Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 08B192

Relator: SALVADOR DA COSTA

Sessão: 07 Fevereiro 2008

Número: SJ2008020700847

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: AGRAVO

Decisão: PROVIDO PARCIALMENTE

SUBEMPREITADA **DEFEITO DA OBRA**

TRABALHO SUPLEMENTAR **INCUMPRIMENTO CONTRATUAL**

INDEMNIZAÇÃO **RESOLUÇÃO** **DESISTÊNCIA**

EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO

Sumário

1. Aplicam-se ao contrato de subempreitada não só as normas especiais relativas ao contrato de empreitada, como também as regras gerais relativas ao cumprimento e incumprimento das obrigações que com aquelas se não revelem incompatíveis.
2. Tendo a empreiteira comunicado à subempreiteira a resolução do contrato de subempreitada e a proibição do seu acesso à obra, no errado pressuposto do seu incumprimento, deve considerar-se a nulidade da declaração e a sua desistência tácita do mencionado contrato.
3. Como a empreiteira inviabilizou a possibilidade de a subempreiteira continuar os trabalhos a que se vinculou, a última não incumpriu o contrato de subempreitada, pelo que a primeira não tem o direito de lhe exigir indemnização relativa ao que despendeu, sob contratação de outrem, com a eliminação dos defeitos e a conclusão da obra.
4. Não tendo a empreiteira exigido à subempreiteira a realização de trabalhos extra ou autorizado os que ela realizou, não assiste à última o direito de impor à primeira o pagamento do preço respectivo.
5. Terminado o contrato de subempreitada por iniciativa da empreiteira, sem

incumprimento ou mora da subempreiteira, não tem a primeira o direito de suspender o pagamento devido à última com base na exceptio non rite adimpleti contractus.

Texto Integral

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

I

AA Ld^a intentou, no dia 24 de Setembro de 2004, contra BB - Construtora, SA, a presente acção declarativa de condenação com processo ordinário, pedindo a sua condenação, a pagar-lhe € 21 331,18 e juros de mora vencidos e vincendos à taxa legal e bem assim do que se vier a liquidar em execução de sentença pelas quantias que seja obrigada a pagar ao dono da obra pelos atrasos nos trabalhos.

Fundou a sua pretensão no incumprimento pela ré de um contrato de subempreitada relativo a trabalhos incluídos em contrato de empreitada celebrado com CC - Informática de Sistemas e Serviços, SA, no abandono da obra pela ré, na decorrente contratação de terceiros para os terminar e no respectivo pagamento.

A ré, na contestação, afirmou não estar vinculada a nenhum prazo perante a autora, ter sido ela quem resolveu o contrato de subempreitada que haviam celebrado e a impediu de aceder á obra, não a deixando concluir os trabalhos nem reparar os defeitos, e, em reconvenção, pediu condenação dela a pagar-lhe € 26 653, 70 e juros de mora, € 4.752,68 a título de lucros cessantes e € 8 000 por danos emergentes, com base na falta de pagamento de serviços prestados e no prejuízo derivado da injustificada resolução do contrato.

A autora impugnou as afirmações da ré, concluindo no sentido da improcedência do pedido reconvenicional, e, realizado o julgamento, foi proferida sentença, no dia 26 de Setembro de 2006, por via da qual a ré foi absolvida do pedido e a autora condenada a pagar-lhe € 25 867,41, com juros de mora desde a notificação da contestação e 4 075,26 a título de indemnização.

Apelou a autora, e a Relação, por acórdão proferido no dia 13 de Setembro de 2007, dando parcial provimento ao recurso, manteve a condenação da apelante a pagar à apelada € 25 867,41 e os juros, e absolveu-a da condenação no pagamento da indemnização.

Interpôs a apelante recurso de revista, formulando, em síntese, as seguintes conclusões de alegação:

- a uma semana do prazo de entrega da obra pela recorrente ao dono faltava à recorrida fazer cerca de 36% das obras convencionadas e havia defeitos de falta de esquadria de paredes e desnivelamento de pavimentação, não tendo cumprido os cronogramas, apesar da insistência da recorrente;
- trata-se de cumprimento defeituoso, uma vez que a conduta do empreiteiro não corresponde à que era exigível, tendo a obra sido realizada com defeitos, presumindo-se a culpa;
- como condição de exercer os seus direitos, bastou a denúncia, não sendo necessária a imediata especificação de quais os legalmente previstos que pretendia exercer;
- logo após ter constatado a existência das deficiências nas esquadrias das instalações sanitárias e o desnivelamento do pavimento, procedeu à sua denúncia;
- os trabalhos realizados pela recorrente em substituição recorrida eram urgentes, legitimando-a a socorrer-se de terceiros para a sua concretização e a peticionar-lhe o valor dos prejuízos causados pelo seu atraso no cumprimento;
- a recorrente procedeu à denúncia dos defeitos de forma válida, e, como se tratava de trabalhos urgentes e não tendo a recorrida procedido à sua eliminação em tempo útil, podia proceder à reparação, exigindo o pagamento ao empreiteiro do que fosse gasto;
- tendo a recorrente denunciado os defeitos, tinha o direito de recusar o pagamento do preço, por virtude de a recorrida não ter executado a obra nas condições convencionadas, com base na excepção de não cumprimento prevista no artigo 428º do Código Civil;
- não é devedora da totalidade das facturas reclamadas pela recorrida, porque não aplicou a betonilha, e o que fez apresentava defeitos, porque não rebocou e emboçou devidamente a base das paredes, além de que não solicitou à recorrida que esta procedesse à elaboração do plano de segurança e saúde e de aplicação de betão armado em pilares numa extensão de 5,55 m³;
- nos termos do artigo 1229º do Código Civil, o valor da indemnização em que a recorrente foi condenada deveria ter resultado da subtracção ao preço total fixado do custo total da obra, pelo que não podia considerar-se o proveito ou lucro cessante que a recorrida poderia tirar da obra.

