

Processo n.º 77/2012.

Recurso jurisdicional em matéria cível.

Recorrente: A.

Recorrida: B.

**Assunto: Caso julgado. Recurso.**

Data do Acórdão: 5 de Dezembro de 2012.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Song Man Lei e Sam Hou Fai.

#### SUMÁRIO:

**I** – O caso julgado incide sobre a decisão e não sobre os fundamentos.

**II** – A decisão do Tribunal de Segunda Instância, que determina o aditamento de factos assentes, por não impugnados nos articulados, e anula julgamento de parte da decisão de facto só faz caso julgado neste âmbito, mas não já na parte em que, nos fundamentos, qualifica juridicamente o contrato celebrado entre as partes, que não se impõe ao juiz que na 1.ª instância elaborará a sentença e ainda menos ao Tribunal Colectivo que reapreciará a matéria de facto, por lhe serem indiferentes questões jurídicas, para as quais carece de competência.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO  
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:**

**I – Relatório**

A intentou acção declarativa com processo ordinário contra B, pedindo a sua condenação no pagamento da quantia total de MOP\$1.654.880,01, bem como juros vencidos e vincendos.

A ré deduziu pedido reconvenicional, pedindo a condenação da autora no pagamento da quantia de MOP\$845.858,50.

Por sentença, foi a ré condenada a pagar à autora a quantia total de MOP\$1.144.911,41, bem como juros legais, sendo a autora absolvida do pedido reconvenicional.

O **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), por Acórdão de 21 de Junho de 2012, concedeu provimento ao recurso interposto pela ré, considerou provados os artigos 8.º e 36.º da contestação, 44.º, 45.º e 46.º da réplica, por terem sido aceites por acordo ou confissão das partes e anulou o julgamento da matéria de facto aos quesitos 6.º, 7.º e 8.º da base instrutória.

Recorre, agora, a autora **A** para este **Tribunal de Última Instância** (TUI), pedindo a revogação do Acórdão recorrido.

Para tal, formulou as seguintes **conclusões úteis**:

- O Tribunal de Segunda Instância procedeu, não à recolha e análise dos elementos de prova constantes dos autos, mas antes procedeu a uma qualificação jurídica do contrato identificado como pacote n.º XXXX como um contrato por medida.

- No essencial, a modificação à especificação que foi ordenada pelo Tribunal a quo visa, no nosso entender de forma ilegal, vincular o Tribunal Judicial de Base a uma qualificação jurídica de um contrato independentemente e contra toda a que entretanto foi realizada.

- É sabido que este Venerando Tribunal de Última Instância poderá sempre sindicar essa qualificação e consequências jurídicas quando o resultado que as instâncias chegaram não coincida com o sentido que um declaratório normal tenha face às mesmas.

- O Tribunal de Segunda Instância decidiu pelo critério de confissão, atenta a redacção da réplica oportunamente apresentada. Contudo, e como teve a Recorrente a oportunidade de esclarecer em sede de resposta às alegações no âmbito do recurso apresentado pela Recorrida para aquele douto Tribunal,

- Em lugar algum e muito menos em sede Réplica a Recorrente confessou estar o preço do referido contrato sujeito a medição dos materiais efectivamente instalados na obra.

- São factos bem distintos a existência de uma entidade que confirma o valor por referência a uma planta pré-identificada e a existência de uma entidade que, no referido contrato terá a obrigação de fixar o preço por referência a uma lista de preços unitários.

- As medidas a que o contrato se refere são as medidas dos desenhos ou plantas que são apresentados ex ante da construção e não ex post.

- Não existindo neste particular qualquer confissão que importasse decisão diferente, se entendesse o Tribunal de Segunda Instância que não estava o processo munido de todos os elementos que permitissem uma qualificação do contrato, poderia" isso sim, que fosse ordenado o aditamento dessas questões para a Base Instrutória e não para os factos assentes, permitindo-se assim às partes o exercício em pé de igualdade dos seus direitos processuais.

