

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 96012/17.9YIPRT.P1

Relator: ANA PAULA AMORIM
Sessão: 06 Maio 2019
Número: RP2019050696012/17.9YIPRT.P1
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA

IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO DA MATÉRIA DE FACTO

RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

SUBEMPREITADA

EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO

COMPENSAÇÃO

Sumário

I - Justifica-se a alteração da decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto quando se verifica flagrante desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e aquela decisão, nos concretos pontos questionados.

II - A recusa de pagamento do preço, porque a fatura não vem acompanhada do auto de medição, não fundamenta a exceção de não cumprimento, pois para que se aplique a exceção é necessário que as obrigações sejam corresponsivas ou correlativas, que uma seja o sinalagma da outra.

III - Perante a atual redação da lei – art. 266º/1/2 c) CPC, qualquer pretensão no sentido do reconhecimento de crédito de que seja titular o réu, seja para fazer operar a compensação, seja para obter o pagamento do valor em que o crédito invocado possa exceder o do autor, deverá exercer o seu direito por via da reconvenção.

IV - A mera indicação de um valor em dívida, sem menção da fonte ou causa da obrigação, não reveste a natureza de compensação, face aos requisitos previstos no art. 847º CC.

Texto Integral

SubEmpreitada-RMF-96012-17.9YIPRT.P1

*

*

SUMÁRIO[1] (art. 663º/7 CPC):

.....

.....

.....

Acordam neste Tribunal da Relação do Porto (5ª secção judicial – 3ª Secção Cível)

I. Relatório

A presente ação que se iniciou como procedimento de injunção e uma vez deduzida oposição e remetida à distribuição, passou a seguir a forma de processo comum, em que figuram como:

- AUTORA: B..., Lda, com sede na Rua ..., ..., concelho de Oliveira do Bairro; e
- RÉ: C..., Lda, com sede em ..., ...,

peticionou a autora a condenação da ré no pagamento da quantia de €25,300,00€ 25.300,00 (vinte cinco mil e trezentos euros) acrescido da quantia de € 184,38(cento e oitenta e quatro euros e trinta e oito cêntimos) correspondente aos juros vencidos à taxa legal para as operações comerciais de 7% ao ano, desde 30.08.2017 até à data da instauração do requerimento injuntivo, a que sempre acrescerão os juros vencidos e vincendos até efetivo e integral pagamento, devendo ainda ser condenada nas custas, nomeadamente na de €153,00 que foi paga pela A. aquando da instauração do requerimento injuntivo e também na importância de €150,00 (cento e cinquenta euros) peticionada a título de despesas com cobrança da dívida, nomeadamente papel, telefonemas, honorários com a constituição de mandatário.

Alegou para o efeito e em síntese, ter procedido, a pedido da ré, a vários serviços, em concreto, trabalhos de desmontagem, carga e transporte de telhas de fibrocimento (amianto) existentes em coberturas na obra denominada D..., Guimarães, tendo sido fixado o preço de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas, conforme orçamento disponibilizado pela autora e convencionado o pronto pagamento.

Removidos 5.060m2 daquele material e faturado o serviço à ré, esta não procedeu ao respetivo pagamento do preço devido pelo serviço prestado, encontrando-se atualmente por liquidar.

-

Citada, a ré, contestou, defendendo-se por exceção e por impugnação.

Em sede de exceção de não cumprimento, alegou que a autora não atendeu às exigências pré-contratuais estabelecidas por aquela primeira,

designadamente, a circunstância de fazer acompanhar a fatura emitida do auto de medição mensal, previamente aprovado pela direção de obra, o que não sucedeu no caso dos autos, apresentando uma medição unilateral, baseada em contagem de telhas em detrimento da medição da cobertura, o que não foi contratado, desrespeitando, inclusive, as medidas estabelecidas pelo Empreiteiro Geral, estas que foram dadas a conhecer a autora e ré e não mereceram qualquer reparo.

Assim sucedendo, a conduta da autora, que não aceitou o cumprimento acordado da prestação fê-la incorrer em mora, razão pela qual, a ré ainda não liquidou o valor que considera estar por liquidar, em concreto, €19.206,87 e não o valor peticionado pela autora.

Impugna que tenham convencionado o pagamento imediato, porque ficou acordado o pagamento a 60 dias, embora em reunião tenham aceite o pagamento imediato, com cumprimento daquelas condições.

Termina por pedir a condenação da autora como litigante de má-fé, em indemnização no montante de € 1000,00 e ainda honorários a favor do seu mandatário.

-

Remetidos os autos à distribuição, proferiu-se despacho que determinou a retificação da distribuição da ação e convidou a autora a aperfeiçoar a petição.

-

A autora acedeu ao convite, juntando documentos com a petição corrigida.

-

A ré veio exercer o contraditório, suscitando, agora a ineptidão da petição, com fundamento na falta de causa de pedir, reiterando o já alegado na oposição apresentada e concretizando em relação à matéria da exceção de não cumprimento, que em 06/09/2017 reuniram as partes, tendo a R., enviado à A o Auto n.º ., referente à totalidade dos trabalhos, onde se apurou o valor de € 22.364,70, para uma área de 4.472,94 m2.

A este valor há que deduzir o valor de € 3.157,83, relativamente a:

a) Cedência de equipamentos pela E..., a pedido da B..., e debitados à Requerida;

b) Fornecimento de gasóleo.

Em 12/09/2017 enviou a B..., SA, um email com área total de amianto removida. Respondeu a C..., Unipessoal, Lda, reiterando o incumprimento da B..., SA e alegando que o valor não foi o acordado na aludida reunião com o Eng. F.... Mais alegaram que não aceitavam uma medição unilateral, baseada em contagem de telhas em detrimento da medição da cobertura. Por outro lado, notam que as medições efetuadas pelo Empreiteiro Geral, E..., foram entregues à C... e B..., SA, são as únicas aceites, sendo sobre esse documento

que deveria incidir o Auto de medição.

Termina a contestação por pedir a absolvição da ré da instância por ineptidão da P.I. ou caso assim se não entenda, a procedência da exceção de não cumprimento alegada e a mora da credora, no mais decidindo pela procedência parcial da ação, mas com custas na totalidade a cargo da A. em função da sua mora, bem como a sua condenação como litigante de má fé.

-

Elaborou-se o despacho saneador, julgando-se improcedente a nulidade da petição. Proferiu-se despacho que fixou o objeto do litígio e fixou os temas de prova.

-

Em sede de julgamento, a autora pronunciou-se sobre a matéria da exceção, impugnando a mesma e parte dos documentos juntos com a contestação. Realizou-se o julgamento, com observância do legal formalismo.

-

Proferiu-se sentença com a decisão que se transcreve:

“Em face dos fundamentos de facto e de Direito acima enunciados, julga este Tribunal:

a) a presente ação totalmente improcedente, por não provada, em consequência do que, absolve a ré dos pedidos contra si deduzidos pela autora;

b) Totalmente improcedente, por infundado, o pedido deduzido pela ré de condenação da autora como litigante de má-fé.

» Valor: o fixado em despacho saneador.

» Custas pela autora.

-

A Autora veio interpor recurso da sentença.

-

Nas alegações que apresentou a apelante formulou as seguintes conclusões:

.....

.....

.....

Termina por pedir o provimento do recurso e em consequência:

- a revogação da matéria de facto e substituída por outra, nos termos propugnados nas conclusões anteriores.

- a revogação da sentença recorrida por outra que julgue totalmente procedente, por provada a ação instaurada pela Autora, aqui Recorrente, contra a Ré, devendo, em consequência, ser esta condenada a pagar à Recorrente o montante peticionado acrescidos de juros vencidos e vincendos

desde a data de vencimento/emissão da fatura até efetivo e integral pagamento.

-

A Ré veio apresentar resposta ao recurso e recurso subordinado.

-

Nas alegações formulou as seguintes conclusões:

.....

.....

.....

Termina por pedir que se julgue improcedente o recurso da autora e procedente o recurso subordinado da ré.

-

A Autora veio responder ao recurso subordinado, formulando as seguintes conclusões:

.....

.....

.....

Termina por pedir a improcedência do recurso subordinado e a confirmação da sentença nesta parte.

-

Os recursos foram admitidos como recurso de apelação.

-

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

-

II. Fundamentação

1. Delimitação do objeto do recurso

O objeto do recurso é delimitado pelas conclusões da alegação do recorrente não podendo este tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas, sem prejuízo das de conhecimento oficioso – art. 639º do CPC.

As questões a decidir:

- *Apelação da autora* -

- Reapreciação da decisão de facto, com fundamento em erro na apreciação da prova e omissão de factos relevantes;

- Mérito da causa.

-

- *Recurso subordinado da ré* -

- Da admissibilidade da compensação, sem dedução de pedido reconvenicional.

-

2. Os factos

Com relevância para a apreciação das conclusões de recurso cumpre ter

presente os seguintes factos provados no tribunal da primeira instância:

1. A autora é uma sociedade que se dedica ao exercício da atividade de manutenção e reparação de máquinas e equipamentos, fabricação de construções metálicas; instalação de máquinas e de equipamentos industriais; compra e venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim; promoção imobiliária; normas e design técnico; projetos de engenharia e arquitetura; montagem de estruturas metálicas e construção civil.
2. A ré celebrou com a sociedade E... em 14.07.2017 contrato de subempregada para a demolição da D..., ..., Guimarães.
3. Em 11.07.2017 a autora elaborou o orçamento nº .../2017 e remeteu à ré, que aceitou o mesmo.
4. No exercício da sua atividade e a pedido da ré, a autora executou trabalhos de desmontagem, carga e transporte de telhas de fibrocimento das coberturas da obra denominada "D...", sita em Guimarães.
5. Após a realização desses trabalhos a autora remeteu à ré a fatura nº..., datada de 30.08.2017, no valor de €25.300,00.
6. A ré devolveu a aludida fatura à autora, informando considerar que a mesma não cumpria os requisitos objeto de adjudicação.
7. A 20.09.2017 a autora endereçou à ré correspondência a solicitar o pagamento da referida fatura.

-

- Factos não provados

Não se provaram quaisquer outros factos, designadamente, não se provou:

- a) O preço ajustado entre a autora e a ré pelos trabalhos referidos em 4. foi de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas.
- b) A autora removeu 5.060m² de telhas de fibrocimento da obra, sendo, portanto, devido o preço de €25.300,00 pela ré.

-

Consignou-se, ainda:

"A restante matéria vertida nos articulados, não mencionada acima, é irrespondível por ser irrelevante, conclusiva ou por conter matéria de direito e, bem assim, por ficar prejudicada face às regras de repartição do ónus de alegação e de prova".

-

3. O direito

- APELAÇÃO AUTORA -

- Reapreciação da decisão de facto -

Nas conclusões de recurso, sob as alíneas a) a n) das conclusões de recurso, insurge-se a apelante contra a decisão de facto, com fundamento em erro na apreciação da prova e omissão de factos relevantes para a apreciação do

mérito.

Pretende a apelante a reapreciação das alíneas a) e b) dos factos julgados não provados.

O art. 640º CPC estabelece os ónus a cargo do recorrente que impugna a decisão da matéria de facto, nos seguintes termos:

“1. Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;
- b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida;
- c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

2. No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte:

- a) Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes;
- b) Independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e, se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes.

3. [...]”

O presente regime veio concretiza a forma como se processa a impugnação da decisão, reforçando o ónus de alegação imposto ao recorrente, prevendo que deixe exposto a solução alternativa que, em seu entender, deve ser proferida pela Relação em sede de reapreciação dos meios de prova[2].

Recai, assim, sobre o recorrente, face ao regime concebido, um ónus, sob pena de rejeição do recurso, de determinar com toda a precisão os concretos pontos da decisão que pretende questionar - *delimitar o objeto do recurso* -, motivar o seu recurso com indicação da prova a reapreciar - *fundamentação* - e ainda, indicar a solução alternativa que, em seu entender, deve ser proferida pela Relação.