Respondeu a recorrida em síntese de conclusão de alegação:

- houve alteração ao projecto inicial de construção da laje de entrada, e suspensão dos trabalhos, pelo que o prazo seria obrigatoriamente prorrogado,

e o de conclusão da obra não é para si vinculativo, porque não o aceitou;

- não foi fixado prazo para a eliminação de defeitos nas casas de banho, e o defeito do desnivelamento só foi denunciado após a retirada da obra pela recorrida, sem fixação de prazo para a sua eliminação;
- não recusou eliminar os defeitos das paredes das casas de banho, foi a recorrente que não lhe deu hipótese de os reparar nem a interpelou para o efeito;
- não havia fundamento para a resolução, é inválida, pelo que não era legítimo à recorrente proceder à eliminação dos defeitos;
- como a recorrente não pediu a condenação da recorrida na eliminação dos defeitos, não podia mandar reconstruir a obra à sua custa;
- a recorrida procedeu à regularização do pavimento com aplicação de betonilha, é-lhe devido o preço respectivo, tal como o dos trabalhos que não constavam do orçamento inicial;
- no caso de cumprimento defeituoso, a excepção de não cumprimento só pode ser invocada tendo em conta o princípio da boa fé e deve ser exercido de modo proporcionado e adequado à gravidade da inexecução ou violação;
- como, por facto imputável à recorrente, não teve a recorrida oportunidade de corrigir os supostos defeitos, aquela violou o princípio da boa-fé.

II

É a seguinte a factualidade declarada provada no tribunal da primeira instância:

1. A autora dedica-se, com escopo lucrativo, para além do mais, à actividade de construção civil; e a ré que dedica-se, igualmente, com intuito lucrativo, à actividade de construção civil e de obras públicas.
2. No âmbito da sua actividade comercial, a autora foi contratada pela sociedade CC -Informática de Sistemas e Serviços, SA para proceder à remodelação, ampliação e adaptação do edifício que iria constituir a sede daquela sociedade, sito na Rua....., n.ºs 289 a 293, na cidade do Porto.
3. A obra supra referida em 2 deveria iniciar-se em 1 de Agosto de 2003 e estar concluída em 31 de Dezembro de 2003, e, para a execução daqueles trabalhos, a autora recorreu aos serviços de diversas empresas especializadas, entre as quais a ré, e ambas acordaram a realização por esta dos trabalhos consubstanciados no orçamento de folhas 14 a 20, tendo ela ficado obrigada a proceder aos arranjos exteriores e remodelação do edifício de escritórios e do edifício de armazém central e à limpeza geral e reparação dos telhados e pintura dos restantes armazéns.
4. O preço estipulado por ambas as partes para a execução dos trabalhos a executar pela ré foi de € 133 382,78, acrescido do imposto sobre o valor

acrescentado à taxa em vigor, a pagar em prestações mensais, de acordo com o trabalho efectivamente realizado em cada mês, constante dos autos de medição aprovados por ambas as partes.

5. A execução de todos os trabalhos deveria realizar-se entre os dias 15 de Setembro de 2003 e 4 de Janeiro de 2004, mas porque os trabalhos a executar pela ré estavam dependentes e interferiam com os trabalhos a realizar pelos outros subempreiteiros, deviam ser realizados conforme o cronograma que a autora remeteu à ré no dia 1 de Outubro de 2003, que ela recebeu e aceitou.

6. Devido a problemas que se prenderam com a emissão da licença camarária, a autora decidiu suspender os trabalhos desde inícios de Dezembro de 2003, assim permanecendo até Março de 2004.

7. Os trabalhos a efectuar pela ré foram suspensos entre os meses de Dezembro de 2003 e Março de 2004, por falta da licença de construção, porque a dona da obra - CC- Informática, Sistemas e Serviços SA - não tinha licença de construção, a que era obrigada para a realização dos trabalhos.

8. Em 16 de Março de 2004, foi emitida pela Câmara Municipal do Porto a necessária licença de construção para que se prosseguissem os trabalhos, e, em consequência da suspensão dos trabalhos supra referida, a autora e a CC, SA estabeleceram um novo prazo, que foi fixado em 31 de Julho de 2004, do que foi dado imediato conhecimento à ré.

