

Tribunal da Relação de Guimarães
Processo nº 3099/17.7T8BRG.G1

Relator: PAULO REIS

Sessão: 12 Março 2020

Número: RG

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: PARCIAL PROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO

EXCEPÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO

FUNÇÃO DA EXCEPÇÃO

DENÚNCIA DA DESCONFORMIDADE DA OBRA

Sumário

I- A exceção de não cumprimento do contrato tem uma função dilatória, suspendendo o cumprimento da obrigação enquanto o outro contraente não cumprir ou oferecer o cumprimento simultâneo, o que apenas afasta a mora do excipiente, não extinguindo a respetiva obrigação e não permitindo a redução do preço acordado entre as partes;

II- Se o dono da obra não denunciou perante a empreiteira, em momento anterior à dedução da contestação, a falta de conformidade da obra com o acordado e não exerceu qualquer dos direitos que a lei confere ao dono da obra com defeitos, não pode invocar a exceção de não cumprimento do contrato com fundamento nessa desconformidade, com o objetivo de obstar ao pagamento do preço acordado.

Texto Integral

Acordam na 2.ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Guimarães

I. Relatório

X - Comércio, Serviços e Gestão, S.A., entretanto substituída por **Y, S.A.** - habilitada a prosseguir na lide na qualidade de autora por decisão transitada

em julgada proferida no apenso A -, instaurou ação especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos contra **A. B.**, pedindo a condenação do réu no pagamento da quantia de € 11.217,88, acrescida de juros de mora vencidos desde a data da propositura da ação até efetivo e integral pagamento.

Alega, em síntese, que, através de documento escrito, acordou com o réu a 03-03-2017 na execução de uma sondagem de pesquisa de água subterrânea e sua eventual captação, obra que executou e foi aceite pelo réu, o qual não procedeu ao pagamento do preço respetivo, no montante de € 9.421,80, nos termos acordados, a que acresce a quantia de € 1.695,92 a título de cláusula penal e o montante de € 100,16 relativo a juros de mora vencidos, como tudo melhor consta da petição inicial.

Regularmente citado, o réu contestou, invocando a invalidade/nulidade do contrato, a ilegitimidade da autora e a exceção de não cumprimento do contrato, além de impugnar parte da factualidade alegada pela autora, pugnando do sentido da improcedência da ação.

Notificada para o efeito, a autora apresentou articulado no qual se pronuncia sobre as exceções arguidas na contestação.

Por despacho de 13-11-2018, foi relegada para final a apreciação das exceções deduzidas.

Realizou-se a audiência final, após o que foi proferida sentença, na qual se considerou não verificadas as invocadas nulidade ou invalidade formal do negócio e ilegitimidade ativa e se decidiu o seguinte:

«Pelo exposto, julgo a acção parcialmente procedente, por parcialmente provada e, em consequência, condeno o réu A. B., a pagar à autora Y, SA., a quantia de € 6871,80 (seis mil oitocentos e setenta e um euros e oitenta cêntimos) já com IVA incluído, acrescida de juros de mora, contados desde a data da presente decisão até efectivo e integral pagamento.

Custas na proporção do decaimento.

Registe e notifique.»

Inconformada, veio a autora interpor recurso da sentença proferida, terminando as respetivas alegações com as seguintes conclusões (que se transcrevem):

«a. Vem, o presente recurso, interposto da parte da sentença que determinou

- a redução do preço da empreitada e que julgou improcedente a exigência da cláusula penal ao réu / recorrido,
- b. Impugnando-se, quer a sua fundamentação de facto, quer a de direito, aquela porquanto a factualidade dada como provada se mostra insuficiente, além de que não incluiu factos alegados pela recorrente, cuja prova logrou fazer e que impunham decisão diferente.
- c. A matéria de facto provada é insuficiente para se concluir pelo incumprimento parcial da prestação da recorrente (falta de obtenção da licença do furo) e, consequentemente, para fundamentar a redução do preço da empreitada.
- d. Com efeito não ficou provado que a licença não pudesse, de todo, ser emitida, bem pelo contrário: demonstrou-se que a sua obtenção era possível e que a recorrente se propôs fazê-lo, não tendo, porém, o recorrido permitido.
- e. Veja-se o documento nº 2 junto pela recorrente no seu requerimento probatório de 26.11.2017 (ref. 27463729) e o depoimento da testemunha L. C., técnico da APA.
- f. Este explicou os procedimentos para obtenção da licença, mesmo quando, inicialmente, surgem entraves como a existência de furos vizinhos a menos de 100 m, como foi o caso.
- g. Procedimentos a que também se refere o documento nº 01 junto à contestação.
- h. Ora, o recorrido não só não permitiu que a recorrente lançasse mão dos procedimentos supra referidos, como ainda lhe retirou os poderes de representação junto da APA, impedindo-a, assim, de conseguir eliminar o defeito.
- i. Pela testemunha supra identificada foi perentoriamente afirmado que o furo executado pela recorrente ainda é passível de ser licenciado, o que também foi confirmado pelo seu representante legal.
- j. Assim, devem ser aditados à matéria de facto assente os seguintes (alegados pela recorrente nos Arts. 26º a 28º do requerimento com a ref. 29444529 de 16.06.2018):
1. O obstáculo que surgiu relativamente à emissão da licença (referido no doc. nº 01 junto à contestação) é passível de ser ultrapassado (Art. 26 da resposta da recorrente).
 2. O réu não forneceu à autora os elementos necessários para que esta pudesse fazê-lo (Art. 27º da resposta).
 3. O réu retirou à autora os poderes de representação que esta detinha junto da APA (facto que resultou do depoimento da testemunha L. C.).
 4. O réu não diligenciou junto desta entidade, após a emissão da carta junta aos autos (doc. nº 01 da contestação), a obtenção da licença, designadamente,

