

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 200/10.5TJPRT.P1

Relator: SOARES DE OLIVEIRA

Sessão: 16 Maio 2011

Número: RP20110516200/10.5TJPRT.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO.

Decisão: CONFIRMADA.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

EMPREITADA

Sumário

I - A regra geral é a responsabilidade contratual do empreiteiro quando a obra apresenta defeitos.

II - A esta regra veio o artigo 1219º criar uma excepção, que poderemos considerar como emanção da figura do abuso de direito na vertente da proibição do “venire contra facturo proprium”.

III - Como excepção, o ónus de prova dos respectivos pressupostos fácticos ardo com o disposto no artigo 342º, 2, do CC.

Texto Integral

Proc. n.º 200/10.5TJPRT.P1

Apelação n.º 354/11

TRP – 5ª Secção

Acordam os Juízes do Tribunal da Relação do Porto

I - RELATÓRIO

1 -

O CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO ..., com sede na Rua ..., nº ..., Porto, aqui representado pela sua Administradora, B..., LDA., propôs a presente acção declarativa contra

C..., LDA., com sede na Rua ..., nºs .. a .., Lisboa, e

D..., LDA., com sede na Rua ..., nº ..., .º esquerdo, Porto, pedindo

a condenação solidária das Rés a proceder à correcção das deficiências

enunciadas na petição inicial, num prazo máximo de 90 dias e, no caso de ultrapassado tal prazo, a condenação das Rés no pagamento da quantia de € 500,00, por cada dia de atraso no cumprimento, até realização integral dos trabalhos, nos termos do artº 829º-A do Código Civil, pedindo ainda, em alternativa, a condenação das Rés no pagamento do montante que se vier a apurar referente às obras de correcção das deficiências nas partes comuns e consequentes danos causados no interior das fracções identificadas.

Alega o A., em síntese, que celebrou com a 1ª Ré, no dia 6 de Julho de 2004, um contrato cujo objecto consistiu na reabilitação de fachadas, terraços e cobertura do edifício sito na Rua ..., nº ..., no Porto, com base num caderno de encargos da autoria da 2ª Ré;

que a 1ª Ré executou a empreitada e que a 2ª Ré executou o projecto de reabilitação das coberturas do edifício, com todas as suas especificidades técnicas e efectuou o acompanhamento da execução da obra;

que no dia 31 de Março de 2005 foi assinado por A. e 1ª Ré um auto de vistoria para recepção provisória da obra;

que parte das patologias anteriores à intervenção continuaram a existir e entretanto surgiram outras;

que se apurou que os elementos verticais das courettes deveriam ter recebido o mesmo tratamento que os restantes, ou seja, a remoção dos revestimentos e impermeabilização, o que não aconteceu, acrescentando que estava previsto no caderno de encargos o aumento de três courettes devido ao prolongamento dos tubos de ventilação e apenas uma courette foi aumentada e só recebeu tratamento na zona aumentada, não se tendo garantido assim a continuidade da impermeabilização dos elementos;

que as fissuras existentes nas coberturas das courettes constituem um ponto de entrada de água no edifício e que, mercê das deficiências apontadas, se verificou a existência de uma série de danos no interior de algumas fracções.

2 -

A 2ª Ré contestou, concluindo pela sua absolvição da instância ou, caso assim se não entenda, pela sua absolvição do pedido.

Alegou, em resumo:

a sua ilegitimidade, pois que o que está em causa é um contrato de empreitada, ao qual é alheia;

a 2ª Ré foi contratada para elaborar um projecto e, posteriormente, para dar assistência técnica durante a execução dos trabalhos;

no projecto não existe qualquer erro ou falha técnica;

as deficiências apontadas são de execução da obra, não imputáveis à 2ª Ré;

a prestação pretendida pelo A. é uma prestação de facto fungível, pelo que a impugna - artº 829º-A do CC.

3 -

A 1ª Ré contestou, tendo concluído pela ilegitimidade do A. em relação às fracções autónomas e pela improcedência da acção.

Impugna os factos articulados na P.I., alegando que foi acordado entre o A. e a 1ª Ré proceder a alterações necessárias ao plano inicialmente convencionado por razões técnicas e financeiras, tendo os trabalhos decorrentes da empreitada sido recepcionados;

a responsabilidade pela não execução de trabalhos não resulta de uma actuação defeituosa, mas da omissão no Caderno de Encargos da rufagem das courettes e do acordo entre A. e 1ª Ré de não execução do tratamento das restantes courettes.

4 -

O A. respondeu às excepções invocadas pelas Rés, concluindo pela sua improcedência.

5 -

O processo foi saneado, tendo sido julgado o A. parte ilegítima na acção para demandar as Rés relativamente às deficiências que eventualmente se verifiquem nas fracções autónomas e absolvidas as Rés da instância relativamente aos pedidos correspondentes; além de que foi julgada a 2ª Ré parte legítima para esta acção.

6 -

Realizou-se a Audiência Final.

7 -

Foi proferida a Sentença da qual consta a Decisão de Facto, no que se inclui a respectiva motivação.

8 -

Na parte decisória da Sentença está escrito:

«Pelo exposto, julga-se a presente acção parcialmente procedente, por parcialmente provada e, consequentemente:

a) condena-se a 1ª Ré a proceder à correcção das deficiências enunciadas nas als. bb) e dd) dos factos acima provados, num prazo máximo de 90 dias a contar do trânsito em julgado da sentença ;

b) absolve-se a 1ª Ré do demais peticionado e

c) absolve-se a 2ª Ré dos pedidos contra a mesma formulados.»

