

Processo n.º 277/2003

(Recurso Civil)

Data: 9/Setembro/2004

ASSUNTOS:

- Contrato de empreitada de obras públicas
- Subempreitadas
- Reapreciação da matéria de facto

SUMÁRIO:

1. De um mesmo testemunho não se têm de ter como provados todos os factos contidos nas respectivas afirmações, sem que os mesmos se tenham de considerar inidóneos.
2. A possibilidade conferida pela lei do Processo Civil de reapreciação da matéria de facto não deve ser erigida num regime-regra, antes

configura um meio excepcional, circunscrito às hipóteses em que a renovação dos meios de prova se revele absolutamente indispensável ao apuramento da verdade material e ao esclarecimento cabal das dúvidas surgidas quanto aos pontos da matéria de facto impugnada.

3. Não tendo a A. logrado provar a realização de qualquer contrato de fornecimento de mercadorias com a Ré, não sendo a A. parte directa do contrato de empreitada da obra em causa, não há lugar à aplicação dos mecanismos decorrentes do Regime do Contrato de Empreitada de Obras Públicas, constante do Decreto Lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969, regime vigente em Macau em face da Portaria 555/71 de 12 de Out., publicada no B.O. de Macau, nº 44, de 30 de Out. de 1971.
4. Os efeitos da falta de autorização em subempreitar traduzem-se tão somente na possibilidade de o dono da obra poder rescindir o contrato, não gerando a nulidade do mesmo.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 277/2003

(Recurso Civil)

Recorrente: (A) (Macau) Importação e Exportação, Ldª.

Recorrida: Sociedade de Investimento e Fomento Imobiliário
(B) (Macau), Ldª.

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

**“(A) (MACAU) IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO
LIMITADA”**, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com
sede em Macau no NAPE, Lote XX, Edifício “XX”, Xº andar, A-E, em
Macau, vem interpor recurso da decisão proferida no Tribunal Judicial de
Base no âmbito de uma acção declarativa de condenação na forma de
processo sumário interposta contra **SOCIEDADE DE
INVESTIMENTOS E FOMENTO IMOBILIÁRIO (B) (MACAU),
LIMITADA**, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com

sede em Macau na Avenida da Amizade, X, Xº andar M-O, Edifício XX..

Tendo a A. pedido a condenação da Ré a pagar-lhe a quantia de MOP\$92,570.20 (noventa e duas mil quinhentas e setenta patacas e vinte avos), acrescida dos juros de mora legais até ao integral cumprimento, por alegado fornecimento de diversos materiais, veio o pedido a ser julgado improcedente e a Ré absolvida do pedido.

*

(A) (Macau) IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LIMITADA,
alega, fundamentalmente e em síntese:

A deficiente resposta do Tribunal aos quesitos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, teve como directa consequência a distorsão de toda a relação jurídica controvertida - causa de pedir - existência de um contrato de fornecimento entre A. e R..

Ao partir do erróneo e não provado pressuposto que todo o material entregue pela A. na obra, ardósia e tinta, constante de facturas em nome da R. datadas de 15 de Novembro de 1998, foi encomendado, por alguém, que se desconhece a identidade, e recepcionado em 21 de Janeiro de 1999 por alguém de identidade conhecida mas de responsabilidades desconhecidas pela R.

Do contrato outorgado com o Governo de Macau a R. só conhece o *quantum* recebido pela empreitada trespassada: Contrato da Empreitada da Obra "Novas Instalações do Tribunal de 2ª e Tribunal de Última Instância" adjudicado pelo Território de Macau à Sociedade R. por escritura de 31 de Dezembro de 1997.

Não tendo sido solicitada autorização para o trespasse global da obra supra identificada ao Governo de Macau, não houve qualquer transmissão de responsabilidade da Sociedade R. - empreiteira-geral - por dívidas de fornecimento de materiais e de quaisquer trabalhos que haja mandado executar por terceiros, sem que os mesmos tenham sido atempadamente pagos.

Assim, a sociedade R. - empreiteira geral - continua responsável pelo pagamento de todo o material fornecido e entregue pela A. na obra das instalações do Edifício do Tribunal de 2ª e Última Instância, tenha o material (ardósia e tinta) sido encomendado directamente pela R., ou indirectamente através das suas sub-empreiteiras, utilizando o seu nome, designadamente das mencionadas no contrato de sub-empreitada de 18 de Junho de 1998, o qual, ao provocar a exclusão de toda e qualquer responsabilidade da R. violam norma imperativa e estão feridos de nulidade, não produzindo qualquer efeito em relação ao dono da obra ou a terceiros. (cfr. artigo 124º, n.º1 e 2 do DL48871).

