被上訴人不對其餘的瑕疵負責。

43. 上訴人一直以來只曾承認執修其合同責任範圍以內的瑕疵，而該部份的瑕疵其實際上亦已完成執修，但從來沒有承認有關被上訴人在本案中所追究的瑕疵的責任，因此不符合《民法典》第323條之規定，從而沒有阻礙失效之發生。

44. 綜上所述，上訴人認為其在本案中並不存在瑕疵履行的問題，因此被上訴人無權拒絕支付尚餘的合同價金及無權作出抵銷，為此，應改判被上訴人/原告的訴訟理由不成立，以及上訴人/被告的反訴理由成立。

*

B S.A. (B有限公司), Recorrida, com os sinais identificativos nos autos, ofereceu a resposta constante de fls. 1138 a 1181, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. A Recorrente vem interpor o recurso da douta Sentença proferida pelo douto Tribunal a quo a fls. 1042 a 1063v nos presentes autos, onde se julgou procedente o pedido apresentado

pela Autora, e se condenou a Recorrente a pagar à ora Recorrida o valor que, em sede de execução de sentença de vier a liquidar, por conta do valor por esta suportado com a eliminação dos defeitos em causa nos presentes autos, e sendo declarada a compensação entre o valor da condenação a liquidar e o preço devido à Recorrente no valor de MOP\$440,535.00, e, em contrapartida, se julgou improcedente o pedido reconvenicional deduzido pela Recorrente.

2. Em relação à nulidade da sentença por oposição entre os fundamentos e a decisão, devido ao erro manifesto na verificação da existência dos defeitos aparentes no momento da entrega de obra, a ora Recorrente baseia-se na fundamentação da sentença, designadamente, a fls. 20 da sentença onde se diz que: "Da factualidade provada resulta que a Ré no dia 1 de Agosto de 2015 entregou a obra à ora Autora, a obra na altura não apresentava defeitos visíveis."

3. Ora, a afirmação assim proferida pelo douto Tribunal *a quo*, trata-se de um mero lapso de escrita do Tribunal a quo na indicação como sendo em 01 de Agosto de 2015 a data da entrega da obra na parte da fundamentação da sentença, na medida em que, conjugados os factos constantes na alínea J) dos factos assentes e nas respostas aos quesitos 3.º, 32.º e 33.º com a própria palavra "entregou" utilizada pelo Tribunal a quo na fls. 20 da sentença recorrida, não podemos chegar a outra conclusão aquilo que o douto tribunal *a quo* queria dizer era: "Da factualidade provada resulta que a Ré no dia 5 de Setembro de 2015 entregou a obra à ora Autora, a obra na altura não apresentava defeitos visíveis."

4. E este mero lapso de escrita quanto à data da entrega de obra não afecta, de forma nenhuma, a fundamentação da sentença recorrida.

5. Conforme o art. 1145.º do Código Civil, o momento decisivo para a verificação da (ir)responsabilidade dos defeitos aparentes pelo empreiteiro traduz-se no momento da aceitação da obra, e nunca no da conclusão da obra, que se trata de um momento anterior à própria aceitação da obra.

6. Assim, o Tribunal a quo não errou, de modo nenhum, na apreciação e na verificação do facto de que a obra em causa não apresentava defeitos visíveis no momento da sua entrega, limitando-se tão-só a cometer um lapso na indicação da data da entrega de obra que não implica qualquer alteração na fundamentação da sentença ora recorrida.

7. Sendo um lapso de escrita, vem a ora Recorrida requerer desde já a sua rectificação pelo douto Tribunal de Segunda Instância, ao abrigo do disposto no n.º2 do art. 570.º do CPC.

8. Por outro lado, se a ora Recorrente não se conforma efectivamente com o facto vertido na resposta ao quesito 3.º da base instrutória - "Quando da entrega da obra, a mesma não apresentava defeitos visíveis." -, ela teria que cumprir o ónus de impugnação da matéria de facto imposto pelo art. 599.º do CPC.

9. Não o tendo sido efectuado, não pode a ora Recorrente vir a pôr em causa este facto que já se considera como provado.

10. Pelo exposto, não havendo qualquer erro manifesto na verificação do facto da existência dos defeitos aparentes no momento da entrega de obra, não se verifica, in casu, qualquer oposição entre a fundamentação e a decisão da sentença prevista na alínea c) do n.º1 do art. 571.º do CPC que possa conduzir à nulidade da mesma.

11. No que diz respeito aos factos aludidos nos quesitos 47.º e 48.º da base instrutória, a ora Recorrente entende que os mesmos devem ser considerados como parcialmente provados, no sentido de que as questões das paredes exteriores do imóvel em causa nada têm a ver com a arte do empreiteiro e os materiais aplicados, os defeitos foram devidos à aplicação de nova tinta sobre a tinta já existente na fachada do Hotel, e uma vez que a remoção da tinta antiga não era trabalho exigido no âmbito do contrato de empreiteiro em apreço, não lhe são portanto imputáveis os defeitos denunciados neste processo.

12. Nem no relatório pericial nem na sentença recorrida, alguma vez se refere que a não remoção da tinta antiga era a causa essencial/única dos defeitos em apreço nos presentes autos.

13. O Tribunal a quo apenas se limita a fundamentar na sentença recorrida afirmando que verificados os defeitos na obra em apreço dentro do prazo de garantia e sem que a ora Recorrente tivesse logrado ilidir a presunção de culpa no cumprimento defeituoso, a mesma é responsável pelos defeitos ocorridos.

14. Mais, conforme as respostas aos quesitos 7.º e 10.º da base instrutória, apresentam como defeitos: o aparecimento da tinta antiga, o descascamento da tinta nova, o surgimento das manchas de sujidade e o descascamento da tinta dos Rodapés;

15. Como vimos, os defeitos em causa nem sempre têm a ver com a não remoção da tinta antiga, e podem estar relacionados com a arte do empreiteiro, com a forma da aplicação da tinta ou com os trabalhos preparatórios de pintura etc.

16. Aliás, a própria Recorrente já refere no art. 7.º das suas alegações que (embora a ora

Recorrida não se concorde com isto): "... as questões supervenientes não foram causadas pela arte de construção ou pela adequação dos materiais, mas sim pela erosão natural e pela má conservação do próprio edifício em causa (claro, do relatório pericial conjugado com o decurso da audiência descobre-se mais uma nova causa sobre o descaramento constante das paredes exteriores - a tinta antiga não foi removida totalmente. Neste ponto, a Recorrente vem desenvolver infra.)"

17. Entretanto, mesmo que se considere a não remoção da tinta antiga como uma das causas provocadoras dos defeitos detectados na presente empreitada, sempre se diga que,

18. Neste caso em concreto, a remoção da tinta antiga é uma tarefa imprescindível por estar abrangida pelo contrato da empreitada em apreço, exigida pela prática e pelo uso corrente do sector da pintura, bem como imposta pelo objectivo do próprio contrato, designadamente de acordo a alínea e) da cláusula 7 dos documentos de concurso (fls. 90 dos presentes autos), e pela natureza da obrigação do empreiteiro.

19. Ora, do contrato celebrado entre as partes resulta bem claro que a limpeza das paredes terá que ser feita no mínimo pelo uso de pistola de água de alta pressão, através de escovagem, raspagem, pelo uso de ácido, e/ou pela combinação de ambos para a preparação das superfícies das paredes.

20. Portanto, não corresponde à verdade o que a ora Recorrente vem invocar no art. 30.º das suas alegações que " ... , *o procedimento consiste em limpar as paredes com a pistola de água de alta pressão e, em seguida, aplicar a nova tinta, não se exige raspar a tinta antiga com o uso do instrumento.*",

21. Assim, da estipulação expressa do próprio contrato de empreitada e dos depoimentos das testemunhas Estrada Romulo Zanduetta (cfr. Translator 2 Recorded on 19-Mar-2020 at 16.03.43 (3%HO(ZIG104320319).WAV - (32:10 a 34:33), Lok Weng Lon (cfr. Translator 2 Recorded on 19-Mar-2020 at 17.28.33 (3%HQU#6104320319) - 25:30 a 42:57) e D (cfr. Translator 2 Recorded on 19-Mar-2020 at 15.02.20 (3%HM0432019).WAV) 26:32 a 27:49) , não é difícil de se retirar a conclusão de que a "limpeza" referida não se trata meramente de uma simples lavagem, mas sim dos trabalhos preparatórios para as superfícies das paredes, tal como indicado no título da cláusula, e que consistem na remoção de tinta antiga pelo uso de pistola de água de alta pressão no mínimo de 1200psi, por escovação, por raspar, pelo uso de ácido, e quando algum esteja insuficiente, pela combinação de ambos ou mais.

22. Caso não assim se entenda, o que se concede apenas por mero dever de patrocínio, sempre se diga que, ainda que o trabalho de remoção da tinta antiga não fosse exigido expressamente pelo contrato de empreitada em apreço, resulta dos depoimentos das testemunhas supra mencionados de forma clara que é uso comum no sector da pintura a remoção da tinta antiga das paredes antes de aplicação de nova.

23. Tratando-se de empresários comerciais a ora Recorrente e a ora Recorrida, e sendo o trabalho da remoção da tinta antiga antes de aplicação da nova uma prática que regularmente observado no sector de pintura/construção civil e que seja de modo a justificar a expectativa de que será observada no contrato da empreitada em questão,

24. Assim, salvo existência de convenção em contrário no próprio contrato de empreitada, este uso/prática comum deverá ser considerado como aplicável ao contrato de empreitada celebrado entre a ora Recorrente e a ora Recorrida, ao abrigo do art. 565.º do Código Comercial

25. Pelo que, a ora Recorrente está obrigada perante a ora Recorrida a remover a tinta antiga das paredes antes de aplicar a nova.

26. Ora, atento o objectivo desta empreitada de remodelação da fachada do Hotel e conforme a cláusula 3 do programa do concurso constantes de fls. 87 a 88 dos autos, i.e., o empreiteiro deve usar todos materiais e mão de obra, adoptar toda a metodologia para atingir o objectivo de o dono de obra não ter a necessidade de limpar, voltar a pintar e proceder qualquer reparação dentro do prazo de garantia mínima de 5 anos,

27. E tratando-se de uma obrigação de resultado a obrigação da empreiteira, i.e., a mesma está adstrita a realizar a obra conforme o acordado e segundo usos e regras de artes,

28. Neste caso, a ora Recorrente está ciente do objectivo da presente empreitada, da obrigação a que está adstrita a fazer tudo incluindo aplicar todas as regras de artes vigentes para alcançar o resultado pretendido pela ora Recorrida, bem como da prática exigida na indústria de pintura da remoção da tinta nova, e acabou por não proceder à remoção da tinta antiga, os defeitos que a obra assim apresenta deverão ser de responsabilidade da ora Recorrente devido ao seu cumprimento defeituoso.

29. Por outro lado, e salvo o devido respeito, parece que a ora Recorrente não logrou ilidir a presunção da culpa inerente ao cumprimento defeituoso.

30. Como acima referido, a ora Recorrente menciona no art. 7.º das suas alegações que, no seu entendimento, há pelo menos três causas que deram lugar ao comparecimento dos defeitos: a erosão natural, a má conservação do edifício pela ora Recorrida e a não remoção total da tinta antiga das paredes.

31. E foram considerados como não provados os seguintes factos na sentença recorrida, conforme os quesitos 47.º e 48.º da base instrutória:

"Por ter sofrido erosão natural e ter sido mal conservado, o edifício em questão já possui problemas de qualidade, apresenta situações de envelhecimento, descasque e descoloração de tinta,(...)"

"Após a aceitação e a entrega de obra em causa, o facto de ter apresentado os defeitos resultantes da erosão natural e manutenção inadequada da Autora, (...)."

32. Ora, a resposta negativa a estes factos não foi impugnada pela ora Recorrente em sede do recurso.

33. Face a estes factos não provados vertidos na parte inicial dos quesitos 47.º e 48.º da base instrutória, bem como ao não cumprimento da prática das regras de arte exigidas no domínio industrial da pintura, a ora Recorrente não logrou ilidir a presunção de culpa decorrente do cumprimento defeituoso.