adotando os procedimentos nela referidos (facto que resultou do depoimento da testemunha referida no ponto anterior).

k. Devem, também, ser incluídos na matéria de facto assente, os seguintes:

1. O réu recebeu uma carta da APA datada de 15.03.2017 que lhe dá conhecimento dos procedimentos que deveria adotar para ser emitida licença.
2. A autora só teve conhecimento dessa situação em maio de 2017.
3. O réu assinou o auto de receção e conformidade dos trabalhos sem qualquer reserva.

l. Tratam-se de factos alegados pela recorrente nos Arts. 22 e 23 da sua resposta (requerimento de 16.06.2018), que se mostram relevantes para a decisão a proferir nos presentes autos (porque relativos à causa de pedir e ao direito que pretende fazer valer: recebimento do preço da empreitada),

m. E sobre os quais foi feita prova (cfr. doc. nº 01 junto à contestação e doc. nº 02 junto ao requerimento probatório da recorrente de 26.11.2017).

n. O recorrido, dono da obra, não denunciou atempadamente a irregularidade detetada (falta de licença), pelo que caducou esse seu direito e, consequentemente, o direito a, entre outros, exigir a eliminação do defeito ou a redução do preço.

o. Ainda que assim não fosse, o que apenas por mera hipótese se concede, a redução do preço não podia ter sido determinada pelo Mmo. Juiz “a quo”, sem antes ser exigida a eliminação do defeito que, conforme se mostrou, é passível de ser eliminado.

p. Efetivamente, os direitos previstos nos Arts. 1221º e 1222º do CC não são de exercício alternativo: aquele (redução do preço) pressupõe que o empreiteiro não quis ou não pôde eliminar o defeito.

q. Com a agravante de que, nos presentes autos, ficou provado que a recorrente se disponibilizou a sanar o vício mas foi impedida pelo recorrido.

r. Esta oposição do dono da obra à eliminação do defeito, extingue a responsabilidade da empreiteira e impede aquele de invocar a exceção de não cumprimento para se eximir ao pagamento do preço.

s. Responsabilidade que é também afastada pelo facto de o recorrido ter aceite a obra, sem qualquer reserva ou ressalva, sendo perfeitamente conhecedor do defeito.

t. Ainda que se diga que a recorrente o informou, aquando do início da obra, de que a licença estava tratada (cfr. ponto 9 da matéria de facto provada), porque, efetivamente, já estava pedida,

u. A verdade é que no final da mesma, o recorrido não exigiu qualquer prova de que a mesma já tivesse sido emitida, designadamente, exigindo o respetivo documento,

v. Como o faria o bom pai de família, com a particularidade de o recorrido ser

pessoa instruída, conforme é referido pelo Mmo. Juiz “a quo” em algumas passagens da sentença.

w. Assim, ao abrigo do disposto no Art. 1219º do CC a recorrente não responde pelos defeitos da obra, pelo que não podia a sentença reduzir o preço da empreitada e julgar improcedente a cláusula penal.

x. Também quanto ao valor da redução do preço, a haver lugar à mesma, o que apenas por mera hipótese se concede, esteve mal, salvo o devido respeito, o Mmo. Juiz “a quo” ao aplicar a equidade para o determinar, pois, conforme defendem, por exemplo, Pires de Lima e Antunes Varela (obra citada, pág. 898) e Romano M. z (obra citada, pág. 486), o critério a aplicar deve ser o previsto no nº 2 do Art. 884º do CC, que manda proceder a uma avaliação, a qual deveria ter sido ordenada.

y. Por fim, impugna, a recorrente, a improcedência da aplicação da cláusula penal.

z. Com efeito, os pressupostos em que o Mmo. Juiz “a quo” assentou a sua decisão, não se verificam, pois da matéria alegada pela recorrente, quer a que se prende com a alteração à matéria de facto provada, quer a que se prende com o direito, resulta claro o seguinte:

1. O direito de denúncia do recorrido caducou, pelo que, consequentemente, está impedido de exercer os direitos decorrentes da existência de vício, designadamente o direito à redução do preço;

2. A oposição do recorrido à eliminação do defeito a que a recorrente se disponibilizou, tornou-a isenta de qualquer responsabilidade;

3. A aceitação, sem reserva, da obra, tendo, o recorrido, perfeito conhecimento do vício / desconformidade isentam, também, a recorrente de qualquer responsabilidade.

aa. Ou seja, qualquer incumprimento parcial em que a recorrente tivesse incorrido, não lhe pode ser imputado e, por conseguinte, não pode, o recorrido, invocar a exceção de não cumprimento para se eximir ao pagamento atempado do preço da empreitada,

bb. E, sendo assim, a recusa do pagamento foi ilícita e, como tal, deve ser aplicada a cláusula penal, devendo o recorrido ser condenado no seu pagamento, conforme peticionado.

cc. A sentença recorrida violou, deste modo, os Arts. 428º, 810º, 884º, 1219º, 1220º e 1221º do CC.

Nestes termos e nos mais que doutamente serão supridos, revogando a sentença recorrida e substituindo-a por outra que julgue totalmente procedente a ação, farão V. Exas. inteira e merecida JUSTIÇA!»

O réu não apresentou contra-alegações.

O recurso foi admitido como apelação, para subir imediatamente, nos próprios autos e com efeito devolutivo.

II. Delimitação do objeto do recurso

Face às conclusões das alegações da recorrente e sem prejuízo do que seja de conhecimento oficioso - artigos 608.º, n.º 2, 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC) - o objeto da presente apelação circunscreve-se às seguintes questões:

- i) impugnação da decisão relativa à matéria de facto;
- ii) reapreciação jurídica da causa.

Corridos os vistos, cumpre decidir.

III. Fundamentação

1. Os factos

Os factos, as ocorrências e elementos processuais a considerar na decisão deste recurso são os que já constam do relatório enunciado em A), supra relevando ainda os seguintes factos considerados provados pela 1.ª instância na sentença recorrida:

1. A autora é uma sociedade comercial que se dedica à prestação de serviços de pesquisa de águas subterrâneas e sua captação (CP com o código ..., válida até 01.03.2018).
2. No decorrer da sua actividade celebrou com o réu, em 03.03.2017, um acordo através do qual se comprometeu a executar uma sondagem de pesquisa de água subterrânea e sua eventual captação, contra o pagamento de um preço.
3. A autora procedeu à perfuração do furo designadamente:
 - a. A perfuração foi efectuada com uma broca de 12 polegadas na zona de terreno alterado e com uma broca de 7 ½ polegadas na zona de terreno mais duro (por lapso, no contrato constam 8 polegadas);
 - b. O tubo de isolamento de 280 mm, necessário enquanto o terreno ainda é alterado (solto), foi colocado ao longo dos primeiros 18 m do furo;
 - c. Foi encontrada água, com caudal suficiente para o fim pretendido, aos 87 m, perfurando-se, porém, até aos 110 m para deixar a profundidade necessária para a colocação da bomba (cerca de 10 metros abaixo do lençol freático) e

para o depósito de areias (mais 10 m);

d. Ao longo dos 110 m foi colocado o tubo de revestimento de 140 mm x 1.0 Mpa georoscado;

e. Foi colocado areão silicioso, foi feito o isolamento betuminoso e elaborado o relatório final dos trabalhos;

4. A obra iniciou-se no dia 03 de Março e foi concluída no dia 06 desse mesmo mês, tendo, o réu, aceite a mesma e assinado o auto de recepção e conformidade dos trabalhos.

5. A autora emitiu factura com os seguintes valores:

a. Perfuração de 110 m com colocação de tubo de revestimento em PVC 140 mm x 1.0 MPa georoscado, € 6.600,00 [€ 60,00 / metro (€ 45,00 + € 15,00)].

b. Colocação de tubo de isolamento de 280 mm numa profundidade de 18 m, € 810,00 (€ 45,00 / metro).

c. Colocação de areão, € 100,00.

d. Isolamento betuminoso, € 100,00.

e. Elaboração do relatório de furo, € 50,00.

6. Interpelado para proceder ao pagamento da factura, o réu não pagou.

7. O R. ora dialogava com o Sr. M. , ora com o Senhor L. F..

8. Ficou acordado entre as partes que a autora ficaria encarregue de obter a licença para a perfuração, junto da APA, mas iniciou a feitura do furo sem que essa licença tenha sido emitida.