9. Em reunião havida entre representante da autora e o representante da ré, em 19 de Maio de 2004, ficou estabelecido de comum acordo: a redução dos trabalhos que constavam no orçamento inicial apresentado pela ré, eliminando-se todos os trabalhos discriminados a folhas 5 e 6 do documento n.º 2 junto com a petição inicial, com o título "*sub obra III Armazém Central*"; o reinício das obras no dia 24 de Maio seguinte.

10. Na referida reunião de 19 de Maio de 2004, a ré não se comprometeu com a autora a concluir as obras até ao dia 31 de Julho de 2004, uma vez que ainda não tinha sido escolhido em definitivo o material para o revestimento dos WCs.

11. O que ficou decidido naquela reunião foi vertido pela autora na missiva datada de 20 de Maio de 2004, que ela remeteu via telecópia para a ré, conforme documento junto a folhas 27 e 28.

12. Em 24 de Maio de 2004, através de *fax*, a autora transmitiu á ré, em definitivo, qual o material a aplicar nos WCs, material esse diferente do previsto no orçamento, com custo unitário superior.

13. Na reunião de 24 de Maio 2004, a autora aceitou pagar as facturas que nessa data se encontravam em dívida.

14. A elaboração do plano de segurança e saúde e os trabalhos em betão armado em pilares não constam do orçamento inicial solicitado á ré.

15. Pelo facto de o projecto inicial de construção da laje da entrada ter sido

alterado, passando a incluir a feitura de pilares que se apoiavam nas sapatas existentes, necessitando essas de ser reforçadas, era necessário, para a realização da betonagem final da laje e vigas, ocupar a via pública, e a ré foi confrontada com a falta de licença de ocupação da via pública, pelo que o trabalho ficou paralisado cerca de duas semanas.

16. A ré começou a assentar o material cerâmico, e a autora reprovou a forma como o mesmo estava a ser aplicado, pretendendo que o assentamento da pastilha nas paredes e pavimento não apresentasse nenhum fecho em nenhuma dimensão das paredes e pavimento, ou seja, pretendia que as dimensões da pastilha e juntas fossem iguais à distância de parede a parede, medida no reboco, o que obrigava a refazer todos os rebocos.

17. A autora remeteu à ré a carta junta a folhas 36 e seguintes, datada de 15 de Junho de 2004, remetendo-lhe, no dia 18 de Junho de 2004, os cronogramas a realizar na semana 23 a 26 de Junho.

18. No dia 15 de Julho de 2004, a autora afirmou à ré que os trabalhos não tinham decorrido de forma satisfatória, e solicitou-lhe que de imediato a informasse por escrito das datas em que previa concluir todos os trabalhos entregues, acrescentando que o respeito pelas suas programações era nulo, não obstante não as ter contestado, e expressou-lhe, por carta 1 datada de 6 de Setembro de 2004, que esta estava a facturar trabalhos não realizados e que realizara alguns defeituosamente.

19. Em todas as instalações sanitárias, verificou-se que as paredes estavam fora das esquadrias, desalinhadas e desaprumadas, e o desnivelamento do pavimento na colocação da betonilha.

20. Por carta datada de 23 de Julho de 2004, recepcionada pela ré em 26 de Julho de 2004, a autora declarou-lhe:

- “não obstante a nossa continuada insistência, não nos apresentaram qualquer solução para resolver os defeitos, nem qualquer prazo para a execução de tais reparações. Por isso vemo-nos forçados a determinar que se retirem da obra de imediato, assumindo nós a reparação e conclusão dos trabalhos”;

- “o mesmo se aplica às restantes tarefas que faltavam iniciar/concluir, sobre as quais nem sequer nos apresentaram programação de início e conclusão das mesmas: também essas vamos assumir a sua execução, pelo que não devem dar início a qualquer outra iniciativa”, e resolver o contrato.

21. Após aquela carta, a autora impediu a ré de aceder à obra, alterando o canhão da fechadura do portão de entrada, e, nesse dia 23 de Julho de 2004, para evitar delongas que poderiam levar ao incumprimento do prazo acordado com o dono da obra, a autora procedeu à realização dos trabalhos que haviam sido adjudicados à ré e que esta ainda não realizara.

22. Para corrigir as referidas situações, a autora socorreu-se do trabalho de terceiros, vendo-se obrigada a sujeitar-se a um preço superior àquele que havia contratado com a ré, em face do curto espaço de tempo que havia para a execução daqueles trabalhos.

23. A ré realizou na obra os seguintes trabalhos: demolição das paredes divisórias existentes; demolição das instalações sanitárias e de cozinha existentes; remoção do envidraçado e caixilharia em alumínio da zona correspondente à entrada e caixas de escada; remoção dos pavimentos existentes; remoção dos painéis de madeira existentes nos peitoris dos envidraçados, assim como de todos os rodapés; remoção de todos os estores e respectivos acessórios; rectificação das aberturas existentes nas instalações sanitárias; rectificação da dimensão e formato da parede central que divide o corredor do átrio da caixa de escadas; abertura dos vãos das janelas na zona das garagens; abertura de vãos na parede exterior para porta de serviço e para a porta de acesso ao interior do edifício e ao armazém central; fornecimento e assentamento de paredes em alvenaria de tijolo; construção de paredes em betão armado; execução de reboco grosso afagado e acabado a estuque sobre paredes de alvenaria; execução de rasgos, tapamento de tubos e remoção de entulho; construção parcial da laje, na parte imediatamente superior à passagem automóvel, no seguimento da existente, apoiada na estrutura vertical também existente, até à parede limite, incluindo ligação à estrutura existente, incluindo revestimento e betonilha de regularização nos pavimentos que foram removidos por forma a receber os novos materiais, numa extensão de 105 m².