34. Finalmente, a não ser que exista um erro manifesto por parte do Tribunal a quo na apreciação das provas, sobretudo por ter violado as regras e princípios de direito probatório, o juízo que o Tribunal a quo formulou sobre a matéria de facto com base numa análise abrangente, cautelosa e minuciosa dos documentos constantes dos autos e de todos os depoimentos prestados pelas testemunhas presentes na audiência do julgamento em função do princípio da livre apreciação de prova, em princípio, não poderá ser posto em causa em sede de recurso.

35. Ora, in casu, uma vez que não se verifica qualquer erro manifesto cometido pelo Tribunal a quo na apreciação e verificação da matéria de facto, deve ser julgada improcedente a impugnação da matéria de facto deduzida pela ora Recorrente quanto à parte final dos quesitos 47.º e 48.º da base instrutória.

36. Em relação á resposta dada pelo douto Tribunal a quo à matéria constante do quesito 48-A da base instrutória ela tem que ser lido em conjugação o requerimento e documentos apresentados pela ora Recorrida em sede de audiência de discussão e julgamento e por isso, aqueles

defeitos que do requerimento apresentado pela ora Recorrida em sede de julgamento, não estão incluído na resposta negativa dada ao quesito 48º-A.

37. Quanto à caducidade e da impossibilidade do exercício de todos os direitos invocados pela ora Recorrida nos presentes autos, vem também a ora Recorrente defender que, como a obra em causa se restringe somente à pintura das paredes do imóvel, não se enquadra, portanto, no conceito da "reparação" do imóvel destinado a longa duração previsto no art. 1151.º do CC, e não sendo aplicável ao presente caso esta disposição legal, o direito da ora Recorrida quanto aos defeitos fica logo caduca.

38. Porém, salvo o devido respeito, não tem razão a ora Recorrente, a própria designação da empreitada "Building Facade Refurbishment" já demonstra que a obra consiste na Remodelação da Fachada do Edifício e o mesmo é confirmado pelo teor da resposta ao quesito 1.º da base instrutória.

39. Decorre daqui que o âmbito do contrato da empreitada em causa não se limita apenas à pintura das paredes, mas sim abrange também vários trabalhos que se destinam à reparação e preparação das paredes, com o objetivo de proceder à Remodelação da Fachada do Hotel Grand Coloane.

40. Por isso, sem dúvida nenhuma que estamos perante uma obra de reparação prevista no disposto no art. 1151.º do CC.

41. Ainda que não assim se considere, ou seja, entende-se que se aplica o disposto no art. 1150.º do CC aos presentes autos, o que apenas se concede por mero dever de patrocínio, sempre se diga que, está estipulado, de forma expressa, na cláusula 3 e na alínea m) da cláusula 8 do programa do concurso (cfr. fls. 94 dos autos), na alínea j) do acordo assinado pelas partes (cfr. fls. 855 dos autos), e na cotação apresentada pela própria Recorrente (cfr. fls. 104 dos autos), que o prazo de garantia é de 5 anos a partir da data de conclusão efectiva da obra.

42. Ora, tal como referido pelo Tribunal a quo na sentença recorrida que, trata-se de um prazo de caducidade o prazo de garantia, e estamos perante uma matéria disponível pelas partes, não constituindo também qualquer fraude às regras legais da prescrição, a estipulação pela ora Recorrente e pela Recorrida sobre o prazo de garantia é válida, ao abrigo do disposto no n.º 1 do art. 322.º do CC, o que prevalece sobre o prazo legal de garantia de 2 anos previsto no art. 1150.º do CC.

43. Pelo que, tendo sido descobertos os defeitos dentro do prazo de 5 anos após a conclusão da obra, os direitos de que a ora Recorrida é titular quanto aos mesmos não caducam, devendo em consequência ser também nesta parte julgado improcedente o Recurso a que ora se responde.

44. Em relação ao abuso do poder em virtude de exigências repetidas feitas pela ora Recorrida à ora Recorrente a fazer os trabalhos no prazo normal de garantia, vem a ora Recorrente, em primeiro lugar, alegar no art. 78.º das suas alegações do recurso que, mesmo que existissem defeitos relacionados com a arte da pintura, os mesmos deveriam ser detectados logo depois da conclusão da obra, e não vários meses depois da conclusão e da entrega da obra.

45. Salvo o devido respeito, os defeitos tanto podem ser detectados logo depois da conclusão da obra, como aconteceu no presente caso onde a ora Recorrida já ordenou imediatamente a sua reparação (cfr. resposta ao quesito 33.º da base instrutória), como podem ser descobertos ou mesmo surgirem após a entrega da obra.

46. E o prazo de garantia serve exactamente para a eliminação de todos os defeitos descobertos neste prazo, sendo que, no presente caso, o prazo de garantia é de 5 anos, quer em termos legais quer em termos convencionais.

47. Por outro lado, vem a ora Recorrente no art. 79.º das suas alegações afirmar que o prazo de garantia de 5 anos destina-se tão-só aos trabalhos da manutenção ordinária, e não à reparação de quaisquer defeitos da origem natural ou humana.

48. Porém, o alegado facto de os defeitos serem provocados pela erosão natural ou pela má conservação por parte da ora Recorrida foi considerado como não provado (cfr. a resposta de "Não provado" aos quesitos 47.º e 48.º da base instrutória) e tal matéria não foi impugnada pela Recorrente.

49. Ora, salvo todo o respeito pela ora Recorrente, afigura-se que quem está a actuar de má fé é a própria Recorrente, que perante os factos não provados (os quais nem sequer foram impugnados neste recurso), vem nas suas alegações tratar destes factos como se fossem "provados", e acusando a ora Recorrida de estar bem ciente desta factualidade e, ainda assim, continuar a imputar estes "factos não provados" à ora Recorrente de forma dolosa e repetida!!!

50. Mais, vem a ora Recorrente alegar que a ora Recorrida sabia que o imóvel em causa se situa perto de mar e está sempre afectado pelo desastre natural, e ainda assim a mesma não

adoptou qualquer medida de prevenção contra estas questões, violando assim de grave a boa contratual e, portanto, a sua pretensão não merece qualquer protecção jurídica.

51. Antes de mais, em relação à localização e ao estado do Hotel em causa, a ora Recorrida já expõe de forma expressa e clara logo na cláusula 1 do programa do concurso e também dele resultam os objectivos da empreitada na cláusula 3, constante da fls. 86, e a ora Recorrente ao apresentar a sua proposta a este concurso, já sabia perfeitamente a situação do Hotel em causa e os objectivos visados por esta empreitada, e um deles se traduz em superar os problemas que serão causados eventualmente por esses fenómenos naturais.

52. Mas mais, dentro dos trabalhos que foram incumbidos à ora Recorrente no âmbito do contrato de empreitada já se exige à mesma de forma expressa que:

"Nos termos do contrato assinado e do orçamento apresentado, a R. obrigou-se à realização dos seguintes trabalhos:

(...)

- 在進行基層底油漆層前，在牆面及欄杆位置進行表面的準備工作 – 包括防水處理 (如有需要)，以便能滿足工程的要求”

53. Pelo exposto, não se configura neste processo qualquer actuação ou conduta por parte da ora Recorrida que possa violar a boa fé e constituindo um caso de abuso do direito, devendo por isso também nesta parte improceder o presente Recurso.

54. Por fim, quanto à inexistência do reconhecimento por parte da Recorrente enquanto causa impeditiva da caducidade do prazo de denúncia dos defeitos, vem a ora Recorrente alegar que, o facto de que ela reparou os defeitos depois de os mesmos terem sido denunciados pela ora Recorrida não constitui, por parte dela, qualquer reconhecimento do direito da mesma enquanto causa impeditiva da caducidade, na medida em que no início ela efectuou a reparação dos defeitos por bondade e em cumprimento da sua obrigação da garantia, mas depois quando notava que os defeitos denunciados posteriormente não foram abrangidos pelo âmbito do contrato de empreitada, já se recusou logo à sua reparação.

55. Porém, salvo o devido respeito, aplica-se ao presente caso o prazo de denúncia previsto para os imóveis destinados a longa duração, ou seja, 1 anos a contar do seu descobrimento.

56. Mais, mesmo que não assim se entenda, o que por mera cautela do patrocínio se concede, sempre se diga que, no presente caso verifica-se o reconhecimento do direito da ora

Recorrida pela ora Recorrente que impede a caducidade do prazo de denúncia.

57. Em primeiro lugar, conforme a factualidade provada constante das respostas aos quesitos 2.º 8.º e 12º da base instrutória, não impugnados pela Ré, todos os defeitos denunciados, estão a coberto das previsões do contrato e ocorreram nos locais intervencionados pela ora Recorrente no âmbito do contrato da empreitada celebrado com a ora Recorrida.

58. Por outro lado, os defeitos que foram denunciados pela ora Recorrida pela 1ª vez em 9 de Dezembro de 2016 (cfr. a resposta ao quesito 6.º da base instrutória) são quase idênticos aos que foram denunciados pela mesma pela 2ª vez em 24 de Dezembro de 2017 (cfr. a resposta ao quesito 11º da base instrutória), e que todos estão elencados nas respostas aos quesitos 7.º e 10.º da base instrutória, a saber: o aparecimento da tinta antiga, o descascamento da tinta nova, o surgimento das manchas de sujidade e o descascamento da tinta dos Rodapés;

59. Portanto, não havia qualquer razão para a ora Recorrente a considerar que os defeitos que foram denunciados no início são da responsabilidade dela e os denunciados posteriormente já não o eram.

60. Na verdade, resulta da factualidade provada na sentença recorrida nas respostas aos quesitos 4.º a 6.º, 9.º a 10.º, 13.º a 16.º da base instrutória (na resposta ao quesito 15.º da base instrutória, o "2016" deve ser lido como 2017 por ser tratar de um manifesto lapso de escrita) que a ora Recorrente tendo recebido as denúncias dos defeitos efetuadas pela ora Recorrida, decidir levar a cabo trabalhos de eliminação dos defeitos sem se ter recusado ou manifestado a sua oposição à ora Recorrida quanto a isto,

61. E até garantir mais tarde à ora Recorrida que os trabalhos de rectificação de defeitos em curso iriam continuar (cfr. resposta ao quesito 13.º da base instrutória), bem como responder e afirmar em 25 de Abril de 2017 que a maior parte dos defeitos denunciados já havia sido reparada,

62. Todas estas actuações da Recorrente apenas podem ser configuradas como o reconhecimento do direito da reparação dos defeitos ocorridos no imóvel em causa, e que impede o prazo de caducidade de denúncia dos defeitos e dá lugar a um novo prazo de prescrição de 15 anos.

63. Não há, portanto, neste caso qualquer caducidade do prazo de denúncia dos defeitos em discussão, im procedendo também quanto a este vício o presente Recurso.

*

Corridos os vistos legais, cumpre analisar e decidir.