## **II – Os factos**

Estão provados os seguintes factos:

1. A Autora é uma sociedade comercial por quotas que tem por objecto a comercialização de materiais de construção civil, directamente ou como agente de terceiros e o comércio geral de importação e exportação. (A)

2. A Ré é uma sociedade comercial por quotas que tem por objecto comercial a actividade de construção e reconstrução de prédios, remodelação, decoração, instalações

electromecânicas, projectos de engenharia e desenhos, importação, exportação, comercialização, venda e distribuição de materiais de construção, consultadoria de gestão de projecto, sondagens geológicas, consolidação de terrenos e fundações, trabalhos de engenharia civil, construções e obras públicas. (B)

3. No âmbito da sua actividade comercial a ora Ré, foi contratada para prestar os seus serviços na construção do H Cotai. (C)

4. Sendo que para o efeito, a Ré, subcontratou com a ora Autora, no sentido desta última prestar alguns serviços e providenciar alguns materiais, para a construção de duas obras no H Cotai, mais precisamente, a construção do tecto do casino central e da fachada (oeste) do pódio L3/L5. (D)

5. Para tanto, foram emitidas pela R. duas ordens de compra (Purchase order), nas quais se particularizam quais os tipos de serviços a prestar e quais os materiais a comprar para cada uma das supra referidas obras. (E)

6. Para a construção do tecto do casino central do H Cotai e a prestação dos respectivos serviços, foi emitida a ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXXXXX, com referência ao pacote n.º XXXX. (F)

7. Para a construção da fachada (oeste) do pódio L3/L5 e os respectivos serviços foi emitida a ordem de compra, n.º XXXXXXXXXXXXXXXX, com referência ao pacote n.º XXXX. (G)

8. Em virtude das negociações encetadas entre Ré e Autora, afim desta última providenciar o fornecimento e fabrico de maqueta/molde principal/modelos e manufactura de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro) para construir o tecto do casino do H Cotai, a R. emitiu em 10 de Agosto de 2006 a ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXXXXX, no total de HKD\$6.713.169,00 equivalentes a

MOP\$6.927.990,41, na qual solicitou à A. o seguinte:

a) Fornecimento e fabrico de maqueta/molde principal/modelos e manufactura e entrega de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro) no valor de HKD\$5.838.169,00 e

b) Preliminares (incluindo trabalhar com “B, LDA” para elaboração das plantas, apresentação e supervisão durante a construção) no valor de HKD\$875.000,00. (H)

9. Compreendendo, entre outras as seguintes condições:

a) O pagamento deveria ser feito através de um depósito de 15% após aceitação da encomenda e o saldo remanescente dentro de 14 dias após a recepção da factura por cada nota de entrega assinada,

b) A quantidade exacta de GRG a ser fornecida é sujeita à aprovação das plantas e,

c) A presente ordem de compra deve substituir a anterior ordem de compra datada de 16 de Maio de 2006, com o n.º XXXXXXXXXXXXXXXX. (I)

10. Depois da Ré ter avaliado as quantidades encomendadas constantes da ordem de compra e após a elaboração da construção das plantas, chegou à conclusão de que iria ser necessário fazer alguns reajustamentos à encomenda. (J)

11. De Agosto de 2006 a Abril de 2007, a Ré ordenou várias alterações à ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXXXXX, no montante de HKD\$438.312,37. (J1)

12. Para que a Autora construísse a fachada (oeste) do pódio L3/L5 do H Cotai, em 25 de Julho de 2006 a Ré emitiu uma ordem de compra, com o n.º XXXXXXXXXXXXXXXX (segunda ordem de compra), no total de HKD\$7.103.108,00 equivalentes a MOP\$7.330.407,46, na qual solicitou à Autora o seguinte:

a) Fornecimento e fabrico de maqueta/molde principal/modelos e manufactura e entrega de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro) no valor de HKD\$6.023.108,00 e

b) Preliminares (incluindo trabalhar com “B, LDA” para elaboração das plantas, apresentação e supervisão durante a construção) no valor de HKD\$1.080.000,00. (K)