Pelo que a responsabilidade, “retorna” à R. - empreiteira-geral - a qual aquando da outorga com o Governo do contrato de empreitada, prestou caução, nos termos da lei, através de garantia bancária, que ficou nessa data depositada na Direcção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes.

E da caução/garantia bancária, prestada pela Sociedade R., na qualidade de Empreiteira-Geral, foi retirado, nos termos da lei, o montante global de MOP\$ 753,958.20, total reclamado à R. e suas subempreiteiras,

encontrando-se depositado a favor do 2º Juízo do Tribunal Judicial de Base de Macau - conta n.º 90028449909.

Refere a jurisprudência corrente a dupla função da caução prestada no contrato de empreitada de obras públicas.

A caução prestada tem uma dupla função: uma principal, que é garantir o cumprimento pontual e integral das obrigações assumidas pelo empreiteiro para com a Administração; e outra, subsidiária, que é garantir os créditos de terceiros cujas reclamações são autorizadas no inquérito administrativo a que aludem os artigos 200 e seguintes desse diploma.

Razões que deverão levar o V. Tribunal a anular as respostas ao quesitos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, por erro na apreciação da prova, fundada em insuficiência, obscuridade e contradição das respostas aos supra referidos quesitos.

*

A Sociedade de Investimentos e Fomento Imobiliário (B) (Macau), Limitada, Ré, ora recorrida, contra alegou, dizendo, em síntese:

Da análise conjugada da prova documental e da prova testemunhal produzidas no processo, conclui-se facilmente que a R. não fez qualquer encomenda de ardósia ou de tintas à A., contra o preço de MOP\$92.570,20, para as obras das novas instalações do Tribunal de Segunda e Última Instâncias.

Da prova documental carreada para os autos pela A. não resulta a existência do direito pela mesma alegado - o direito de crédito de

MOP\$92.570,20, (acrescido de juros vencidos e vincendos) - resultante de uma encomenda de ardósia e tintas para as obras das instalações dos Tribunais de Segunda e Última Instâncias.

(i) as cartas de crédito juntas pela A a sua p.i. (Doc. 1) e que foram abertas pela R. em favor da A. não apresentam qualquer relação com as obras dos Tribunais de Segunda e Última Instâncias;

(ii) os recibos juntos como Doc. 2, 3 e 4 da p.i. são simples recibos emitidos pela A. a favor da R. com a aposição da assinatura de um desconhecido, o qual a A. não logrou provar da sua identidade e da sua relação com a R.,

(iii) a carta junta como Doc. 5 da p.i., prova única e simplesmente que a R. a recebeu e

(iv) o Doc. 6 da p.i. prova simplesmente que a A. apresentou uma reclamação quanto ao caso em apreço na Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes.

O Doc. 1 da Contestação (i) prova que no dia 31 de Dezembro, o Território de Macau, representado pelo então Director dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes, celebrou com a R. um contrato de adjudicação da obra das novas instalações do Tribunal de Última Instância

e o (ii) Doc. 2 demonstra que no âmbito desse mesmo contrato, no dia 18 de Junho de 1998 a R., na qualidade de sociedade adjudicatária, celebrou com três empresas - a (C) Construction, (D) Engineering Construction Co. e (E) Electric and Air Conditioning Engineering Co. - um contrato de subempreitada tendo por objecto a totalidade da obra

constante da proposta da sociedade adjudicatária.

O Doc. 3 da contestação (iii) prova que a assinatura aposta nas facturas FA98185, FA98184 e FA98187 (Docs. 2, 3 e 4 da P.I.) não é a de nenhum empregado ou trabalhador da R.

Na audiência de julgamento a prova produzida pela A., aqui recorrente, foi manifestamente insuficiente para a prova do seu direito, porquanto a primeira testemunha não se pronunciou com toda a certeza sobre a autoria da encomenda em causa; a segunda conhecia da encomenda, mas não sabia da autoria nem de um nome que fosse de alguém que trabalhasse para a R., aqui recorrida e, finalmente, a terceira testemunha arrolada não tinha conhecimento da encomenda (cassete I-I).

Conforme depoimento das testemunhas de defesa - que tinham perfeito conhecimento da causa - a R., aqui recorrida, nunca havia feito qualquer encomenda à A., (cassete I-I).

O facto de a R. ser a empreiteira geral da obra não significaria que a mesma teria de ser necessariamente a autora da encomenda dos referidos materiais.