9. Questionado o Sr. M., pelo R., sobre a falta da licença, este disse ao réu que a licença estava “tratada”.

10. Em finais de Janeiro de 2017, em reunião havida no terreno propriedade do R., com o Sr. M. e o Sr. L. F., foi apresentada ao réu uma estimativa de 2.500,00 €, para realizar uma perfuração de 65 metros, com vista à realização duma “pesquisa de água no terreno”.

11. O R. foi informado de que era necessário solicitar à APA (Agência Portuguesa do Ambiente), uma licença que teria um custo de 125 €, mas que não se preocupasse que eles tratavam de tudo, expressão dos próprios.

12. Como o valor não excedia aquilo que o R. pretendia despende, e como nada percebesse do assunto, confiou, ou seja, delegou todas as questões da papelada ao Sr. L. F., que ficou de elaborar um contrato e entregar ulteriormente para apreciação.

13. O R. entregou-lhe cópia do seu CC, um comprovativo de residência, certidão do registo predial, e assinou o formulário de pedido de Licença destinado à APA.

14. Mais assinou e entregou, em 3.2.2017, uma declaração de autorização de levantamento da Licença de Pesquisa e Captação de Água ou o envio da mesma para uma morada, sita em Vila do Conde, declaração que se junta

como documento nº 2, delegando naqueles todo o processo de obtenção da referida Licença e responsabilidades inerentes.

15. No início da obra, o Sr. L. F. e o Sr. M. disseram ao réu que a licença estava tratada.

16. Não foi elaborado o “relatório final”.

2. Apreciação sobre o objeto do recurso

2.1. Impugnação da decisão relativa à matéria de facto

A recorrente impugna a decisão sobre a matéria de facto incluída na sentença recorrida, sustentando que devem ser aditados determinados factos à matéria provada.

Especifica a apelante que devem ser aditados à factualidade provada os pontos seguintes:

«a) o obstáculo que surgiu relativamente à emissão da licença (referido no doc. n.º 01 junto à contestação) é passível de ser ultrapassado»;

«b) o réu não forneceu à autora os elementos necessários para que esta pudesse fazê-lo»;

«c) o réu retirou à autora os poderes de representação que esta detinha junto da APA»;

«d) o réu não diligenciou junto desta entidade, após a emissão da carta junta aos autos (doc. n.º 01 da contestação), a obtenção da licença, designadamente, adotando os procedimentos nela referidos»;

«e) o réu recebeu uma carta da APA datada de 15.03.2017 que lhe dá conhecimento dos procedimentos que deveria adotar para ser emitida licença»;

«f) a autora só teve conhecimento dessa situação em maio de 2017»;

«g) o réu assinou o auto de receção e conformidade dos trabalhos sem qualquer reserva».

Resulta da análise conjugada do preceituado nos artigos 639.º e 640.º do CPC que os recursos para a Relação tanto podem envolver matéria de direito como de facto, sendo este último o meio adequado e específico legalmente imposto ao recorrente que pretenda manifestar divergências quanto a concretas questões de facto decididas em sede de sentença final pelo Tribunal de 1.ª instância, o que implica o ónus de suscitar a revisão da correspondente decisão.

Decorre do disposto no artigo 662.º, n.º 1, do CPC, com a epígrafe «Modificabilidade da decisão de facto», que 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.

Tal como ressalta deste preceito, a reapreciação da decisão proferida sobre determinados pontos da matéria de facto deve ter a mesma amplitude que o julgamento efetuado em 1.ª instância, dispondo para tal a Relação de autonomia decisória de forma a assegurar o duplo grau de jurisdição.

Previamente à reapreciação da decisão de facto proferida, no que respeita à matéria impugnada, cumpre analisar as alterações peticionadas pela apelante, no sentido do aditamento de factos à matéria provada, de forma a averiguar se estão em causa factos que se integrem nos poderes de cognição do tribunal.

Ora, conforme resulta do disposto no artigo 607.º, n.º 4 do CPC, o Tribunal só deve responder aos factos que julga provados e não provados, não envolvendo esta pronúncia aqueles pontos que contenham matéria conclusiva, irrelevante ou de direito.

Na verdade, e tal como salienta o Ac. do STJ de 28-09-2017 (relatora: Fernanda Isabel Pereira) (1), «[m]uito embora o art. 646.º, n.º 4, do anterior CPC tenha deixado de figurar expressamente na lei processual vigente, na medida em que, por imperativo do disposto no art. 607.º, n.º 4, do CPC, devem constar da fundamentação da sentença os factos julgados provados e não provados, deve expurgar-se da matéria de facto a matéria susceptível de ser qualificada como questão de direito, conceito que, como vem sendo pacificamente aceite, engloba, por analogia, os juízos de valor ou conclusivos».