* * *

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS ASSENTES:

A sentença recorrida deu por assente a seguinte factualidade:

已確定事實:

- A Autora é uma sociedade anónima cujo objecto social é a edificação e exploração de um complexo turístico, habitacional e recreativo num terreno situado em Hác-Sá, Coloane. (alínea A) dos factos assentes)

- No exercício da sua actividade a Autora é titular e explora o Hotel denominado Grand Resort Coloane, anteriormente designado por Westin Resort Macau. (alínea B) dos factos assentes)

- A Ré é uma sociedade por quotas que se dedica à actividade de construção civil. (alínea C) dos factos assentes)

- No ano de 2012, a Autora lançou um concurso para os trabalhos de Remodelação de Fachada do Edifício do Hotel Westin Resort Macau, cfr. documento de fls. 86 a 103 e aqui se dá por integralmente reproduzido. (alínea D) dos factos assentes)

- A Ré apresentou a sua proposta (cfr. documento de fls. 104 e 105 e aqui se dá por integralmente reproduzido). (alínea E) dos factos assentes)

- Tendo-lhe sido adjudicados os trabalhos objecto do concurso. (alínea F) dos factos

assentes)

- Na sequência de tal adjudicação, no dia 7 de Janeiro de 2015, a Ré emitiu a Ordem de Compra (Purchase Order) n.º99000233, no valor de MOP\$2.936.900,00 (dois milhões, novecentos e trinta e seis mil e novecentas patacas), cfr. documento de fls. 106 e aqui se dá por integralmente reproduzido. (alínea G) dos factos assentes)

- No dia 12 de Janeiro de 2015, a Autora e a Ré assinaram o Contrato para a Repintura da Fachada do Edifício do Hotel Grand Resort Coloane, cfr. documento de fls. 107 e 108 e aqui se dá por integralmente reproduzido. (alínea H) dos factos assentes)

- Em Agosto de 2015 a denominação do Hotel explorado pela Autora foi alterado de Westin Resort para Hotel Grand Resort Coloane. (alínea I) dos factos assentes)

- Foi assinado o certificado de entrega pela Ré no dia 5 de Setembro de 2015, cfr. documento de fls. 109 e aqui se dá por integralmente reproduzido. (alínea J) dos factos assentes)

- Nos termos contratualmente estipulados, ao longo da execução da obra, a Ré recebeu 85% do preço da obra acordado, ou seja, MOP\$2.496,365,00 (dois milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, trezentas e sessenta e cinco patacas). (alínea K) dos factos assentes)

- Nos termos contratualmente estipulados, deveria receber os remanescentes 15%, nas seguintes datas:

- 10% ou seja MOP\$293.690,00 decorridos 2 anos a contar da data da emissão do certificado de conclusão, ou seja, em 5 de Setembro de 2017;

- 5%, ou seja MOP\$146.845,00 ao fim de 5 anos contados da data de emissão do certificado de conclusão da obra, ou seja, 5 de Setembro de 2020. (alínea L) dos factos assentes)

調查基礎內容：

- Nos termos do contrato assinado e do orçamento apresentado, a R. obrigou-se à realização dos seguintes trabalhos:

- 供應、安裝及拆卸棚架及工作平台
- 維修鬆脫的水泥石膏表面
- 清除及維修有油漆泡形成的表面
- 維修鬆脫的混凝土表面 – 承判商應檢查升降機塔樓及其他地方
- 維修有裂縫的表面，人工造成的損傷，已破壞的痕跡及因前期木棚造成的孔

洞

- 在進行基層底油塗層前，在牆面及欄杆位置進行表面的準備工作 – 包括防水處理（如有需要），以便能滿足工程的要求

- 移除所有多餘的材料，設備，現有外牆裝設的燈具及配件，螺栓，螺母、螺絲，釘子及其他沒有使用的燈具，支架等等

- 在牆身表面，金屬欄杆，地腳線位置進行底層及次層的塗漆工作（需按照油漆廠房的標準）

- 進行面油的塗漆工作

- 一般清潔. (resposta ao quesito 1º da base instrutória)

- Tais trabalhos deveriam ser levados a cabo nas seguintes áreas do Hotel:

a) Lugares a renovar do bloco principal do Hotel: o empreiteiro deve calcular a superfície de cada zona:

1. Paredes exteriores das varandas, grades metálicas e saídas dos ar-condicionados dos quartos na zona com vista para a praia;

2. Varandas e grades metálicas dos corredores dos pisos de quarto na zona com vista para a praia;

3. Paredes divisórias, paredes do corredor e outras paredes do rés-do-chão na zona com vista para a praia;

4. Torre dos elevadores na zona com vista para a praia;

5. Paredes no fundo do bloco da zona com vista para a praia;

6. Paredes exteriores das varandas, grades metálicas e saídas dos ar-condicionados dos quartos na zona com vista para o mar;

7. Varandas e grades metálicas dos corredores dos pisos de quarto na zona com vista para o mar;

8. Paredes divisórias, paredes do corredor e outras paredes do rés-do-chão na zona com vista para o mar;

9. Torre dos elevadores na zona com vista para o mar;

10. Paredes e escada no fundo do bloco da zona com vista para o mar;

11. Paredes exteriores e grades metálicas da suíte presidencial e da suíte "chairman";

12. Paredes exteriores do átrio;

13. Paredes exteriores e grades metálicas do café, bar, restaurante chinês e Porto Bar.
- b) Outros lugares a renovar: o empreiteiro deve calcular a superfície de cada zona:
 1. Zona de carga e descarga de passageiros na entrada exterior do Hotel;
 2. *Garden loggia, Fire Place;*
 3. Jardim com piscina ao ar livre, posto de venda de "snack" ao lado da piscina e casas de banho, recinto interior de jacuzzi;
 4. Todos os muretes no jardim;
 5. Paredes exteriores do centro de ténis.
- c) Bloco do casino e outros lugares contíguos:
 1. Bloco do casino;
 2. Zona de carga e descarga de passageiros na entrada exterior do bloco do casino;
 3. Oficina de carpintaria;
 4. Torre central de refrigeração e zona dos caixotes do lixo. (resposta ao quesito 1º-A da base instrutória)

- Nos termos do contrato celebrado entre Autora e Ré, designadamente da alínea m) do programa de concurso (cfr. fls. 94 dos autos) que do mesmo faz parte integrante:

"Material and workmanship supplied shall have a guarantee of 5 years from the date of Practical Completion. Party B shall submit to Party A the Certificate of Guarantee after practical completion of the project.

Any defects, molds growth, dark streaks development, shrinkage, settlement, debonding, bubbling, discolorations or other faults which may appear on the finished walls within the guarantee period shall upon the directions of Party A, and within such reasonable time as shall be specified therein, be rectified and made good by Party B, at his own cost and in case of default, Party A may employ and pay other persons to amend and make good such defects, other faults, and all damages, loss and expenses consequent thereon or incidental thereto shall be made good and borne by Party B and such damage, loss and expenses shall be recoverable from him by Party A or may be deducted by Party A from any moneys due or that may become due to Party B, or Party A may in lieu of such rectification and making good by Party A deduct from any money due to Party B a sum to be determined by Party A equivalent to the costs of amending such work and in the event of the amount retained hereof being insufficient, recover the balance from Party B, together with any expenses Party

A may have incurred in connection therewith. Should any defective work have been done or material supplied on the works by suppliers or approved subcontractors, Party B shall be liable to make good in the same manner as if such work or material had been done or supplied by Party B. Party B shall remain liable under the provision of this Clause, notwithstanding the signing of any certificate or the passing of any accounts, by Party A."

O que numa tradução livre para Portuguese significa:

"Os materiais e mão de obra fornecidos têm um período de garantia de 5 anos a contar da data da Conclusão Efectiva da obra. Após a conclusão efectiva do projecto a Parte B deve submeter à Parte A um Certificado de Garantia.

Quaisquer defeitos, bolores, manchas de humidade, encolhimento, abatimento, desmoronamento, bolhas, descoloração, ou outros defeitos que possa surgir nas paredes finalizadas durante o período de garantia devem, sob a instrução da Parte A, e dentro de um prazo razoável a ser concedido, devem ser correctamente rectificadas pela Parte B, a expensas suas e em caso de incumprimento, a Parte A pode contratar e pagar um terceiro para corrigir e esses defeitos, outras falhas, e todos os prejuízos, perdas e despesas decorrentes dos mesmos ou incidentais devem ser corrigidos pela Parte B e tais prejuízos, perdas e despesas deverão ser directamente recuperadas pela Parte A da Parte B ou podem ser deduzidas pela Parte A de quaisquer dinheiros já devidos ou que venham a ser devidos à Parte B, ou a Parte A pode, em vez dessa rectificação deduzir de qualquer valor devido à Parte B um valor a ser determinado pela Parte A equivalente aos custos de reparação de tais trabalhos e em caso do valor a ser assim retido for insuficiente, exigir o remanescente da Parte B, juntamente com quaisquer despesas daí decorrente em que a Parte A venha a incorrer. Caso algum trabalho ou mercadoria defeituosa seja fornecida por fornecedores ou sub-contratantes devidamente aprovados, a Parte B é responsável por corrigi-los como se esses trabalhos ou materiais fosse feitos ou fornecidos pela própria Parte B. A Parte B é responsável nos termos da presente cláusula mesmo que tenha sido assinado qualquer certificado ou aprovada qualquer conta por parte da Parte A." (resposta ao quesito 2º da base instrutória)

- Aquando da entrega da obra, a mesma não apresentava defeitos visíveis. (resposta ao quesito 3º da base instrutória)

- Desde Março do 2016, começaram a aparecer defeitos na fachada do hotel intervencionada pela Ré, nomeadamente, vícios de pintura. (resposta ao quesito 4º da base

instrutória)

- No final do ano 2016, a Autora fez uma lista, fotografou esses defeitos. (resposta ao quesito 5º da base instrutória)

- Em 9 de Dezembro de 2016, enviou essa mesma lista à Ré solicitando-lhe que reparasse tais defeitos o quanta antes – cfr. documento de fls. 110 a 126. (resposta ao quesito 6º da base instrutória)

- Tais defeitos eram:

- A tinta antiga que começou a aparecer nas paredes exteriores dos quartos 508, 510, 511, 512, 513, 516, 517, 616, 618, 619, 713, 715, 718, 719, 812, 813, 815, 816, 818, 819, 820, 301, 302, 303, 306, 307, 308, 309, 311, 501, 504, 505, 506, 507, 508, 510, 511, 512, 513, 516, 517, 616, 618, 619, 621, 623, 626, 629, 630, 632, 703, 705, 713, 715, 718, 719, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 730, 732, 812, 813, 815, 816, 818, 819, 820, 822, 823, 824, 825;

- A tinta nova das paredes exteriores começou a descascar junto dos quartos 512, 618, 721, 722, 812, 815, 825, 308, 501, 512, 618, 621, 630, 713, 719, 821, 825;

- Manchas de sujidade começaram a surgir nas paredes exteriores dos quartos 517, 616, 618, 619, 713, 718, 719, 812, 815, 816, 818, 819, 820, 825, 301, 302, 303, 309, 311, 508, 506, 507, 508, 517, 618, 619, 629, 703, 705, 715, 718, 719, 722, 812, 813, 815, 816, 818, 819, 820, 825;

- Tinta dos Rodapés começou a descascar nas varandas dos quartos 508, 510, 511, 512, 513, 621, 705, 815, 816, 302, 303, 304, 306, 308, 309, 311, 505, 506, 507, 508, 510, 511, 512, 513, 517, 621, 623, 626, 629, 703, 705, 725, 727, 728, 730, 731, 732, 815, 816, 823. (resposta ao quesito 7º da base instrutória)

- Os defeitos assim denunciados ocorreram nos locais intervencionados pela Ré no âmbito do contrato celebrado com a Autora, e. (resposta ao quesito 8º da base instrutória)

- Na sequência do envio de tal lista, a Ré deu início a trabalhos de remoção de defeitos no dia 6 de Fevereiro de 2017. (resposta ao quesito 9º da base instrutória)

- No decurso desses trabalhos, a Autora deparou-se com o aparecimento de novas defeitos, a saber:

- A tinta antiga que começou a aparecer nos muros exteriores do café, nos muros da zona da piscina exterior, nos muros do jardim, nos muros do exterior da zona do lobby, nos muros exteriores do Rays & Health, nos muros do edifício do Casino, nos muros do corte de ténis,

nos muros junto à área de recolha dos caixotes de lixo e nos muros do parque de estacionamento L3;

■ A tinta começou a descascar nos muros exteriores do café, nos muros da zona da piscina exterior, nos muros do jardim, nos muros do exterior da zona do lobby, nos muros exteriores do Rays & Health, nos muros do edifício do Casino, nos muros do corte de ténis short, nos muros junto à área de recolha dos caixotes de lixo e nos muros do parque de estacionamento L3;

■ Manchas de sujidade começaram a aparecer nos muros da zona da piscina exterior, nos muros do jardim, nos muros do exterior da zona do lobby, nos muros do edifício do Casino, nos muros do corte de ténis short, nos muros junto à área de recolha dos caixotes de lixo;

■ A tinta antiga que começou a aparecer na parede exterior dos quartos 427, 428, 429, 430, 431, 432, 527, 528, 529, 530, 531, 630, 631, 632, 521, 522, 523, 524, 624, 625, 626;

■ A tinta nova das paredes exteriores começou a descascar junto dos quartos 432, 522, 631;

■ Manchas de sujidade começaram a surgir nas paredes exteriores dos quartos 427, 430, 527, 529, 530, 521, 523, 624. (resposta ao quesito 10º da base instrutória)

- Consequentemente, em 24 de Fevereiro de 2016, a Autora enviou nova lista de defeitos a Ré e solicitado que os mesmos fossem reparados o quanto antes. (resposta ao quesito 11º da base instrutória)

- Os defeitos assim denunciados ocorreram nos locais intervencionados pela Ré no âmbito do contrato celebrado com a Autora em 12 de Janeiro de 2015. (resposta ao quesito 12º da base instrutória)