24. Na execução dos trabalhos que faltou à ré concluir e executar e na reparação dos defeitos supra referidos, a autora *pagou* a quantia de € 13.960,635, acrescendo o valor da pastilha que a ré não forneceu, no valor de € 4 520,67.

25. Por conta do preço dos trabalhos já executados e respectivo imposto sobre o valor acrescentado, a autora *pagou* á ré € 47.324,44; e o preço fixado no contrato celebrado entre a autora e ré para os trabalhos que ainda estavam em falta executar era de € 40 752,68.

26. Para além do mencionado sob 3, a ré efectuou na obra os trabalhos descritos no item 2.1.2 do orçamento, ou seja o enchimento parcial do chão da zona das garagens; descritos no item 1.2.3 al. a) ou seja remoção do portão existente na entrada principal; descritos nos itens 4.4.1 e 4.4.2 ou seja de execução do reboco e emboço na base de assentamento das paredes, embora não na totalidade; descrito no ponto 2.1.1. ou seja, a regularização de todo o pavimento numa extensão de cerca de 1000 m², com aplicação de betonilha numa área de acerca de 100 m²; elaboração do plano de segurança e saúde da

obra e aplicação de betão armado em pilares.

27. A ré efectuou os trabalhos discriminados nos itens 1.2.3 a); 1.5.1; 2.1.1; e 2 referentes à factura n.º 055/040226, facturas estas, emitidas em 30 de Julho de 2004, respectivamente no montante de € 18 341,62 e € 7 737,68 com imposto sobre o valor acrescentado e vencimento no dia 29 de Agosto de 2004.

28. As referidas facturas foram entregues à autora, e a ré tinha a expectativa de obter um lucro mínimo de 10% sobre a totalidade do preço da obra que ia realizar.

29. Os trabalhadores da ré auferem mensalmente, em média, um salário base de € 400.

III

A questão essencial decidenda é a de saber se a recorrida tem ou não o direito a exigir da recorrente o pagamento imediato da quantia de € 25 867,41, acrescida de juros de mora.

Tendo em conta o conteúdo do acórdão recorrido e das conclusões de alegação da recorrente e da recorrida, a resposta à referida questão pressupõe a análise da seguinte problemática:

- natureza e efeitos do contrato celebrado entre a recorrente e a recorrida;
- quadro legal essencialmente aplicável ao referido contrato;
- incumpriu ou não a recorrida o referido contrato?
- tem ou não a recorrente direito a exigir da recorrida indemnização relativa ao que despendeu com a eliminação dos defeitos e a conclusão da obra?
- quantitativo do direito de crédito da recorrida no confronto da recorrente pelos trabalhos realizados;
- tem ou não a recorrente o direito a suspender o pagamento devido à recorrida com base na excepção de não cumprimento?

Vejamos de *per se* cada uma das referidas subquestões.

1.

Começamos pela análise da natureza e dos efeitos do contrato celebrado entre a recorrente e a recorrida.

A lei prescreve ser contrato de empreitada aquele pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra, mediante um preço, a realizar certa obra (artigo 1207º do Código Civil).

Como a recorrente e CC - Informática de Sistemas e Serviços, SA, declararam, a primeira realizar para a última, mediante um preço, obras de remodelação, ampliação e adaptação de determinado edifício, certo é estarmos perante um

contrato de empreitada, em que a primeira figura como empreiteira e a última como dona da obra.

Trata-se de um contrato sinalagmático, porque dele resultaram obrigações para a recorrente como empreiteira, a de realizar a obra, e para CC - Informática de Sistemas, SA, a de pagar àquela o preço convencionado. Com base no referido contrato, a recorrente, na posição de empreiteira, convencionou com a recorrida, que esta para ela realizasse, mediante o pagamento de € 133 382,78, a obra constante do orçamento que lhe apresentou.

Expressa a lei ser a subempreitada o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou a uma parte dela (artigo 1213º do Código Civil).

Trata-se, pois, de um contrato subordinado a outro que lhe é prévio, um subcontrato, em que o subempreiteiro se apresenta como empreiteiro de outro empreiteiro, e este como se fosse dono da obra, em qualquer caso em tema de obrigação de resultado.

Assim, o contrato celebrado entre a recorrente e a recorrida, ora em análise, é de subempreitada, configurando-se a primeira como se fosse a dona da obra objecto mediato do contrato.

Por via dele, ficou a recorrida vinculada a realizar a parte da obra em causa nos termos convencionados, e a recorrente a pagar-lhe o respectivo preço em conformidade com o volume da obra que ia sendo realizado.