9 -

A Ré C..., Ldª, veio apelar, tendo nas suas Alegações formulado as Conclusões que se transcrevem:

«A)

A decisão proferida pelo tribunal “a quo” baseou-se no facto de julgar não provado o acordo de não tratamento dos paramentos verticais entre a 1ª Ré e

a A.

No entanto, entende a Recorrente que foram, incorrectamente, julgados Esse facto, porquanto, além do documento de fls. 17 e do documento de fls. 328 e 329º, os depoimentos das testemunhas Eng. E... e Eng. F... foram claros e credíveis, ao afirmarem por um lado que A., aceitou as obras no estado em que as mesmas se encontravam, tendo total conhecimento de que a Ré não executou o tratamento dos paramentos verticais, não tenho nenhum dos intervenientes contestado ou se oposto a tal facto. Entende-se então a existência clara de um comportamento concludente no que diz respeito à aceitação dos trabalhos, o qual foi posteriormente expresso aquando da assinatura do doc. de fls. 17, o auto de recepção provisória.

II

Decide, de forma errónea, no nosso entender, o tribunal de 1ª Instância, ao considerar na douda sentença que a inexistência de tratamento nos paramentos verticais um defeito.

Logo, porque há que distinguir se tal defeito se desdobra num vício relativamente à má execução da empreitada, ou como nos parece mais correcto, se tal defeito se revela antes ser uma desconformidade ou um incumprimento parcial.

Ora tal incumprimento parcial ou desconformidade poderia levar ao remédio prescrito legalmente de redução do preço, o que de facto aconteceu, tendo esta mesma sentença dado como provado que houve lugar nesta empreitada à compensação de trabalhos, o que levou a não houvesse lugar a qualquer mudança de preço.

Contudo, houve sim uma adenda ao contrato ainda que não reduzida a escrito e celebrada pela A. e ora Apelante por mútuo consentimento.

III

Prediz ainda o nosso Código Civil que o Dono de Obra está obrigado a verificar a obra antes de a aceitar, nos termos e para os efeitos do previsto no nº 1 do artigo 1218º e, sendo certo que pelo testemunho aqui transcrito do Eng. F... que afirma sem qualquer hesitação que todos os intervenientes, incluindo o Autor estavam ao corrente do facto de não ter sido executado o tratamento previsto para os paramentos verticais, parece-nos ser de aplicar o disposto no nº1 do artigo 1219º do C.C, uma vez que o Empreiteiro não responde pelos defeitos de obra se o dono de obra a aceitou sem reserva, com conhecimento destes.»

Termina pedindo a revogação da Sentença e a sua absolvição do pedido.

10 -

O A. contra-alegou, concluindo pela improcedência do Recurso.

11 -

A 2ª Ré pronunciou-se pela rejeição do Recurso face à falta de especificação e conclusões de Direito.

II - ASPECTO FORMAL DO RECURSO

O Recurso é o próprio, está em tempo e foi-lhe fixado o efeito devido.

A Recorrente impugnou, essencialmente, a Decisão de Facto. Dessa alteração pretendida resulta que desaparece, no seu entender, o fundamento legal em que assentou a condenação. Tendo elaborado as Conclusões referentes, essencialmente, àquela impugnação, nas quais invoca, ainda, o disposto no artigo 1219º do CC.

Sendo certo que fez uma incursão pelo Direito no âmbito das Alegações (ver fls. 383 e 384), nomeadamente sobre a questão da modificação do contrato por acordo das partes e aceitação da obra sem reservas, retirando desta última parte a conclusão correspondente e acima referida - aplicação do artigo 1219º do CC.

Indefere-se, pois, a pretendida rejeição do Recurso formulada pela 2ª Ré - ver artigos 685º-A e 685º-C do CPC.

Custas deste incidente a cargo da 2ª Ré.

III - FUNDAMENTAÇÃO

DE FACTO

A -

A DECISÃO DE FACTO

1 -

Na Sentença constam como adquiridos para os autos os seguintes Factos:

- «a) Em Dezembro de 2002 e após contacto do Autor com a 2ª Ré, esta efectuou e entregou àquele uma proposta de honorários para efectuar o Estudo Diagnóstico dos problemas que afectavam o edifício bem como a solução de tratamento para resolução desses mesmos problemas, conforme documento junto a fls. 65 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido.
- b) Os honorários propostos incluíam a entrega do projecto de execução e a análise técnica e económica das propostas apresentadas pelos empreiteiros e, caso o Autor assim o pretendesse, a assistência técnica durante a execução dos trabalhos.
- c) O Autor adjudicou à 2ª Ré a proposta por esta elaborada.
- d) Em Dezembro de 2003 a 2ª Ré elaborou e entregou ao Autor o “Projecto de Reabilitação das Coberturas do Edifício situado na Rua ..., nº ... - Porto”,

conforme documento junto a fls. 66 a 142 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

e) Em Abril de 2004 a 2ª Ré entregou ao Autor a análise das propostas apresentadas pelos diferentes empreiteiros contactados, conforme documento junto a fls. 143 a 148 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

f) No dia 6 de Julho de 2004, Autor e 1ª Ré celebraram entre si, um contrato cujo objecto consistiu na reabilitação de fachadas, terraços e cobertura, no edifício situado na Rua ..., nº ..., no Porto, com base num caderno de encargos da autoria da 2ª Ré, conforme documento junto a fls. 13 a 16 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

g) A 2ª Ré foi contratada para prestar serviços de assistência técnica durante a execução dos trabalhos.