- Nesse mesmo dia a Ré respondeu à Autora garantido que os trabalhos de rectificação de defeitos em curso iriam continuar na próxima segunda-feira. (resposta ao quesito 13º da base instrutória)

- Os trabalhos para remoção dos defeitos continuaram a ser levados a cabo pela Ré. (resposta ao quesito 14º da base instrutória)

- Em 21 de Abril de 2017, como não tivessem ainda sido eliminados os defeitos, a Autora voltou a insistir junto da Ré para eliminar os defeitos já denunciados. (resposta ao quesito 15º da base instrutória)

- A Ré respondeu no dia 25 de Abril de 2017, afirmando, por um lado que a maior parte

dos defeitos denunciados já havia sido reparada e, por outro, não ser responsável pela reparação de parte dos defeitos denunciados. (resposta ao quesito 16º da base instrutória)

- No dia 28 de Abril de 2017, a Autora e a Ré fizeram uma inspecção conjunta ao local. (resposta ao quesito 17º da base instrutória)

- No dia 29 de Abril de 2017, a Autora enviou novo e-mail à Ré solicitando-lhe que até ao dia 30 de Junho de 2017, a Ré procedesse à reparação dos defeitos – cfr. cópia do e-mail de fls. 205 a 206. (resposta ao quesito 18º da base instrutória)

- A partir dessa data a Ré nunca mais compareceu no local, abandonando os trabalhos de remoção de defeitos que vinha levando a cabo desde 6 de Fevereiro de 2017. (resposta ao quesito 19º da base instrutória)

- A Autora enviou novamente e-mail para a Ré em 13 de Maio de 2017, pedindo-lhe que retomasse os trabalhos para reparação dos defeitos subsistentes cfr. documento de fls. 207. (resposta ao quesito 20º da base instrutória)

- Como não obteve resposta, a Autora ligou à Ré e ficou acordado que a Ré apresentaria um plano de reparação dos defeitos até ao dia 20 de Junho de 2017. (resposta ao quesito 21º da base instrutória)

- Como não obtivesse qualquer resposta por parte da Ré, a Autora enviou-lhe novo e-mail alargando o prazo para entrega do plano de reparação para o dia 26 de Junho de 2017 cfr. documento de fls. 209 a 210. (resposta ao quesito 22º da base instrutória)

- Não houve resposta positiva da Ré. (resposta ao quesito 23º da base instrutória)

- Em 1 de Julho de 2017 Autora e Ré tiveram uma reunião. (resposta ao quesito 24º da base instrutória)

- Na sequência dessa reunião, no dia 4 de Julho de 2017, a Autora enviou um novo e-mail à Ré solicitando-lhe que apresentasse uma proposta de resolução até ao final dessa semana cfr. documento de fls. 211. (resposta ao quesito 25º da base instrutória)

- A partir desta data, a Ré nunca mais contactou a Autora. (resposta ao quesito 26º da base instrutória)

- No dia 29 de Setembro de 2017, através de carta registada com aviso de recepção dos seus mandatários, a Autora interpelou a Ré para no prazo de 8 dias iniciar os trabalhos de rectificação dos defeitos sob pena de a Autora ver-se forçada a contratar os serviços de uma terceira entidade

para proceder a essa reparação, e advertindo-a também que os custos dessa reparação seriam imputados à Ré – cfr. documento de fls. 212 a 213. (resposta ao quesito 27º da base instrutória)

- Até à presente data, a Ré não mais respondeu à Autora. (resposta ao quesito 28º da base instrutória)

- Hotel Grand Resort Coloane operado pela Autora, trata-se de um hotel de 5 estrelas. (resposta ao quesito 29º da base instrutória)

- Fruto dos defeitos que surgiram nos locais intervencionados pela Ré, o Hotel está com uma aparência suja e descuidada. (resposta ao quesito 30º da base instrutória)

- ... o que já lhe tem merecido reparos por parte dos seus clientes, que por diversas vezes fizeram reparos negativos aos quartos, nomeadamente que mantêm uma aparência descuidada. (resposta ao quesito 30º-A da base instrutória)

- 被告於 2015 年 8 月 1 日完成涉案的工程項目。 (resposta ao quesito 32º da base instrutória)

- Logo de imediato, a Ré deixou a Autora examinar os trabalhos realizados e procedeu à vistoria, tendo corrigido todos os defeitos verificados na altura da vistoria conforme o solicitado pela Autora. (resposta ao quesito 33º da base instrutória)

- 原告所持有及經營的鷺環海天度假酒店，原名為威斯汀酒店，有關建築物於 1993 年落成，至今已有 25 年的歷史，位於澳門路環黑沙馬路 1918 至 2168 號，面向南中國海及側靠路環黑沙海。 (resposta ao quesito 34º da base instrutória)

- A acima referida construção adoptou um estilo arcaico, foi aplicada pintura na fachada, isto é, apenas foi pintada a superfície do betão armado, sem revestimento de qualquer material de protecção. (resposta ao quesito 35º da base instrutória)

- As marítimas causam impacto sobre as construções, a saber:

■ “Lavagem frequente a manutenção da fachada, aplicação de pintura ao fim de alguns anos”;

■ “O grau de salinidade dos ventos marítimos gera deterioração dos materiais de construção”;

■ “As casas localizadas próximas ao mar deterioram-se facilmente, devido principalmente ao problema do alto grau de salinidade”;

■ “Relativamente às casas normais, por não ser alto o grau de salinidade, somente

passados algumas dezenas de anos é que vão aparecendo os efeitos acima descritos, ao passo que, tais problemas surgem ao fim de alguns anos relativamente às casas localizadas junto ao mar”;

- Em virtude da rápida oxidação do sal, as tintas têm função de contribuir para a durabilidade das edificações”;

- “Devido à presença do alto grau de salinidade, as regiões costeiras enfrentam graves problemas de corrosão”;

- “As construções, grades, postes de iluminação, esculturas são vulneráveis aos problemas de corrosão designadamente danos prematuros a nível de estética exterior, causando disfunções completas das estruturas, etc.”;

- “Os chuviscos com grau elevado de densidade do sal podem agravar o processo corrosivo devido ao aumento da humidade no ar e da densidade do sal”;

- “A absorção de líquidos pelo sal prolonga o tempo do processo de corrosão, aumentando a taxa de corrosão das partículas de poluição e das partículas sólidas”;

- “As ondas do mar ao bater na costa formam partículas sólidas de sal suspensas no ar, que gera o aumento da taxa de corrosão”;

- “O sal cristalizado é a causa principal do envelhecimento de vários tipos de construções”;

- “A salinidade pode penetrar em materiais de construção por diversas formas”;

- “No respeitante às construções, as rochas de granito com poros encharcadas constantemente em soluções de sal, perante um ambiente em que a repetida secagem é resultante de acção do sol e de vento, gera problema de saturação excessiva relativamente ao sal existente nos materiais de construção”;

- “Os ventos do mar carregados da humidade do ar, as águas do mar contêm diversos tipos de sal, com o passar do tempo, provocam um efeito erosivo em relação à superfície das construções, estragando a estética da construção”;

- Os ventos do mar constituem em movimentos do ar? A movimentação do ar acelera o processo de evaporação e o excesso de velocidade de evaporação é prejudicial no sector da construção, visto que a rápida perda de líquidos verificada nas construções gera secura e aparecimento de fissuras na superfície”. (resposta ao quesito 37º da base instrutória)

- 涉案建築物所座落的位置長期遭受海水和海風帶來的鹽份侵蝕，在反覆經歷日照和

風力作用風乾的環境條件下，使其外牆的鹽含量遠高於位於內陸的其他建築物。(resposta ao quesito 38º da base instrutória)

- Pelo que, a durabilidade do material de construção e das tintas das paredes exteriores, caso não se tenha tido em atenção os necessários métodos construtivos e o uso de materiais adequados, é muito mais curta comparando com a das casas normais, sendo mais fácil aparecer problemas de sujidade e descolamento das tintas nas paredes exteriores. (resposta ao quesito 39º da base instrutória)

- 也較易沾上污漬和污垢，需要經常沖洗保養，每隔幾年就重新上漆。(resposta ao quesito 40º da base instrutória)

- 雨水中含酸物質和夾雜著的灰塵等污染物，長時間的雨天也會加劇涉案建築物外牆老化、剝落和出現污垢的情況。(resposta ao quesito 41º da base instrutória)

- 於 2017 年 8 月，颱風天鵝的侵襲對本澳各地區的建築物都造成不同程度的破壞。(resposta ao quesito 42º da base instrutória)

- 經常受颱風的侵襲，尤其對於臨近海邊的涉案建築物而言，也必然地加劇其外牆老化、剝落和出現污垢的情況。(resposta ao quesito 43º da base instrutória)

- As tintas aplicadas no projecto da obra foram sugeridas pela Ré e aceite pela Autora com a seguinte marca: Nippon Paint, de modelo: OW 087-4, e foi feito um teste de pintura in loco antes da execução da obra. (resposta ao quesito 49º da base instrutória)

- 直至目前為止，被告尚未收到原告應付的第一期保固金款項，即澳門幣 \$293,690.00 圓。(resposta ao quesito 52º da base instrutória)

- A Ré chegou a interpelar à Autora para o pagamento da acima referida quantia de garantia. (resposta ao quesito 53º da base instrutória)

* * *

IV – FUNDAMENTAÇÃO

Parte A - Impugnação de matéria de facto

A Recorrente/Ré veio a impugnar a matéria de facto, atacando as

respostas dadas pelo Colectivo aos quesitos 47º, 48º e 48º-A da Base de Instrução (BI), defendendo que estes deviam ficar provados.

*

É de lembrar-se que, a propósito da impugnação da matéria de facto, o legislador fixa um regime especial, constante do artigo 599º (Ónus do recorrente que impugne a decisão de facto) do CPC, que tem o seguinte teor:

1. Quando impugne a decisão de facto, cabe ao recorrente especificar, sob pena de rejeição do recurso:

a) Quais os concretos pontos da matéria de facto que considera incorrectamente julgados;

b) Quais os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo nele realizado, que impunham, sobre esses pontos da matéria de facto, decisão diversa da recorrida.

2. No caso previsto na alínea b) do número anterior, quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação da prova tenham sido gravados, incumbe ainda ao recorrente, sob pena de rejeição do recurso, indicar as passagens da gravação em que se funda.

3. Na hipótese prevista no número anterior, e sem prejuízo dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe à parte contrária indicar, na contra-alegação que apresente, as passagens da gravação que infirmem as conclusões do recorrente.

4. O disposto nos n.os 1 e 2 é aplicável ao caso de o recorrido pretender alargar o âmbito do recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 590.º

Ora, a especificação dos concretos pontos de facto que se pretendem

questionar com as conclusões sobre a decisão a proferir nesse domínio delimitam o objecto do recurso sobre a impugnação da decisão de facto. Por sua vez, a especificação dos concretos meios probatórios convocados, bem como a indicação exacta das passagens da gravação dos depoimentos que se pretendem ver analisados, além de constituírem uma condição essencial para o exercício esclarecido do contraditório, servem sobretudo de base para a reapreciação do Tribunal de recurso, ainda que a este incumba o poder inquisitório de tomar em consideração toda a prova produzida relevante para tal reapreciação, como decorre hoje, claramente, do preceituado no artigo 629º do CPC.

É, pois, em vista dessa função delimitadora que a lei comina a inobservância daqueles requisitos de impugnação da decisão de facto com a sanção máxima da rejeição imediata do recurso, ou seja, sem possibilidade de suprimento, na parte afectada, nos termos do artigo 599º/2 do CPC.

*

No que respeita aos critérios da valoração probatória, nunca é demais sublinhar que se trata de um raciocínio problemático, argumentativamente fundado no húmus da razão prática, a desenvolver mediante análise crítica dos dados de facto veiculados pela actividade instrutória, em regra, por via de inferências indutivas ou analógicas pautadas pelas regras da experiência colhidas da normalidade social, que não pelo mero convencimento íntimo do julgador, não podendo a intuição deixar de passar pelo crivo de uma razoabilidade persuasiva e susceptível de objectivação, o que não exclui, de todo, a interferência de factores de índole intuitiva, compreensíveis ainda que porventura inexprimíveis. Ponto é que a motivação se norteie pelo *princípio da completude racional*, de forma a esconjurar o arbítrio¹.