No caso concreto, realizou-se o julgamento com gravação dos depoimentos prestados em audiência e a apelante veio impugnar a decisão da matéria de facto, com indicação dos pontos de facto impugnados e bem assim, a prova a reapreciar - documental e testemunhal -, procedendo à transcrição dos depoimentos, na parte relevante, na motivação do recurso e indicou a decisão

que sugere.

Nos termos do art. 640º/1/2 do CPC consideram-se reunidos os pressupostos de ordem formal para proceder à reapreciação da decisão de facto, que se admite.

-

Nos termos do art. 662º/1 CPC a Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto:

“[...]se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa”.

A respeito da gravação da prova e sua reapreciação cumpre considerar, como refere ABRANTES GERALDES, que funcionando o Tribunal da Relação como órgão jurisdicional com competência própria em matéria de facto, “tem autonomia decisória”. Isto significa que deve fazer uma apreciação crítica das provas que motivaram a nova decisão, especificando, tal como o tribunal de 1ª instância, os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador [3].

Nessa apreciação, cumpre ainda, ao Tribunal da Relação reapreciar as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações de recorrente e recorrido, sem prejuízo de oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que hajam servido de fundamento à decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados. Decorre deste regime que o Tribunal da Relação tem acesso direto à gravação oportunamente efetuada, mesmo para além dos concretos meios probatórios que tenham sido indicados pelo recorrente e por este transcritos nas alegações, o que constitui uma forma de atenuar a quebra dos princípios da imediação e da oralidade suscetíveis de exercer influência sobre a convicção do julgador, ao mesmo tempo que corresponderá a uma solução justificada por razões de economia e celeridade processuais[4].

Cumpre ainda considerar a respeito da reapreciação da prova, em particular quando se trata de reapreciar a força probatória dos depoimentos das testemunhas, que neste âmbito vigora o princípio da livre apreciação, conforme decorre do disposto no art. 396º CC e art. 607º/5, 1ª parte CPC. Como bem ensinou ALBERTO DOS REIS: “[...] prova [...] livre, quer dizer prova apreciada pelo julgador segundo a sua experiência e a sua prudência, sem subordinação a regras ou critérios formais preestabelecidos, isto é, ditados pela lei”[5].

Daí impor-se ao julgador o dever de fundamentação das respostas à matéria de facto – factos provados e factos não provados (art. 607º/4 CPC).

Esta exigência de especificar os fundamentos decisivos para a convicção quanto a toda a matéria de facto é essencial para o Tribunal da Relação, nos

casos em que há recurso sobre a decisão da matéria de facto, poder alterar ou confirmar essa decisão.

É através dos fundamentos constantes do despacho em que se respondeu à matéria da base instrutória que este Tribunal vai controlar, através das regras da lógica e da experiência, a razoabilidade da convicção do juiz do Tribunal de 1ª instância[6].

Por outro lado, porque se mantêm vigorantes os princípios da imediação, da oralidade, da concentração e da livre apreciação da prova e guiando-se o julgamento humano por padrões de probabilidade e nunca de certeza absoluta, o uso, pela Relação, dos poderes de alteração da decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto deve restringir-se aos casos de flagrante desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e aquela decisão, nos concretos pontos questionados[7].

Atenta a posição expressa na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, quando o Tribunal da Relação é chamado a pronunciar-se sobre a reapreciação da prova, no caso de se mostrarem gravados os depoimentos, deve considerar os meios de prova indicados pelas partes e confrontá-los com outros meios de prova que se mostrem acessíveis, a fim de verificar se foi cometido ou não erro de apreciação que deva ser corrigido[8]. Justifica-se, assim, proceder a uma análise crítica das provas com audição dos registos gravados.

Ponderando estes aspetos, cumpre reapreciar a prova face aos argumentos apresentados pela apelante, tendo presente o segmento da sentença que se pronunciou sobre a fundamentação da matéria de facto.

Procedeu-se à audição do CD que contém a prova gravada e analisados os depoimentos prestados, bem como, os documentos juntos aos autos justifica-se alterar a decisão de facto.

A impugnação da decisão de facto versa sobre os factos não provados a seguir indicados:

a) O preço ajustado entre a autora e a ré pelos trabalhos referidos em 4. foi de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas.

b) A autora removeu 5.060m² de telhas de fibrocimento da obra, sendo, portanto, devido o preço de €25.300,00 pela ré.

Na sentença, em sede de fundamentação da decisão de facto considerou-se, como se passa a transcrever:

“A convicção deste Tribunal formou-se do modo que passamos a descrever.

A factualidade descrita em 1) foi dada como assente por força de certidão de matrícula da autora inserta nos autos por requerimento desta última.

O facto dado por assente em 2) derivou da ausência de impugnação expressa quanto ao teor de documento constante de fls. 9 e ss.

Os factos descritos e assentes em 3), 4), 5) e 6) decorreram da conexão entre o elemento documental junto pela ré – o orçamento, e-mails, autos e folhas de encargos – e a ausência de impugnação expressa em sede de contestação.

Nesta senda, destacamos a primazia da prova documental junta pela ré, a qual, para além de não ter merecido impugnação específica, não foi infirmada pela restante prova produzida. Relevância particular atribuímos ao teor de e-mail endereçado pela ré à autora, a 11/07, onde é solicitada a formalização de preço para a remoção de cerca de 5.000,00 m² de coberturas em fibrocimento na obra em apreço. Ainda no conjunto destes documentos encontramos a fatura emitida pela autora, que a ré acusou a receção, devolvendo em seguida pelo motivo acima assinalado.

O facto descrito em 7) resultou do teor de documento nº 3 junto pela autora, este que, na sua essência, também não foi afetado pela demais prova.

-

Os restantes factos, considerados como não provados, assim resultaram por força da dúvida suscitada em torno da prova produzida pela autora, perante o ónus probatório que sobre esta impendia. Tendo por presente que, de acordo com as regras do ónus da prova, competia à autora alegar e demonstrar os factos constitutivos do seu Direito – da relação contratual estabelecida, em concreto, do montante a liquidar e dos parâmetros convencionados entre as partes para a fixação do preço dos serviços prestados, podemos avançar que a autora não logrou demonstrar, com a certeza e segurança desejáveis, estes aspetos factuais, o que contribuiu, indubitavelmente, para a emergência de dúvida quanto à realidade e veracidade desses mesmos aspetos.

Destarte, percorrendo a alegação vertida pela autora, concretamente, que o preço convencionado entre as partes era de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas, quase podia o Tribunal confiar que, pelo menos, a prova documental apontava com segurança para essa circunstância contratual e, assim, fornecia um princípio de prova que, ainda que complementado pela prova testemunhal, permitia ao Tribunal interpretar os trâmites negociais nos moldes que a autora aqui pleiteia.

Sucedo, porém, que a prova documental – produzida e junta pela autora – não ofereceu essa certeza, concentrando, antes, expressões que, uma vez discutidas em ação judicial e sujeitas ao crivo do ónus da prova, incrementaram a dúvida.

Observamos, pois, que o aludido orçamento nº.../2017 elaborado pela autora, alude a especificações de trabalhos, enumerando a “desmontagem de fibrocimento em cobertura; recolha e acondicionamento de fibrocimento retirado” e orçando o preço/metro quadrado em €5,00. Salientamos, assim, que do orçamento elaborado pela autora não surge, em momento algum, a

menção a telhas a remover, dizendo, pelo contrário, “desmontagem em cobertura”. E não apõe, em momento algum, o preço por metro quadrado de telha removida. Para além disso, importa assinalar a integração sistemática e temporal desse orçamento. Este surge após pedido da ré que, conforme email de 11/07, solicitou formalização de preço para “remoção de aproximadamente 5.000,00m² de coberturas em fibrocimento. Ou seja, também a solicitação efetuada pela ré não alude, em momento algum, a metros quadrados de telha a remover, antes sim, de cobertura. Ora, perante esta lacuna probatória criada pelo referido orçamento - que, como dissemos, não permitiu ao Tribunal atender ao mesmo como princípio de prova que possibilitava um juízo interpretativo quanto aos contornos negociais -, que restava à prova testemunhal indicada pela autora, dissipar a já proclamada dúvida. Desiderato que, com efeito, não sucedeu.

As testemunhas arroladas pela autora defenderam, sobremaneira, a tese de que o preço convencionado atendia à medição das telhas removidas (incluindo as sobreposições) e não à área das coberturas. A isso aludiu F..., declarando ter conhecimento do preço reclamado pela autora, mas reconhecendo não ter conhecimento real sobre os pressupostos que estiveram na génese da fixação desse valor, pois atestou que havia sido o gerente da autora a transmitir que o preço era definido pelo metro quadrado de telha removida. Reconheceu também ter sido o autor do documento nº11, junto pela ré, admitindo, porém, que em reunião com o legal representante da ré não chegaram a um consenso quanto às medições atinentes às sobreposições de telhas.

Em idêntica esteira prestou depoimento G..., técnico empresarial da autora, o qual mencionou que participou na elaboração do orçamento, expressando que, de facto, foram fornecidas as áreas de implantação, mas o orçamento dizia respeito à área de telhas removidas. Declarou que terá sido o F... a efetuar as medições, as quais não viu, confirmando, porém, que na obra, o representante da ré terá dito que estava tudo bem com exceção da consideração de sobreposições de telhas para efeitos de contabilização da área. Mencionou que o contrato elaborado pela ré só surgiu depois dos trabalhos concluídos, razão pela qual não procederam à sua assinatura.

Em sentido oposto, a testemunha arrolada pela ré H... anuiu que a área a considerar era a área de cobertura. Expôs H... que a testemunha F... foi confrontada com as medições constantes de doc. de fls. 78, tendo opinado no momento que estavam certas, exceto do pavilhão de madeira.

H... atestou ainda, de modo convincente, que o doc. nº11, enviado depois da expedição pela autora da fatura, peca por imprecisões, razão pela qual não foi aceite pela ré. Desde logo, não foram indicadas larguras das telhas; a área nele indicada não coincide com a área aposta na fatura e, por fim, só foram

contabilizadas telhas inteiras, não se observando a menção a meias telhas. Opinou que a autora aceitou a intenção de adjudicação e que a demonstração disso mesmo resulta da entrada em obra e execução dos trabalhos.

Em guisa de conclusão aproveitamos para sublinhar que as testemunhas arroladas pela autora não esmoreceram a dúvida instalada e, por isso, não ofereceram credibilidade. Ainda que defensores do argumento que o preço fora convencionado com fulcro nos metros quadrados de telha removida e não da área de cobertura, a verdade é que estes depoimentos - já por si frágeis em face da contradição oferecida pela prova produzida pela ré - não foram devidamente corroborados pelos demais elementos.

Como já aludimos antes, o orçamento efetuado pela autora não refere metros quadrados de telha a remover, diz apenas preço por metro quadrado, sendo certo que os trabalhos a executar consistiam na remoção de cobertura e não na remoção de concretos metros quadrados de telha. Por outro lado, G... confessou que foram disponibilizadas as áreas de cobertura de implantação, mas que o orçamento foi efetuado pela autora com consideração pelos metros quadrados de telha removida, ainda que assim não resulte expresso daquele documento. Ademais, a testemunha F... retorquiu não saber como foi fixado o preço, mas apenas que foi o gerente da autora que comunicou que o preço era por metro quadrado da telha removida. Mais resultou certo que o documento constante de fls. 78, suposto auto de medição elaborado por esta testemunha, foi remetido à ré após a emissão da fatura e devolução por esta última. Ora, muito se estranha que o auto de medição só tenha sido elaborado pela autora e remetido à ré após a solicitação do pagamento e quando estavam postos em crise os critérios atendidos para a fixação desse preço. Por outro lado, cerceada fica a relevância probatória do orçamento e do depoimento das testemunhas indicadas pela autora, quando estas reconhecem ter tido acesso a áreas de implantação, de cobertura, que não foram atendidas, tendo, ao invés, convocado as medições por metro quadrado de telha removida, estas não devidamente espelhadas em orçamento, em contrato ou mesmo auto de medição contemporâneo do início das execução dos trabalhos e assinado por ambas as partes.