O Tribunal *a quo* terá considerado provada a existência de uma encomenda por via telefónica dos materiais em causa mas já não que a autoria da mesma proviera da R., porquanto a R. não contestou, por desconhecer, a existência da alegada encomenda mas negou expressa e inequivocamente que tenha sido a autora dessa alegada encomenda.

Tendo a A. produzido prova no sentido da existência da encomenda e a R. no sentido de não ter sido ela a autora daquela, o

Tribunal *a quo*, acertadamente, considerou provada a existência da encomenda, mas não que a mesma tenha provindo da R.

Deverão assim manter-se as respostas aos quesitos 1 a 5.

Nos termos do n.º 1 do artigo 335º do CCM "A quem invoca um direito em juízo incumbe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, quer seja positivo quer seja negativo", termos em que caberia à A., *in casu*, provar os factos que consubstanciassem o seu alegado direito de crédito sobre a R. - de que facto proveio esse crédito que seria a alegada encomenda feita pela R. à A., por via telefónica, de materiais de construção, o que consubstanciaria a celebração do contrato de compra e venda daqueles materiais.

Caberia ainda à A. provar que a mesma havia cumprido a sua parte no contrato, ou seja, que a mesma entregou os referidos materiais de construção à R. e que a R. os recebeu.

Neste sentido, o Professor Antunes Varela "(...) na acção de condenação destinada a obter o pagamento de uma dívida pecuniária, cabe ao autor alegar e provar a existência de factos constitutivos do crédito, cuja titularidade se arroga e que afirma estar sendo violado, provando nomeadamente a realização do facto jurídico (...) donde o crédito nasceu."

A A. não logrou fazer tal prova.

"(...) falhando o autor a prova dos factos constitutivos do direito por ele invocado, será caso de repelir a velha máxima: "actore non probante reus absolvitur" isto é, "A. que não prova, R. absolvido."

Uma vez que a A., que era a quem de direito competia provar os

factos constitutivos do seu alegado direito de crédito sobre a R., não logrou provar que a alegada encomenda tinha sido feita por telefone e consequentemente qual a relação existente entre A. e R., não tendo por isso provado "os factos constitutivos do seu direito", a causa só podia decidir-se em favor da R., absolvendo-se a mesma do pedido, como acertadamente o fez o ilustre colectivo do Tribunal Judicial de Base.

A R. fez prova de não ser parte legítima na presente acção – ficou provado que a R. não fez qualquer encomenda à A.

A R., como alegou na sua contestação e demonstrou na audiência de julgamento, não é sujeito da relação material controvertida.

A ilegitimidade passiva da R. consubstancia uma excepção dilatória, nos termos e para os efeitos do artigo 413º, al. e) do CPCM, o que obsta a que o Tribunal conheça do mérito da causa e determina a absolvição da instância.

Ainda concluindo e se o entendimento exposto não proceder, sempre diz o seguinte:

No dia 31 de Dezembro de 1997, o Território de Macau celebrou com a R. um contrato de adjudicação da obra das novas instalações do Tribunal de 2ª e Última Instâncias e que no âmbito do referido contrato, no dia 18 de Junho de 1998, a R. na qualidade de sociedade adjudicatária celebrou com várias empresas, entre as quais (C) Construction, (D) Engineering Construction e (E) Electric and Air Condition Engineering Co., um contrato de subempreitada tendo por objecto toda a obra constante

da proposta da sociedade adjudicatária (cfr. Cláusula 1ª do Contrato junto como Doc. 1 da p.i.) (note-se que foi considerado assente a existência da cláusula 2ª deste contrato, pelo que implicitamente se reconheceu a existência do mesmo).

A cláusula 2ª do referido contrato de subempreitada previa, expressa e inequivocamente, que a R. na qualidade de sociedade adjudicatária, não se responsabilizaria nem assumiria quaisquer dívidas, perante quaisquer entidades, contraídas pelos subempreiteiros.

As cartas de crédito que alegadamente foram abertas não estarão directa ou indirectamente, relacionadas com a A., antes, poderiam eventualmente - facto que a R. desconhece e não tem o dever de conhecer - estar relacionadas com as mencionadas subempreiteiras e por essa via com as obras das novas instalações do Tribunal de 2ª e Última Instâncias.

Caso o Tribunal considere que as encomendas feitas via telefone o foram para as obras do Tribunal de Segunda e Última Instâncias e que as mesmas foram feitas por qualquer uma das subempreiteiras da R., nunca a R. seria responsável por tais quantias.

Foi este o entendimento da Jurisprudência do STJ, em Acórdão de 10/06/2002, publicado em www.dgsi.pt, num caso cuja factualidade era em tudo semelhante à factualidade do caso *sub judice*.