2.

Prossigamos com a análise do quadro legal essencialmente aplicável ao referido contrato.

Aplicam-se ao contrato de subempreitada não só as normas especiais previstas nos artigos 1207º e seguintes do Código Civil, como também as regras gerais relativas ao cumprimento e incumprimento das obrigações que com aquelas se não revelem incompatíveis.

O subempreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor ou aptidão para o respectivo uso ordinário ou previsto no contrato (artigo 1208º do Código Civil).

O preço deve ser pago, não havendo cláusula ou uso ou contrário, no acto da aceitação da obra (artigo 1211º, n.º 2, do Código Civil).

No que concerne aos defeitos da obra, verificados depois dela estar acabada, está previsto, nos artigos 1218º a 1226º do Código Civil, para o contrato de subempreitada, um regime específico, que não pode ser afastado pelo regime geral do incumprimento obrigacional.

Mas fora desse quadro específico, designadamente antes do termo da obra convencionada, nada obsta a que se aplique no âmbito do contrato de empreitada o regime geral do cumprimento e do incumprimento das obrigações.

Para além de dever realizar a obra, e de o fazer sem vícios, ou seja, sem as imperfeições que reduzem ou excluem o seu valor ou aptidão para o seu uso ordinário ou previsto no contrato, deve o subempreiteiro operá-la pelo modo e no tempo convencionados.

Aplicando ao incumprimento do contrato de empreitada o referido regime geral do incumprimento obrigacional, dir-se-á, por um lado que, se o subempreiteiro não realizar a sua prestação nos termos referidos, ocorrerá uma situação de inexecução ou de incumprimento *lato sensu*.

E, por outro que, se a não tiver realizado e já a não puder realizar por virtude de o dono nela ter perdido o interesse ou por a não ter realizado no prazo razoável que lhe fora fixado, estar-se-á perante uma situação de incumprimento definitivo.

Em primeiro lugar, deve o subempreiteiro executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato (artigo 1208º do Código Civil).

O empreiteiro pode exigir ao subempreiteiro alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra (artigo 1216º, n.º 1, do Código Civil).

Mas o subempreiteiro tem direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo da despesa e trabalho e a um prolongamento do prazo para a execução da obra (artigo 1216º, n.º 2, do Código Civil).

Resultando das alterações diminuição de custo ou de trabalho, o empreiteiro tem direito a impor ao subempreiteiro a dedução ao preço estipulado do que em consequência das alterações poupar em despesas ou adquirir por outras aplicações da sua actividade (artigo 1216º, n.º 3, do Código Civil).

O empreiteiro pode desistir da empreitada a todo o tempo, ainda que tenha sido iniciada a sua execução, contanto que indemnize o subempreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra (artigo 1229º do Código Civil).

Prevê este normativo a extinção do contrato de subempreitada, mesmo quando este já esteja em curso de execução, por exclusiva declaração de vontade do dono da obra, dirigida ao empreiteiro, expressa ou tácita, independentemente da natureza da sua motivação.

Fazendo cessar o contrato de empreitada nos termos do aludido normativo,

deve o empreiteiro indemnizar o subempreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra.

Os referidos gastos são, naturalmente, as despesas com a aquisição de materiais de construção, incorporados ou não, e o valor da mão-de-obra empregue na execução do contrato de empreitada.

O proveito que o subempreiteiro poderia extrair da realização do resto da obra corresponde, não ao preço da obra não realizada, mas ao lucro que poderia obter se a tivesse completado, ou seja, à diferença entre o custo da obra não realizada e o preço para ela convencionado.

Os contratos devem ser pontualmente cumpridos no quadro dos princípios da boa fé envolvente de ambos os contraentes (artigos 406º, n.º 1, e 762º, n.º 2, do Código Civil).

O devedor em geral cumpre a obrigação quando, de boa fé, realiza a prestação a que está vinculado, e não a cumpre quando a não realiza (artigo 762º do Código Civil).

Ao credor incumbe alegar e provar os factos integrantes do incumprimento da obrigação pelo devedor, e a este os factos reveladores de que tal não depende de culpa sua (artigo 799º, n.º 1, do Código Civil).

Verificado o incumprimento do contrato por parte do devedor, assiste ao credor a faculdade da sua resolução, salvo se se tratar de mera situação de mora (artigos 432º, n.º 1, 762º, n.º 1, 804º, n.º 2 e 801º, n.º 1, do Código Civil).

Com efeito, expressa a lei, por um lado, que tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento (artigo 801º, n.º 1, do Código Civil).

E, por outro, que se a obrigação tiver por fonte um contrato bilateral, como é o caso vertente, independentemente do direito à indemnização, pode o credor resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a sua restituição por inteiro (artigo 801º, n.º 2, do Código Civil).

O referido normativo é aplicável, por interpretação extensiva, à situação em que o devedor incumpre definitivamente o contrato.

De qualquer modo, a resolução do contrato fundada na lei pressupõe que uma das partes falte culposamente ao seu cumprimento e a outra o tenha cumprido ou diligenciado para o efeito.