Este aparente ânimo leve que norteou a relação contratual estabelecida entre autora e ré tem como consequência a fragilidade da prova carreada pela autora, a qual, estrangida com o inerente ónus de demonstração dos factos constitutivos do seu direito - em concreto, o preço convencionado e os critérios tendentes à sua fixação -, não cuidou de afastar as incertezas alicerçadas quanto a essa factualidade, fomentando a dúvida. E, na emergência de dúvida quanto à realidade de um facto, importante decidir em desfavor da parte a quem o facto aproveitava, *in casu*, a autora".

-

A apelante sugere que se julguem provados os factos julgados não provados, justificando a alteração com fundamento no teor dos depoimentos prestados pelas testemunhas F... e G... e os seguintes documentos:

- Documento n.º 1 junto à Petição Inicial aperfeiçoada (que corresponde ao doc. n.º 4 junto à Oposição- orçamento apresentado pela Autora à Ré - no qual se discriminam os trabalhos a executar, e onde expressamente se refere o preço de 5,00€ o m2;
- Documento n.º 2 junto à Oposição- e-mail enviado em 11.07.2017 pela Ré à Autora, onde esta solicita “formalização de preço para remoção de aproximadamente 5.000,00 m2 de coberturas em fibrocimento na obra em assunto”;
- Documento n.º 5 junto à Oposição- intenção de adjudicação comunicada por email pela Ré à Autora, onde esta confessa que “o valor é de €5,00/m2 (Cinco euros), de acordo com o vosso Orçamento n.º .../2017 de 11/07/2017...”
- Documento n.º 6 junto à Oposição- contrato de subempreitada, onde a Ré mais uma vez confessa (na clausula 2.1) que o “valor unitário é de €5,00/m2 (Cinco euros), de acordo com o vosso Orçamento n.º .../2017 de 11/07/2017...”;
- Documentos n.ºs 10 e 11 juntos pela Ré aquando da primeira sessão da Audiência de Julgamento realizada em 17.04. 2018 -email enviado pela colaboradora da Autora I... para a Ré e anexo ao mesmo contendo as medições em m2 de todas as telhas de amianto que foram removidas pela Autora, discriminadas por local de intervenção, do qual se infere um total de 5036,50 m2 de telhas removidas, ao qual acrescem 23,50m2 de remates, cumes e chaminés em amianto que vêm referidas naquele email.
- Doc. 3 junto à Petição Inicial aperfeiçoada (que corresponde ao doc. n.º 13 junto à Oposição - carta enviada pela Autora à Ré em 20.09.2017.

A matéria de facto impugnada tem por objeto apurar o custo metro quadrado da obra executada e critério utilizado para o cálculo do preço.

Analizados os articulados e tendo presente o disposto no art. 574º/2 CPC, resulta assente entre as partes, por acordo e confissão, a seguinte matéria de facto:

- O preço ajustado entre a autora e a ré pelos trabalhos referidos em 4. foi de €5,00 por metro quadrado;

b) A autora removeu 5.030m2 de telhas de fibrocimento da obra.

Tal conclusão resulta da análise conjugada da matéria de facto alegada na petição e petição corrigida e art.1º a 14º e 18º, 19º da oposição e art. 18º a 50º da oposição, em resposta à petição corrigida, que leva a concluir que a matéria não foi objeto de impugnação expressa ou tácita.

O custo metro quadrado está expressamente aceite pela ré, da mesma forma

que não se impugna de forma expressa ou implícita a quantidade de amianto ou telhas de fibrocimento removidas. Não se alegou que o material não foi removido ou que o volume removido não corresponde aos valores indicados. Daqui decorre, desde logo, a alteração da decisão de facto em relação à alínea a) e b) dos factos não provados, no sentido de se julgar provado:

- o preço ajustado entre autora e ré pelos trabalhos referido em 4. foi de €5,00 (cinco euro) por metro quadrado.
- a autora removeu 5.030 m2 de telhas de fibrocimento da obra.

A divergência entre as partes situa-se apenas em saber se o valor de € 5,00/ m2 deve incidir sobre o metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas (na versão da autora), ou, sobre a área de cobertura ou implantação onde se encontravam as telhas, em obediência às medidas indicadas pelo empreiteiro geral (na versão da ré).

Analizados os documentos juntos aos autos, por autora e ré, cujo teor e autenticidade não foi posta em causa, verifica-se que do mesmo resulta o seguinte:

- contrato de subempreitada, com data de 14 de julho de 2017, com assinatura e carimbo de C..., Unipessoal, Lda e onde se identificam como partes contratantes: E... (empreiteiro) e C..., Unipessoal, Lda (**doc. nº 1**, junto com a oposição, fls. 9 a 13 verso);
- comunicação eletrónica de 11 de julho de 2017 da ré para a autora, com o seguinte teor:

“Conforme nossa conversa telefónica, solicito formalização de preço para remoção de aproximadamente 5 000 m2 de coberturas em fibrocimento na obra em assunto.

Solicito que me envie urgentemente a vossa documentação para a apresentar a empresa ao dono de obra.

Sempre ao dipor[...]”(**doc. nº 2**, junto com a oposição, fls.14);

- comunicação eletrónica de 11 de julho de 2017 da autora para a ré, contendo em anexo o orçamento nº .../2017 (**doc. nº 3**, junto com a oposição, fls.14 verso);

- orçamento nº .../2017 com o teor que se transcreve:

“Agradecendo[...]a nossa melhor cotação para os seguintes trabalhos:

Especificações dos trabalhos:

- Desmontagem de fibrocimento em cobertura;
- Recolha e acondicionamento de fibrocimento retirado;
- Transporte de todo o fibrocimento para local próprio (aterro);
- Fornecimento de câmara de descontaminação;
- Técnico responsável pela implementação das regras de segurança;
- Todos os meios de elevação necessários à sua boa execução da obra.

Preço m2 € 5,00

Nota:

É da nossa responsabilidade para desmontagem de telhas de fibrocimento o respeito pelas regras previstas na lei e exigidas pelo ACT tais como:[...]”.

(**doc. nº 4**, com duas folhas, junto com a oposição, fls.15 e **doc. nº1**, junto com a petição corrigida, a fls. 30e 31)

- Comunicação eletrónica de 18 de julho de 2017 da ré à autora, com o seguinte teor:

“Conforme combinado, em anexo envio documentos solicitados.

As medições apresentadas, são as de concurso, devendo estas ser apuradas em obra aquando da execução da mesma.

Sempre ao dispor[...]”(**doc. nº 2**, junto com a oposição, fls.14)

- Comunicação eletrónica de 25 de julho de 2017 enviada pela ré à autora, com o seguinte conteúdo:

“Em anexo envio Intenção de Adjudicação referente aos trabalhos da vossa especialidade a levar a cabo na obra nela indicada.

Oportunamente será emitido em duplicado, o contrato que será enviado para assinatura.

Sempre ao dispor[...]”(**doc. nº 3**, junto com a oposição, fls.14 verso)

- Fax, com data de 25 de julho de 2017, enviado pela ré e assinado pela gerência da ré, dirigido à autora, com a menção no campo “Assunto” “Intenção de Adjudicação, remoção de coberturas em telha de fibrocimento”.

Desse documento consta:

“Exmos Senhores,

Somos pelo presente, no seguimento da V/proposta e das negociações ocorridas, a enviar a intenção de adjudicação, referente à Subempreitada de Desmontagem de telhas de fibrocimento, para a empreitada “D...”, em Guimarães, nas seguintes condições:

A- Descrição dos Trabalhos

A presente intenção de adjudicação tem por objeto a execução dos trabalhos de subempreitada de desmontagem de telhas de fibrocimento, para a obra denominada “D...”, sita em Guimarães, incluindo toda a mão-de-obra, materiais e meios necessários à execução dos referidos trabalhos, todos os meios humanos e equipamentos necessários à execução dos trabalhos inerentes, limpeza e remoção de produtos sobrantes, deslocações de pessoal, meios de elevação, equipamentos e todos os meios acessórios e necessários à boa execução destes trabalhos, tudo de acordo com a listagem de trabalhos e elementos enviados em fase de consulta, visitas ao local, com as normas de segurança e legais em vigor, com o caderno de encargos e com o projeto já em vossa posse.

Não obstante o cumprimento de todos os pontos acima apresentados, a B..., SA, é responsável pela boa qualidade, desempenho, capacidade e bom funcionamento de todos os órgãos ou materiais que compõem os seus trabalhos, não podendo a sua interpretação, qualquer que ela seja, justificar possíveis não conformidades apresentadas em obra.

B- Regime da Subempreitada/Valores Acordados

Série de preços - Acordou-se para a presente intenção de adjudicação o valor unitário de Euros: 5,00/m² (cinco euros), de acordo com o vosso Orçamento nº .../2017 de 1/07/2017 e 11/07/2017. O IVA será pago de acordo com a lei em vigor.

Os preços constantes da presente adjudicação manter-se-ão firmes, e sem direito a qualquer revisão.

Notas Importantes [...]

C. Execução dos Trabalhos

[...]

D. Condições de Pagamento

O pagamento das faturas acordado é de 60 dias da data de entrada das mesmas no escritório da C..., Unipessoal, Lda, devendo estas faturas conter, para além dos elementos obrigatórios, o número de referência do contrato e o número e designação da obra a que reportam, bem como acompanhadas do respetivo auto de medição mensal, previamente aprovado pela direção de obra e elaborado até 25 de cada mês, sem o qual não serão conferidas nem aceites.

E. Garantia de Boa Execução

[...]

F. Restantes Condições

[...]”(**doc. nº 5-2 folhas**, junto com a oposição, fls.16 e 16 verso)

Estes são os documentos que firmaram a vontade das partes no sentido de celebrarem o contrato de subempreitada, os quais respeitam a um momento que precede a execução da obra.

Dos mesmos se extrai que esteve sempre presente na vontade das partes e constituiu matéria do seu conhecimento, que os trabalhos a executar consistiam na “desmontagem de telhas de fibrocimento” ou “desmontagem de fibrocimento em cobertura”, ou ainda, “remoção de aproximadamente 5.000 m² de coberturas em fibrocimento”, por serem estas as expressões contidas nas comunicações eletrónicas trocadas entre autora e ré. Quer no orçamento, quer na “intenção de adjudicação”, a obra a executar é referenciada como constituindo a “desmontagem de telhas de fibrocimento” ou “remoção de coberturas em telha de fibrocimento”.

Não se pode assim concordar com a interpretação que de tais documentos se fez na sentença recorrida, quando se considera que entre as partes nunca se

abordou a realização da obra sob o prisma de remoção de telhas de fibrocimento, mas apenas como remoção de cobertura.

Prosseguindo na análise dos documentos, os quais se reportam a correspondência trocada entre as partes, após realização da obra, temos a considerar o seguinte:

- Comunicação eletrónica de 31 de agosto de 2017 da autora para a ré, com anexo que contém uma fatura com o nº 1/623 e com o seguinte teor:

“Anexo fatura referente à vossa obra D....

Melhores cumprimentos” (**doc. nº 7**, junto com a oposição, fls.19 verso).

- Fatura nº ./..., emitida em 30 de agosto de 2017, com a seguinte descrição de trabalhos:

- execução do nosso orçamento nº 388/2017;

- desmontagem de telhas de fibrocimento da cobertura da D....

Quantidade: 5.060,00;

Preço unidade: € 5,00, sem IVA;

Valor Líquido: € 25.300,00 (**doc. nº 7**, junto com a oposição, fls.20 e **doc nº 2**, junto com a petição corrigida, a fls. 32)

- Comunicação eletrónica de 31 de agosto de 2017, da ré para a autora, com o seguinte teor:

“Boa noite. Informo que a fatura será devolvida por não cumprir os requisitos objeto de adjudicação” (**doc. nº 7**, junto com a oposição, fls.19 verso).