Daí que a inclusão na fundamentação de facto constante da sentença de matéria de direito ou conclusiva configure uma deficiência da decisão, vício que é passível de ser conhecido, mesmo oficiosamente, pelo Tribunal da Relação, tal como decorre do artigo 662.º, n.º 2, al. c), do CPC.

Neste âmbito, deve entender-se como questão de facto «tudo o que tende a apurar quaisquer ocorrências da vida real, quaisquer eventos materiais e concretos, quaisquer mudanças operadas no mundo exterior», sendo que os «quesitos não devem pôr factos jurídicos; devem pôr unicamente factos materiais», entendidos estes como «as ocorrências da vida real, isto é, ou os

fenómenos da natureza, ou as manifestações concretas dos seres vivos, nomeadamente os actos e factos dos homens», enquanto por factos jurídicos devem entender-se os factos materiais vistos à luz das normas e critérios do direito (2).

Neste contexto, deve sancionar-se como não escrito todo o facto que se revele conclusivo, contemplando com tal expressão toda a matéria que se reconduza à *formulação de um juízo de valor que se deve extrair de factos concretos objecto de alegação e prova, e desde que a matéria se integre no thema decidendum* (3).

Densificando estes critérios em termos que julgamos adequados na linha dos parâmetros legais e do entendimento jurisprudencial antes enunciado, refere o Ac. TRP de 7-12-2018 (relator Filipe Carço) (4), «[a] caso o objeto da ação esteja, total ou parcialmente, dependente do significado real das expressões técnico-jurídicas utilizadas, há que concluir que estamos perante matéria de direito e que tais expressões não devem ser submetidas a prova e não podem integrar a decisão sobre matéria de facto. Se, pelo contrário, o objeto da ação não girar em redor da resposta exata que se dê às afirmações feitas pela parte, as expressões utilizadas, sejam elas de significado jurídico, valorativas ou conclusivas, poderão ser integradas na matéria de facto, passível de apuramento através da produção dos meios de prova e de pronúncia final do tribunal que efetua o julgamento, embora com o significado vulgar e corrente e não com o sentido técnico-jurídico que possa colher-se nos textos legais».

Analisando o elenco *supra*, desde logo se verifica que os elementos constantes das alíneas a) – «*o obstáculo que surgiu relativamente à emissão da licença (referido no doc. n.º 01 junto à contestação) é passível de ser ultrapassado*» –, b) – «*o réu não forneceu à autora os elementos necessários para que esta pudesse fazê-lo*» – e c) – «*o réu retirou à autora os poderes de representação que esta detinha junto da APA*» – não configuram matéria de facto, antes consistindo em conclusões eventualmente baseadas em factos que não constam da respetiva redação.

Deste modo, não pode deixar de se concluir que os indicados pontos, que a apelante pretende sejam aditados à matéria provada, não constituem matéria de facto, antes envolvendo uma apreciação sobre factos não elencados, assim assumindo natureza conclusiva, não há que determinar o respetivo aditamento à factualidade provada, mostrando-se desnecessária a reapreciação dos meios de prova para o efeito indicados pela recorrente.

Relativamente agora à 1.^a parte da alínea g) – «*o réu assinou o auto de recepção e conformidade dos trabalhos*» –, trata-se de um facto já considerado provado na decisão recorrida, encontrando-se integrado no ponto 4, com a redação seguinte: «A obra iniciou-se no dia 03 de Março e foi concluída no dia 06 desse mesmo mês, tendo, o réu, aceite a mesma e assinado o auto de recepção e conformidade dos trabalhos». Deste modo, igualmente não haverá que determinar o respetivo aditamento à matéria provada, por se tratar de matéria já assente.

Quanto à demais matéria que a apelante pretende se adite à factualidade assente, há que ter em conta o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do CPC, sob a epígrafe «Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal», com a redação seguinte:

«1 - Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas.

2 - Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz:

a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa;

b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar;

c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

3 - (...)».

Decorre deste regime que se incluem nos poderes de cognição do Tribunal, além dos factos alegados pelas partes, determinados factos por estas não alegados nos respetivos articulados: os factos instrumentais que resultem da instrução da causa; os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar; os factos notórios e aqueles de que o Tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

Analisando os articulados apresentados, verifica-se que os factos constantes das alíneas d) – «*o réu não diligenciou junto desta entidade, após a emissão da carta junta aos autos (doc. n.º 01 da contestação), a obtenção da licença, designadamente, adotando os procedimentos nela referidos*» –, e) – «*o réu recebeu uma carta da APA datada de 15.03.2017 que lhe dá conhecimento dos*

procedimentos que deveria adotar para ser emitida licença» - e f) - «a autora só teve conhecimento dessa situação em maio de 2017» -, bem como da 2.^a parte da alínea g) - «a assinatura pelo réu do auto a que alude do ponto 4 sem qualquer reserva» -, que a apelante pretende sejam aditados à matéria provada, não foram alegados por qualquer das partes, sendo certo que não consistem, nem tal é invocado pela recorrente, em factos instrumentais, nem em factos complementares ou concretizadores dos que as partes hajam alegado ou em factos notórios, pelo que, ao abrigo do disposto no n.º 2 do citado artigo 5.º, não configuram factos a considerar pelo juiz, assim não integrando os poderes de cognição do Tribunal em matéria de facto.