13. Compreendendo, entre outras, as seguintes condições:

a) O pagamento deveria ser feito através de um depósito de 15% após aceitação da encomenda e o saldo remanescente dentro de 14 dias após a recepção da factura por cada nota de entrega assinada,

b) A quantidade exacta de GRG a ser fornecida é sujeita à aprovação das plantas e,

c) A presente ordem de compra deveria seguir as especificações das plantas e da abertura do concurso com a referência n.º XXXXXXXXXXXXXXXX e n.º XXXXXXXXXXXXXXXX. (L)

14. Sendo que, na ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXXXXX ficou estipulado que, caso fosse a Autora a realizar a obra de construção do tecto do casino do H Cotai, o montante dos Preliminares passariam a ser no valor de HKD\$875.000,00 ao invés de HKD\$1.080.000,00 inicialmente previsto. (M)

15. Como, efectivamente foi a Autora que ficou responsável pela realização da obra de construção do tecto do casino do H Cotai, o montante dos preliminares passou a ser de HKD\$875.000,00. (N)

16. E o valor total desta ordem de compra passou a ser no valor de HKD\$6.898.108,00 equivalentes a MOP\$7.118.847,00 ao invés do montante de HKD\$7.103.108,00 equivalentes a MOP\$7.330.407,46. (O)

17. Face aos reajustamentos à encomenda referida em J), a R. aditou à ordem de compra inicial uma maior quantidade de maquete/molde principal/modelos GRG (glass reinforced gypsum, gesso reforçado com fibra de vidro). (1º)

18. Pelo facto destes reajustamentos importaram um aumento da manufactura e fabrico de maquete/molde principal/modelos e manufactura e entrega de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro), o valor a pagar também sofreu uma alteração em função disso, passando o montante final a ser de HKD\$7.083.881,07 (sem incluir os preliminares e a ordem de variação). (2º)

19. Razão pela qual, a ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXXXXX referente ao fornecimento e fabrico de maquete/molde principal/modelos e manufactura e entrega de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro) e seus preliminares passou a ter o valor final de HKD\$8.397.193,44 conforme tabela que se segue: (4º)

Fornecimento e fabrico de maquete/molde principal/modelos e manufactura e entrega de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro)	Primeira ordem de compra	HKD\$5.838.169,00
Fornecimento e fabrico de maquete/molde principal/modelos e manufactura e entrega de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro)	Reajustamento (Aditamento à primeira ordem de compra)	HKD\$1.245.712,07
Fornecimento e fabrico de maquete/molde principal/modelos e manufactura e entrega de GRG (glass reinforced gypsum) (gesso reforçado com fibra de vidro)	Variações à primeira ordem de compra	HKD\$438.312,37

Preliminares (incluindo trabalhar com “B, LDA” para elaboração das plantas, apresentação e supervisão durante a construção)	Preliminares	HKD\$875.000,00
<b>Total</b>		<b>HKD\$8.397.193,44</b>

20. De Outubro de 2006 a Junho de 2007, a Ré pediu outras alterações à ordem de encomenda n.º XXXXXXXXXXXXX, conforme a tabela que se segue: (6º)

Tecto do pódio oeste tipo 6 (quando a ordem inicial era apenas para clarabóia mas foi posteriormente solicitado e acordado com a A que fornecesse a inteira unidade integrada)	Ordem de Alteração n.º 1	HKD\$319.716,90
Tecto da rotunda (não há reclamação)	Ordem de Alteração n.º 2	Sem custo
Alteração e gravação para o padrão e molde dos arcos principais (i.e. adaptando a moldura para reflectir a mudança no tamanho, onde originalmente só eram requeridos 2 tamanhos, mas na realidade eram requeridos 5 tamanhos diferentes com os desenhos da proposta mostrando 13 portais mas a B requereu 25 portais)	Ordem de Alteração n.º 3	HKD\$60.040,00
Portais de decoração de 3880 x 4100mm (de altura) (relacionados com a ordem de alteração n.º 3 que é a mudança no número e tamanho dos portais)	Ordem de Alteração n.º 4	HKD\$777.259,00
Thistle Pro Type FT50 com despesas de frete aéreo (i.e. custos da fita e despesas de frete para o transporte da fita)	Ordem de Alteração n.º 5	HKD\$5.000,00