¹ Sobre o princípio da completude da motivação da decisão judicial ditado, pela necessidade da justificação cabal das razões

É, pois, nessa linha que se deve aferir a razoabilidade dos juízos de prova especificamente impugnados, mediante a análise crítica do material probatório constante dos autos, incluindo as gravações ou transcrições dos depoimentos, tendo em conta o respectivo teor, o seu nicho contextual histórico-narrativo, bem como as razões de ciência e a credibilidade dos testemunhos. Só assim se poderá satisfazer o critério da prudente convicção do julgador na apreciação da prova livre, em conformidade com o disposto, designadamente no artigo 390º do CCM, em conjugação com o artigo 558º do CPC, com vista a obter uma decisão que se possa ter por justa e legítima.

Será com base na convicção desse modo formada pelo Tribunal de recurso que se concluirá ou não pelo acerto ou erro da decisão recorrida.

Repita-se, ao Tribunal de recurso não compete reapreciar todas as provas produzidas e analisadas pelo Tribunal *a quo*, mas só aqueles pontos concretos indicados pelo Recorrente como errados ou omissos!

*

Os quesitos sob impugnação têm o seguinte teor:

47º

涉案建築物的外牆部份本身已存在質量的問題 (sublinhado *nosso*), 因遭受長期的自然侵蝕以及原告的保養不善, 所以外牆油漆非常容易老化、剝落和出現污垢的情況, 這與被告所提供的工藝和物料質量無關?

48º

在涉案工程完工及進行驗收後, **嗣後出現的外牆油漆剝落和污垢**

em que se funda, com função legitimadora do poder judicial, vide acórdão do STJ, de 17-01-2012, relatado pelo Exm.º Juiz Cons. Gabriel Catarino, no processo n.º 1876/06.3TBGDM.P1 .S1, disponível na Internet – <http://www.dgsi.pt/jstj>

問題是由於後來的自然侵蝕以及原告的保養不善所致，這也與被告所提供的工藝和物料質量無關？(sublinhado nosso)

48-A.

Durante o período entre Fevereiro e Abril de 2017 em que a ré estava a fazer os trabalhos de reparação por conta da autora, descobriu que, no café da construção em causa, tinham sido realizadas obras de remodelação, as tintas das paredes exteriores eram novas e não foram feitas pela ré antes, mas a autora ainda lhe exigiu a reparação das respectivas paredes exteriores?

Neste ponto, para tentar convencer o Tribunal *ad quem*, a Recorrente teceu, entre outras, as seguintes considerações:

“(…)

13. 可見，涉案建築物之表面有兩層油漆，一層黃色的油漆是於2008年施工的，而另一層白色的油漆則是在2015年由本案所爭議的工程施工的，根據實地勘察，2015年由本案工程所實施的白色油漆不是直接應用在建築物本身的混凝土上，而是應用在舊有的黃色油漆上。

14. 根據證人C所提供之證言：

“原告律師：按照呢個酒店的地理位置，佢係近海，亦都按照澳門的天氣好潮濕，咁我就想問，一間酒店油咗油之後，會搵到一啲瑕疵，包括一啲裂痕，或者一啲污跡，1年後會唔會咁樣開始見到呢啲嘢架？

證人：唔正常架，唔會咁樣架。咁其實今次有裂痕啦其實有好多原因造成的，至於啲污跡其實就唔係污跡咁簡單，係生咗霉菌，霉菌呢就係唔正常架，就係顯示到其實濕氣好重囉，同埋而家係見到啲好大面積的黑色的一嚟嚟。咁一般例如係澳門同香港啦就有呢啲污染物，咁其實平時落雨啦，你就會見到啲污染物就係啲橫啲面度啦咁就係正常的，亦都係透過雨水就會將啲污染物從橫的面帶到直立個面度。咁但係今次見到啲啲大面積啲一嚟嚟，咁其實你企喺頂部的牆呢你係見唔到，即係其實唔係因為咁樣而被雨水帶落嚟，而係喺牆的底部直接出現的。

(…)

法官：證人你的意思係用的油漆用得唔啱？定係油的技术有問題？

證人：咁我就唔係話嗰油漆係唔適用的，而係佢係應該油上去的時候，即係油啲啲咁大面積的地方時油得唔好，因為油漆的黏合度黏合得無咁好，即係油漆同混凝土之間的黏合度唔好，所以啲水先會入到油漆入面，亦都係導致任何的外力，例如陽光、紫外線、雨水等可以令到油漆更加容易剝落啦，同理大家都知道立邦漆呢個牌子係比較好的，亦都係自己推薦的，亦都係根據佢哋經驗係適合的，但係點解就達唔到呢個效果呢，咁就唔關油漆本身事，係關工藝事。

(…)

16. 透過上述援引的鑑定報告之內容以及證人證言可見，本案所爭議的外牆問題之所以出現的根本性原因，是由於新造的、較淺色的白色油漆直接施工於舊有的黃色油漆之上，而沒有完全徹底地將原來已依附於建築物表面的舊油漆鏟除，以致新、舊油漆之間的黏附力不夠，導致新、舊油漆之間容易出現裂縫或空隙，結合涉案建築的臨海地理位置、空氣、海風及雨水的鹽份容易入侵，使之發生剝落、發霉及污垢等情況。

17. 那麼，我們便要討論，到底新油漆直接作用在舊有油漆上，由誰的過錯造成？讓我們從「合同範圍」、「標書內容」、「材料之選定」、「重油外牆所需之工藝技術」及「重油外牆的行業工序慣例」等方面細加分析。

(…)

22. 雖然被上訴人強調標書中有包含有關要求，但上訴人不予認同，除了來自證人之理解外，按照載於起訴狀的附件4之標書文件，其只是在敘言部分提及業主方希望可以保障油漆五年有效，但最重要的「工程範圍」部分，即是該標書第3頁的第4部份並沒有提及有如此要求，有關內容都只是一般的油漆工程條款。

23. 從以上可見，在雙方合同磋商過程中，本案工程根本沒有什麼獨特性，被上訴人從未證實其有特別要求上訴人為該座處於海邊的酒店提供特別的防霉、防水、防潮的油漆服務。

24. 而且被上訴人於2020年3月17日提交予原審法院的文件當中第5頁亦有載明，上訴人已於投標階段向被上訴人特別建議使用防腐、防菌作用更強烈的新材料，並獲得被上訴人的批准。（見卷宗第852頁）

25. 最重要的是，整個工程的標的根本不包括“起底漆”的工序，上訴人在涉案承攬合同中根本無義務起底漆。

(…)

66. 由上述規定可見，適用《民法典》第1151條第1款之前提是「建造、改建或修葺」樓宇或其他屬供長期使用之不動產。

67. 在對不同見解給予尊重下，上訴人認為對於涉案建築物之外牆部份，其所負責的工程項目是塗上新油漆，而有關工程內容顯然非屬「建築、改建」之情況。

68. 而且，有關工程內容亦非屬於「修葺」涉案建築物，因為上訴人只是將一層新油漆塗上外牆，並非對涉案建築物的外部結構進行改動，尤其沒有對外牆進行加固（例如填補水泥或額外安裝其他設備）。

69. 基於此，上訴人認為本案之情況不適用《民法典》第1151條第1款之特別期間，而是適用《民法典》第1146條第1款之一般期間。

(...)"

Ora, em primeiro lugar, perante a forma como foi feita a impugnação da matéria de facto feita pela Recorrente, é fácil concluir-se que ela não cumpriu, em rigor, a regra específica do artigo 599º do CPC acima citado, pois não foram indicados quais os pontos concretos probatórios já constantes dos autos que imponham necessariamente a uma conclusão diversa da constante dos quesitos em causa, o que a Recorrente veio a fazer é atacar a convicção do julgador, limitando-se a transcrever o depoimento das testemunhas que apresentaram uma versão favorável à factual que veio a defender

Em segundo lugar, a tese que a Recorrente/Ré veio a defender consiste em imputar os defeitos verificados após a conclusão da empreitada à qualidade da obra de construção do Edifício do Hotel em causa, mesmo neste aspecto, não se encontram qualquer prova para sustentar esta versão por ela defendida;

Em terceiro lugar, se os quesitos 47º a 48º-A recebessem respostas positivas, elas entrariam em contradição com as respostas dadas a outros quesitos pelo distinto Colectivo, nomeadamente as seguintes:

- Aquando da entrega da obra, a mesma não apresentava defeitos visíveis. (resposta ao quesito 3º da base instrutória)

- Desde Março do 2016, começaram a aparecer defeitos na fachada do hotel intervencionada pela Ré, nomeadamente, vícios de pintura. (resposta ao quesito 4º da base instrutória)

- No final do ano 2016, a Autora fez uma lista, fotografou esses defeitos. (resposta ao quesito 5º da base instrutória)

- Em 9 de Dezembro de 2016, enviou essa mesma lista à Ré solicitando-lhe que reparasse tais defeitos o quanta antes – cfr. documento de fls. 110 a 126. (resposta ao quesito 6º da base instrutória)

- Tais defeitos eram:

- A tinta antiga que começou a aparecer nas paredes exteriores dos quartos 508, 510, 511, 512, 513, 516, 517, 616, 618, 619, 713, 715, 718, 719, 812, 813, 815, 816, 818, 819, 820, 301, 302, 303, 306, 307, 308, 309, 311, 501, 504, 505, 506, 507, 508, 510, 511, 512, 513, 516, 517, 616, 618, 619, 621, 623, 626, 629, 630, 632, 703, 705, 713, 715, 718, 719, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 730, 732, 812, 813, 815, 816, 818, 819, 820, 822, 823, 824, 825;

- A tinta nova das paredes exteriores começou a descascar junto dos quartos 512, 618, 721, 722, 812, 815, 825, 308, 501, 512, 618, 621, 630, 713, 719, 821, 825;

- Manchas de sujidade começaram a surgir nas paredes exteriores dos quartos 517, 616, 618, 619, 713, 718, 719, 812, 815, 816, 818, 819, 820, 825, 301, 302, 303, 309, 311, 508, 506, 507, 508, 517, 618, 619, 629, 703, 705, 715, 718, 719, 722, 812, 813, 815, 816, 818, 819, 820, 825;

- Tinta dos Rodapés começou a descascar nas varandas dos quartos 508, 510, 511, 512, 513, 621, 705, 815, 816, 302, 303, 304, 306, 308, 309, 311, 505, 506, 507, 508, 510, 511, 512, 513, 517, 621, 623, 626, 629, 703, 705, 725, 727, 728, 730, 731, 732, 815, 816, 823. (resposta ao quesito 7º da base instrutória)

- Os defeitos assim denunciados ocorreram nos locais intervencionados pela Ré no âmbito do contrato celebrado com a Autora, e. (resposta ao quesito 8º da base instrutória)

- Na sequência do envio de tal lista, a Ré deu início a trabalhos de remoção de defeitos no dia 6 de Fevereiro de 2017. (resposta ao quesito 9º da base instrutória)

- No decurso desses trabalhos, a Autora deparou-se com o aparecimento de novas defeitos, a saber:

- A tinta antiga que começou a aparecer nos muros exteriores do café, nos muros

da zona da piscina exterior, nos muros do jardim, nos muros do exterior da zona do lobby, nos muros exteriores do Rays & Health, nos muros do edifício do Casino, nos muros do corte de ténis, nos muros junto à área de recolha dos caixotes de lixo e nos muros do parque de estacionamento L3;

- A tinta começou a descascar nos muros exteriores do café, nos muros da zona da piscina exterior, nos muros do jardim, nos muros do exterior da zona do lobby, nos muros exteriores do Rays & Health, nos muros do edifício do Casino, nos muros do corte de ténis short, nos muros junto à área de recolha dos caixotes de lixo e nos muros do parque de estacionamento L3;

- Manchas de sujidade começaram a aparecer nos muros da zona da piscina exterior, nos muros do jardim, nos muros do exterior da zona do lobby, nos muros do edifício do Casino, nos muros do corte de ténis short, nos muros junto à área de recolha dos caixotes de lixo;

- A tinta antiga que começou a aparecer na parede exterior dos quartos 427, 428, 429, 430, 431, 432, 527, 528, 529, 530, 531, 630, 631, 632, 521, 522, 523, 524, 624, 625, 626;

- A tinta nova das paredes exteriores começou a descascar junto dos quartos 432, 522, 631;

- Manchas de sujidade começaram a surgir nas paredes exteriores dos quartos 427, 430, 527, 529, 530, 521, 523, 624. (resposta ao quesito 10º da base instrutória)

- Consequentemente, em 24 de Fevereiro de 2016, a Autora enviou nova lista de defeitos a Ré e solicitado que os mesmos fossem reparados o quanto antes. (resposta ao quesito 11º da base instrutória)

- Os defeitos assim denunciados ocorreram nos locais intervencionados pela Ré no âmbito do contrato celebrado com a Autora em 12 de Janeiro de 2015. (resposta ao quesito 12º da base instrutória)

- Nesse mesmo dia a Ré respondeu à Autora garantido que os trabalhos de rectificação de defeitos em curso iriam continuar na próxima segunda-feira. (resposta ao quesito 13º da base instrutória)

- Os trabalhos para remoção dos defeitos continuaram a ser levados a cabo pela Ré. (resposta ao quesito 14º da base instrutória)

- Em 21 de Abril de 2017, como não tivessem ainda sido eliminados os defeitos, a Autora voltou a insistir junto da Ré para eliminar os defeitos já denunciados. (resposta ao quesito 15º da

base instrutória)

- A Ré respondeu no dia 25 de Abril de 2017, afirmando, por um lado que a maior parte dos defeitos denunciados já havia sido reparada e, por outro, não ser responsável pela reparação de parte dos defeitos denunciados. (resposta ao quesito 16º da base instrutória).