- Comunicação eletrónica da autora para a ré, em 31 de agosto de 2017, com o seguinte teor:

“Anexo fatura referente à vossa obra D...” (**doc. nº 7**, junto com a oposição, fls.19 verso).

- Comunicação eletrónica de 06 de setembro de 2017 da ré para a autora, contendo dois anexos – auto de medição nº1 e contrato de subempreitada – com o seguinte teor:

“Boa tarde F...

No seguimento da nossa reunião, e para efeitos de faturação, em anexo envio auto nº1, referente à totalidade dos trabalhos executados em obra, corrigido com os respetivos acertos.

Na obstante dos trabalhos já se encontrarem concluídos, envio igualmente contrato que deve ser assinado e carimbado e devolvido, já que a E... pretende encerrar o processo B... e solicitou este documento.

Sempre ao dispor [...]”(**doc. nº 9**, folha 1, junto com a oposição, fls.76).

- Contrato de subempreitada, junto com a oposição, a fls. 17 a 19, mas sem estar numerado (o que se confirmou no processo eletrónico), no qual figuram como partes a ré, como subempreiteiro de E... e a autora, como subempreiteiro de C..., datado de 31 de julho de 2017 e com assinatura da

gerência de C..., Unipessoal, Lda e respetivo carimbo.

Neste documento, que contém quinze cláusulas, transcrevem-se as três primeiras pela relação que as mesmas têm com o objeto do litígio:

“Cláusula 1ª - Objeto

1.1- O objeto do presente Contrato consiste na execução dos trabalhos de desmontagem, carga e transporte das telhas de fibrocimento das coberturas, para a obra denominada “D...”, sita em Guimarães. Inclui toda a mão-de-obra, materiais e meios necessários à execução dos referidos trabalhos, todos os meios humanos e equipamentos necessários à execução dos trabalhos inerentes, limpeza e remoção de produtos sobrantes, deslocações de pessoal, meios de elevação, equipamentos e todos os meios acessórios e necessários à boa execução destes trabalhos, tudo de acordo com lista de trabalhos, quantidades e preços indicados neste contrato, rubricada por ambas as partes outorgantes e que dele faz parte integrante.

1.2 - A B... obriga-se a executar os trabalhos em conformidade com as especificações do presente contrato e de acordo com as instruções que receber da «C.../E...», incluindo-se na subempreitada os trabalhos preparatórios ou acessórios necessários à sua execução de acordo com as normas e procedimentos de construção, bem como todas as atividades de interligação com os demais trabalhos da obra.

1.3 - Na execução dos atos e trabalhos desta subempreitada, a B... obriga-se igualmente a cumprir as prescrições constantes dos documentos da Empreitada nomeadamente, Caderno de encargos, Memória Descritiva e Justificativa, Plano de Gestão Ambiental, Projeto de Execução, Plano de Segurança e Saúde ou parte deste, Visita à Obra, dos quais tomou conhecimento e aceita, não podendo invocar a sua falta, salvo se os solicitar por escrito e lhe for recusada a entrega

-Cláusula 2ª - Valor

2.1- A subempreitada será executada em regime de Série de Preços com valor unitário/m2 de Euros: 5,00€ (Cinco euros), de acordo com o vosso Orçamento nº .../2017 de 11/07/2017. O I.V.A. será pago de acordo com a lei em vigor,

2.2 - Estima-se que o presente contrato, tendo em conta a lista de trabalhos inicial, perfaça um montante aproximado de 25.000,00€ (vinte e cinco mil euros)

2.3 - Todos os preços referidos são fixos até final dos trabalhos, sem direito a revisão; fica excluída a reclamação de erros e omissões.

CLÁUSULA 3ª - PRAZO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

O Primeiro Outorgante compromete-se a proceder à liquidação das faturas a pronto pagamento após a entrada das mesmas nas suas instalações.

O cumprimento do ponto anterior, está condicionado ao cumprimento integral

por parte da B... da entrega de todos os documentos necessários ao encerramento administrativo deste processo, designadamente:

- a) Guias do ambiente assinadas e carimbadas pelo operador licenciado.
- b) Apresentação do certificado com a quantidade total de amianto.
- c) A assinatura do presente contrato.

A medição, que permitirá a elaboração dos autos que acompanharão as faturas, será efetuada em obra até dia 25 de cada mês ou final dos trabalhos, na presença das duas partes, sendo posteriormente efetuado o respetivo auto de medição, até ao dia 30 do mesmo mês ou final dos trabalhos, e enviado ao Segundo Outorgante para faturação.

O referido auto deverá sempre ser anexado à respetiva fatura.
[...]"

- Auto de medição nº1, com data de 05 de setembro de 2017, assinado pela gerência da ré e com o respetivo carimbo, com a referência:..... .. -

Remoção de Fibrocimento, Obra D..., Guimarães (**doc. nº 8**, junto com a oposição, fls.20 verso e **doc. nº 9**, folha 2, junto com a oposição, fls.77).

- Manuscrito com data de 18 de julho de 2017, sem assinatura ou identificação da autoria, que contém para além de anotações de materiais e dois números na parte inferior, as seguintes medições:

- passadiço - 945 m2;
- casa junto ao portão principal - 760,42 m2;
- pavilhão - 913,50 m2 + 15%;
- barraco de madeira - 170,98 m2
- barracão oficina - 73,01 m2
- salas pavilhão - 727,98 + 23,45= 751,43
- salas pavilhão - 822,10 m2

Total de chapa de amianto = 3 491,44 m2 (**doc. nº 9**, folha 3 junto com a oposição, fls.78).

- Folha avulsa de caderno de encargos, respeitante ao contrato de subempregada celebrado entre E... e a Ré, que contém sobre o item 3.1.2.1.4 a descrição dos trabalhos a efetuar e a área (**doc. nº 9**, folha 4, junto com a oposição, fls.79).

- Comunicação eletrónica, sem data, mas efetuada em setembro e em data anterior a 13 de setembro de 2017 pela autora e dirigida à ré, com anexo, na qual se refere:

"Vimos por este meio fornecer em anexo área total de amianto removido.

Como podem verificar no anexo só estamos a considerar as áreas das telhas ficando por considerar 23,5 m2 de remates, cumes e chaminés em amianto.

Não entendendo porque não aceitam pagar este amianto; as áreas apuradas só

das telhas não coincide com as áreas constantes na nossa fatura nº ./....

Sem outro assunto[...]”(**doc. nº 10**, junto com a oposição, fls.80 e 83)

- Anexo contendo as medições (**doc. nº 11**, junto com a oposição, fls.81 e 82)

- Comunicação eletrónica, em 13 de setembro de 2017, dirigida pela ré à autora, com o seguinte teor:

“Em primeiro lugar pretendemos relevar que neste momento não nos encontramos em falta com Vexa, no que se refere a pagamentos, já que a aludida fatura foi devolvida tal como indicado em comunicação anterior, isto é, não se encontra elaborada conforme condições de adjudicação/contrato. Nem tão pouco o valor nela indicado, corresponde ao montante a faturar conforme verificado em reunião com o Srº Engº F....

Assim, esclarecemos que, o documento que agora anexam como justificativo das “medições” e que não aceitamos liminarmente. Com o devido respeito, não é um mapa de medições de coberturas em chapa de fibrocimento, mas isso sim, um mapa de contagem de chapas de fibrocimento elaborado unilateralmente e com o único objetivo de justificar o injustificável.

As medições elaboradas em obra pelo empreiteiro geral, E..., em anexo III, que foram entregues às C... e à B... são as únicas medições dadas como boas. Até porque, em visita ao local dos trabalhos em meados de agosto, foi transmitido ao vosso representante em obra, Sr Engº F..., que a E... forneceu as medições das coberturas de fibrocimento e que era sobre esse documento que iria incidir o nosso auto. Foi igualmente transmitido, que se porventura entendessem não concordar com as medições apresentadas, informar-nos-iam, para procedermos à sua verificação “in situ”, o que não se verificou. Fica assim claro que as tomaram como boas como se verificou mais tarde.

Na passada semana, em reunião de fecho de contas com o Srº Eng.º F... este informou-nos que as medições da E... estavam corretas de acordo com as vossas, exceto a que se referia a um barracão de madeira.

Perante este facto, exibindo mesmo um documento, a justificação do Sr.º Eng.º F..., para a área indicada na fatura, é de que tinha incrementado as áreas efetivas das coberturas (medição E...) em 5% e 10% para sobreposições, o que está errado como bem sabem, de acordo com os critérios de medição e de consulta de preço, como se pode verifica nos Anexos I e II.

Reenvio o Auto nº1, Anexo IV, com o valor final a faturar e que deve acompanhar a respetiva fatura.

Reenvio igualmente o contrato de subempreitada para ser assinado e devolvido, a fim de podermos cumprir com as exigências da E.... Sem este documento, não podemos encerrar o processo. Se entenderem propor alterações ao documento, agradecemos que o façam.

Em jeito de conclusão, e porque a C... e os seus representantes são pessoas de

bem, reiteramos o conteúdo da nossa reunião da passada semana com o Sr. Engº F....

Sempre ao dispor[...]" (**doc. nº 12**, duas folhas, junto com a oposição, fls.80 e 83 e 84)

- Carta (com registo e aviso de receção) expedida pela autora e dirigida à ré em 20 de setembro de 2017 (**doc. nº 3**, com cinco folhas, junto com a petição corrigida, fls.33 a 38 e **doc nº 13**, junto com a oposição a fls. 85 a 87)

- Comunicação eletrónica de 25 de setembro de 2017 através da qual o mandatário da ré responde à carta anterior, com o seguinte teor:

"Venho pela presente na qualidade de mandatário de C..., Lda impugnar o teor da carta que lhe foi dirigida, datada de 20.09.2017 e fatura nº ... de 30.08.2017, que se devolvem em anexo, por não corresponder ao contratado, isto é, não cumprir os requisitos de adjudicação"(**doc. nº 14**, junto com a oposição, fls.88)

- Comunicações eletrónicas de 25 de setembro de 2017 e 23 de outubro de 2017 através das quais o mandatário da ré devolve um anexo à ré e insiste pela resolução amigável do diferendo (**doc. nº 15**, junto com a oposição, fls.89).

Decorre da análise da correspondência trocada que a ré inicialmente não indicou o motivo pelo qual recusou o pagamento da fatura e apenas veio a justificar tal recusa com a comunicação de 13 de setembro de 2017. Por outro lado, não questiona a área total de amianto removido da obra e indicada na fatura emitida pela autora. Apenas se insurge contra o critério seguido para o cálculo do preço.

A este respeito as testemunhas referiram:

- F... -

A testemunha, engenheiro civil e funcionário da autora há cerca de dois anos, por referência à data de julgamento, acompanhou e dirigiu a obra executada e que se discute nos autos, que referenciou como obra em ..., ..., Guimarães, a qual consistia na remoção de telhas de fibrocimento na cobertura de um estabelecimento escolar. A obra foi executada entre 14 e 29 de agosto de 2017.

Referiu que não participou na celebração do contrato, nem na convenção do preço devido pelo trabalho executado. Limitou-se a entrar em obra e executar o trabalho, em conformidade com os critérios legais. Teve acesso ao orçamento e o preço foi calculado a €5,00/m2, sobre o metro quadrado de telha retirada.

Mais referiu que o estabelecimento escolar era composto por diferentes edifícios: um pavilhão gimnodesportivo, passadiço, dois edifícios para aulas, uma cantina ou serviços administrativos - edifício principal -, dois barracões

de madeira. A telha aplicada tinha diferentes dimensões nos vários edifícios e no mesmo edifício também tinha diferentes tipos de telha, como aconteceu no edifício das aulas. O preço estabelecido no orçamento era de €5,00/ m2. Para obter o valor total mediu uma telha, de cada lote de telhas iguais e depois contou as telhas e obteve os metros quadrados de telha desmontada ou removida.