<b>Total</b>	Cinco Alterações	<b>HKD\$1.162.015,90</b>
--------------	------------------	--------------------------

21. Esse montante somado ao montante inicialmente estabelecido (HKD\$6.898.108,00 referente no facto assente “O”) na ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXX, totaliza o montante final de HKD\$8.060.123,90. (7º)

22. Os supra referidos serviços foram efectivamente prestados, bem como os materiais aí discriminados foram também fornecidos. (8º)

23. Tendo a obra sido entregue dentro do prazo estabelecido. (9º)

24. Em 25 de Julho de 2007, a Autora emitiu a factura relativa à ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXX com referência ao pacote n.º XXXX, relativa à construção da fachada (oeste) do pódio L3/L5, conforme o documento de fls. 68. (10º)

25. Em 25 de Julho de 2007, a Autora emitiu a factura relativa à ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXX com referência ao pacote n.º XXXX, relativa à construção do tecto do Casino Central do H Cotai, conforme o documento de fls. 737. (11º)

26. No que respeita à factura relativa à ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXXXXX, a Ré somente liquidou o montante de HKD\$8.193.972,79. (12º)

27. No que respeita à factura relativa à ordem de compra n.º XXXXXXXXXXXXXXXX, a Ré somente liquidou o montante de HKD\$7.124.834,59. (13º)

28. A Ré não procedeu ao pagamento integral do preço em dívida dentro do prazo de 14 (catorze) dias após a emissão das mesmas. (14º)

29. As dívidas relativas às facturas XXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXX já se encontravam vencidas. (15º)

30. Houve ocasionalmente entrega de materiais em quantidade superior à encomendada. (16º)

31. A Ré contratou os serviços da C, com sede em Macau e da D com sede em Macau, tendo despendido a quantia de MOP\$137.800,00. (22º)

32. A Ré contratou os serviços das seguintes empresas:

1. E, com sede em Hong Kong;

2. F, com sede em Macau;

3. C, com sede em Macau; e

4. G, com sede em Macau, tendo despendido nessa contratação o valor global de MOP\$331.182,50. (23º)

### **III – O Direito**

#### **1. As questões a resolver**

São duas as questões a resolver.

A primeira, a de saber se o acórdão recorrido violou a lei processual ao considerar que os artigos 8.º e 36.º da contestação, 44.º, 45.º e 46.º da réplica e cláusulas contratuais entre as partes devem ser considerados assentes, por terem sido aceites por acordo ou confissão das partes.

A segunda, a de saber se o acórdão recorrido violou a lei processual ao considerar que o tribunal colectivo errou no julgamento dos quesitos 6.º, 7.º e 8.º da base instrutória.

Por estarem em causa questões relacionadas com o julgamento da matéria de facto, a propósito de cada uma delas se apurará, previamente, do poder de cognição deste TUI, sabido que, em regra, este poder é restrito à matéria de direito.

## **2. Factos admitidos por acordo das partes nos articulados**

Trata-se de saber se o acórdão recorrido violou a lei processual ao considerar que os artigos 8.º e 36.º da contestação, 44.º, 45.º e 46.º da réplica réplica e cláusulas contratuais entre as partes devem ser considerados assentes, por terem sido aceites por acordo ou confissão das partes.

No que a esta questão respeita é evidente o poder de cognição do TUI, já que o exame da questão se limita a apurar, fundamentalmente, se foi violado o disposto no artigo 410.º do Código de Processo Civil, que estatui em que circunstâncias é que se consideram reconhecidos factos articulados por uma parte, aplicável por força do artigo 424.º do mesmo diploma. Em nenhum caso o Tribunal sindicará o princípio da livre apreciação das provas. Tem aqui aplicação o disposto no artigo 649.º, n.º 2, *in fine*, do Código de Processo Civil, segundo o qual:

“Artigo 649.º

### (Âmbito do julgamento)

1. Aos factos materiais que o tribunal recorrido considerou provados, o Tribunal de Última Instância aplica definitivamente o regime que julgue adequado em face do direito vigente.