Em quarto lugar, é justamente porque o Edifício tem mais do que vinte anos é que a Autora decidiu proceder às reparações e à repintura da fachada do mesmo, a eventual má conservação e erosão natural são realidades que a Recorrente já sabia ou tinha obrigação de saber no momento de aceitar a empreitada, não são factores que viessem a aparecer depois da conclusão das obras feitas pela Recorrente.

Pelo que, na ausência de provas bastantes que imponham a uma decisão diversa e também na falta de elementos que apontem para o erro na apreciação de provas pelo Tribunal recorrido, **é de julgar improcedente esta parte impugnatória de factos.**

*

Parte B - Impugnação da decisão do mérito

Como o recurso tem por objecto a sentença proferida pelo Tribunal de 1ª instância, importa ver o que o Tribunal *a quo* decidiu. Este afirmou na sua douta decisão:

I) 敘言

B有限公司 (B, SA)，法人住所位於澳門葡京路2-4號葡京酒店9樓，於商業及動產登記局登記編號為868 (SO)

提起 **通常宣告程序** 針對

A有限公司 (A Limitada)，法人住所位於澳門沙梨頭南街19號華寶商業中心7樓J-K座，於商業及動產登記局登記編號為15363 (SO)。

原告提交載於第26至49頁之起訴狀，原告請求判處其訴訟請求成立，並要求：

- ser a Ré condenada a pagar à Autora o valor que, em sede de execução de sentença de vier a liquidar, por conta do valor por esta suportado com a eliminação dos defeitos em causa nos presentes autos.

Caso assim não se entenda, SUBSIDIARIAMENTE,

- deve ser judicialmente reconhecido o direito da ora Autora em ver reduzido o preço da obra em causa nos presentes autos a ser a Ré condenada a devolver a Autora aquilo que já recebeu e que ultrapasse o valor do preço final após a redução.

- em qualquer dos casos se requer a V. Exa. Se digne reconhecer o direito da ora Autora em reter a quantia de MOP\$440.535,00 correspondente ao valor do preço que ainda falta pagar à Ré, o qual, caso o valor da condenação a apurar em execução de sentença venha a ser superior será sujeito a compensação.

被告獲傳喚後提交第263至273頁之答辯狀，指涉案工程的實際完工日期為2015年8月1日，而原告卻在2017年2月始通知被告工作物存在瑕疵要求修復，以及在2017年12月7日提起本訴訟，基於逾法定期間作出通知及提訴，主張原告的提訴權已失效的永久抗辯，同時提出反訴要求原告支付MOP\$293,690的已到期保固金，以及自到期日起計直至完全及實際支付為止以年利率11.75%計算的法定遲延利息。

*

原告在反駁中就被告提出的抗辯及反訴作出了答覆，主張案中涉及承攬工程的為供長期使用之不動產，適用較長的失效期限，認為其訴權仍未失效，同時就被告的反訴請求主張債權抵銷的永久抗辯。

被告提交再答辯就原告主張的永久抗辯作出答覆。

法院作出清理批示，篩選了確定事實以及置於調查基礎內容的事實事宜。

本院按法定程序由合議庭對本訴訟進行公開審理。

在事宜、等級及地域方面，本院對此案有管轄權。

不存在不可補正之無效。

訴訟雙方具有當事人能力及訴訟能力，且具有正當性。

沒有無效，抗辯或妨礙審查本案實體問題且依職權須即時解決的先決問題。

II) 事實

經查明，本院認定如下事實：

(...)

III) 法律理據

確定了既證事實，現須對事實作出分析並考慮適用法律的問題。

在本案中，原告主張其委託了被告為鷺環海天度假酒店進行外牆翻新工程，雙方於2015年1月12日簽訂合同，工程總價金為澳門幣\$2,936,900元，保固期為五年，工程範圍包括維修鬆脫的水泥石膏表面、清除及維修油漆氣泡、維修鬆脫的混凝土表面、維修有裂縫的表面（包括人工造成的損傷，已破壞的痕跡及因前期木棚造成的孔）、移除所有多餘的材料及設備，現有外牆裝設的燈具及配件等、在牆身表面，金屬欄杆、地腳線位置進行底層及次層的塗漆工作、進行面油的塗漆工作及一般清潔。

在工程進行後，原告已向被告支付85%的工程價金澳門幣\$2,496,365元，雙方並協議10%的價金澳門幣\$293,690元於完工日起計兩年後支付，而5%的餘款則會在完工日起計五年後支付。被告於2015年9月5日完成工程，然而，原告在2016年底發現油漆出現剝落、發霉及變色的跡象，並於2016年11月透過電郵通知被告作出修補，原告在獲通知於2017年2月進行執漏工作，期間，酒店範圍各處又出現新的油漆剝落、脫落等等問題，原告亦知會被告進行補修，被告於4月21日向原告表示已完成全部修補工作，雙方於4月28日一同視察後，原告透過電郵向被告指出尚存在多處瑕疵並要求被告再作修補，但被告沒有回覆，即使原告經多番催告，被告仍然沒有任何回覆，原告認為被告確定不履行，要求由第三者除去工作物的瑕疵，並由被告負擔相關費用，同時，認為其有權留置餘下工程款項澳門幣\$440,535元用以日後抵銷改正工程的費用。

被告在答辯中反駁指完工日期實為2015年8月1日，且原告在發出完工證明前已檢查所有工作內容及驗收，被告亦已應原告要求對在驗收時發現的瑕疵進行修復，其已妥善完成所有工程。另外，被告指出原告早於2016年4月已發現瑕疵，唯原告延至2017年2月才透過電子郵件告知被告瑕疵的存在並要求後者修復，被告認為涉案建築物位處海邊，因日久失修導致外部結構受嚴重破壞，外牆油漆剝落和污垢問題是由於建築物受自然力量的侵蝕及自身保養不善所導致，主張原告之權利已失效，同時反訴原告按合同支付已於2017年8月1日到期的10%保固金

澳門幣\$293,690元以及因遲延而產生的法定利息。

**

原告與被告之間建立的法律關係

《民法典》第一千一百三十三條規定：“承攬係指一方透過收取報酬而負有義務為他方完成特定工作物之合同。”

另外，第一千一百三十九條規定：

“一、次承攬為一合同，透過該合同，第三人對承攬人負有義務，完成本屬承攬人應完成之工作物之全部或一部。

二、第二百五十七條之規定，經作出必要配合後，適用於次承攬及有幫助人參與執行承攬之情況。”

按照既證事實，原告與被告於2015年1月7日簽署一份工程合約，當中原告以總價金澳門幣\$2,936,900元委託被告為澳門鷺環海天度假酒店的外牆進行油漆翻新工程，保固期為五年，雙方協議85%工程款澳門幣\$2,496,365元在工程進行期間支付，餘下10%工程款澳門幣\$296,690元會在完工日起計兩年支付，而5%工程款澳門幣\$146,845元則會在完工日起五年支付。

依此事實，被告受委託完成上指建築物的外牆翻新油漆工程，原告與被告之間存在承攬合同。

瑕疵履行

《民法典》第四百條第一款規定：“合同應予切實履行，並只能在立約人雙方同意或法律容許之情況下變更或消滅。”

《民法典》第一千一百三十四條規定：“承攬人應根據約定之內容執行工作，且不能導致工作物存有使其價值失去或減少之瑕疵，或存有使其不能合於一般或約定之使用或存有減低該合適性之瑕疵。”

另外，第一千一百四十四條第一款規定：“定作人在接受工作物前，應檢驗工作物是否符合約定條件及無瑕疵。”

如定作人明知工作物有瑕疵，但對工作物卻作毫無保留之接受，則承攬人無須對工作物之瑕疵負責。（第一千一百四十五條）

值得一提的是此處所指的明知存在的瑕疵指外露、顯眼或可被察覺的瑕疵，相對於明顯的瑕疵則為隱蔽的或不可被察覺的瑕疵。

既證事實指被告於2015年8月1日將工作物交予原告，當時沒有明顯的瑕疵存在。

不過，案中原告要求被告修補的瑕疵並不是驗收當刻可以察覺的瑕疵，而是在驗收後慢慢才浮現的各種與油漆有關的瑕疵，如牆身出現斑點、剝落、掉色，以致發黑的狀況。

若承攬人對於驗收時明顯存在的瑕疵不用負責，對於驗收之後才發現或出現的隱蔽的瑕疵，法律並未免除承攬人的責任。

對於此種情況，適合《民法典》第一千一百四十六條的規定。

Pedro Romano Martinez指出：“承攬合同瑕疵履行的根據建立在承攬人的債乃結果之債，其有義務按照合同及一般的習慣及技藝執行工作。若工作物出現瑕疵，表示承諾的結果未達到。定作人負有義務證明工作物存在瑕疵。”（《承攬合同》，Almedina，第190頁）

事實證明，自2016年3月起開始，陸續出現為數不少的客房的外牆原漆浮現，部分客房外牆的新油漆剝落，部分客房外牆出現污點或污漬以及部分客房的陽台牆腳綫油漆剝落（見調查基礎內容第7條的答覆）。

原漆浮現、新漆剝落、污斑等現象亦陸陸續續在咖啡廳外牆、游泳池、花園、大堂區外牆、健身中心外牆、賭場大樓的外牆、網球場、垃圾箱回收區及停車場的牆身及其他客房的外牆出現（調查基礎內容第9條）。

承攬工程的主要標的乃外牆油漆翻身工程，重新油漆的目的旨在使建築物看起來煥然一新，光鮮亮麗，在新漆過不久的牆上多處地方出現上述狀況當然影響外觀，未能達到原本翻新的目的，毫無疑問屬於瑕疵。

被告認為原告發現的油漆剝落、起斑點等問題與酒店所處的地理位置，位於海邊，建築物的外層油漆特別容易受海風侵蝕以及原告沒有恰當地維護所致，並非由於其不恰當履行合同所致。

被告認為瑕疵是由於自然環境等外在因素所致，與其工作無關，即瑕疵的出現非因其過錯造成。

《民法典》第七百八十八條規定：

“一、就債務之不履行或瑕疵履行，須由債務人證明非因其過錯所造成。
二、過錯之認定適用有關民事責任之規定。”

因此，被告有義務證明瑕疵非因其過錯所造成。

然而，經過審判聽證後，雖然證明涉案酒店位於海邊，一般而言，海風會對建築物有不同程度的風化及侵蝕（見第37條的答覆）。但是，在本具體的個案中，被告未能證實大自然因素（日曬雨淋、風吹雨打）的長期侵蝕令酒店的外牆油漆剝落，亦未能證實原告沒有做好維護及保養令外牆油漆脫落剝落，更未能證實外牆油漆的瑕疵非關乎被告的工藝。