h) Nessa qualidade, a 2ª Ré compareceu às reuniões de obra para as quais foi solicitada a assistência técnica, nunca exercendo qualquer função de fiscalização, o que desde cedo, no decurso da obra, foi devidamente esclarecido.

i) No decurso da execução dos trabalhos, a 1ª Ré foi obrigada a aplicar materiais e desenvolver trabalhos não especificados no caderno de encargos, os quais se revelaram indispensáveis à boa realização da obra, a saber, a título meramente exemplificativo:

- Remoção, adaptação e recolocação da portada do vão da sala do apartamento nascente;
- Colocação da tampa metálica nas chaminés da junta de dilatação;
- Colocação de novas soleiras nos vãos alterados;
- Reparação interior dos apainelados em madeira dos mesmos vãos;
- Remoção e recolocação, incluindo a execução de um circuito novo embebido para a iluminação exterior dos terraços;
- Masticagem da caixilharia dos vãos do escritório do rés-do-chão;
- Aplicação de revestimento em material cerâmico nos paramentos que dividem os terraços, os quais estavam pintados anteriormente;
- Pintura dos tubos de queda de águas pluviais;
- Limpeza e aplicação de mástique na junta de dilatação com o bloco vizinho (na fachada);
- Aplicação de porta de acesso à cobertura;
- Colocação de azulejos em falta na fachada do prédio vizinho.

j) Tais trabalhos, efectuados no interesse e por solicitação do Autor, foram validados pelo mesmo, que assumiu igualmente o seu pagamento.

l) A 1ª Ré informou o Autor que tais trabalhos deveriam ser considerados como trabalhos extra, podendo os mesmos compensar outros trabalhos, conforme documento junto a fls. 328 e 329 dos autos, cujo teor aqui se dá por

reproduzido.

m) No dia 31 de Março de 2005 foi assinado por Autor e Ré um auto de vistoria para a concessão da recepção provisória da obra, conforme documento junto a fls. 17, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

n) Após a intervenção efectuada e porque se verificou que parte das patologias anteriores à intervenção continuaram a existir e que entretanto surgiram outras, foi acordado pelas partes pedir um parecer externo.

o) No ano de 2007, o Autor solicitou à 2ª Ré que se deslocasse ao edifício a fim de verificar a ocorrência de infiltrações nos tectos da habitação do 4º Traseiras e na área da cozinha/lavandaria da habitação do 5º Esquerdo.

p) Em 13 de Fevereiro de 2007, a 2ª Ré remeteu ao Autor o relatório de visita efectuada, conforme documento junto a fls. 151 a 156 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

q) A 2ª Ré enviou à 1ª Ré os faxes de 02/11/2004 e 09/02/2005, cujas cópias se encontram juntas a fls. 157 a 160 dos autos e cujo teor aqui se dá por reproduzido.

r) A 2ª Ré disponibilizou-se sempre para a realização de reuniões entre as partes envolvidas de forma a serem ultrapassadas as questões relativas às infiltrações do edifício.

s) Apesar das reuniões e troca de correspondência entre as partes não foi possível definir qualquer estratégia para a resolução das infiltrações verificadas.

t) Em Janeiro de 2008 a 2ª Ré propôs e foi decidido por todos a nomeação de peritos que deveriam definir as responsabilidades de cada uma das partes envolvidas, o tipo de intervenção a realizar e o valor a suportar proporcionalmente por cada uma delas na realização da obra que se viesse a mostrar necessária.

u) Aceite que estava a nomeação do Engenheiro H..., a 2ª Ré aguardou que o perito elaborasse o documento ou relatório de onde constassem quer as causas das infiltrações quer as soluções que propunha para a resolução dessas infiltrações, definindo também a percentagem de responsabilidade de todas as partes envolvidas.

v) Foi sempre intenção da 2ª Ré aceitar qualquer decisão do perito, no sentido de terminar definitivamente com o processo numa solução extrajudicial.

x) Foi efectuada uma peritagem ao edifício, conforme documento junto a fls. 18 a 25 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

z) Refere-se no relatório de peritagem, no seu ponto 1.5, que “para evitar infiltrações através das courettes, propõe-se o seu revestimento integral com reboco armado, de acordo com os princípios definidos no artigo 6”.

aa) Estava previsto no caderno de encargos o aumento de três courettes

devido ao prolongamento dos tubos de ventilação.

bb) Os elementos verticais das courettes deveriam ter recebido o mesmo tratamento que os restantes, ou seja, a remoção dos revestimentos e impermeabilização, o que não aconteceu.

cc) Apenas uma courette foi aumentada.

dd) A courette aumentada apenas recebeu tratamento na zona aumentada, não se tendo garantido assim a continuidade da impermeabilização dos elementos.

ee) As fissuras existentes nas coberturas das courettes constituem um ponto de entrada de água no edifício.

ff) Mercê das deficiências apontadas verificou-se a existência de diversos pontos de humidade nos tectos do 4º andar traseiras.

gg) As zonas húmidas situam-se no canto da sala junto à cozinha, na cozinha junto à courette, num quarto junto à courette e ainda entre dois quartos sob o limite do recuado do 5º esquerdo.

hh) Apurou-se, no 5º andar direito, a existência de entrada de água pela padieira do vão da sala.

ii) Verificou-se igualmente no mesmo apartamento, a entrada de água na porta da salinha, porta esta que não foi intervencionada.