2. A decisão proferida pelo tribunal recorrido quanto à matéria de facto não pode ser alterada, salvo se houver ofensa de disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova”.

Prossigamos, pois.

Convém realçar que a recorrente não indicou as únicas normas relevantes nesta matéria, como se disse, os artigos 410.º e 424.º do Código de Processo Civil.

Relativamente aos factos dos artigos 8.º e 36.º da contestação, eles foram expressamente aceites pela autora no artigo 35.º da réplica, sendo que, como a autora alega nos artigos 1.º e seguintes da mesma peça, tais factos da contestação integram matéria de excepção. Logo, nos termos dos artigos 424.º e 410.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil, consideram-se assentes.

Já quanto aos factos dos artigos 44.º, 45.º e 46.º da réplica, não é inteiramente claro se o acórdão recorrido os considera assentes. Se o fez, como parece, errou, já que não havia lugar a tréplica (artigo 421.º do Código de Processo Civil) – como não a houve – onde os factos pudessem ser aceites ou impugnados.

Quanto às cláusulas contratuais entre as partes alegadas e juntas com os articulados, elas consideram-se assentes, nos termos das mesmas normas e do disposto no artigo 368.º do Código Civil.

Relativamente às qualificações jurídicas feitas no acórdão recorrido – designadamente se os contratos são ou não por medida – não nos pronunciamos – pois são irrelevantes para a presente decisão, uma vez que os factos aditados são ou podem ser relevantes para a decisão da causa segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito (artigo 430.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Aliás, as alegações da recorrente partem de um equívoco. De que aquelas qualificações jurídicas fazem caso julgado e se impõem ao Tribunal de 1.ª instância. Não fazem, como é evidente. O caso julgado incide sobre a decisão e não sobre os fundamentos. O que faz caso julgado - se obtiver confirmação deste Tribunal - é o aditamento de factos aos factos assentes e base instrutória e nada mais.

A decisão do Tribunal de Segunda Instância, que determina o aditamento de factos assentes por não impugnados nos articulados, e anula julgamento de parte da decisão de facto, só faz caso julgado neste âmbito, mas não já na parte em que, nos fundamentos, qualifica juridicamente o contrato celebrado entre as partes, que não se impõe ao juiz, que na 1.ª instância elaborará a sentença, e ainda menos ao Tribunal Colectivo que reapreciará a matéria de facto, por lhe serem indiferentes questões jurídicas, para as quais carece de competência.

### **3. Julgamento de matéria de facto**

Ponderemos, agora, se o acórdão recorrido violou a lei processual ao considerar que o tribunal colectivo errou no julgamento dos quesitos 6.º, 7.º e 8.º da base instrutória.

Esta decisão inseriu-se no julgamento da matéria de facto que incidiu, além do mais, na audição de depoimento de testemunha gravado, nos termos do artigo 599.º do Código de Processo Civil.

Sobre esta matéria o TUI não se pronuncia, nos termos do n.º 2 do artigo 649.º do Código de Processo Civil, combinado com o disposto no artigo 47.º, n.º 2, da Lei de Bases da Organização Judiciária, já que o TUI não indica a livre apreciação da prova.

Pelo que, também nesta parte, se julga improcedente o recurso.

### **IV – Decisão**

Face ao exposto, concedem parcial provimento ao recurso, revogando o acórdão recorrido na parte em que considerou assentes os factos dos artigos 44.º, 45.º e 46.º da réplica e confirmando-o inteiramente, na parte restante.

Custas por recorrente e recorrida, respectivamente, nas proporções de 2/3 e 1/3, tanto

no TSI como neste TUI.

Macau, 5 de Dezembro de 2012.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Song Man Lei – Sam Hou Fai