Como tal, considerando que a mencionada alteração da matéria de facto importa o aditamento de factos que não integram a matéria carecida de prova, improcede, também nesta parte, a impugnação da decisão de facto.

Em consequência, decide-se julgar totalmente improcedente a impugnação da decisão relativa à matéria de facto deduzida pela apelante, mantendo-se o decidido pelo Tribunal *a quo*.

2.2. Reapreciação jurídica da causa

Atenta a improcedência da impugnação da matéria de facto, resulta evidente que os factos a considerar na apreciação da questão de direito são os que se mostram enunciados sob o ponto 1 *supra*.

A decisão recorrida considerou que foi celebrado entre as partes um contrato de empreitada, tal como o define o artigo 1207.º do Código Civil (CC), através do qual se obrigou a autora a executar um furo de água e se obrigou a ré a proceder ao pagamento de determinado preço.

Entendeu-se na sentença recorrida que a obra foi executada nos termos acordados, salvo no que respeita à obtenção de licença junto da Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. e à elaboração de relatório final, elementos se consignou estarem em falta e integrarem a prestação a que a autora se vinculou no contrato outorgado com o réu. E, tendo concluído pelo incumprimento parcial desta obrigação, foi considerada verificada a exceção de não cumprimento do contrato invocada pelo réu, reportada à parte não cumprida da prestação a cargo da autora, em consequência do que se decidiu operar uma redução ao preço acordado, a qual se quantificou com recurso à equidade no montante de € 2.500,00. Mais se considerou não ser devida a

quantia peticionada a título de cláusula penal, atento o incumprimento parcial do contrato por parte da autora.

A apelante põe em causa a decisão da 1.^a instância - que julgou a ação parcialmente procedente e, em consequência, condenou a ré a pagar à autora a quantia de € 6.871,80, acrescida de juros de mora, contados desde a data daquela decisão até efetivo e integral pagamento, absolvendo-a do demais peticionado -, defendendo a prolação de decisão que julgue a ação totalmente procedente e condene o réu/apelado na totalidade do pedido formulado.

No recurso interposto, a autora impugna a parte da sentença em que se determinou a redução do preço da empreitada, bem como a parte em que se considerou não devida a indemnização acordada por via da cláusula penal invocada.

Alega a apelante, em síntese, que o réu aceitou a obra executada e não invocou existência de defeitos, não tendo denunciado perante a autora as irregularidades detetadas e não tendo exigido a respetiva eliminação. Invoca a caducidade do direito a exigir a eliminação dos defeitos ou a redução do preço, sustentando, ainda, que a redução do preço não poderia ser oficiosamente determinada antes de ser exigida a eliminação dos defeitos. Mais defende ser devida a indemnização decorrente da cláusula penal acordada.

Face à alegação da apelante, cumpre proceder à reapreciação jurídica da causa.

Como se viu, está em causa uma relação jurídica qualificada pela 1.^a instância como contrato de empreitada, tal como o define o artigo 1207.^o do CC, o que não vem questionado no recurso interposto, encontrando-se assente que a autora acordou com o réu na execução de determinada obra - *uma sondagem de pesquisa de água subterrânea e sua eventual captação* -, mediante o pagamento de um preço, cujos critérios de determinação ajustaram.

Do acordo celebrado resultam obrigações recíprocas para ambas as partes, a obrigação de realização da obra para a empreiteira/autora, ora apelante, e a obrigação de pagamento do preço para o dono da obra/réu, ora apelado, pelo que se trata de um contrato sinalagmático.

Considerou a decisão recorrida que a obra executada não se encontra

concluída nos termos convencionados, estando em falta a obtenção de licença junto da Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. e a elaboração de relatório final, elementos se entendeu integrarem a prestação a que a autora se vinculou no contrato outorgado com o réu. Não pondo em causa a falta desses elementos, discorda a apelante das consequências daí extraídas.

Não tendo a prestação a cargo da empreiteira sido integralmente cumprida, dado que a obra entregue não se encontrava nas condições convencionadas, a lei confere ao dono da obra vários direitos, tal como previstos nos artigos 1221.º, 1222.º e 1223.º do CC.