Confrontado com o documento nº11, junto pela ré e que consta de fls. 81 e 82, disse ter elaborado o documento, o qual contém as medidas certas da telha retirada. Voltou a repetir que teve acesso ao orçamento e ficou a saber que o preço metro quadrado convencionado era de € 5,00 e este valor aplica-se ao metro quadrado de telha removida.

A divergência com a ré surgiu pelo facto da ré não pretender pagar as “sobreposições de telha”. As telhas de fibrocimento aplicadas estão sobrepostas; “a diferença de área corresponde às sobreposições; a ré considera o telhado e não as sobreposições”.

Esclareceu que neste tipo de obra a autora faz a contagem do metro quadrado da telha que é removida e aplica o preço convencionado. Retirada a telha é transportada para um aterro autorizado. A autora paga a telha ao peso quando entregam no aterro. A área de implantação é diferente da área de telha removida e toda a telha foi aplicada com sobreposição. Voltou a afirmar desconhecer o que ficou acordado entre as partes, mas que a sua entidade patronal cobra a sobreposição.

Referiu, ainda, que retiraram 5.030 m2 de telha.

Esclareceu que devido às divergências suscitadas reuniu com o engenheiro H..., funcionário da ré, mas nunca acordou que se faturasse apenas a área de implantação.

A testemunha foi confrontada com o documento nº9, junto pela ré e que consta de fls. 76 a 79, o qual é composto por quatro folhas e da sua análise, concluiu:

- em relação ao auto de medição elaborado pela ré, folha 2 (fls.77), o mesmo apenas contempla as áreas de implantação, mas a área indicada na alínea d) não está correta; o barracão tem a área de 122 ou 123 m2 e não 73 m2, como ali consta; não acordou proceder às deduções ali indicadas e disse nada saber sobre cedência de equipamento pela E... e fornecimento de gasóleo pela ré;
- quanto à folha 3 (fls.78), documento manuscrito, disse que o mesmo foi redigido por um técnico da E..., engenheiro J..., o qual foi entregue em mão à testemunha, já em fase de execução da obra; as áreas ali indicadas correspondem a áreas de implantação e nada comentou porque recebeu a indicação do senhor G... que a área a medir correspondia às sobreposições; estas medições não tinham qualquer relevo para o trabalho que executava;

- em relação à folha 4, disse, que faz parte do caderno de encargos elaborado pelo empreiteiro E... e tal documento foi facultado pela ré, para seguirem a indicação de prioridade de intervenção; o documento contempla as áreas para concurso e no mesmo faz-se a seguinte indicação “a medição apresentada pretende apenas ser uma referência das áreas de intervenção”. As áreas ali indicadas correspondem a áreas totais de demolição e não apenas a áreas de cobertura de edifícios.

Por fim, referiu que o texto do contrato só foi remetido pela ré depois de iniciada a obra; até ali havia apenas uma intenção, mas não chegou a ler o documento. Disse também que a autora faturou, mas não sabe se foi pago e não tem conhecimento de ter sido apresentada qualquer reclamação aos trabalhos executados.

Esclareceu a instância do mandatário da ré que tomou conhecimento do preço através do senhor G... e que neste caso a fatura tinha que ser acompanhada do auto de medição, constituindo o documento nº 11 o auto de medição.

A respeito do documento nº9, folha 4, disse que o mesmo respeita à empreitada geral e concordou que do mesmo consta no ponto 3[a]2. “Todas as quantidades de trabalho deste projeto referem-se a áreas planificadas, que resultam da projeção horizontal dos planos e taludes representados em projeto, não conferindo direito a erros e omissões o diferencial relativamente à área real”. Disse, ainda, que não leu o contrato de empreitada celebrado entre a E... e a ré.

-

- G... -

A testemunha exerce as funções de técnico empresarial na autora, onde trabalha há cerca de três a quatro anos, por referência à data de julgamento. Referiu que a autora celebrou com a ré um contrato para desmontar telhas de fibrocimento. A pedido da ré forneceram um orçamento, que a ré aceitou e executaram a obra em agosto de 2017. Ficou convencionado entre as partes o pagamento do preço de € 5,00/m² de telha de fibrocimento removida, sendo este o critério que adotam em todas as obras. As áreas de implantação apenas relevam para determinar a localização da obra e qual a área de intervenção. O preço a cobrar é calculado pela quantidade. O que vão retirar não corresponde à área de implantação, porque a dimensão da telha é variável, existem os beirais e ainda a sobreposição de telhas. Na sua aplicação as telhas são sobrepostas. Disse, ainda, que pesam a telha quando entregam no aterro para destruição.

Mais referiu que na obra executada removeram cerca de 5030 m² de telha de fibrocimento. Concluída a obra foi emitida a fatura, mas não teve acesso à mesma, sabendo apenas que não foi paga, porque a ré não concorda com as

áreas, mas nunca se questionou que o critério a adotar era por medição de telhas.

Referiu, ainda, que a E... forneceu uma máquina para a autora executar outros trabalhos de remoção de telhas que não eram de fibrocimento, que não estão em causa neste processo. O preço foi calculado no pressuposto da E... fornecer o equipamento e nunca comunicaram que tinham que pagar. Inicialmente forneceram uma máquina tesoura e depois uma máquina elevatória.

Em relação à obra em causa nestes autos disse, ainda, que a medição da obra foi executada pelo engenheiro F..., com conhecimento do engenheiro H... e engenheiro J.... Não viu a medição e sabe que foi a funcionária I... que enviou a fatura.

Confrontado com os documentos nº1 e nº2 (fls. 31 e 32) e nº 10 e 11 (fls. 80 e 81) todos da oposição, confirmou que os trabalhos executados correspondem à fatura, onde se indica uma área de 5 060 m².

Exibido o documento nº1 (fls. 09 a 12), junto com a oposição, referiu não ter conhecimento do mesmo e esclareceu que apenas tem conhecimento do documento que designou por “intenção de adjudicação” enviado pela ré, o qual não estava conforme com o previamente convencionado, a respeito do prazo de pagamento, por ter sido acordado o pronto pagamento.

Referiu, também., que após realização da obra, a ré enviou um contrato para assinar e recusou-se a assinar o mesmo depois da obra concluída, quando continha cláusulas não acordadas, como seja, a modalidade de pagamento, quando ficou convencionado o pronto pagamento.

O documento nº6, junto a fls. 17 a 19, com a oposição foi exibido.

Por fim, disse que a ré concordou com todas as áreas, com exceção da sobreposição de telhas. A fatura foi devolvida pela ré, que não apresentou qualquer proposta de pagamento parcial.

Foram exibidos à testemunha os documentos nº12 (fls. 83 e 84), com duas folhas e o documento nº 14 e 15 (fls. 88 e 89), todos juntos com a oposição, referindo a testemunha ter conhecimento do e-mail que constitui o documento nº12, mas a testemunha nada esclareceu de concreto sobre os mesmos.

-

- H... -

A testemunha identificou-se como funcionário da ré, há cinco anos, por referência à data de julgamento, onde exerce a profissão de engenheiro civil. Referiu que a E... celebrou um contrato com a ré e por sua vez a ré, através da testemunha, entrou em contacto com o “G...”, que era o legal representante da B... para executar uma parte da obra. O G... visitou o local da obra e a autora deu o orçamento para a remoção da cobertura de fibrocimento, que

constituía a obra a executar.

Mais referiu que ficou convencionado o pagamento de metro quadrado da área de cobertura.

Exibido o documento nº1 (fls. 09 a 13 verso) junto com a oposição disse tratar-se do contrato celebrado entre a E... e a ré. O contrato era extensível à autora na parte que lhe cabia e as cláusulas foram comunicadas à autora. Esclareceu que tais cláusulas foram transmitidas à autora, por e-mail, juntamente com a “intenção de adjudicação”.

Referiu, que apenas enviou o texto do contrato celebrado entre autora e ré depois da conclusão da obra pela autora e na “intenção de adjudicação” estava particularizado o que consta do contrato e lista de trabalhos onde indica o critério de medição.

Esclareceu que conforme consta do caderno de encargos no ponto 2 (documento 9, junto com a oposição - fls. 79), a área real não é considerada, o que foi comunicado à autora.

Exibido o documento nº9, folha 3, junto com a oposição (fls. 78) disse que o engenheiro F... concordou com as medidas ali indicadas e mais tarde comunicou que o “senhor G...” exigia as “sobreposições de telhas” e enviou as medições que constam de fls. 81 e 82., por mail, que não reveste a natureza de auto de medição, para além das contas estarem erradas, porque não contém a largura e não se faz menção a meias telhas. A área que consta deste auto de medição (5.036,50 m²) é diferente da que consta da fatura (5060 m²). A Autora atribui a diferença aos remates e beirais.

Mais disse que perante a divergência e porque fizeram um trabalho bem feito, encontrou-se com o engenheiro F... e fecharam um valor, por estarem em desacordo no diferencial.

Admitiu que no documento nº9, folha 3, o cálculo final está errado e que no auto de medição que a ré elaborou (documento nº9, folha 2, junto com a oposição (fls. 77)) também se verifica um erro na área indicada na construção sob a alínea d).

A respeito da cedência de equipamentos e fornecimento de combustível, a testemunha esclareceu que deduziram no preço a pagar os valores das máquinas que a autora contratou com a E.... A E... debitou à ré e depois acordaram que seriam efetuados os encontros de contas. O engenheiro F... fez o acordo com a E... sobre o aluguer de equipamento, desconhecendo os termos de tal acordo. Os meios de elevação e transporte são da responsabilidade da autora. A Autora levou uma máquina para a obra que não funcionava e a autora solicitou à E... as máquinas (monta-cargas e plataforma elevatória). As contas foram apresentadas ao engenheiro F... que aceitou, com exceção de € 100,00, por corresponder a trabalhos a mais, que já estão pagos.

O fornecimento de gásóleo foi aceite pelo engenheiro F....

Por fim, esclareceu, que o documento nº9, folha 4 (fls. 79), junto com a oposição, contém as medições do projeto e por isso, as medições têm que ser verificadas em obra. No auto de medição que a ré elaborou não fez a medição englobando as sobreposições de telha de amianto. O auto tinha que acompanhar a fatura.

Referiu que a ré formalizou e enviou à autora uma “intenção de adjudicação”, porque sem esse documento a autora recusava-se a entrar em obra e o mesmo foi aceite pela autora, porque nada reclamou. No final da obra, enviou o contrato para assinar, mas não foi assinado devido ao diferendo que já existia.

-

Confrontando o depoimento das testemunhas com os documentos juntos aos autos, os quais foram exibidos às testemunhas, pelo que tiveram oportunidade de se pronunciar e explicar o seu teor, concluímos que o preço convencionado deve incidir sobre o metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas.

Desde logo cumpre ter presente que o contrato em causa que reveste a natureza de um contrato de subempreitada tinha por objeto a “desmontagem de fibrocimento em cobertura”. A obra a executar consistia na desmontagem de telhas de fibrocimento em cobertura. O contrato compreendia ainda um conjunto de tarefas no sentido de garantir a boa execução da obra e bem assim, a eliminação do produto removido, com transporte e entrega em aterro, conforme se mostra indicado no documento nº 4, fls. 2 (fls. 15 verso), junto pela ré.

Tal aspeto dá, desde logo, uma dimensão da contrapartida devida pelo trabalho executado, pois apenas estava em causa remover um certo e determinado material, com autonomia em relação à construção e providenciar pela sua destruição e por isso, faria sentido calcular o preço em função da quantidade de material removido.

Na proposta de contrato apresentada pela autora e depois na aceitação da mesma, pela ré, nunca se falou em demolição de cobertura de pavilhões ou edifícios da escola, mas tão só, em “desmontagem de telhas de fibrocimento”.

O depoimento das testemunhas indicadas pela autora confirmam tal interpretação, merecendo-nos particular relevo o depoimento prestado pela testemunha F..., engenheiro civil, que executou a obra, sem reparo, no dizer da própria testemunha indicada pela ré e procedeu à elaboração do mapa que constitui o documento nº11, junto com a oposição, que contém a quantidade de material removido dos edifícios. A testemunha demonstrou um conhecimento muito preciso da tarefa que executou e bem assim, dos cálculos efetuados.