jj) Os danos provocados no interior do 4º andar traseiras ocorreram na sua maioria sob as courettes dos recuados. ll) A 1ª Ré só tomou conhecimento das patologias indicadas em ff), gg), hh), ii) e jj) aquando da disponibilização do relatório efectuado pelo Eng. H....

mm) Dá-se aqui por reproduzido o teor da Acta de reunião de 17/02/2009, cuja cópia se encontra junta a fls. 26 e 27 dos autos.

nn) A 1ª Ré designou um funcionário seu, o Eng. I..., para comparecer, no dia 17 de Fevereiro de 2009, a uma reunião no Escritório da B..., Lda.

oo) O objectivo de tal reunião era a análise da vistoria técnica efectuada pelo Eng. H... no imóvel sito na Rua ... nº ..., no Porto.

pp) Após envio da documentação com a repartição de responsabilidades, a mesma não foi aceite pela 1ª Ré, conforme fax datado de 29 de Abril de 2009, cuja cópia se encontra junta a fls. 39 e 40 dos autos e cujo teor aqui se dá por reproduzido.

qq) A 2ª Ré enviou à representante do Autor o fax datado de 7 de Maio de 2009, cuja cópia se encontra junta a fls. 38 dos autos e cujo teor aqui se dá por reproduzido, no qual, apesar de não concordar com a repartição de responsabilidades, aceitou o pagamento da quantia que lhe cabia, de € 1.523,52, porque se tratava da resolução extrajudicial do diferendo.

rr) A Administração do Condomínio foi mandatada para propor a presente acção judicial, conforme documento junto a fls. 41 a 44 dos autos, cujo teor

aqui se dá por reproduzido.»

2 -

Consta, ainda, da Sentença, integrando a Decisão de Facto -

«Não resultaram provados quaisquer outros factos com relevância para a decisão a proferir, nomeadamente, que:

- A 2ª Ré efectuou o acompanhamento da execução da obra;
- Foi acordado entre ambas as partes a não execução do tratamento previsto no caderno de encargos aos paramentos verticais (couretes), escolha que o Autor fez de livre e esclarecida vontade;
- A falta de tratamento em duas das couretes existentes na cobertura deveu-se a um acordo entre a (1ª) Ré e Autor ao tempo da execução dos trabalhos;
- A 1ª Ré não teve qualquer acesso às zonas indicadas no relatório de peritagem junto a fls. 18 a 25 dos autos;
- O vão da sala do 5º andar direito foi substituído na intervenção efectuada pela 1ª Ré;
- Os danos verificados no 5º andar direito só surgiram após a realização da intervenção geral na fachada do terraço;
- A intervenção da 1ª Ré no 5º andar direito limitou-se à colocação de silicone no ponto de luz de forma a solucionar uma infiltração pré-existente;
- A rufagem das courettes era uma medida imprescindível para a prevenção das infiltrações verificadas».

B -

O RECURSO E A DECISÃO DE FACTO

A Recorrente impugna a Decisão por nesta não ter sido julgado provado que a não realização do tratamento dos elementos verticais resultou de um acordo entre as partes. Para este efeito invoca o depoimento do Eng. E..., o auto de recepção provisória, em que não foram exaradas notas ou observações, o serem “defeitos visíveis”, os depoimentos do Eng. F... e de J..., aliados aos documentos juntos aos autos, nomeadamente o fax de fls. 328 e 329.

o A., ora Recorrido, refere, em contra-alegações, que da prova produzida não resulta que tenha ocorrido qualquer acordo para que os elementos verticais não tivessem sido submetidos a tratamento e que essa falta de tratamento só foi do seu conhecimento após a recepção do relatório subscrito pelo Eng. H....

Examinemos os elementos de prova referidos pela Recorrente.

O fax de fls. 328 e 329 está datado de 12-2-2005, é dirigido à firma D..., enviado por C..., LDA., dele não consta qualquer referência ao tratamento dos elementos verticais e, em relação a courettes consta do mesmo:

“Contrariamente ao afirmado no vosso telefax, houve uma courette que foi intervencionada (a do terraço poente). A outra não foi porque como foi amplamente discutido em obra, existiam divergências entre o projecto e a realidade, tendo-se concluído pela não intervenção (não justificava”.

Dos depoimentos relevantes para este ponto e que sobre ele incidiram resulta que em relação às “courettes” há duas divergências para com o objecto da empreitada, constante do caderno de encargos: das existentes só uma foi aumentada, quando deviam ter sido todas; e só este aumento foi impermeabilizado.

Daquele caderno de encargos constava que todas seriam aumentadas e impermeabilizadas.

São estes os depoimentos dos Engenheiros E..., director da obra e que, então, trabalhava para a Recorrente, H..., que contactou e ouviu todas as partes interessadas, examinou o caderno de encargos e é o autor do relatório junto aos autos (fls. 18-25), por ter sido encarregado de proceder a perícia visando detectar deficiências da empreitada, F..., que em nome da 2ª Ré procedia ao acompanhamento técnico da obra, além de J..., director de produção da 1ª Ré. O Eng. K..., só em Junho de 2005 começou a trabalhar para a 1ª Ré e não acompanhou os trabalhos, nunca tendo ido à obra, segundo o seu depoimento, pelo que nada de relevante sabe sobre este ponto da matéria de facto.

No seu depoimento o Eng. E... refere a existência de um acordo tácito, mas nunca concretizou factos para se concluir pela existência desse acordo, no que à impermeabilização diz respeito; refugiou-se no fax referido, mas este só se reporta aos aumentos e não à impermeabilização (tratamento).