Se os defeitos puderem ser suprimidos, o dono da obra tem o direito de exigir do empreiteiro a sua eliminação e, se não puderem ser eliminados, pode exigir nova construção, cessando estes direitos se as despesas forem desproporcionadas em relação ao proveito, conforme decorre do artigo 1221.º, n.º 2 do CC. Não sendo eliminados os defeitos ou construída de novo a obra, dispõe o artigo 1222.º do CC, que o dono pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, se os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina. Esclarece ainda o artigo 1223.º do CC que o exercício dos direitos conferidos nos artigos antecedentes não exclui o direito a ser indemnizado nos termos gerais. Acresce que dispõe o n.º 1 do artigo 1220.º do CC que o dono da obra deve, sob pena de caducidade dos direitos conferidos naqueles preceitos, denunciar ao empreiteiro os defeitos da obra dentro dos trinta dias seguintes ao seu descobrimento.

Da análise do regime legal antes enunciados decorre que incumbe ao dono da obra denunciar os defeitos e exercer um dos direitos que a lei lhe faculta, tendo em conta as concretas circunstâncias do caso.

No caso presente, não decorre da matéria de facto provada que, previamente à apresentação da contestação, o réu tenha denunciado a falta de conformidade da obra com o acordado. Por outro lado, não se vislumbra que tenha exercido qualquer dos direitos que a lei confere ao dono da obra com defeitos, limitando-se a invocar a *exceção de incumprimento do contrato*.

A exceção de não cumprimento do contrato encontra-se prevista no n.º 1 do artigo 428.º do CC, nos termos seguintes: «[s]e 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».

Estando em causa contratos bilaterais em que não haja prazos diferentes para o cumprimento das prestações, é concedida a cada um dos contraentes a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

Ora, da análise deste preceito decorre que a aludida exceção tem unicamente uma função dilatória, suspendendo o cumprimento da obrigação enquanto o outro contraente não cumprir ou oferecer o cumprimento simultâneo, o que apenas afasta a mora do excipiente, não extinguindo a respetiva obrigação. Como tal, ainda que se verificasse, no caso presente, uma situação de incumprimento justificativa da invocação desta exceção, o respetivo funcionamento apenas contenderia com a exigibilidade da totalidade do preço, não permitindo a redução do preço acordado entre as partes, conforme decidiu a 1.^a instância, ao extinguir parcialmente a obrigação do dono da obra.

Quanto ao incumprimento que justifica a invocação da exceção, é certo que pode não ser total, podendo estar em causa uma situação de incumprimento meramente parcial; porém, só será oponível caso se trate de obrigações corresponsivas, o que impõe a existência de um nexo causal recíproco entre as obrigações que o excipiente invoca não terem sido integralmente cumpridas pela contra-parte e aquelas a que respeita o seu próprio incumprimento.

No caso presente, decorre da análise efetuada que o réu não denunciou perante a empreiteira, ora apelante, em momento anterior à dedução da contestação, a falta de conformidade da obra com o acordado, sendo que igualmente não exerceu qualquer dos aludidos direitos que a lei confere ao dono da obra com defeitos, pelo que não poderá considerar-se credor de qualquer um desses direitos. Assim sendo, cumpre concluir que inexistente nexo causal entre a obrigação de pagamento pelo réu do preço acordado no contrato, peticionada pela autora/apelante, e qualquer das obrigações que incumbem à empreiteira na sequência do exercício pelo dono da obra dos direitos que a lei lhe confere, pelo que não poderá ser invocada a aludida exceção.

Considerando que o réu/apelado não denunciou perante a empreiteira/apelante, em momento anterior à dedução da contestação, a falta de conformidade da obra com o acordado e não exerceu qualquer dos direitos que a lei confere ao dono da obra com defeitos, não pode invocar a exceção de não cumprimento do contrato com fundamento nessa desconformidade, com o

objetivo de obstar ao pagamento do preço acordado.

Neste sentido, afirma Pedro Romano M. z (5) o seguinte: «(...) se o empreiteiro executa a obra com deficiências, designadamente em desrespeito do plano, estar-se-á, pelo menos, perante um incumprimento de parte da prestação e, nessa medida, tem de ser facultado ao dono da obra o recurso à excepção de não cumprimento. A *exceptio non rite adimpleto contractus* poderá unicamente ser exercida após o credor ter, não só denunciado os defeitos, como também exigido que os mesmos fossem eliminados, a prestação substituída ou realizada de novo, o preço reduzido, ou ainda o pagamento de uma indemnização por danos *circa rem*. (...)

Para que o (...) dono da obra se torne credor de qualquer dos direitos referidos no parágrafo anterior, não basta que os defeitos tenham sido denunciados; torna-se necessário que o devedor fique ciente da pretensão (ou pretensões) a que está adstrito. Nestes termos, após o credor ter indicado por qual ou quais dos direitos opta, é que nasce o crédito à pretensão e, só a partir desse momento, se pode deduzir a *exceptio*».