O depoimento da testemunha H... não merece o relevo probatório que foi

atribuído na decisão recorrida, por apresentar um depoimento contraditório nos seus próprios termos, o que desvaloriza o depoimento.

Segundo a testemunha, na medição da obra devia atender-se às medidas indicadas pelo empreiteiro geral e que constam do documento nº 9, folha 3 (junto a fls. 78 dos autos), que contém as áreas das coberturas.

Porém, o documento não contém apenas área de coberturas, pois também se indica área de amianto (“total de chapa de amianto”) e todas as testemunhas estão de acordo que a área ali indicada – 3.491,44 m² – não corresponde ao somatório das parcelas das áreas de cobertura, também indicadas no documento, porque a soma dá um valor superior.

As testemunhas estão de acordo que a folha do caderno de encargos – documento nº9, folha 4 (junto com a oposição e a fls. 60 e 79) – elaborado pelo empreiteiro geral, apenas contém as áreas totais de demolição; não se particulariza a área de demolição correspondente às coberturas de fibrocimento.

Todas as testemunhas admitem que tiveram conhecimento do documento nº9, folha 3, (junto a fls. 78 dos autos), mas em diferentes ocasiões, sendo de atribuir particular relevo ao depoimento da testemunha F..., que afirmou que apenas tomou conhecimento do documento em fase de execução da obra, ou seja, em Agosto de 2017. Este depoimento é confirmado pela afirmação contida no documento nº12, folha 1, comunicação eletrónica com data de 13 de setembro da ré e dirigida à autora.

Ali se refere:” As medições elaboradas em obra pelo empreiteiro geral, E..., em anexo III, que foram entregues às C... e à B... são as únicas medições dadas como boas. Até porque, em visita ao local dos trabalhos em meados de agosto, foi transmitido ao vosso representante em obra, Sr Engº F..., que a E... forneceu as medições das coberturas de fibrocimento e que era sobre esse documento que iria incidir o nosso auto. Foi igualmente transmitido, que se porventura entendessem não concordar com as medições apresentadas, informar-nos-iam, para procedermos à sua verificação “in situ”, o que não se verificou. Fica assim claro que as tomaram como boas como se verificou mais tarde”.

Estes aspetos permitem considerar que nas negociações que levaram à conclusão do contrato celebrado entre autora e ré, que não foi com base neste documento (doc. nº 9, folha 3) que o orçamento foi elaborado pela autora e depois aceite pela ré. O documento surge numa fase posterior e já em execução de obra.

Acresce que a ré solicitou um orçamento para remoção de fibrocimento numa área aproximada de 5 000 m² (doc nº2, junto com a oposição, a fls. 14) e foi a própria a observar que as medidas que forneceu (documento que não consta

dos autos) correspondem às medições apresentadas em concurso devendo por isso ser apuradas em obra (documento nº2, junto com a oposição, fls. 14). Se se atendesse ao documento nº9, folha 3, estaria em causa uma área de 4472,94 m² e não seria necessário medições em obra.

Portanto se as medidas estavam preestabelecidas pelo empreiteiro geral, falece o argumento da necessidade de realizar um auto de medição, para ser conferido. Bastava aplicar o valor metro quadrado à área ali indicada.

Mas admitindo que a autora devia observar as medidas indicadas no documento nº9, folha 3 (junto a fls. 78), constata-se pelo depoimento das testemunhas F... e H... (quanto a tal matéria estão de acordo) que tais medidas não estão corretas, porque o pavilhão oficina tem uma área superior à ali indicada (construção sob a alínea d)). A área não será de 73,01 m², mas de 122 ou 123 m². Então a área total das coberturas seria 4 521,93.

Perante tal diferença, o próprio auto de mediação elaborado pela ré, padece de um erro, porque não considerou a área de 122 ou 123 m², com reflexo no valor final, que não seria de € 22.364,70, mas de € 22.609,65.

Mas sendo assim, fica por explicar o motivo pelo qual a ré solicitou um orçamento com indicação de uma área de cerca de 5.000 m², sendo certo que esta é a área que se aproxima da medição efetuada em obra pela autora, em relação a telha removida.

Por outro lado, o referido documento nº 9, fls.3, contém uma indicação da área total de chapa de amianto - 3.491,44 m² - que nenhuma testemunha reputa como sendo a área do material removido.

Também e de referir que distinguindo o documento entre áreas de cobertura de edifício e quantidade ou área de amianto, significa que estava presente a distinção entre uma e outra realidade.

Todos os aspetos enunciados levam a considerar que não foram as medidas ali indicadas que estiveram presentes como critério para determinar o preço final da obra e reforçam a versão da autora no sentido de considerar que no cálculo do preço se deve considerar a quantidade de material removido, que abrange uma área superior à área de implantação.

A testemunha H... não pôs em causa que na aplicação das telhas de fibrocimento existem sobreposições. O que não aceita é que no cálculo do preço se leve em consideração essa área, a correspondente às sobreposições. Depois, cumpre considerar outro aspeto, tendo por base o teor do documento junto a fls. 17 a 19 pela ré (sem número), designado por contrato de subempreitada.

Todas as testemunhas, de forma unânime, admitiram que só depois de concluída a obra, a ré, enviou, via mail, um contrato redigido, que constitui o documento em causa. Aliás, enviou em duas ocasiões distintas e no mês de

setembro de 2017.

Nesse documento, na cláusula 2ª refere-se o seguinte:

-Cláusula 2ª - Valor

2.1- A subempreitada será executada em regime de Série de Preços com valor unitário/m2 de Euros: 5,00€ (Cinco euros), de acordo com o vosso Orçamento nº .../2017 de 11/07/2017. O I.V.A. será pago de acordo com a lei em vigor,

2.2 - Estima-se que o presente contrato, tendo em conta a lista de trabalhos inicial, perfaça um montante aproximado de 25.000,00€ (vinte e cinco mil euros)

2.3 - Todos os preços referidos são fixos até final dos trabalhos, sem direito a revisão; fica excluída a reclamação de erros e omissões.

Resulta da análise desta cláusula que o preço estimado para a realização da obra era de € 25.000,00. Depois de concluída a obra e já em fase de litígio, a ré admite que o seu custo ascende, aproximadamente, a € 25.000,00 e não € 22.364,70, como vem a defender quando recusa o pagamento da fatura remetida pela autora.

Constata-se, assim, que os valores indicados pela autora na fatura estão mais próximos dos valores que estiveram presentes na fase da negociação do contrato e que estavam estimados como custo final:

- 5.000,00 m2 - material a remover;
- € 5,00/m2;
- € 25.000,00 - preço total.

Estes aspetos permitem atribuir mais relevo ao depoimento das testemunhas indicadas pela autora e ao critério que estas indicaram e por isso se considera que o custo da obra deve ser calculado em função da área de obra executada e que corresponde ao material removido e indicado no auto elaborado pela testemunha F... - 5.030 m2 -, refletindo a fatura emitida a operação de cálculo, com custo de € 5,00/ m2, importando o custo total a quantia de € 25.150,00.

A medição indicada na fatura não corresponde à indicada no auto de medição, nem a testemunha F... fez referência a tal diferencial, pois apenas reconheceu como material removido o que vem indicado no auto de medição por si elaborado.

Em conclusão deve eliminar-se os factos não provados, que passarão a constar como factos provados, com a seguinte redação:

8. O preço ajustado entre a autora e a ré pelos trabalhos referidos em 4. foi de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas.

9. A autora removeu 5.030 m2 de telhas de fibrocimento da obra, sendo, portanto, devido o preço de €25.150,00 pela ré.

-

Nas conclusões de recurso, sob os pontos g) a k), suscita, ainda, a apelante a ampliação da decisão de facto, por se se mostrar relevante para a decisão de mérito a consideração dos factos alegados sob os art. 5º, 6º e 7º da petição aperfeiçoada.

Nos termos do art. 666º/2 c) CPC mostrando-se indispensável ampliar a matéria de facto, deve o tribunal da Relação alterar a decisão da matéria de facto, se a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa. Não sendo possível fazer uso de tal faculdade, deve o tribunal anular a decisão.

A ampliação da matéria de facto mostra-se indispensável, quando se tenham omitido dos temas da prova factos alegados pelas partes que se revelam essenciais para a resolução do litígio, na medida em que assegurem enquadramento jurídico diverso do suposto pelo juiz do tribunal “a quo”[9]. Os factos essenciais são aqueles que permitem individualizar a situação jurídica alegada na ação ou na exceção.

Os factos complementares são aqueles que são indispensáveis à procedência dessa ação ou exceção, mas não integram o núcleo essencial da situação jurídica alegada pela parte.

Ambos integram a categoria de factos principais porque são necessários à procedência da ação ou exceção, por contraposição aos factos instrumentais, probatórios ou acessórios que são aqueles que indiciam os factos essenciais e que podem ser utilizados para a prova indiciária destes últimos[10].

Em conformidade com o critério legal, a ampliação da matéria de facto tem de ser indispensável, o que significa que cumpre atender às várias soluções plausíveis de direito, o enquadramento jurídico em face do objeto do recurso e ainda, com a possível intervenção e interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, ao abrigo do art. 682º/3 CPC.

No caso presente estão em causa os seguintes factos:

- Art.º 5º *“Tal fatura, por acordo entre a A e Ré, deveria ser paga a “pronto pagamento”, isto é, na data da sua emissão”;*

Art.º 6º *“A Ré recebeu os trabalhos não tendo apresentado qualquer reclamação ou reparo”,*

Art.º 7º *“De igual forma, a Ré recebeu a sobredita fatura, logo após a sua emissão, não tendo, porém, procedido ao seu pagamento imediato, conforme havia acordado com a A.”.*

A matéria do art. 5º e 6º da petição constituem factos essenciais, quando está em causa apurar se o subempreiteiro cumpriu as obrigações decorrentes do contrato e a obrigação de indemnizar por incumprimento.

Na sentença omitiu-se a apreciação destes factos, apesar das testemunhas serem confrontadas com os mesmos.

A testemunha F... referiu não ter conhecimento de qualquer reclamação quanto à boa execução da obra.

A testemunha G... insistiu não existir acordo entre as partes quanto à cláusula fixada na “intenção de adjudicação” a respeito do prazo para pagamento, porque foi acordado o pronto pagamento, contra o envio da fatura.

Resulta do depoimento da testemunha H..., ter ficado convencionado entre as partes o pagamento do preço mediante emissão de fatura, a pronto pagamento.

A mesma testemunha admitiu que recebeu os trabalhos, os quais foram bem executados - “trabalharam bem”.

Analizados os documentos respeitantes à correspondência trocada entre as partes, não se faz qualquer reparo à obra executada.

Face à prova produzida é de considerar provada a matéria dos art. 5º e 6º da petição aperfeiçoada e não provada, a matéria dos art. 63º e 64º da contestação-resposta à petição aperfeiçoada.

Quanto à matéria do art. 7º da petição aperfeiçoada, a mesma resulta como uma conclusão e por não conter factos não se justifica integrar na seleção de factos provados e não provados.

Em resumo justifica-se a ampliação da matéria de facto, com aditamento da matéria de facto provada e não provada e nessa conformidade, passam a incluir-se nos factos provados, sob os pontos 10 e 11:

- 10. *“Tal fatura, por acordo entre a A. e Ré, deveria ser paga a “pronto pagamento”, isto é, na data da sua emissão”;*

- 11. *“A Ré recebeu os trabalhos não tendo apresentado qualquer reclamação ou reparo”.*

Nos factos não provados, incluem-se os seguintes factos:

- a) O pagamento seria efetuado no prazo de 60 dias;
- b) Em reunião acordaram o pagamento imediato, desde que estivessem cumpridas as condições acordadas.