Face ao entendimento exposto, caso se considere ter existido, de facto, a encomenda *in casu* à A. por parte de uma das subempreiteiras nunca deverá a R. ser considerada responsável pelo pagamento devido por tais encomendas, uma vez que essa será uma obrigação daquelas que não

da R.

Neste termos, era a R. parte ilegítima.

Contra este entendimento não procede o argumento da ilegalidade das subempreitadas e assim da responsabilidade da R. perante terceiros.

A aplicação ao caso *sub judice* do regime do Contrato de Empreitada de Obras Públicas, constante do Decreto Lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969, não tem qualquer cabimento.

A A. não era parte directa do contrato de empreitada da obra em causa, como o considerou sabiamente o ilustre colectivo do Tribunal Judicial de Base.

Se a A., ora Recorrente, entendia que a R., aqui recorrida, estava a violar uma qualquer cláusula contratual firmada entre esta última e o Governo, teria de ter proposto uma acção de contrato administrativo sobre a interpretação da cláusula no Tribunal Administrativo como questão prévia, o que não aconteceu (artigo 173º do CPA).

Vir a A., ora recorrente, alegar a ilegalidade da subempreitada consubstancia de sua parte uma autêntica situação de "*venire contra factum proprium*", conduta, em direito civil, absolutamente inadmissível.

O artigo 124º do mencionado DL 48871 - sem se conceder minimamente que o normativo fosse *in casu* invocável - não é ao caso aplicável visto não estar provado o crédito da A., ora Recorrente, sobre a R, ora Recorrida, o que era seu pressupostos de aplicação.

O artigo 124º do mencionado diploma dispõe que se o empreiteiro trespassar a empreitada sem prévia autorização do dono da obra, poderá o dono da obra rescindir o contrato.

Alega a recorrente que a consequência da não observância daquela formalidade para o trespasse da empreitada é a nulidade.

Dispõe o regime causal da nulidade que o efeito será a nulidade "*salvo nos casos em que outra solução não resulte da lei.*", (cfr. artigos 273º, 274º e 287º do Código Civil de Macau).

É este também o entendimento da Jurisprudência como se pode ver no Acórdão do STJ de 26 de Abril de 1977 (BMJ 266-170), (Ac. citado no Ac. TSJ de 31/05/1995, Processo n.º 294, *in* Tribunal Superior de Justiça de Macau, Jurisprudência - 1995, I Tomo, pg. 384).

Se o legislador apenas previu a possibilidade de rescisão do contrato de empreitada com o empreiteiro caso este trespassasse a empreitada sem o prévio assentimento do Território foi porque o legislador só quis sancioná-lo por essa forma.

É este o entendimento proferido, num caso algo diverso, mas cujo raciocínio se poderá aproveitar *mutatis mutandis* para este caso, no já citado Acórdão do Tribunal Superior de Justiça de Macau de 31/05/1995, Processo n.º 294.

A consequência jurídica da não obtenção de prévia autorização de trespasse da empreitada, no âmbito da aplicação do artigo 124º do diploma em apreço – a qual não se concede e apenas se admite por mera cautela de patrocínio – é a possibilidade de o dono da obra rescindir o

contrato, o que não aconteceu, e nunca a pretendida nulidade da subsequente cadeia de sub-empregadas conforme alega a recorrente.

O juiz não pode abster-se de julgar uma causa, tendo o mesmo que condenar ou absolver a R., ora recorrida, “(...) o *non liquet* do julgador converte-se, na sequência da directiva traçada pelo artigo 8º do CC, num *liquet* contra a parte a quem incumbe o ónus da prova do facto”.

Nos termos do artigo 516º, a existir dúvida sobre a realidade dos facto, resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita, ou seja, tal dúvida, a existir, deverá ser julgada a favor da R., ora recorrida, porquanto seria a A., aqui recorrente, a quem incumbia, em sede própria, convencer o Tribunal do seu direito.

Assim, conclui, deverá ser a R., ora recorrida, absolvida do pedido.

*

Foram colhidos, oportunamente, os vistos legais.

II – FACTOS

Vem provada a factualidade seguinte:

Notificada por fax e carta registada em 15 e 16/07/99 para proceder ao pagamento das facturas com os números FA98185, FA98184 e FA98187, a R. limitou-se a fazer uma declaração que recebeu a notificação da A. (alínea A) da Especificação).

A R. foi recebendo os pagamento do dono da Obra – o Território de Macau (alínea B) da Especificação).