O mesmo se pode dizer do depoimento de J..., que não apresentou factos de que se possa concluir a existência de um acordo quanto ao tratamento - impermeabilização.

Por seu turno, o Eng. F..., com toda a clareza e veemência afirma que o tratamento esteve sempre previsto e que o acordo de não realização de trabalhos quanto às “courettes” só dizia respeito ao seu aumento e não à impermeabilização.

Aliás, os Engenheiros E... e F... foram unânimes em afirmar que houve acordo entre o dono da obra e o empreiteiro relativamente a não aumentar as “courettes” (elementos verticais). E nenhuma prova foi feita no sentido contrário.

Sobre esta matéria nada disseram as demais testemunhas.

A circunstância de tal deficiência na execução da obra não constar do auto de recepção provisória só significa que deste não ficou a constar. Falta-nos saber a razão dessa omissão e esta não foi trazida aos autos.

O doc. n.º 7, a fls. 159, é um fax enviado também pelo Eng. F... à 1ª Ré, está

datado de 9-2-2005 e nele é referido que as “courettes” não foram tratadas. Por seu turno, o auto de recepção provisória está datado de 31-3-2005. Embora a testemunha F... tenha dito que informara o A. sobre este aspecto, o certo é que não sabemos quando, em que data prestou essa informação. Daqui resulta que temos de concluir pela manutenção da Decisão de Facto, quanto à inexistência de acordo, nomeadamente tácito, concluindo que a Sr.^a Juiz apreciou criteriosamente a prova produzida.

DE DIREITO

Neste Recurso está em apreciação, exclusivamente, o contrato celebrado entre o A. e a 1^a Ré. Excluído do seu objecto está o contrato de assistência técnica celebrado entre o A. e a 2^a Ré.

Esta acção tem na sua génese a responsabilidade contratual da 1^a Ré.

A obra foi realizada com defeitos, que originaram danos ao A..

De acordo com a versão do A., a obra apresentou vários defeitos por não tendo sido executada conforme o projecto, nascendo de tal circunstancialismo a responsabilidade da 1^a Ré.

Antes de mais há que relembrar que "o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito" - artigo 664º do CPC. Quanto à determinação das normas legais a aplicar na decisão, a actividade do juiz não sofre qualquer limitação[1].

Temos, antes de mais, de qualificar os contratos invocados pelo A..

E a qualificação é uma operação que parte do facto e que a ele regressa para efeito de o regulamentar, de determinar a sua disciplina jurídica; consiste em referenciar um caso concreto a um conceito jurídico reconhecido por uma autoridade normativa para lhe aplicar o seu regime[2].

A qualificação está estritamente associada à classificação, mas não se confundem, sendo aquela prévia a esta[3].

Para determinação do regime jurídico aplicável aos contratos em causa há, pois, que saber a que tipo pertencem, que proceder à sua classificação[4].

A noção de contrato não nos é dada, directamente, pela nossa lei. Aceito, contudo, como noção de contrato a seguinte: é um acordo vinculativo de duas (ou mais) declarações de vontade contrapostas, mas conciliáveis entre si, com vista a resultado jurídico unitário de interesses diversos[5].

E estamos, no caso dos autos, perante um contrato de prestação de serviço, na modalidade de empreitada, no que concerne ao contrato celebrado entre o A. e a 1^a Ré – ver artigos 1154º, 1155º e 1207º do CC.

Pois que dispõe este último artigo que “empreitada é o contrato pelo qual uma

das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”[6].

Ora, a 1ª Ré obrigou-se a realizar para o A. obras de reparação de um edifício. Realização de obra com absoluta autonomia (falta de subordinação própria do contrato de trabalho), são requisito e critério a que atende a noção legal do contrato de empreitada[7].

Serão, pois, as normas dos artigos 1207º a 1226º do CC as aplicáveis a este contrato, quanto à sua especificidade em relação às demais normas.

Neste contrato são sujeitos: o A., como dono da obra, e a 1ª Ré como empreiteira.

O seu objecto é a realização de reparação de um edifício, como referido.

E é o de empreitada um contrato não formal e consensual[8].

No contrato de empreitada resulta para o empreiteiro, como obrigação principal, a de execução do trabalho prometido e para o dono da obra a de pagar o preço e efectuar a recepção da obra[9].

Ao dono da obra incumbe, como dito, a obrigação de aceitar a obra que foi executada sem defeito e nos termos acordados[10].

Como sabido, o preço é a contraprestação a cargo do dono da obra e que será a retribuição devida por este ao empreiteiro[11].

Relembremos que o devedor tem de realizar a prestação a que está adstrito com o respeito pelos três princípios que informam o cumprimento das obrigações – a prestação deve ser pontualmente cumprida – artigo 406º, 1, e 762º, 1, do CC, o solvens deve agir nos termos impostos pela boa-fé – artigo 762º, 2, do CC e a prestação deve ser efectuada integralmente – artigo 763º do CC. [12]

Como é sabido, são três as formas de não cumprimento: incumprimento definitivo, mora e cumprimento defeituoso[13].

A mora do devedor consiste no atraso culposo no cumprimento da obrigação [14]. Estamos, aqui, perante um não cumprimento temporário.

O incumprimento definitivo consiste em se ter tornado impossibilidade a realização da prestação ou por ter perdido o interesse para o credor[15]; o devedor não realiza a obrigação no tempo devido por facto que lhe é imputável, mas já não lhe é permitida a sua realização posterior[16].