按照民事責任的規定，定作人享有瑕疵由承攬人的過錯造成的推定，前者無須證明後者具有過錯，反而後者須要證明瑕疵非因其過錯造成。故此，被告須主張及證明事實推翻法律推定，被告未能履行舉證義務推翻此推定，只能認定瑕疵是因被告的過錯造成，所以，瑕疵應歸責於被告。

故此，被告屬瑕疵履行。

失效

被告主張有關承攬工程於2015年8月1日完成，其時，被告已修復所有發現的瑕疵，並獲原告發出的驗收證明。在驗收後，原告於2016年4月1日發現瑕疵，但遲至2017年2月24日才通知被告，由發現瑕疵起計已經過了逾10個月24天，若自交收工作日起計，則已經過了1年6個月24天。其時，原告可以要求就瑕疵作出修復、重新再造、縮減價金又或要求賠償的權利早已失效。

原告反駁指本案的承攬工程涉及供長期使用之不動產，適用期限較長的失效期間，認為其行使的權利仍未失效。

《民法典》第一千一百四十六條：

“一、定作人或取得工作物之第三人應在發現工作物有瑕疵之日起三十日內將有關瑕疵告知承攬人，否則由以下各條規定所賦予之權利將告失效；但不影響上條規定之適用。

二、承攬人承認瑕疵之存在者即等同於已被告知。”

第一千一百五十條規定：

“一、對除去瑕疵、減少報酬、解除合同及損害賠償之權利，如未在拒絕接受工作物或作出有保留之接受後一年內行使，即告失效，但不影響第一千一百四十六條所指失效情況之發生。

二、如定作人不知瑕疵之存在，且已接受工作物，則除斥期間自告知瑕疵起算；然而，在任何情況下，上款所指之權利均不得自工作物之交付經過二年後行使。”

另外，《民法典》第一千一百五十一條規定：

“一、如承攬之標的為建造、改建或修葺樓宇或其他屬供長期使用之不動產，且在交付後五年內或在約定之擔保期內，工作物因土地、建造、改建或修葺上之瑕疵而全部或一部倒塌，或出現瑕疵時者，適用第一千一百四十七條至第一千一百四十九條之規定；但不影響第一千一百四十五條規定之適用。

二、在上款所指之情況下，瑕疵之告知應於發現有關情況後一年內作出，而第一千一百四十七條至一千一百四十九條之規定所賦予之權利則應於告知後一年內行使。

三、以上各款之規定，亦適用於將自己所建造、改建或修葺之不動產出賣之出賣人。”

本院認為案中原告行使的權利仍未失效，理由如下：

一)根據既證事實，案中承攬工程的標的乃對位於路環的鷺環海天度假酒店的外牆翻新油漆工程。

鷺環海天度假酒店前身為威斯汀酒店，乃一所五星級酒店，整個酒店的屬性是供長期使用的建築物。

承攬工程旨在對建築物的外牆油漆進行翻新，屬於修葺工程，而瑕疵正正發生在重油油漆。

對此項工程應適用第一千一百五十一條規定的特別期限，在五年期限或在約定保固期內，定作人都可行使因工作物出現瑕疵而獲法律賦予的權利。

在本案中，承攬人與定作人協定的保固期為五年，故此，定作人可以在五年期間內行使其權利。

根據第一千一百五十一條第二款的規定，告知瑕疵的期間由三十日擴大至一年。

既證事實顯示瑕疵最初於2016年3月出現，原告至少於2016年12月9日將第一份瑕疵的清單寄予被告，被告於2017年2月6日便展開工程清除瑕疵。

故此，原告是在法定期限內作出告知，2017年12月7日提起本訴訟時五年期限仍未屆滿，原告的權利仍未失效。

即使認為對本案不適用第一千一百五十一條而適用一般的規定，本案的除斥期仍然未屆滿。

二) 協議的期限

關於工作物瑕疵失效的制度，屬於當事人可以處分的事宜，故此，第一千一百五十條所定的失效制度，並不排除當事人可以協定其他與上述法律規定不同的情況。

在本文中，我們認為當事人事實上有此約定。根據雙方議定的合同內容，雙方簽定的議定書第j)項（卷宗第855頁）及招標書第m)項（卷宗第94頁），根據雙方議定構成合同的組成部分，明確訂明保固期自原告發出完工證明開始計為五年。

在五年期限內出現的任何油漆發霉、剝落、掉色、起泡等等情況，被告在獲原告在合理期限內告知後，被告需要負責修補。

此協議規定的補修期間明顯不同於法律的規定。

《民法典》第三百二十二條第一款規定：“藉以設立有關失效之特別情況、或藉以變更或放棄有關失效之法律制度之法律行為，只要所涉及者非屬各當事人不可處分之事宜或並未對時效之法定規則構成欺詐，均為有效。”

雙方訂定了比法例期限兩年更長的保固期，從當事人的意願及邏輯上，應視為當事人協議訂定更長的失效期限，以及同意不設立確定的告知瑕疵的期限，因為若定作人可以要求修補瑕疵的期限仍然維持在兩年內提出，雙方所訂的五年的保固期便不具備任何意義及作用。

故此，由於當事人協議了不同的失效期限，而原告在此期限內發現工作物出現瑕疵並已告知被告，原告要求被告對之進行維修的權利並沒有失效。

三) 承攬人的承認

既證事實指自2016年3月開始酒店內陸陸續續出現瑕疵。

原告於2016年12月9日通知被告，要求其作出修補，被告於2017年2月6日展開工程。

雖然原告在三十日期限後方告知被告瑕疵的出現，但是被告在獲告知瑕疵後，並沒有提出原告權利已失效，還於2017年2月6日為原告進行修補，被告此一行為不得不視為其不但承認知悉瑕疵的存在亦承認原告主張的權利，不然不會展開修補工程。

另外，在被告進行修補期間，陸陸續續出現更多類似的瑕疵在酒店的不同範圍：咖啡廳外牆、游泳池、花園、大堂區外牆、健身中心外牆、賭場大樓的牆、網球場、垃圾箱回收區及停車場的牆。

原告於2016年2月24日將之告知被告，被告知悉亦且承諾會作出維修，故此，對於此等瑕疵，被告承認了原告的權利。

該如何看待承攬人的承認？

《民法典》第三百二十三條規定：

“一、唯在法定或約定之期間內作出法律或約定賦予阻卻作用之行為，方阻礙失效之發生。

二、然而，如有關期間係由合同定出或屬法律對可予處分之權利所定出之期間，則權利人應行使權利予以針對之人承認權利時，亦阻礙失效之發生。”

Vaz Serra教授在《法例及司法評論》，1972，第107期，第3515，第24頁：“若屬可處分權利，失效的受益人承認此一權利，承認並不是使失效中斷，受益人承認他方的權利此一情節不會令已經流逝的時間無用，並重新開始新的失效期間（猶如時效）。承認阻卻失效猶如阻礙實施受制於失效的行為。事實上，若受益人承認（他方）的權利，沒有必要強迫權利人在法定期限內，請求司法上承認其權利或實施任何其他受失效制約的行為，承認權利人的權利將使失效確定被阻卻，即不可再提出失效仿如權利切實行使，屬提訴的情況，便猶如已行使訴訟的權利。”

此立場亦為葡萄牙的主流司法見解，如葡萄牙最高法院2011年3月11日裁判，卷宗014/10.07BBRR.L1-8及2007年11月13日的司法裁判等等。

João Cura Mariano亦指出，（《Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra》一書，Almedina，第六增訂版，第103頁）：“若承攬人在定作人告知期限完結前承認知悉瑕疵的存在，則免除定作人的告知；若在告知期限後作出承認，則等同於放棄主張因定作人未在期限內告知瑕疵而使其權利失效。”

按照此一見解，被告承認了原告的權利，便阻礙失效發生。因此，原告的權利沒有失效。

瑕疵履行的救濟

《民法典》第一千一百四十七條第一款規定：“如瑕疵可予除去，定作人或取得工作物之第三人有權要求承攬人除去瑕疵；如瑕疵不能除去，則定作人得要求重造工作物。”

第一千一百四十八條第一款規定：“如瑕疵已使工作物不合於其原定用途，且承攬人既未除去瑕疵亦未重造工作物，則定作人得要求減少報酬或解除合同。”

第一千一百五十條規定：

“一、對除去瑕疵、減少報酬、解除合同及損害賠償之權利，如未在拒絕接受工作物或作出有保留之接受後一年內行使，即告失效，但不影響第一千一百四十六條所指失效情況之發生。

二、如定作人不知瑕疵之存在，且已接受工作物，則除斥期間自告知瑕疵起算；然而，在任何情況下，上款所指之權利均不得自工作物之交付經過二年後行使。”

對於承攬合同瑕疵履行的後果，法律賦予了定作人不同的權利，分別為除去瑕疵、重造工作物、減少報酬或解除合同，以及請求損害賠償。

依照上列法律條文的文義，上列的每一項的救濟措施，定作人不能自由選擇，而是按照條文順序，在前一項方法不能滿足定作人之要求後，才採用下一項措施，定作人須首先由除去瑕疵及重造工作物開始，爾後方可要求減少報酬或選擇解除合同。

根據Pedro Romano Martinez的見解，在葡萄牙的制度中，認為《民法典》第一千二百二十二條構建了一個邏輯順序—首先，承攬人必須除去瑕疵或重造工作，當此訴求不能實現時，可以要求減少報酬或解除合同²。

上述作者還認為當承攬合同瑕疵履行時，損害賠償是作為前述四個法律手段的補充手段，意即當上述四個手段均未能實現定作人的要求或未能完全彌補瑕疵對定作人造成的損害方可提出。

原告提出一個主訴求—判處被告支付原告承擔的改善工程的費用及一個補充請求—因應維修支出而縮減工程費用。無論哪一個請求均要求承認原告可以在未獲被告支付前留置尚未支付的工程價金MOP\$440,535.00元，倘若將來結算的金額高於此數目，則作出抵償。

我們先審理主請求。

正如前述，對於瑕疵履行，立法者優先考慮給予定作人的救濟方法為由承攬人除去瑕疵。

“要求承攬人除去瑕疵不單符合定作人的利益，可以使其有權獲得的給付完全地獲得履行，同時亦符合承攬人的利益，由其實施修補允許其控制成本並避免由瑕疵而引致的損害擴大。”（Cura Mariano，見前述著作，第111頁）

但是，定作人能否直接要求承攬人支付由其或第三人除去瑕疵的費用而不直接要求承攬人除去瑕疵？

過去，學說一直認為定作人必需要透過訴訟獲得判處承攬人消除瑕疵的判決。當承

² Pedro Romano Martinez 《承攬合同》第216頁。

攬人拒絕履行判決時，方可在執行情序中要求由定作人或第三人作出改正，而費用則由承攬人承擔³。

不過，隨著學說的發展及司法見解的更新，在維持承攬人改正為優先的原則下，已逐漸容許在某些特別情況下，如緊急情況以及承攬人確定不履行的情況，定作人可以繞過此一步驟，由定作人或第三人除去瑕疵，費用由承攬人承擔。此項請求與減少價金及解除合同構成擇其一請求⁴。

我們認為此一見解更具有合理性及靈活性，在確定承攬人拒絕自行除去瑕疵時，容許定作人自行除去瑕疵更符合常理亦可以平衡雙方的利益。

回到本案中，原告主張被告確定不履行並且具備急切性進行修復工程而要求允許其委託第三人進行工作，但最終費用由被告承擔。

雖然原告口說具有急切性，具體上工程的急切性體現在哪裡，原告卻語焉不詳，不錯，涉案的工程乃一座五星級酒店，按常理此一等級酒店必需維持良好的外觀，但此點只能算是原告主觀的急切需要，而非客觀上真有急切性進行修復—例如顯示延遲會對定作人或他人構成危險，更何況有關情況已持續了好幾年仍未進行維修，酒店仍然可以如常運作，本院不認為真具有急切性除去瑕疵。

不過，我們認同被告的情況構成確定不履行。

據《民法典》第七百五十二條第一款規定：“債務人作出其須為之給付者，即為履行債務。”

《民法典》第七百九十三條第二款，基於可歸責於債務人之原因以致未能在適當時間內作出仍為可能之給付者，即構成債務人遲延。

“債務人如因歸責於其之原因，沒有在期限內作出給付，但給付仍屬可行者，則債務人處於遲延。”（Antunes Vareles，債法總論，第二冊，第112頁）

依照中級法院2000年2月24日（卷宗編號1245號）的司法裁判：“預約合同的確定性不履行，在相應情況（提前聲明不履行、根本性期限、明示解除條款、給付不能或喪失在給付中之利益）出現時發生。”（相若的裁判，見中級法院2007年9月13日第365/2007號卷宗的判決）

《民法典》第七百九十七條第一款及第二款規定：

“一、如因遲延而出現以下任一情況，則視為構成第七百九十條所指之債務不履行：

a) 債權人已喪失其於給付中之利益；b) 給付未於債權人透過催告而合理定出之期間內作出。

二、給付中之利益是否喪失，應依客觀標準認定。”

關於告誡催告，遲延轉換為確實不履行須由債權人再作出催告定出合理期限予被告履行方視為發生。

³ Pires de Lima e Antunes Varela，〈《民法典》註釋〉，第二冊，第896頁。

⁴ Cura Mariano，前述著作，第147頁及葡萄牙里斯本中級法院2012年2月23日的司法裁判，卷宗132316/10.6YIPRT.L1-2

在本案中，原告首次於2016年12月9日要求被告除去瑕疵，被告於2017年2月6日開始除去瑕疵的工程，期間出現新的瑕疵，被告承諾除去瑕疵並繼續工程，被告於2017年4月25日向原告表示已完成大部分除去瑕疵的工程，同時表示不負責除去其餘的瑕疵。隨後，原告分別於2017年4月29日、2017年5月13日給予被告期限完成工作，但被告均沒有回應。最後原告於2017年9月29日去信被告催告其在8日內開始改正工程，否則會聘請第三方進行工程及會要求被告承擔相關費用。

首先，被告在2017年4月25日明確表示不願意負責除去尚未處理的瑕疵，拒絕本身已構成確定不履行。即使如此，原告仍欲被告履行給付，多番給予被告期限完成工程，但被告都不予理會。最後，原告給予被告最後通知並提醒被告若不履行便會委託第三方處理，雖則沒有明言，原告的態度顯示其視被告的不回應或不理會為確定不履行才會警告委託第三方處理及將由被告承擔費用。故此，可以斷言原告已喪失了無了期等待被告履行作出給付的耐性（利益），即使屬延遲履行也早已轉為確定不履行。

因此，我們面對的是被告確定不履行除去瑕疵的義務，而不是單純的遲延，由是，我們認為原告有權透過第三方完成應由被告除去瑕疵的義務，而相關費用待將來結算後由被告承擔。

故此，原告的主請求可以裁定成立。

留置權及抵銷

基於被告至今仍未有除去工程的瑕疵，原告至今仍未將餘下的15%工程款MOP\$440,535元支付予被告，原告欲以被告將來需要向其支付除去瑕疵的工程的價金為理由，主張其對該筆款項具有留置權以便將來進行抵償。

另一方面，被告在反訴中以原告不履行為由，指原告仍未按合同條款支付餘下的10%的價金MOP\$293,690元，要求判處原告作出支付；原告亦以其享有留置權作為抗辯。

《民法典》第七百四十四條規定：“如債務人對其債權人享有一項債權，且該債權係因用於債務人有義務交付之物之開支而產生或因該物所造成之損害而產生者，債務人對該物享有留置權。”

另外，《民法典》第四百二十二條第一款規定：“雙務合同中未就雙方給付定出不同履行期限者，在一方立約人尚未為其應作之給付或不同時履行給付時，他方立約人得拒絕作出其本身之給付。”

根據前面的分析，原告針對被告確實擁有一項尚未結算的債權，原告的債權則源自被告不履行。不過，原告主張留置的對象是原告本來因為被告交付工作物後需要向後者支付的價金。

實質上，原告是基於被告仍未完全履行其給付而不願支付餘下價金，價金本身就是

原告需要作出的給付。換言之，要求被告除去瑕疵（即履行給付）與原告應支付的價金是互為對等的給付。雖然給付的對象為被告，後者只是有權利要求原告作出給付，在未交付前不算被告的財產。

因而，原告對於自己將來須作出的給付（價金）不具有留置權。

雖然原告的主張不符合留置權的概念，但是，原告的訴求很清楚地表達在被告未有履行改正瑕疵的義務前暫時不欲支付餘下的價金，原告的意欲更符合合同不履行之抗辯的概念。

一般認為合同不履行之抗辯亦適用於瑕疵履行，只要遵從善意原則及不履行（合同）的程度與不執行合同的嚴重性相符⁵。

雖然原告沒有直接作此一表述，我們認為此乃原告實質上欲取得法律效果，只不過選錯了法律機制，屬選定適用法律的問題，根據《民事訴訟法典》第五百六十七條的規定，不妨礙法院以此機制處理原告的訴求。

按照合約條款及招標書t)項的條款，尚餘的15%價金訂明在交付工程後的兩年及五年各支付10%及5%，而支付的條款乃牆壁必須清潔，無霉菌、瑕疵。目前酒店及客房的外牆佈滿瑕疵，根本未符合支付的條件。

面對被告拒絕履行改正在保固期發現瑕疵的義務及承諾，原告有權拒絕尚未支付的餘下價金支付予被告。

至於抵銷，《民法典》第八百三十八條規定：

“一、如兩人互為對方之債權人及債務人，則在同時符合下列要件下，任一人均得以其本身之債務與其債權人之債務抵銷而解除債務：

a) 其債權係可透過司法途徑予以請求，且不能援用實體法上之永久抗辯或一時抗辯以對抗該債權；

b) 兩項債務之標的均為種類及品質相同之可代替物。

二、如該兩項債務之數額不同，得以相對應部分作抵銷。

三、即使債務未經結算，仍可作抵銷。”

根據招標書第m)項的條款，承攬人保證在完成工程後五年內對期間出現的一切瑕疵作出補修，倘若承攬人未履行承諾，定作人有權在須給付予承攬人的款項中作出抵銷。

基於原告已獲承認有權委託第三人改正瑕疵，相關費用由被告承擔，因此，原告針對被告確具有一項尚待清算債權，此性質亦不妨礙將之與被告的債權作抵銷。

因此，由於原告有權拒絕支付尚餘的價金予被告以及有權作出抵銷，被告的反訴請求不能成立，裁定原告的要求抵銷的部分成立。

⁵ 葡萄牙波爾圖中級法院2012年3月20日的司法裁判。

IV) 裁決

據上論結，本法庭裁定原告的訴訟理由成立及被告的反訴理由不成立，裁決如下：

- 判處被告 **A 有限公司 (A Limitada)** 須向原告 **B 有限公司 (B, SA)** 支付除去本案證實的瑕疵而須承擔的費用，待判決執行時清算；

- 宣告原告可以上款清算的費用與尚未支付予被告的價金 MOP\$440,535 (肆拾肆萬伍佰叁拾伍元) 互相抵銷。

*

- 裁定反訴人/被告針對被反訴人/原告提出的反訴請求不能成立。

*

訴訟費用由被告承擔。

*

依法作出通知及登錄本判決。

Quid Juris?

Nesta parte do recurso, a Recorrente imputou à sentença os seguintes vícios:

1) – Erro na apreciação de prova e conclusão errada quando o Tribunal recorrido afirmou que a culpa, ainda que presumida, é da Recorrente, enquanto empreiteira das obras em causa;

2) – Caducidade do direito à eliminação dos defeitos assistido à Recorrida/Autora;

3) – Errada conclusão quando o Tribunal *a quo* afirmou que a Recorrente/Ré reconheceu a sua responsabilidade ao proceder à reparação e eliminação dos defeitos detectados aquando da interpelação feita pela Recorrida/Autora;

4) - Abuso de direito por parte da Autora.

Ora, todas estas questões já foram objecto de análise feita pelo Tribunal recorrido, com uma fundamentação coerente e esclarecedora, a qual aderimos inteiramente, aqui limitamo-nos acrescentar ainda o seguinte:

- Não há nenhum abuso de direito por parte da Autora, esta está a exercer o seu direito legitimamente, pois dentro dos limites que a lei prescreve, não violando nenhum ditame de boa fé ou de bons costumes, porque o direito está fundado no artigo 1151º do CCM, isto por um lado, por outro, a Recorrente não carrou nenhum elemento probatório para sustentar a sua tese, para além de se tratar de uma nova questão suscitada nesta sede recursiva, improcede obviamente este argumento por ela produzido;

- Em matéria da execução de empreitada, importa enfatizar que o que releva não é ter materialmente desenvolvido a actividade de construção ou reparação, mas sim saber se a Ré ‘teve o *domínio da construção ou reparação*, se desenvolveu *no âmbito profissional*’, aplicando os seus conhecimentos profissionais às actividades que a empreitada define. Nesta óptica, mesmo que vingasse a tese da Recorrente/Ré, os defeitos verificados depois de ela concluir a empreitada se deviam à qualidade de trabalho de construção, então teria de reportar tal situação ao dono da obra ou desenvolver profissionalmente a sua actividade para eliminar tais defeitos, nada isto foi feito. O que mais releva é que não há provas de que tais defeitos se deveram à alegada construção do edifício em causa.

- Relativamente à confissão tirada pelo Tribunal *a quo*, no sentido de que a Recorrente reconheceu por si a existência de defeitos nas obras por ela realizadas, também não merece censura esta conclusão do Tribunal recorrido, visto que o artigo 788º do CCM estipula expressamente que ao devedor cabe provar que não tem culpa no cumprimento defeituoso do acordado, o que não foi

feito.

- Neste ponto, tem-se defendido a seguinte ideia: “havendo da parte do empreiteiro reconhecimento de defeitos na execução da obra, traduzido, nomeadamente, na realização de trabalhos de reparação desses defeitos, tal reconhecimento, para além de equivaler à denúncia, nos termos do n.º 2 do artigo 1220.º do Código Civil, tem um efeito impeditivo do decurso de um prazo de caducidade para a instauração da acção destinada a exigir, após a denúncia, a eliminação dos defeitos” (acórdão da RP, Proc. no. 5281/16.5T8MTS.P1.S1), **considerações estas (citadas em nome do Direito Comparado) que continuam a ser válidas para o CC de Macau, dada a semelhança do regime de empreitada consagrado no CC de Macau e CC vigente em Portugal.**

Pelo que improcede também esta parte da argumentação feita pela Recorrente.

Em suma, pelo expandido, é de verificar que, em face das considerações e impugnações da Recorrente, a argumentação produzida pelo MMo. Juiz do Tribunal *a quo* continua a ser válida, à qual não foi contrariada mediante elementos probatórios concretos, trazidos por quem tem o ónus de prova.

Nestes termos, é da nossa conclusão que o Tribunal *a quo* fez uma análise ponderada dos factos e uma aplicação correcta das normas jurídicas aplicáveis, tendo proferido uma decisão conscienciosa e legalmente fundamentada, motivo pelo qual, ao abrigo do disposto no artigo 631º/5 do CPC, é de manter a decisão recorrida.

*

Síntese conclusiva:

I - O regime jurídico do contrato de empreitada comporta uma disciplina de denúncia e reparação ou eliminação de defeitos e vícios construtivos (enquanto perturbações defeituosas da prestação originária do empreiteiro: arts. 1134º e 1144º do CCM) que, para os imóveis destinados a longa duração (art. 1151º do CCM, em articulação com os arts. 1146º, 1147º e 1148º), determina a responsabilidade contratual do empreiteiro pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente.

II - Essa responsabilidade concretiza o direito de pedir a eliminação dos defeitos e vícios do construído e, no caso de não poderem ser eliminados ou sanados, o de exigir uma “nova construção” (artigo 1147º do CCM), tudo sem prejuízo do direito à respectiva indemnização pelos prejuízos sofridos.

III - Trata-se de uma nova obrigação de prestação de facto, *ex lege*, que surge como consequência de o empreiteiro não ter executado a obra nas condições convencionadas e supõe uma condenação prévia do empreiteiro, na sequência do qual o dono pode exigir a eliminação do defeito ou a “nova construção” por terceiro, se for caso disso, à custa do devedor empreiteiro, ou a indemnização pelos danos sofridos.

*

Tudo visto e analisado, resta decidir.

* * *

V – DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do Tribunal de 2ª Instância **acordam em negar provimento ao presente recurso**, mantendo-se a decisão recorrida.

*

Custas pela Recorrente.

*

Registe e Notifique.

*

RAEM, 15 de Abril de 2021.

Fong Man Chong

Ho Wai Neng

Tong Hio Fong