De tal facto já apresentou a A. reclamação junto do serviço liquidatário – DSSOPT – relativamente à Obra nos termos da legislação aplicável – Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969, com a redacção dada pela Portaria Ministerial n.º 555/71, de 12 de Outubro, publicada no Boletim Oficial de Macau n.º 44, de 3 de Outubro de 1971 (alínea C) da Especificação).

Mesmo no âmbito da reclamação administrativa a R. recusa-se a pagar (alínea D) da Especificação).

No dia 31 de Dezembro de 1997, o Território de Macau, representado pelo então Director dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes, celebrou com a R. um contrato de adjudicação da obra das novas instalações do Tribunal de 2ª Instância e do Tribunal de Última Instância (cfr. doc. n.º 1, ora junto e que se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais) (alínea E) da Especificação).

A Autora, forneceu, em Setembro de 1998, o total de 1,992,32 m² de ardósia, aplicada nas obras das instalações do Edifício dos Tribunais de 2ª e Última Instâncias, contra o preço de MOP\$1,169,027.60 (um milhão cento e sessenta e nove mil vinte e sete patacas e sessenta avos), para o que foram abertas várias cartas de crédito, conforme o teor de fls. 6 a 11 dos autos (resposta ao quesito 1º).

Aquando da execução das obras acima referida, o Autor recebeu por via telefónica uma ordem de encomenda dos materiais constantes das facturas FA98184, FA98187 (Ardósia) e FA98185 (Tinta), datadas de

15/11/1998 e que totalizam a quantia de MOP\$92,570.20 (noventa e duas mil quinhentas e setenta patacas e vinte avos) (resposta ao quesito 2º).

Nas referidas facturas foi aposto o nome (assinatura) de uma pessoa, chamada (F), com a data de 21/01/1999, aquando da entrega do material encomendado (resposta ao quesito 3º).

A empreiteira geral, Ré, não encomendou directamente material necessário às obras em causa, incluindo a encomenda indicada no quesito 2º, entende, por isso, a Ré que não tem de pagar (resposta ao quesito 5º).

No âmbito do referido contrato, mencionado na supra al. E), no dia 18 de Junho de 1998 a R., na qualidade de sociedade adjudicatária, e para os efeitos do contrato referido no artigo anterior, celebrou com várias empresas, entre as quais as empresas (C) Construction (C 建築), (D) Engineering Construction Co. (D 建築置業工程公司), e (E) Electric and Air Condition Engineering Co. (E 電器冷氣), um contrato de subempreitada, tendo por objecto toda a obra constante da proposta da sociedade adjudicatária (resposta ao quesito 6º).

Esta cláusula (2ª), com o teor transcrito no respectivo quesito, consta do contrato de fls. 49 (resposta ao quesito 7º).

A pessoa chamada (F) não consta da lista dos empregados contratados pela Ré, conforme o teor de fls. 55 dos autos (resposta ao quesito 8º).

III – FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes questões:

- Há ou não razões justificativas que levem a uma reapreciação da matéria de facto, por ter havido erro, insuficiência ou obscuridade nas respostas dadas aos quesitos no âmbito da presente acção;

- Se do regime jurídico aplicável, em face dos factos provados, se pode retirar a responsabilidade da Ré pelo pagamento dos materiais fornecidos.

1. Diz a recorrente que o Tribunal *a quo* não podia ter respondido à matéria quesitada (quesitos 1º a 5º), tal como o fez, porquanto incorreu em erro na apreciação da prova.

Pretende que se conclua, basicamente, que, tendo sido a mercadoria entregue no local da obra, haveria que concluir que o autor da encomenda fora o respectivo empreiteiro geral.

No fundo, o que a recorrente pretende sindicar é a convicção do Tribunal que, ponderando a prova documental e testemunhal produzida, chegou à conclusão de que não se provou ter sido a ré que encomendou a dita mercadoria de ardósia e tinta para o edifício dos Tribunais de 2ª e Última Instâncias.

Na verdade, não vem comprovado que a pessoa que apôs o seu nome nas facturas, (F) fosse o encarregado da obra ou sequer que fosse empregado da ré (B), Lda ou que tivesse agido por sua conta.

Nem se estranhe o facto, enquanto empreiteiro-geral, de poder desconhecer o material que era necessário encomendar, porquanto, tal como comprovado vem, subempreitou com várias empresas o objecto de

toda a obra constante da proposta da sociedade adjudicatária.

E quanto ao facto de a entrega do material ser feita no local da obra adjudicada à Ré não deixa de ser normal que as coisas assim se processassem, o que não significa que tal implicasse a sua responsabilização pelas encomendas feitas por terceiros.