Na falta de cumprimento ou inexecução obrigacional *lato sensu* também se incluem, além da impossibilidade de cumprimento e do incumprimento definitivo propriamente dito, o oriundo da conversão da situação de mora e a recusa categórica de cumprir.

A este propósito, expressa a lei, por um lado, que se o credor, em consequência da mora, perder o interesse na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente lhe for fixado pelo credor,

considera-se para todos os efeitos não cumprida em definitivo a obrigação (artigo 808º, n.º 1, do Código Civil).

E, por outro, que a perda do interesse na prestação por parte do credor é apreciada objectivamente, isto é, à margem das suas meras perspectivas subjectivas (artigo 808º, n.º 2, do Código Civil).

Resulta, assim, dos referidos normativos que, para além da perda do interesse do credor na prestação do devedor em termos de razoabilidade que é própria do comum das pessoas, se uma das partes estiver em situação de mora, tem a outra o direito potestativo de lhe fixar prazo razoável para cumprir a sua obrigação, sob pena de a considerar definitivamente não cumprida.

Nos casos de perda pelo credor do interesse na prestação do devedor ou de não cumprimento pelo último na sequência da referida interpelação admonitória, pode o primeiro exercer o direito potestativo de resolução do contrato, mediante declaração que chegue ao poder do devedor ou dele seja conhecida (artigos 224º, n.º 1, e 436º, n.º 1, do Código Civil).

3.

Atentemos agora sobre se a recorrida incumpriu ou não o mencionado contrato de subempreitada.

Invocou a recorrente a responsabilidade contratual da recorrida, por um lado, por ter incumprido o contrato celebrado ao abandonar e atrasar a realização dos trabalhos com repercussões no prazo de entrega da obra, e, por outro, por ter realizado alguns defeituosamente.

Resulta dos factos provados, por um lado, que, oito dias antes termo do prazo convencionado pela recorrente e a dona da obra, para a entrega da obra, a recorrida apenas tinha realizado trinta e seis por cento dos trabalhos a que se tinha vinculado.

E, por outro, que parte da obra, ainda em execução, apresentava defeitos - as paredes das instalações sanitárias estavam fora da esquadria, desalinhas e desaprumadas e a colocação da betonilha no pavimento estava desnivelada.

E, finalmente, que o primeiro dos mencionados defeitos foi verificado pela recorrente enquanto a recorrida operava na realização da obra, e o último depois disso, ou seja, depois de ter sido impedida de nela operar.

Temos, assim, que a uma semana do termo do prazo de entrega da obra, a recorrida só tinha realizado trinta e seis por cento dos trabalhos que constituíam o objecto mediato do contrato de subempreitada.

Todavia, houve atrasos na realização dos trabalhos que à recorrida não podem ser imputados, visto que resultaram de circunstâncias ligadas à dona da obra, relacionadas com a obtenção de licenças.

Além disso, os factos provados não revelam que a recorrida já não conseguia

terminar os trabalhos a que se vinculou em prazo consentâneo com a entrega pela recorrente da obra à respectiva dona.

A recorrida, quando a recorrente lhe comunicou a resolução do contrato e a proibiu de continuar a operar na obra, não estava em situação de incumprimento ou mora, no que concerne à realização da sua prestação, incluindo a correcção dos defeitos, certo que não havia sido intimada pela recorrente para os corrigir.

Em termos objectivos, não revelam os factos provados ter a recorrente perdido o interesse na prestação da recorrida, não obstante a ter terminado por via de recurso a diverso subempreiteiro, além de que a primeira não concedeu à última prazo razoável para a correcção dos mencionados defeitos. Não se configurava, por isso, o incumprimento definitivo pela recorrida do contrato de subempreitada celebrado com a recorrente justificativo da sua resolução (artigos 801º, nº 1 e 808º do Código Civil).

Todavia, a recorrente comunicou à recorrida resolução do contrato subempreitada em causa, visando, assim, por sua exclusiva iniciativa, destruir aquela da relação contratual.

Mas o referido direito de resolução dependia de se verificar, para o efeito, fundamento legal bastante, seja de origem contratual ou legal (artigo 432º, nº 1, do Código Civil).

Nem há fundamento convencional nem legal que sustente a referida declaração imputável à recorrente em termos de ser susceptível de implicar a destruição da mencionada relação jurídica contratual.

Por isso, está a referida declaração de resolução que a recorrente dirigiu à recorrida afectada de nulidade (artigos 280º, nº 1, 295º e 432º, nº 1, do Código Civil).

Em consequência, não pode relevar, em termos de produção do efeito de destruição do contrato de subempreitada, a declaração de resolução que a recorrente dirigiu à recorrida.

Releva, porém, conforme foi considerado no acórdão recorrido, como desistência tácita do contrato de subempreitada (artigos 217º, nº 1 e 1229º do Código Civil).

Por isso, tendo em conta que a recorrida foi impedida pela recorrente de continuar a executar a obra, fosse para a terminar, fosse para corrigir os defeitos, a conclusão é no sentido de que não incumpriu o contrato de subempreitada em causa.

4.