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, designadamente, no acórdão de 26-11-2009 (relator: Santos Bernardino) (6), no qual se considerou: «[a] *exceptio non rite adimpleti contractus* só pode ser exercida pelo dono da obra se este tiver já, junto do empreiteiro, denunciado os defeitos da obra e exigido a sua eliminação. (...) Nos casos em que, por inverificados os seus pressupostos, não é legítimo exercer a *exceptio*, o retardamento do excipiens no cumprimento da sua prestação fá-lo incorrer em mora, nos termos gerais (arts. 804.º e segs. do CC)».

Em conclusão, cumpre considerar não verificada a exceção de não cumprimento do contrato e, em consequência, revogar a redução do preço operada pela decisão recorrida.

Discorda, por último, a apelante da sentença recorrida, na parte em que se decidiu não ser devida a quantia peticionada pela autora a título de cláusula penal, pelos motivos seguintes:

«A autora peticiona ainda a condenação da ré no pagamento de uma quantia monetária a título de cláusula penal. Ora, resulta da cláusula 10ª do contrato de empreitada junto aos autos que o dono da obra se obriga no pagamento de uma “penalidade” em caso de incumprimento do acordo de pagamento. No

entanto, como resulta do que se escreveu anteriormente, existiu um incumprimento parcial da autora que determina uma redução do preço pelo que a recusa de pagamento por parte do réu foi lícita».

Decorre da improcedência da exceção de não cumprimento do contrato que a recusa de pagamento do preço por parte do réu não se mostra lícita, assim tendo o mesmo incorrido em mora. Porém, da factualidade considerada provada não se extraem elementos que permitam considerar procedente o segmento em apreciação do pedido deduzido pela autora.

Efetivamente, encontra-se assente que a obra foi concluída no dia 06-03-2017, tendo sido aceite pelo réu. Mais resultou provado que a autora emitiu a fatura a que alude o ponto 5 da matéria de facto provada e que o réu, interpelado para proceder ao respetivo pagamento, não o fez. Porém, desconhece-se em que data ocorreu tal interpelação ou, mesmo, a data do envio pela autora da fatura ao réu, factos estes que não foram alegados pela autora na petição inicial e que não constam da matéria provada.

Ora, não decorrendo da factualidade assente a data da interpelação do réu para proceder ao pagamento do preço da empreitada, não poderá considerar-se preenchida a previsão da cláusula invocada pela apelante, pelo que improcede, nesta parte, a apelação, cumprindo manter o decidido pela 1.^a instância, ainda que com fundamentação diferente.

Em conclusão, mostra-se parcialmente procedente a apelação, cumprindo revogar a decisão recorrida na parte em que operou a redução do preço devido pelo réu/apelado à autora/apelante, confirmando-a no mais, ainda que com fundamentação diversa.

Síntese conclusiva:

I - A exceção de não cumprimento do contrato tem uma função dilatória, suspendendo o cumprimento da obrigação enquanto o outro contraente não cumprir ou oferecer o cumprimento simultâneo, o que apenas afasta a mora do excipiente, não extinguindo a respetiva obrigação e não permitindo a redução do preço acordado entre as partes;

II - Se o dono da obra não denunciou perante a empreiteira, em momento anterior à dedução da contestação, a falta de conformidade da obra com o acordado e não exerceu qualquer dos direitos que a lei confere ao dono da obra com defeitos, não pode invocar a exceção de não cumprimento do

contrato com fundamento nessa desconformidade, com o objetivo de obstar ao pagamento do preço acordado.

IV. Decisão

Pelo exposto, acordam os Juízes deste Tribunal da Relação em julgar parcialmente procedente a apelação apresentada, em consequência do que decidem:

- condenar o réu/apelado a pagar à autora/apelante, além do montante constante da sentença recorrida, ainda a quantia de € 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros);
- confirmar, no mais, a sentença recorrida.

Custas por apelante e apelado, na proporção dos respetivos decaimentos.

Guimarães, 12 de março de 2020
(Acórdão assinado digitalmente)

Paulo Reis (relator)
Espinheira Baltar (1.º adjunto)
Luísa Duarte Ramos (2.º adjunto)

1. P. n.º 809/10.7TBLMG.C1.S1 - 7.ª Secção, disponível em www.dgsi.pt.
2. Cfr. Alberto dos Reis, Código de Processo Civil anotado, Vol. III, 4.ª edição (Reimpressão), Coimbra, 1985 - Coimbra Editora, pgs. 206 e 209.
3. Cfr. o Ac. do STJ de 23-09-2009 (relator: Bravo Serra), p. 238/06.7TTBGR.S1 - 4.ª Secção, acessível em www.dgsi.pt.
4. P. 338/17.8YRPRT, acessível em www.dgsi.pt.
5. Cfr. Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994, pgs. 327-328.
6. P. 674/02.8TJVNF.S1 - 2.ª Secção, acessível em www.dgsi.pt.