Como não se mostra insuficiente e que padeça de obscuridade a resposta ao quesito 2º, tendo sido provada a existência de uma encomenda por via telefónica, feita à A., relativa ao material constante das facturas FA98184, FA98187 (ardósia) e FA98185 (tinta), datadas de 15 de Novembro e que totalizam a quantia de MOP\$92,570.20 (noventa e duas mil quinhentas e setenta patacas e vinte avos) e que nessas facturas foi aposta a assinatura de uma pessoa chamada (F), com data de 21/01/99, aquando da entrega do material encomendado para a obra.

De um mesmo testemunho não se têm de ter como provados todos os factos contidos nas respectivas afirmações, sem que os mesmos se tenham de considerar inidóneos, nomeadamente na parte em que afirmam que o autor das encomendas foi a Sociedade R., importando indagar do grau de convicção, razão de ciência dessa afirmação e o modo como se afirma.

Nem sequer, dando como correcta a transcrição do depoimento do gerente de obra da A. - testemunha (G) -, referenciada na douta alegação de recurso, se tem por abalada o que acima se afirmou, não sendo bastante, ou podendo não ter sido definitiva a versão, donde se destaca

“Foi encomendado pela (B) ardósia negra de um certo tamanho e de uma certa qualidade, conforme especificações do Arquitecto e do Dono da obra - Governo de Macau. A encomenda da ardósia foi feita em Portugal pela A. e a (B) abriu a respectiva carta de crédito. O material chegou a Macau e foi entregue na obra. Tendo faltado material foi encomendada nova quantidade de ardósia. Eu recebi o telefonema da (B), a encomenda foi feita pela (B) e havia Bill of Lading que não estava em nome da (A) mas em nome da (B). Quando chegou o material acompanhei pessoalmente a entrega do mesmo na obra. A empresa (B) deu ordens para a entrega da pedra na obra. Era um senhor Lam ou Lau o encarregado da obra. Se estava registado em nome do empreiteiro não sabe. Sabe que nunca foi liquidado o montante da 2ª encomenda, à volta de noventa mil patacas...”

Não se concretiza o teor do telefonema alegadamente recebido da Ré pela testemunha e o facto de ter acompanhado a entrega da mercadoria continua a poder não ser definitivo em termos de convicção acerca da autoria da encomenda.

No que concerne ao depoimento da testemunha da A., (H), relativamente aos quesitos 1º e 2º, há que ter igualmente como inconclusivo o depoimento prestado, nada se podendo retirar do facto de ter recebido telefonemas alegadamente da (B) relacionados com a obra do Tribunal, de que preparava as facturas para o Engenheiro (G), de que era ele que assinava as facturas e do facto de fazer traduções para o Engº (G) nos contactos com a Companhia (B).

E quanto às cartas de crédito referidas não se diz a que fornecimento respeitam.

Temos assim como seguro que dizer que a encomenda foi feita pela ré não basta para convencer da autoria da encomenda, como não basta

alegar-se que se recebeu um telefonema sem que se mencione o seu conteúdo, não se mostrando ainda decisivo o facto de se ter conhecimento da entrega da mercadoria na obra ou até que a encomenda da primeira mercadoria foi feita pela ré.

2. Não basta dizer que as descrições da documentação da audiência juntamente com a prova documental são suficientes para um entendedor médio concluir que o contrato de fornecimento tem sujeito activo e sujeito passivo, com identidade provada nos autos, havendo que concretizar qual a contradição ou lacuna existente para se poder accionar o mecanismo previsto no artigo 629º, nº1 do Código de Processo Civil. De outra forma, estaria aberta a porta para a sindicância da convicção baseada no livre e independente julgamento, ainda que vinculado às provas produzidas.

A possibilidade conferida pela nova lei do Processo Civil de reapreciação da matéria de facto não deve ser erigida num regime-regra, “antes configura um meio excepcional, circunscrito às hipóteses em que a renovação dos meios de prova se revele absolutamente indispensável ao apuramento da verdade material e ao esclarecimento cabal das dúvidas surgidas quanto aos pontos da matéria de facto impugnada”¹.

3. Para já não referir sequer a posição assumida pela Ré, ora recorrida, na sua interpretação da prova testemunhal produzida, - pelo que

¹ - Abílio Neto, CPC anot., 1997, in comentário ao art. 712º do CPC português, correspondente ao art. 629º do CPC de Macau

em face das conclusões acima extraídas, desnecessário se torna analisar - ao dizer que “a A. ora Recorrente arrolou três testemunhas, o Sr. (G), a Sra. (H) e a Sra. (I).