Vejam agora se a recorrente tem ou não o direito de exigir da recorrida indemnização relativa ao que despendeu com a eliminação dos defeitos e a

conclusão da obra.

A recorrente invoca ter direito a exigir da recorrida indemnização correspondente aos valores que despendeu com a reparação dos defeitos e com a execução dos trabalhos que ela devia realizar e que não realizou.

Invoca, ao que parece, um direito de indemnização no quadro da responsabilidade civil contratual.

Os pressupostos da referida obrigação de indemnização são o facto ilícito contratual, a culpa do agente - na espécie presumida ou dispensada - o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade adequada entre este e aquele facto (artigos 483º, nº 1, 562º, 563º, 798º, 799º, nº 1 e 800º, nº 1, do Código Civil). Tal como foi considerado nas instâncias, trata-se de defeitos de construção que implicavam a inaptidão dos trabalhos no confronto do respectivo fim, mas que, pela sua natureza, podiam ser eliminados.

Conforme acima se referiu, não podia a recorrente resolver o contrato de subempreitada celebrado com a recorrida, por falta de fundamento legal, significando, conforme já se referiu, a proibição de continuação com os trabalhos que a primeira dirigiu à última a desistência do contrato de subempreitada.

Impedida de continuar na execução dos trabalhos convencionados por acção da recorrente, que pôs termo ao contrato de subempreitada, podendo, se os continuasse, corrigir os defeitos acima referidos, não lhe é imputável algum facto ilícito contratual censurável do ponto de vista ético-jurídico.

Não se constituiu, por isso, a recorrida na obrigação de indemnizar a recorrente pelo referido dispêndio no quadro da responsabilidade civil contratual pela última invocada no confronto da primeira.

Não tem, por isso, a recorrente direito a exigir da recorrida indemnização correspondente ao que despendeu na realização, por terceiro, dos trabalhos que a última não terminou, incluindo a correcção dos defeitos acima mencionados.

5.

Atentemos agora no quantitativo do direito de crédito da recorrida no confronto da recorrente relativamente aos trabalhos pela primeira realizados no âmbito do contrato de subempreitada.

A recorrente põe em causa a sua obrigação de pagamento do valor do plano de segurança e saúde e dos trabalhos em betão armado em pilares, e está assente que esses trabalhos não constavam do orçamento.

A recorrida pediu, em reconvenção, a condenação da recorrente no pagamento do preço concernente a tal serviço, mas esta entende não o dever ser por virtude de não os ter solicitado.

No tribunal da primeira instância, considerou-se serem trabalhos novos, incluídos na obrigação de pagamento da recorrente, por não ter sido provado não terem sido solicitados pela recorrente.

A Relação, sob a ideia de proibição de *reformatio in pejus*, referindo que a recorrente não pusera em causa a sua obrigação de pagar à recorrida o preço dos trabalhos por ela realizados, salvo os operados com defeitos, mas que esta matéria estava prejudicada pelo que a propósito decidira, manteve, nesta parte, o decidido no tribunal da primeira instância.

Todavia, no recurso de apelação, a recorrente impugnou a decisão do tribunal da primeira instância no que concerne à sua condenação no pagamento à recorrida dos trabalhos de elaboração do plano de segurança e saúde e de aplicação em pilares de 5,55 metros cúbicos de betão armado.

E invocou, no referido recurso de apelação, tal como o fez no recurso de revista, violação das regras do ónus de prova constantes no artigo 342º, nº 1, do Código Civil.

Independentemente da posição da Relação neste ponto, impõe-se-nos, nesta sede, aplicar o regime jurídico adequado aos factos que estão fixados pelas instâncias (artigo 729º, nº 1, do Código de Processo Civil).

O objecto do contrato de subempreitada em causa está definido no texto do orçamento, que dele faz parte integrante, no qual não constam os mencionados plano de segurança e saúde nem os trabalhos em betão armado em pilares.

Conforme já se referiu, a recorrente podia exigir à recorrida a alteração do plano convencionado, desde que o seu valor não excedesse a quinta parte do preço estipulado e não houvesse modificação da natureza da obra (artigo 1216º, nº 1, do Código Civil).

Nessa hipótese, teria a recorrida direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho e a prolongamento do prazo de conclusão da obra (artigo 1216º, nº 2, do Código Civil).

Importa, porém, atentar no regime legal de alterações ao plano convencionado por iniciativa do subempreiteiro no confronto do empreiteiro face ao quadro de facto assente nas instâncias.

A regra é no sentido de que o subempreiteiro não pode, sem autorização do empreiteiro, fazer alterações ao plano convencionado (artigo 1214º, nº 1, do Código Civil).

A obra alterada sem autorização do empreiteiro - correspondente ao dono da obra - é havida como defeituosa; mas se o dono quiser aceitá-la tal como foi executada, não fica obrigado a qualquer suplemento do preço nem a indemnização por enriquecimento sem causa (artigo 1214º, nº 2, do Código Civil).

No caso de ter sido fixado para a obra um preço global e a autorização não tiver sido dada por escrito com fixação do aumento de preço, o subempreiteiro só pode exigir do empreiteiro - correspondente ao dono da obra - indemnização equivalente ao enriquecimento deste último (artigo 1214º, nº 3, do Código Civil).