O incumprimento definitivo surge: a) quando, no momento da prestação, esta não seja acatada pelo devedor, impossibilitando-se de seguida; b) quando, por força da sua não realização ou do atraso na prestação, o credor perca o interesse objectivo na sua efectivação; c) quando, havendo mora do devedor, este não cumpra no prazo que razoavelmente lhe for fixado pelo credor; d) quando o devedor manifeste que não quer cumprir ou que não cumprirá,

podendo esta manifestação resultar de declaração expressa ou de actos concludentes[17].

O cumprimento defeituoso consiste na prestação realizada pelo devedor que não cumpre as condições de integridade e identidade do cumprimento; abrange também os vícios e defeitos que pode ter o objecto da prestação; ou que não foi oferecida às pessoas que a deviam receber ou em circunstâncias de lugar e tempo de cumprimento acordadas[18].

Nos artigos 798º e 799º do CC está admitida a figura do incumprimento em sentido amplo, no qual se inclui o cumprimento defeituoso[19].

Contudo, o CC, apesar da referência que faz ao cumprimento defeituoso no artigo 799º, 1, não o regula especialmente[20].

E dispõe o artigo 799º, 1, do CC: “Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”.

A presunção legal reporta-se exclusivamente à culpa, não abrangendo o cumprimento.

Visto, em traços gerais, o regime geral do Contrato de Empreitada, vejamos o caso concreto.

O objecto do contrato é a reparação de um edifício a executar de acordo com um caderno de encargos.

Como resulta dos mencionados Factos, que existem como adquiridos, a obra não foi realizada na íntegra, ou seja, com defeitos que a 1ª Ré impugna que o sejam, pois que argumenta que a sua não execução fora acordada com o A..

Há um incumprimento definitivo da reparação dos defeitos por parte da 1ª Ré, pois que, face à atitude assumida, se recusa a executar a parcela de trabalhos em falta.

Como é sabido, na responsabilidade civil cabe a responsabilidade proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei - responsabilidade contratual -, e a resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem - responsabilidade extracontratual[21].

Como categorias desta última responsabilidade temos: a) emergentes de actos ilícitos; b) emergentes de actos lícitos (acto consentido por lei, mas que a mesma lei considera de justiça que o seu titular indemnize o terceiro pelos danos que lhe causar); c) e emergentes do risco (alguém responde pelos prejuízos de outrem em atenção ao risco criado pelo primeiro)[22].

O Código Civil ocupa-se da matéria da responsabilidade civil em três lugares distintos: no capítulo sobre fontes das obrigações, sob a epígrafe responsabilidade civil - artigos 483º a 510º; no capítulo sobre modalidades das obrigações, sob a epígrafe obrigação de indemnizar - artigos 562º a 572º; e no

capítulo sobre cumprimento e não cumprimento das obrigações, sob a epígrafe falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor - artigos 798º a 812º)[23].

O regime de ambas estas responsabilidades não é coincidente, sendo mais favorável ao lesado o regime da responsabilidade contratual[24].

Dispõe o artigo 483º do CC, sob a epígrafe "princípio geral": 1. aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação, 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Por sua vez dispõe o artigo 496º, 1, do CC: "na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito".

São pressupostos da responsabilidade civil: 1- facto voluntário (pode ser acção ou omissão, mas quanto a esta ver o artigo 486º do CC); 2 - ilicitude (infracção de um dever jurídico, por violação directa de um direito de outrem e violação da lei que protege interesses alheios ou violação de obrigação contratualmente assumida); 3 - nexo de imputação do facto ao agente (culpa - dolo ou mera culpa -, implicando uma ideia de censura ou reprovação da conduta do agente); 4 - dano (perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses materiais, espirituais ou morais, que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar; 5 - nexo de causalidade entre o facto e o dano (o facto tem de constituir a causa do dano) [25].

Além das duas grandes directrizes de ordem geral fixadas no artigo 483º sobre o conceito de ilicitude, como pressuposto da responsabilidade civil, o Código trata de modo especial alguns casos de factos antijurídicos - veja-se, por ex. o do artigo 484º do CC - afirmação ou divulgação de factos capazes de prejudicarem o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa[26].

Há que referir que os danos podem ser classificados em patrimoniais e não patrimoniais. Os primeiros incidem sobre interesses de natureza material ou económica, reflectindo-se no património do lesado, e os segundos reportam-se a valores de ordem espiritual, ideal ou moral[27].

O artigo 562º do CC dispõe que quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação[28].

Daqui não resulta, sem mais, a exclusão da função punitiva da indemnização [29].

Por seu turno, o artigo 563º do CC, consagrando a teoria da causalidade[30], dispõe que a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

O montante indemnizatório deverá equivaler ao dano efectivo, como grande princípio, com a avaliação concreta do prejuízo sofrido, que deverá prevalecer sobre a avaliação abstracta[31].

E o artigo 564º, 1, do CC determina que o dever de indemnizar compreende o prejuízo causado e os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão (danos emergentes e lucros cessantes).

Dentro dos danos indemnizáveis estão os danos futuros, desde que previsíveis - artigo 564º, 2, do CC.

Verificamos que os pressupostos da responsabilidade civil contratual estão preenchidos em relação à 1ª Ré.

Mas, a Recorrente invocou a sua irresponsabilidade com base no artigo 1219º do CC.

Dispõe este artigo:

“1. O empreiteiro não responde pelos defeitos da obra, se o dono a aceitou sem reserva, com conhecimento deles.

2. Presumem-se conhecidos os defeitos aparentes, tenha ou não havido verificação da obra.”

Como vimos, a regra geral é a responsabilidade contratual do empreiteiro quando a obra apresenta defeitos.

A esta regra veio o artigo 1219º criar uma excepção, que poderemos considerar uma emanção da figura do abuso de direito na vertente da proibição do “venire contra factum proprium”.

Como excepção, o ónus de prova dos respectivos pressupostos fácticos recai sobre o empreiteiro, de acordo com o disposto no artigo 342º, 2, do CC.

Incumbia à 1ª Ré alegar e provar que o A. aceitou a obra sem reserva, tendo conhecimento da falta de tratamento em causa, nomeadamente aquando da recepção provisória. E a 1ª Ré não logrou fazer essa prova - veja-se o constante das alíneas ff), gg), hh), ii), jj) e ll) da Decisão de Facto (fls. 353).

IV - DECISÃO

Pelo exposto acordamos em julgar improcedente a Apelação e em confirmar a Sentença recorrida.

Custas pela Recorrente (as do Incidente já acima foram fixadas).

Face ao acima escrito é possível elaborar o seguinte Sumário:

1 - A regra geral é a responsabilidade contratual do empreiteiro quando a obra apresenta defeitos.

2 - A esta regra veio o artigo 1219º criar uma exceção, que poderemos considerar uma emanção da figura do abuso de direito na vertente da proibição do “venire contra factum proprium”.

3 - Como exceção, o ónus de prova dos respectivos pressupostos fácticos recai sobre o empreiteiro, de acordo com o disposto no artigo 342º, 2, do CC.

Porto, 2011-05-16

José Alfredo de Vasconcelos Soares de Oliveira

António Manuel Mendes Coelho

Ana Paula Vasques de Carvalho

[1] - JACINTO RODRIGUES BASTOS, Notas ao Código de Processo Civil, vol. III, 3ª ed., Lisboa, 2001, p. 189; e AC. DO S. T. J., DE 20-1-2000, CJSTJ, VIII, I, p. 47.

[2] JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN e MARC BILLIAU, Traité de Droit Civil, Les Effets du Contrat, 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 1994, p. 64; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, Contratos Atípicos, Almedina, Coimbra, 1995, p. 160-161.

[3] JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN e MARC BILLIAU, ob. cit., p. 65; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 161-164.

[4] Ver, quanto a esta questão o AC. DO S. T. J., de 24-10-1995, BMJ 450º, pp. 472-473.

[5] JOÃO CALVÃO DA SILVA, Concessão Comercial e Direito de Concorrência, em Estudos Jurídicos, Almedina, Coimbra, 2001, p. 196.

[6] Ver AC. DO S.T.J., DE 3-11-1983, BMJ, 331º, 489, e PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos, Almedina, Coimbra, 2000, p. 292.

[7] PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, 1997, p. 865. Quanto à noção de contrato de empreitada, ver, ainda: VAZ SERRA, R.L.J., 112º, 203; MAZEAUD e MAZEAUD, Leçons de Droit Civil, t. III, vol. II, 5ª ed., Editions Montchrestien, Paris, 1980, p. 743; ENNECCERUS-LEHMANN, Derecho de Obligaciones, tradução espanhola, vol. 2º, 1ª parte, Bosch, Barcelona, 1966, p. 508; além dos ACS. DO S. T. J., de 30-1-1979, 14-2-1995 e 29-9-1998, R.L.J., 112º, 200, e CJSTJ, III, I, 88, e VI, III, 36, respectivamente.

[8] Ver LUÍS DE MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, vol. III, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 511.

[9] - FRANÇOIS COLLART DUTTILLEUL e PHILIPPE DLEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1996, pp. 586 e segs..

[10] PEDRO ROMANO MARTINEZ, ob. cit., p. 450.

- [11] PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. e vol. cit., p. 867; FRANÇOIS COLLART DUTILLEUL e PHILIPPE DLEBECQUE, ob. cit., pp. 592 e 593.
- [12] MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 918 e segs.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, Cumprimento, Almedina, Coimbra, p. 129. MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 138, 141-142, acrescenta o princípio da concretização.
- [13] FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, Obrigações, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967, Coimbra, pp. 218 e 219; ANTUNES VARELA, Das Obrigações em geral, vol. II, 7ª ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 62 e 118 e segs.. Ver o AC. do S. T. J., de 26-11-2009, www.dgsi.pt, que vem confirmar que o cumprimento defeituoso integra um tipo de não cumprimento.
- [14] ANTUNES VARELA, ob. e vol. cit., p. 109; a prestação, ainda possível, não foi realizada no tempo devido, por facto imputável ao devedor - MENEZES LEITÃO, ob. e vol. cit., p. 227 - artigo 804º, 2, do CC.
- [15] ANTUNES VARELA, ob. e vol. cit., pp. 61 e 62.
- [16] MENEZES LEITÃO, ob. e II vol. cit., p. 243.
- [17] Ver PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos, Almedina, Coimbra, 2000, p. 434, e Cumprimento ..., p. 135; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, vol. 2º, AAFDL, 1994, p. 457; ANTUNES VARELA, ob. e vol. II cit., pp. 91-92; AC. DO S. T. J., de 3-10-1995, CJSTJ, III, III, 42 - artigos 801º a 803º e 808º do CC.
- [18] GIMENA DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Mora y la Responsabilidad Contratual, Civitas, Madrid, 1996, p. 392.
- [19] VAZ SERRA, R.L.J., 108º, p. 147.
- [20] VAZ SERRA, ob. e ano cit., p. 144; PESSOA JORGE, Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1968, p. 26.
- [21] ANTUNES VARELA, Das Obrigações em geral, vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 519-520. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 484-485, refere que a responsabilidade contratual resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico, surgindo a responsabilidade extracontratual em termos residuais. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, 7ª ed., Coimbra Editora, 1997, pp. 210-211, fala em responsabilidade obrigacional e extraobrigacional, dizendo que a primeira supõe a falta de cumprimento de uma obrigação e a segunda se determina por exclusão de partes. PESSOA JORGE, Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1968, pp. 37 e 38,

distingue entre responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional; na 1ª há violação de uma obrigação em sentido técnico e na 2ª de outro; a responsabilidade obrigacional distingue-se em contratual e extra-contratual, conforme a obrigação proveio ou não de um contrato; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2ª vol., lições policopiadas, A.A.F.D.L. (reimpressão), 1986, p. 273, embora fale em responsabilidade contratual e extracontratual, diz ser preferível falar de responsabilidade obrigacional e não obrigacional. PHILIPPE le TOURNEAU e LOIC CADIET, *Droit de la Responsabilité*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 70-71, chamando a atenção para a imprecisão da expressão "responsabilidade contratual", referem que a obrigação inicial criada pelo contrato se transforma, se não é executada, numa obrigação de reparação, que é uma maneira de ver a primeira; a acção judicial assegura a realização contenciosa do contrato; enquanto a responsabilidade contratual depende do contrato, que fixa os limites, a responsabilidade "delitual" é, por definição, autónoma, totalmente independente, intervindo entre dois estranhos, que se encontram fortuitamente. Ver, quanto a este último aspecto referido - ANTUNES VARELA, ob. e vol. cit., nota 1, p. 520. Para JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la Responsabilidad Civil*, T. I, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 75, há responsabilidade contratual quando, entre o lesante e o lesado, existe um contrato e o dano surge da falta de cumprimento, atraso no cumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato.

Sobre a consagração no nosso Direito do sistema dualista, com teorização unitária da responsabilidade civil e equiparação dos pressupostos de imputação, pode-se ver RUI SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais, do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil* Português, Coimbra Editora, 2009, pp. 285-289.

Quanto à superação da dicotomia responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual ver JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1999, pp. 475 e segs.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 486, refere ser orientação da doutrina moderna e das leis mais recentes, o tender para a unificação dos regimes dos dois tipos de responsabilidade referidos. Situação de qualificação difícil é a respeitante à responsabilidade pré-contratual, que para uns é aquiliana e para outros é contratual; para superar esta dificuldade STÉPHANE DARMAISIN, *Le Contrat Moral*, L. G. D. J., Paris, 2000, pp. 235-239, defende a existência de um contrato moral para além do jurídico, que nasce antes e se extingue depois deste. Para esta e outras situações LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 330-333, preconiza uma terceira via.

- [22] INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, ob. cit., pp. 215-216. Ver PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 1987, p. 471; AC. DO S. T. J., de 3-10-1995, BMJ, 450º, p. 424.
- [23] INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, ob. cit., pp. 216-217.
- [24] MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 487. RUI DE ALARCÃO, Direito das Obrigações, ed. policopiada, Coimbra, 1983, p. 177, considera que a diferença de regimes é justificada pela verificação, na responsabilidade contratual, de uma relação prévia entre o autor e a vítima da lesão, que falta na responsabilidade contratual. Ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. e vol. cits., pp. 274-275, para uma exaustiva enumeração das diferenças entre os dois tipos de responsabilidade.
- [25] ANTUNES VARELA, Das Obrigações ..., I cits, pp. 525 e segs.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 500 e segs.; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. e vol. cits., pp. 471-475. Ver JAVIER TAMAYO JARAMILLO, ob. e t. cits., p. 41 e 169.
- [26] ANTUNES VARELA, ob. e vol. cits., p. 548; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 507.
- [27] MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 534; RUI DE ALARCÃO, ob. cit., p. 229. Ver, ainda, ANTUNES VARELA, ob. e vol. cits., pp. 600-601. Ver, também, a defesa da Teoria da Diferença feita por PAULO MOTA PINTO, em Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, I, Coimbra Editora, 2008, pp. 553-567.
- {28} PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, I, 4ª ed., Coimbra Editora, p. 576, consideram que é a consagração do dever de reconstituir a situação anterior à lesão. CALVÃO DA SILVA, RLJ, 134º. p. 113, escreve que o sentido e fim da indemnização é a criação da situação em que o lesado estaria presentemente, no momento em que é julgada a acção de responsabilidade, se não tivesse tido o lugar o facto lesivo - situação hipotética ou provável (criação da provável situação actual)-, ficando, assim, superada a 2ª parte do artigo 2364º do C. de Seabra. Esta última parece ser a mais correcta.
- [29] - Ver PAULA MEIRA LOURENÇO, A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, Coimbra Editora, 2006, pp. 373 e segs., que defende que a função punitiva é um factor de modernização da responsabilidade civil; PAULO MOTA PINTO, Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, I, Coimbra Editora, 2008, pp. 818-841, quanto à “função da indemnização e justiça correctiva”; e, ainda, RUI SOARES PEREIRA, A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português, Coimbra Editora, 2009, pp. 223-226.
- [30] Ver CALVÃO DA SILVA, RLJ, 134º, p. 113, nota (1), e toda a Doutrina aí

citada.

[31] CALVÃO DA SILVA, RLJ, 134^o, p. 114.