A primeira testemunha em momento algum mostrou convicção no seu depoimento. Relativamente ao cerne da questão - que é no fundo o da autoria da encomenda - o Sr. (G) nas suas declarações, à pergunta sobre se as encomendas haviam sido feitas pelo empreiteiro geral da obra, a R., pergunta que lhe foi dirigida pela mandatária da A., respondeu “julgo que sim ... as encomendas iniciais foram feitas pela (B)” (depoimento de (G), em resposta à questão feita por Dr.^a (J), cassette O-I).

A testemunha estava apenas certa de que as primeiras encomendas haviam sido feitas pela R., mas já não estaria certo de que as segundas, as que se apreciam in casu e que interessavam apurar, haviam sido efectivamente feitas pela R. "julgo que sim ...".

Ora, se a primeira testemunha arrolada pela A. esteve, no seu depoimento, pouco convicta da autoria da encomenda ser da R., as restantes testemunhas, a segunda, a Sra. (H) e a terceira, a Sra. (I), nada sabiam de concreto sobre a causa.

A Sra. (H) disse que chegou a contactar com os funcionários da (B), R., por causa de traduções, era ela quem fazia as traduções ao Sr. (G). Afirmou ainda que chegou a contactar a R. para a feitura de alguns pagamentos e que trocou alguns documentos. Porém, quando instada pelo Juiz Presidente daquele colectivo não conseguiu dizer o nome de uma pessoa da (B) com quem houvesse contactado.

A testemunha, embora tivesse afirmado a existência da encomenda e a proveniência da mesma, da (B), não soube precisar de quem (cassete I-I).

A terceira testemunha, nada sabia sobre a autoria da encomenda!

Ao responder ao Mmo. Juiz Presidente do colectivo admitiu “não ter conhecimento da encomenda” (cassete 1-I).

...

Vejamos:

A R. arrolou duas testemunhas : (K) e (L).

Ambas as testemunhas trabalhavam na empresa da R.

Ambas tinham conhecimento de que a R. não havia feito a encomenda de ardósia e tintas para as obras do Tribunal de Segunda Instância! (ambas as testemunhas em resposta, quer ao Advogado de defesa, quer ao Advogado de acusação, quer o Mmo. Juiz do Colectivo do Tribunal Judicial de Base, cassete 1-I).

Ora, não logrando a A. demonstrar que a encomenda in questio proveio da R. (quesitos 1 e 2) - o pressuposto básico e essencial da procedência da sua pretensão - de nada lhe valeria provar a entrega dos referidos materiais e a sua recepção à R..”

4. Há um ponto, alegado pela recorrente, que importa analisar, vista a importância que se pretende retirar da sua alegação. Respeita à prova documental apresentada.

Diz ela que, conhecido e comprovado pelo documento n.º 1, junto à petição inicial, que os pagamentos parciais da carta de crédito só podem ser feitos à beneficiária do crédito, a A., contra a prova por esta da entrega da mercadoria ao “Applicant”, ora Ré, e por apresentação do respectivo “Bill of Lading” pelo beneficiário, ora A. e recorrente devia o Tribunal ter considerado provada a autoria da encomenda por parte da Ré.

Mais releva os documentos apresentados sob os n.ºs 2, 3 e 4 com a p. i., na medida em que assinados por um tal Sr. (F).

Ora, perante isto, importa tão somente dizer que, ainda aqui, estas provas não se afiguram decisivas.

As cartas de crédito juntas pela A. na sua p.i. (Doc. 1) e que foram abertas pela R. em favor da A., por si, nada provam, já que, não só não apresentam qualquer relação com as obras do Tribunal de Segunda e Última Instâncias - embora não seja difícil admitir este facto -, como sempre podiam respeitar a uma qualquer outra encomenda, que não àquela discutida nos presentes autos.

Quanto aos Docs. 2, 3 e 4 - relativamente aos recibos juntos -, dir-se-á que os mesmos nada provam, uma vez que são simples recibos emitidos pela A. a favor da Ré com a aposição da assinatura de uma pessoa em relação à qual a A. não logrou provar, para além do nome, nem a sua identidade nem a sua relação com a Ré

Relativamente à carta junta como Doc. 5, esta prova vale apenas aquilo que enuncia, isto é que a Ré, aqui Recorrida, a recebeu, carta essa em que a Ilustre Advogada da ora recorrente reclama daquela o pagamento de determinadas quantias alegadamente em dívida.

Finalmente, quanto ao Doc. 6, o mesmo prova simplesmente que a A. apresentou uma reclamação quanto ao caso em apreço na Direcção geral de Solos, Obras Públicas e Transportes.

É, na verdade, uma realidade incontornável a existência de um fornecimento complementar de pedra e tinta por parte da A., pedra essa que terá sido aplicada no Edifício dos Tribunais de Segunda e Última Instância. E sabe-se até que essa mercadoria está por pagar, o que conduz a um prejuízo da A. e a que corresponderá um correlativo enriquecimento ilegítimo de alguém, beneficiário dessa entrega, enquanto a não pagar.

Só que a certeza da justiça não se pode compaginar com uma condenação de alguém em relação à qual não haja certeza da responsabilidade pela dívida. A Ré, como comprovado vem, subempreitou a totalidade da obra e uma das subempreiteiras seria, pela certa, a responsável pela aplicação dos materiais. Não será difícil presumir que esses custos estivessem incluídos no valor do respectivo contrato e, assim, houvessem sido pagos já pela Ré, empreiteira geral, donde a sua condenação, a não se comprovar a assunção da dívida por si, perante a A., levaria a que tivesse de pagar os materiais a dobrar.

Por outro lado, também não se acolhe cegamente a ideia de que a A. negligenciou o suporte documental da comprovação da encomenda da mercadoria, estando em causa um valor algo apreciável, porquanto a boa-fé e confiança contratuais não devem deixar de ser um princípio a honrar nas relações comerciais, sempre restando a possibilidade de se fazer accionar o real devedor. Só que não pode deixar de arcar com as dificuldades da prova resultantes dessa facilitação de procedimentos.

5. Perante estas conclusões, no sentido da falta de comprovação de que foi a Ré que encomendou a referida mercadoria, perde sentido a

análise do regime aplicável às empreitadas de obras públicas - Regime do Contrato de Empreitada de Obras Públicas, constante do Decreto Lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969, regime vigente em Macau em face da Portaria 555/71 de 12 de Out., publicada no B.O. de Macau, n.º 44, de 30 de Out. de 1971, ou seja, de nada valerá pretender retirar da qualidade de ordenante da encomenda a sua responsabilização pelo pagamento.

Na verdade, não só se deixa de observar que a A. não logrou provar a realização de qualquer contrato de fornecimento de mercadorias com a Ré, como se verifica que a A. não era parte directa do contrato de empreitada da obra em causa, donde a inaplicabilidade daquele regime.

Acompanha-se o entendimento adoptado no Tribunal Judicial de Base, no sentido de que, ao vir a A., ora Recorrente, alegar a ilegalidade das subempreitadas relativamente à totalidade da obra, tal alegação consubstancia de sua parte uma situação de "*venire contra factum proprium*", até porque essa *ilegalidade*, a ter sido cometida, nunca conduziria à responsabilização perante terceiros de cumprimento de obrigações não assumidas.

Quanto à alegada violação do artigo 124º do mencionado DL n.º 48871, não é o mesmo aplicável à situação sob análise.

O artigo 124º do mencionado diploma dispõe que se o empreiteiro trespassar a empreitada sem prévia autorização do dono da obra, poderá o dono da obra rescindir o contrato. Daqui resulta que os efeitos da falta de autorização em subempreitar se repercutem tão somente

na relação entre o dono da obra e o empreiteiro, rescisão que não aconteceu *in casu*, não se prevendo, como consequência da não observância daquela formalidade para o trespasse da empreitada não autorizado, a nulidade, sendo que mesmo no regime geral da subempreitada a omissão de certas formalidades pode gerar tão somente nulidades atípicas, tal como a inoponibilidade ao subempreiteiro ou a ineficácia em relação ao dono da obra.²

Em todo o caso, do referido regime nada permite concluir no sentido de que pelos contratos celebrados pelos subempreiteiros perante terceiros se deve responsabilizar o empreiteiro, alegação em que a recorrente, à míngua da prova do seu crédito contra a Ré, ora recorrida, procura ancorar a sua pretensão.³

Nesta conformidade e sem necessidade de outros desenvolvimentos, concluir-se-á pela improcedência do recurso.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida.

Custas pela Recorrente.

² - Pedro Romano Martinez, Direito das Obrigações, Contratos, 2ª ed. 410 e 412

³ - No sentido da autonomia da responsabilidade pelas obrigações assumidas entre o empreiteiro e o subempreiteiro, cfr. Jorge Andrade Silva, Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, 8ª ed., 716

Macau, 9 de Setembro de 2004,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Choi Mou Pan – Lai Kin Hong