O ónus de prova de que a recorrente exigiu à recorrida a realização dos mencionados trabalhos, por se tratar de facto constitutivo do direito de crédito que invocou, à última incumbia (artigo 342º, nº 1, do Código Civil).

Ora, como a recorrida não cumpriu o mencionado ónus de prova, a consequência é no sentido de que não pode fazer valer contra a recorrente esta parcela de direito de crédito que invocou no seu confronto.

Resulta dos factos provados que o valor dos mencionados serviços se cifra em € 2 456, 25.

Em consequência, a quantia devida pela recorrente à recorrida, não é de 25 867,41 e os juros, mas de € 23 411,16, acrescida dos juros considerados nas instâncias.

6.

Vejamos agora se a recorrente tem ou não o direito de recusar o pagamento devido à recorrida com base na excepção de não cumprimento.

Alegou a recorrente, com base na excepção de não cumprimento do contrato, que, por ter denunciado os defeitos da obra, tinha o direito de recusar o pagamento do preço, por virtude de a recorrida não ter executado a obra nas condições convencionadas.

A lei prescreve que se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo (artigo 428º, nº 1, do Código Civil).

É uma excepção dilatória de direito material, um contra-direito no confronto do do autor ou do reconvindo, com a virtualidade de o paralisar temporariamente, medida em que se assume como excepção peremptória (artigos 487º, nº 2 e 493º, nº 3, do Código de Processo Civil).

São seus pressupostos, o contrato bilateral, a desobrigação do excipiente de prestar previamente e não oferecimento simultâneo da prestação pela outra parte, implicando essencialmente a sua procedência a dilação temporal do cumprimento da respectiva obrigação por uma das partes até ao momento do cumprimento da respectiva obrigação pela outra.

A recorrente invoca um direito de não cumprimento da obrigação de

pagamento do preço com fundamento na existência de defeitos de construção que a recorrida não reparou.

Funciona no contexto dos contratos do tipo que aqui está em causa, designadamente no caso de cumprimento defeituoso, sob a designação usada pela doutrina de *exceptio non rite adimpleti contractus*, susceptível de exercitação após o empreiteiro ter denunciado o defeito e exigido a sua eliminação.

Todavia, conforme já se referiu, foi a recorrente quem inviabilizou, proibindo-lhe o acesso à obra, a continuação da recorrida na sua execução, sem fundamento legal, porque a última não estava ainda incursa em incumprimento contratual, incluindo a situação de mora.

E, na sequência disso, sem exigir à recorrida a reparação dos defeitos em causa, optou pela via de ela própria assumir, através de outrem, a sua reparação.

Perante este quadro de não incumprimento contratual por parte da recorrida, não pode o instituto da excepção justificar a suspensão da obrigação da recorrente de pagar à recorrida o preço dos trabalhos que efectivamente para ela realizou e eram objecto do contrato de subempreitada.

7.

Finalmente a síntese da solução para o caso decorrente dos factos provados e da lei aplicável.

A recorrente e a recorrida celebraram um contrato de subempreitada, em que a primeira funcionou como se fosse a dona da obra que contratou com terceiro, e a última como subempreiteira.

A recorrida ficou vinculada a realizar para a recorrente os trabalhos de construção civil e a última a pagar-lhe o respectivo preço por tranches correspondentes ao volume de construção empreendido, nos termos entre ambas convencionados.

São aplicáveis ao referido contrato, não só as normas especiais previstas nos artigos 1207º e seguintes do Código Civil, como também as regras gerais relativas ao cumprimento e incumprimento das obrigações que com aquelas se não revelem incompatíveis.

A recorrente inviabilizou a possibilidade de a recorrida continuar os trabalhos a que se vinculou, a última não incumpriu o contrato de subempreitada, pelo que aquela não tem o direito de lhe exigir indemnização relativa ao que despendeu, sob contratação de outrem, com a eliminação dos defeitos e a conclusão da obra.

O valor devido pela recorrente à recorrida não abrange o custo concernente ao plano de segurança e saúde e aos trabalhos em betão armado em pilares,

porque a última não provou terem sido pela primeira exigidos ou autorizados. Não tendo a recorrida incumprido o contrato de subempregada, não tem a recorrente direito a suspender o pagamento devido à recorrida com base na exceção de não cumprimento - *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Procede apenas parcialmente o recurso.

Vencidas, são a recorrente e a recorrida responsáveis pelo pagamento das custas, na proporção do vencimento, em relação aos recursos e à sentença (artigo 446º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil).

IV

Pelo exposto, dá-se parcialmente provimento ao recurso, fixando-se o valor do capital devido pela recorrente à recorrida no montante de vinte e três mil, quatrocentos e onze euros e dezasseis cêntimos, mantendo-se no restante o decidido nas instâncias, e condenam-se uma outra no pagamento das custas relativas aos recursos e à sentença na proporção do vencimento.

Lisboa, 07 Fevereiro de 2008.

Salvador da Costa (relator)

Ferreira de Sousa

Armando Luis