O ponto 7º da petição-aperfeiçoada passa a constar do elenco da matéria conclusiva.

Procedem, em parte, as conclusões de recurso sob as alíneas a) a n).

-

Na apreciação das restantes questões cumpre ter presente os seguintes factos provados e não provados, com as alterações introduzidas por efeito da reapreciação da decisão de facto:

1. A autora é uma sociedade que se dedica ao exercício da atividade de manutenção e reparação de máquinas e equipamentos, fabricação de construções metálicas; instalação de máquinas e de equipamentos industriais; compra e venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim; promoção

imobiliária; normas e design técnico; projetos de engenharia e arquitetura; montagem de estruturas metálicas e construção civil.

2. A ré celebrou com a sociedade E... em 14.07.2017 contrato de subempreitada para a demolição da D..., Guimarães.

3. Em 11.07.2017 a autora elaborou o orçamento nº .../2017 e remeteu à ré, que aceitou o mesmo.

4. No exercício da sua atividade e a pedido da ré, a autora executou trabalhos de desmontagem, carga e transporte de telhas de fibrocimento das coberturas da obra denominada "D...", sita em Guimarães.

5. Após a realização desses trabalhos a autora remeteu à ré a fatura nº..., datada de 30.08.2017, no valor de €25.300,00.

6. A ré devolveu a aludida fatura à autora, informando considerar que a mesma não cumpria os requisitos objeto de adjudicação.

7. A 20.09.2017 a autora endereçou à ré correspondência a solicitar o pagamento da referida fatura.

8. *O preço ajustado entre a autora e a ré pelos trabalhos referidos em 4. foi de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas.*

9. *A autora removeu 5.030 m2 de telhas de fibrocimento da obra, sendo, portanto, devido o preço de €25.150,00 pela ré.*

10. *"Tal fatura, por acordo entre a A. e Ré, deveria ser paga a "pronto pagamento", isto é, na data da sua emissão";*

11. *"A Ré recebeu os trabalhos não tendo apresentado qualquer reclamação ou reparo".*

-

-Factos não provados -

a) O pagamento seria efetuado no prazo de 60 dias;

b) Em reunião acordaram o pagamento imediato, desde que estivessem cumpridas as condições acordadas.

-

O ponto 7º da petição-aperfeiçoada passa a constar do elenco da matéria conclusiva.

-

- Da responsabilidade da ré -

Nas alíneas o) a t) das conclusões de recurso, no pressuposto da alteração da decisão de facto, que se verifica, pretende a apelante que se revogue a sentença e se condene a ré no pagamento do preço devido pelos trabalhos executados.

A presente ação insere-se no âmbito de uma ação de responsabilidade contratual, por incumprimento de um contrato de subempreitada e ainda, indemnização pelos prejuízos sofridos com a mora no cumprimento.

As partes qualificaram o contrato como contrato de subempreitada e atenta a matéria de facto apurada considera-se ser esse o tipo contratual em presença. Constituem pressupostos do contrato a existência de um primeiro negócio pelo qual o empreiteiro se vincula a realizar uma obra e a celebração de um segundo contrato em que um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar toda ou parte da mesma obra – art. 1213ºCC.

Como refere ROMANO MARTINEZ:” [o]s contratos de empreitada e de subempreitada estão, por conseguinte, funcionalizados, na medida em que foram celebrados para a prossecução duma finalidade comum”.

A subempreitada constitui assim um contrato subordinado a um negócio jurídico precedente, em que o subempreiteiro também está vinculado a uma obrigação de resultado.

Esta nota típica do contrato, subordinação[11], conduz a que o contrato se encontra numa relação de estrita dependência em relação ao contrato principal, não só na fase genética, como na fase funcional.

Daqui decorre que os direitos e deveres conferidos ao sub-contratante não poderem ultrapassar, em extensão e duração, aqueles que o intermediário é titular por força do contrato principal.

Devido a tal característica, a subempreitada tem de respeitar o primeiro contrato quanto à obra geral neste acordada e as regras e vicissitudes do contrato de empreitada repercutem-se no contrato de subempreitada.

Com efeito, sendo o contrato de subempreitada um contrato em que se acorda na realização de uma obra, mediante o pagamento de um preço, são-lhe aplicáveis em princípio as regras especialmente previstas para o contrato de empreitada, assumindo o empreiteiro a posição de dono da obra e o subempreiteiro a posição de empreiteiro[12].

Dispõe o art.406º CC que os contratos devem ser pontualmente cumpridos. O incumprimento do contrato importa a responsabilização do faltoso – art. 798º e art. 799º CC.

No âmbito do contrato de subempreitada constituem obrigações do dono da obra: dar a colaboração necessária, fiscalizar a execução da obra[13], receber a entrega da obra, verificar e aceitar a obra e pagar o preço.

Nas obrigações do subempreiteiro, conta-se a obrigação de executar a obra em conformidade com o que foi convencionado e sem vícios que excluam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato - art. 1208ºC.C..

A responsabilidade do empreiteiro/dono da obra rege-se pelos princípios gerais da responsabilidade contratual, pelo que, assenta na culpa, nos termos do art. 798º e 799º C.C..

No caso presente apurou-se:

1. A autora é uma sociedade que se dedica ao exercício da atividade de manutenção e reparação de máquinas e equipamentos, fabricação de construções metálicas; instalação de máquinas e de equipamentos industriais; compra e venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim; promoção imobiliária; normas e design técnico; projetos de engenharia e arquitetura; montagem de estruturas metálicas e construção civil.
2. A ré celebrou com a sociedade E... em 14.07.2017 contrato de subempreitada para a demolição da D..., Guimarães.
3. Em 11.07.2017 a autora elaborou o orçamento nº .../2017 e remeteu à ré, que aceitou o mesmo.
4. No exercício da sua atividade e a pedido da ré, a autora executou trabalhos de desmontagem, carga e transporte de telhas de fibrocimento das coberturas da obra denominada "D...", sita em Guimarães.
5. Após a realização desses trabalhos a autora remeteu à ré a fatura nº..., datada de 30.08.2017, no valor de €25.300,00.
6. A ré devolveu a aludida fatura à autora, informando considerar que a mesma não cumpria os requisitos objeto de adjudicação.
7. A 20.09.2017 a autora endereçou à ré correspondência a solicitar o pagamento da referida fatura.
8. *O preço ajustado entre a autora e a ré pelos trabalhos referidos em 4. foi de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas.*
9. *A autora removeu 5.030 m2 de telhas de fibrocimento da obra, sendo devido o preço de €25.150,00 pela ré.*
10. *A fatura, por acordo entre a A. e Ré, deveria ser paga a "pronto pagamento", isto é, na data da sua emissão.*
11. *A Ré recebeu os trabalhos não tendo apresentado qualquer reclamação ou reparo.*

Constata-se que na sequência do contrato de subempreitada celebrado entre E... e a ré, para demolição de um edifício escolar, sito em ..., ..., Guimarães, a autora e a ré celebraram um contrato de subempreitada que tinha por objeto a remoção e destruição das telhas de fibrocimento instaladas nas coberturas do edifício escolar.

Nada se provou a respeito da forma como ficou prevista a execução destes trabalhos no contrato de subempreitada celebrado entre a ré e o empreiteiro geral. Os termos do contrato em análise rege-se, assim, pelo que ficou convencionado entre as partes e subsidiariamente, pelos critérios legais.

A autora logrou provar que executou os trabalhos convencionados.

A ré não procedeu ao pagamento do preço convencionado, nem ilidiu a presunção de culpa pelo incumprimento, recaindo sobre a ré o ónus da prova de tal matéria (art. 342º/2 CC).

A ré para justificar o incumprimento veio invocar a exceção de não cumprimento e a parcial extinção da obrigação de pagamento do preço, por dedução de valores devidos pela autora.

Dispõe o art. 428º CC: “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 efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo”.

A exceção visa assegurar mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que assenta o esquema do contrato bilateral.

Para que se aplique a exceção é necessário que as obrigações sejam corresponsivas ou correlativas, que uma seja a sinalagma da outra[14].

O motivo indicado para ré para sustar o cumprimento da obrigação de pagamento do preço, não pode ser atendido porque a entrega do auto de medição não constitui a obrigação corresponsiva do pagamento do preço. No sinalagma criado com a celebração do contrato, apenas a boa execução da obra constitui a obrigação corresponsiva do pagamento do preço. A ré não questiona a boa execução da obra.

Por outro lado, pretendia a ré através de uma operação de “acerto de contas”, proceder à extinção parcial da obrigação.

A relevância da defesa apresentada neste segmento será apreciada sem sede de recurso subordinado, por ser esse o objeto do recurso, mas adiantando razões sempre se dirá que a decisão recorrida, quanto a este segmento, não merece censura, o que conduz à improcedência da exceção nesta parte.

Conclui-se que assiste à autora o direito a receber a quantia de € 25.150,00 (vinte e cinco mil cento e cinquenta euros), devida pela ré, a título de preço. A apelante-autora peticiona, ainda, o pagamento de juros pela mora no cumprimento. Defendeu a ré que os juros não são devidos e que o prazo de vencimento da obrigação ocorre apenas no termo de 60 dias, desde que estivessem cumpridas as condições acordadas.

O juro representa o rendimento de um crédito pecuniário, que se determina em função do montante deste, do tempo durante o qual se fica privado do capital e da taxa de remuneração.

A obrigação de juros tem natureza acessória, pois estes não nascem, nem se vencem, sem a existência de um crédito principal de que aquela depende. Contudo, constituída a obrigação, esta adquire autonomia em relação ao crédito principal, conforme decorre do art. 561º CC.

Quanto à sua fonte ou origem, a doutrina distingue os juros legais e os juros convencionais.

Atendendo à função dos juros, classificam-se como: juros remuneratórios, juros compensatórios, juros moratórios e juros indemnizatórios[15].

Os juros moratórios, que nos merecem particular atenção, perante as questões suscitadas pela ré, são devidos a título de reparação, pelo incumprimento tempestivo de uma obrigação pecuniária (art. 806º CC).

Os juros moratórios são devidos desde a mora do devedor, mais propriamente, desde a data em que ocorre com culpa do devedor, o não cumprimento da dívida em causa, até à data do pagamento desta.

A obrigação de pagar o preço reveste a natureza de obrigação pecuniária e nestas obrigações, o juro corresponde ao valor da indemnização (art. 806º CC).

Os juros são devidos a contar da data da constituição em mora do devedor (art. 804º CC), que no caso corresponde à data de emissão da fatura, por se tratar de obrigação com prazo certo e constituir a data em que o Réu estava obrigado a cumprir e não o fez.

Da conjugação dos factos, resulta, face ao critério previsto no art. 805º CC, que a interpelação ocorreu com a emissão da fatura – 30 de agosto de 2017-, pois por essa via se operou a comunicação à Ré da liquidação da obrigação e por ficar convencionado o pronto pagamento, com a emissão da fatura venceu-se a obrigação de pagamento do preço. A ré não logrou provar que foi convencionado um prazo de 60 dias para pagamento da fatura.

A taxa de juros a aplicar é a devida para as operações comerciais, por estar em causa a celebração de um contrato entre comerciantes, que se situa presentemente em 7%.

Resta, por fim, analisar o pedido de reembolso da taxa de justiça, honorários e despesas de expediente. Defende a ré que tais quantias devem ser reclamadas a título de custas de parte.

As custas de parte, como decorre do art. 529º/4 CPC, compreendem o que as partes hajam despendido com o processo e que tenham direito a ser compensadas em virtude da condenação da parte contrária.

Na doutrina, SALVADOR DA COSTA defende que a parte vencedora pode reclamar o pagamento das custas de parte usando para o efeito de dois procedimentos: o incidente previsto no art. 25º do Regulamento das Custas Processuais ou através da ação executiva baseada no título executivo sentença condenatória (art. 607º/6 do CPC e art. 26º/3 RCP)[16].

O reembolso da taxa de justiça, honorários com mandatário e demais despesas de expediente, deve ser apreciado, no âmbito do incidente de reclamação de custas de parte, ao abrigo do 25º RCP, ou em sede de processo de execução. Procedem, assim, as conclusões de recurso sob as alíneas o) a t) e em parte a apelação com a consequente revogação da sentença e parcial procedência da ação com condenação da ré a pagar à autora a quantia de € 25.150,00, acrescida de juros à taxa devida para as operações comerciais e que se situa

presentemente em 7%, a partir de 30 de agosto de 2017 e até integral pagamento.

-

- RECURSO SUBORDINADO -

-

Em sede de recurso subordinado, nos pontos 23 a 30 das conclusões, a apelante-ré insurge-se contra o segmento da sentença que considerou não estar validamente deduzida a exceção de compensação.

Considera a autora que a sentença não merece censura quanto a tal decisão.

Na sentença considerou-se, como se passa a transcrever:

“Mais fazemos consignar que não pode o Tribunal valorar o expendido pela ré a propósito da utilização de máquinas pela autora e do combustível utilizado por esta, para efeitos de redução no preço, porquanto, não foi expressa nem implicitamente deduzida qualquer exceção perentória de compensação, tão-pouco foi deduzido pedido reconvenicional. Aquela alegação está, nesta medida, afastada da possibilidade de conhecimento pelo Tribunal”.

Está em causa apreciar se a defesa apresentada reveste a natureza de compensação e se foi observado o formalismo processual adequado para a sua dedução.

A compensação constitui uma das formas de extinção das obrigações.

A compensação é uma forma de extinção das obrigações em que, no lugar do cumprimento, como subrogado dele, o devedor opõe o crédito que tem sobre o credor. Ao mesmo tempo que se exonera da sua dívida, cobrando-se do seu crédito, o compensante realiza o seu crédito liberando-se do seu débito, por uma espécie de ação direta[17].

A extinção da dívida por compensação está dependente da verificação de um conjunto de pressupostos enunciados nos artigos 847.º e ss. do C. Civil e que, seguindo os ensinamentos do Professor ANTUNES VARELA[18] são: a reciprocidade dos créditos, a validade, exigibilidade e exequibilidade do contracrédito, fungibilidade do objeto das obrigações existência da validade do crédito principal e não verificação de qualquer das causas de exclusão previstas no art. 853º CC.

Nos termos do n.º 1 do art. 848.º do Código Civil, a compensação torna-se efetiva, mediante declaração de uma das partes à outra.

A compensação reveste a configuração de um direito potestativo que se exercita por meio de um negócio unilateral; e a importância desta declaração é decisiva, porquanto prescreve o art. 854.º do C. Civil que "feita a declaração de compensação, os créditos consideram-se extintos desde o momento em que se tornaram compensáveis".

Quer isto dizer que, verificando-se os demais requisitos da compensação, é a

partir do momento da ocorrência da declaração de compensação que se opera a mútua extinção dos créditos.

A iliquidez de qualquer das obrigações não impede a compensação (art.847.º, n.º 3, do Código Civil).

Como se começou por referir um dos pressupostos da compensação e que merece particular atenção no caso concreto, consiste na validade, exigibilidade e exequibilidade do contracrédito.

A lei, no art. 847º/1 a) CC refere-se a: “crédito exigível judicialmente e não proceder contra ele exceção, perentória ou dilatória, de direito material”.

Como refere ANTUNES VARELA: “[d]iz-se judicialmente exigível a obrigação que, não sendo voluntariamente cumprida, dá direito à ação de cumprimento e à execução do património do devedor (art. 817º CC)”[19].

Para se poder invocar um direito de crédito do devedor relativamente ao seu credor, é necessário que se configure um direito de crédito, decorrente de uma obrigação civil, vencida, incumprida e ainda não extinta[20] e não se mostre inutilizado por exceções[21].

No caso presente, a ré alegou, sob o art. 42º da oposição:

“A este valor há que deduzir o valor de € 3.157,83, relativamente a:

- a) Cedência de equipamentos pela E..., a pedido da B..., e debitados à requerida;
- b) Fornecimento de gasóleo”.

A apelante-ré não alegou factos que sustentem e fundamentem o valor peticionado, mais propriamente, os factos que configuram a existência do contracrédito, pelo que, a matéria alegada não configura a exceção de compensação.

Mas ainda que se admitisse, por mera hipótese académica, que a defesa revestia a natureza de exceção de compensação, mesmo assim não poderia ser atendida porque não foi deduzida pelo meio processual adequado. Em conformidade com o disposto no art. 266º/1/2 c) CPC a compensação apenas pode ser formulada pela via da reconvenção, mesmo que o contracrédito tenha um valor inferior ao valor do crédito da ação.

Em sede de direito processual e até à reforma que foi introduzida pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, estabelecia o artigo 274.º do Código de Processo Civil que o réu podia deduzir pedidos contra o autor, em reconvenção, sendo esta admissível, na parte que aqui interessa, quando o réu se propunha obter a compensação. Os termos da lei não impediam a invocação e a discussão da existência do crédito, por parte do réu, a título de exceção perentória, interferindo o seu reconhecimento com a pretensão do autor, total ou parcialmente.

A reforma da Lei n.º 41/2013 introduziu alteração relevante a este propósito.

Está em causa o disposto do artigo 266.º do Código de Processo Civil, na redação atual, nos termos do qual o réu pode, em reconvenção, deduzir pedidos contra o autor (n.º 1), sendo a reconvenção admissível, na parte que aqui interessa, quando o réu pretende o reconhecimento de um crédito, seja para obter a compensação seja para obter o pagamento do valor em que o crédito invocado excede o do autor [n.º 2, alínea c)].

Perante a atual redação da lei, qualquer pretensão no sentido do reconhecimento de crédito de que seja titular o réu, seja para fazer operar a compensação, seja para obter o pagamento do valor em que o crédito invocado possa exceder o do autor, deverá exercer o seu direito por via da reconvenção. E se não o faz, não opera o reconhecimento do crédito e a compensação, mas não fica impedida a possibilidade de o tribunal, no momento próprio e em conformidade com a regra enunciada no artigo 590.º do Código de Processo Civil, convidar o réu ao aperfeiçoamento da contestação, devendo este cumprir o disposto no artigo 583.º do mesmo diploma, sob pena de não operar a pretendida compensação.

Pretende-se por esta via salvaguardar o caso julgado que se forma sobre a existência do crédito, impedindo que o mesmo crédito venha a ser invocado em diferentes ações, mas também que fique definitivamente apreciada a sua existência.

A apelante ré não deduziu em reconvenção a alegada compensação de créditos e por isso, não poderia pretender ver reconhecida a compensação de créditos.

Improcedem as conclusões de recurso, mantendo-se a decisão nesta parte.

-

Nos termos do art. 527º CPC as custas são suportadas:

- na 1ª instância, pela autora e ré, na proporção do decaimento, que se fixa em 1/5 e 4/5, respetivamente;
- na apelação, pela apelada, por ser diminuto o decaimento da apelante;
- no recurso subordinado, pela apelada.

-

III. Decisão:

Face ao exposto, acordam os juízes desta Relação em julgar procedente a apelação e improcedente o recurso subordinado e nessa conformidade:

- procedente a impugnação da decisão de facto, com as seguintes alterações:

A) Aditamento aos factos provados da seguinte matéria de facto:

8. *O preço ajustado entre a autora e a ré pelos trabalhos referidos em 4. foi de €5,00 por metro quadrado de telhas de fibrocimento removidas.*

9. *A autora removeu 5.030 m2 de telhas de fibrocimento da obra, sendo devido o preço de €25.150,00 pela ré.*

10. A fatura, por acordo entre a A. e Ré, deveria ser paga a “pronto pagamento”, isto é, na data da sua emissão.

11. A Ré recebeu os trabalhos não tendo apresentado qualquer reclamação ou reparo.

B) Considerar não provados os seguintes factos:

a) O pagamento seria efetuado no prazo de 60 dias;

b) Em reunião acordaram o pagamento imediato, desde que estivessem cumpridas as condições acordadas.

-

- revogar, em parte, a sentença e julgar parcialmente procedente, por provada a ação e condenar a ré C..., Unipessoal, Lda a pagar à autora B..., Lda a quantia de € 25 150,00 (vinte e cinco mil cento e cinquenta euro), acrescida de juros à taxa de 7%, a partir de 30 de agosto de 2017 e até integral pagamento.

-

Custas:

- na 1ª instância, pela autora e ré, na proporção do decaimento, que se fixa em 1/5 e 4/5, respetivamente;

- na apelação pela apelada;

- no recurso subordinado, pela apelada.

*

Porto, 06 de maio de 2019

(processei e revi – art. 131º/5 CPC)

Ana Paula Amorim

Manuel Domingos Fernandes

Miguel Baldaia de Moraes

[1] Texto escrito conforme o Novo Acordo Ortográfico de 1990.

[2] ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, Julho 2013, pag. 126.

[3] ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, ob. cit., pag. 225.

[4] ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES *Temas da Reforma de Processo Civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, Janeiro 2000, 3ª ed. revista e ampliada pag.272.

[5] JOSÉ ALBERTO DOS REIS *Código de Processo Civil Anotado*, vol IV, pag. 569.

[6] Ac. Rel. Guimarães 20.04.2005 - www.dgsi.pt.

[7] Ac. Rel. Porto de 19 de setembro de 2000, CJ XXV, 4, 186; Ac. Rel. Porto 12 de dezembro de 2002, Proc. 0230722, www.dgsi.pt

- [8] ANTÓNIO DOS SANTOS ABRANTES GERALDES *Recursos em Processo Civil - Novo Regime*, Coimbra, Almedina, Setembro 2008, 2^a ed. revista e atualizada pag. 299 e Ac. STJ 20.09.2007 CJSTJ, XV, III, 58, Ac STJ 28.02.2008 CJSTJXVI, I, 126, Ac. STJ 03.11.2009 - Proc. 3931/03.2TVPRT.S1; Ac. STJ 01.07.2010 - Proc. 4740/04.7 TBVFX-A.L1.S1 (ambos em www.dgsi.pt).
- [9] ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2013, pag. 240
- [10] MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2^a edição, Lisboa, Lex, 1997, pag. 77.
- MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, ob. cit., pag. 78.
- JOSÉ LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA E RUI PINTO *Código de Processo Civil Anotado*, vol I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pag. 467-468.
- [11] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Reimpressão da Edição de 1989, Almedina, Coimbra, 2006, pag. 103-104
- [12] Cfr. JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 5^a edição Revista e Aumentada, Almedina, Coimbra, 2013, pag. 212 e pag. 214
- [13] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, pag.153
- [14] Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA *Código Civil Anotado* vol. I, pag. 381
- [15] MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA *Direito das Obrigações*, 9^a ed., pag. 695-696.
- [16] Cfr. SALVADOR DA COSTA *Regulamento das Custas Processuais-Anotado*, 5^a edição, Almedina, Coimbra, 2013, pag. 313; Refere este AUTOR, na obra citada: "[n]o caso de a parte vencedora não enviar à parte vencida, no respectivo prazo, a nota discriminativa e justificativa das custas de parte, espécie de liquidação e interpelação para pagamento, parece que a consequência é a preclusão do seu direito de o realizar por essa via no âmbito do procedimento que a lei prevê. Todavia, propendemos a considerar que a referida omissão não exclui que a parte vencedora ainda possa realizar o seu direito de crédito de custas de parte em acção executiva baseada no título executivo sentença condenatória (art. 607º/6 do CPC e art. 26º/3 RCP)".
- [17] PIRES DE LIMA e A. VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.^a edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, p.130.
- [18] JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 3^a edição, Almedina, Coimbra, 1980, pag.163 a 172

[19] JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pag.168

[20] Cfr. Ac. STJ 01 de julho de 2014, Proc. 11148/12.9YIPRT-A.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt

[21] Cfr. Ac. STJ 14 de março de 2013, Proc. 4867/08.6TBOER-A.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt