

Tribunal da Relação de Guimarães
Processo nº 2440/16.4T8VCT-B.G1

Relator: MARIA LUÍSA RAMOS

Sessão: 15 Junho 2021

Número: RG

Votação: MAIORIA COM * DEC VOT E * VOT VENC

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: APELAÇÃO PROCEDENTE

EXECUÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE FACTO

DIREITOS DO EXEQUENTE

SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA

Sumário

I- É o título executivo que fixa o fim da execução para efeito do processo aplicável.

II- A ação executiva “para prestação de facto” tem lugar sempre que o objeto da obrigação, tal como o título o configura, é uma prestação de facto; e, “ainda que o exequente venha a obter, pela execução, em vez da prestação de facto que lhe é devida, um seu equivalente pecuniário”.

III- Como é doutrina e jurisprudência dominantes, no processo executivo especial para prestação de facto previsto no art.º 868º, n.º 1, do CPC, a lei concede ao credor/exequente, e no que se reporta a prestação de facto fungível, a faculdade de optar entre a prestação por outrem bem como a indemnização moratória a que tenha direito ou a indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação, em caso de incumprimento.

IV- A sanção pecuniária compulsória, prevista no art.º 829º-A, do Código Civil, “não é uma medida executiva ou via de condenação da obrigação principal”, e, reporta-se às obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, de natureza pessoal e duradoura.

V- A faculdade de requerer e obter a fixação de sanção pecuniária compulsória em processo executivo de prestação de facto, nos termos do n.º 1, parte final, do art.º 868º, do Código de Processo Civil, reporta-se, tão só, à execução de obrigação de prestação de facto infungível.

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Guimarães

X Electrodomésticos Térmica e Ventilação, S.A., executada nos autos de “Execução para Prestação de Facto”, em curso, em que é exequente Y-Engenharia, S.A., veio deduzir Oposição à Execução mediante embargos de executado, pedindo seja julgada verificada a mora do credor (exequente), com a consequência de inexigibilidade da prestação pela executada enquanto a mora durar, e, se julgue improcedente a indemnização requerida pelo exequente, ordenando-se a nomeação de perito que avalie o efectivo custo da prestação a que a embargada estava obrigada

Alega, em síntese, que nunca se furtou ao cumprimento da obrigação, tendo sido a Exequente que sempre impediu a realização de uma vistoria das máquinas que deveria preceder a sua reparação, impedindo, com o seu comportamento, o cumprimento da obrigação, incorrendo em mora do credor, e, que continua totalmente disponível para cumprir com o determinado na sentença em execução.

Mais, contestou a liquidação da indemnização reclamada pela Exequente, impugnando todos os valores e cálculos, alegando que a sentença exequenda condenou a Embargante a reparar os depósitos, reparação que seria sempre de valor muito inferior ao preço de venda dos mesmos acumuladores, que ascendeu ao montante de € 9.300,02.

Notificada a Embargada/Exequente deduziu contestação invocando a excepção de caducidade dos embargos por extemporaneidade, e alegando que os mesmos devem prosseguir apenas enquanto contestação à liquidação, e, mais alegando que os respectivos fundamentos não se circunscrevem a nenhum dos fundamentos previstos no art.º 729º e 868º, nº 2 do CPC.

No mais, defendeu-se por impugnação, alegando, em síntese, que a executada não tomou qualquer iniciativa com vista a cumprir a obrigação e apesar das diversas interpelações da exequente, não cumpriu o determinado na sentença. Mais, alega, que não tem condições técnicas para proceder à reparação, por si ou por terceiro, vendo-se obrigada perante o dono da obra a desinstalar e a remover os depósitos defeituosos, a adquirir novos depósitos com características idênticas e a instalá-los em substituição dos que lá se encontravam, considerando que se tratam de depósitos de acumulação de água que servem as piscinas municipais de ..., estando em causa a qualidade da água e a saúde dos utentes, daí a urgência das reparações, para a qual a

Embargante foi alertada.

No que concerne à liquidação da indemnização, alega, em síntese, que todas as despesas com a desinstalação e remoção dos acumuladores defeituosos, a aquisição e instalação de novos depósitos, bem como outras penalizações que teve ou venha a ter que suportar, correspondem a danos sofridos pela Exequente que devem ser imputados à Executada.

Findos os articulados, dispensou-se a realização de audiência prévia.

Procedeu-se à prolação de despacho saneador, julgando-se improcedente a questão da inadmissibilidade dos Embargos.

Procedeu-se à fixação do objecto do litígio e enunciação dos temas de prova.

A Embargada requereu a realização de audiência prévia.

Procedeu-se à realização da audiência prévia, tendo a Embargada apresentado reclamação sobre os temas de prova que foi atendida nos termos constantes da respectiva acta.

Realizado o julgamento foi proferida sentença a julgar procedentes os embargos e a julgar extinta a execução, nos termos do disposto nos art.ºs 729º, al. a) e 732º, nº 4 do CPC.

Inconformada, de tal decisão veio a exequente/embargada interpor recurso de apelação.

O recurso foi recebido como recurso de apelação, com subida nos autos e efeito meramente devolutivo.

Nas alegações de recurso que apresentam, os apelantes formulam as seguintes Conclusões:

- I. - O presente recurso vem interposto da dita sentença de fls ..., na parte em julga procedentes os embargos no que concerne ao dano sofrido, e,
- II. - Impugna o douto despacho saneador de fls...., na parte que recusa a pronúncia quanto à intempestividade e à falta de fundamento legal da oposição à execução, alegadas pela Embargada /Exequente, declarando as mesmas questões improcedentes.
- III. - O Tribunal a quo considerou que, ao admitir os embargos, ficou decidido, com força de caso julgado formal que estes não foram deduzidos extemporaneamente e que tinham fundamento legal.
- IV. - Se assim fosse, nunca a Exequente teria oportunidade de alegar a extemporaneidade ou a falta de fundamento legal dos embargos, o que constituiria uma violação do seu direito ao contraditório.
- V. - A lei estabelece que as decisões que, versando sobre a relação processual, sejam insuscetíveis de recurso, não adquirem força obrigatória dentro do

processo.

VI. - Caso não tenham sido verificadas oficiosamente, a Exequente/ Embargada, com a contestação aos embargos poderá arguir, quer a extemporaneidade, quer a falta de fundamento, cumprindo o seu direito ao contraditório.

VII. - Os embargos foram deduzidos decorridos mais de 20 dias após a citação da executada para a execução.

VIII. - Os embargos deduzidos, pela Recorrida, à execução de sentença, não assentam em quaisquer dos fundamentos elencados nas disposições dos artigos 729.º e 868.º, nº 2 do C.P. C..

IX. - O duto despacho em crise incorreu na errada apreciação das questões suscitadas, violando, nomeadamente, o disposto nos Art.º 226.º nº 5, Art.º 615.º nº 1, d), Art.º 620.º, Art.º 630.º, Art.º 729.º, Art.º 868.º nº 2, Art.º 732.º nº 1, a), b), do C.P.C.

X. - A embargada não concorda, nem aceita, a parte da decisão proferida que considera que a embargada, ora recorrente, não tem direito à indemnização liquidada.

XI. - Como decorre dos pontos u), v), x) da matéria de facto assente, por virtude da executada/embargante não ter reparado os depósitos a dona do obra exigiu à embargada a remoção dos depósitos defeituosos e à instalação de depósitos novos sob pena de não o fazendo executar as garantias bancárias previstas no contrato de empreitada.

XII. - E embargada não tinha condições técnicas para proceder à reparação dos acumuladores, tendo procedido à substituição dos mesmos em agosto e setembro de 2019.

XIII. - Nessa substituição embargada despendeu a quantia global de € 19.385,42.

XIV. - A recorrente quando intentou a execução de sentença declarou expressamente, “ao abrigo do disposto no art.º 868.º, nº 1 do Cod Proc civil que opta pela indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação a que a executada está obrigada, cuja liquidação adiante se efetua”.

XV. - Tendo a exequente optado pela indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação, e encontrando-se liquidado pela pelo tribunal o valor dos custos incorridos pela recorrente, é esse o valor que deve ser considerado no prosseguimento da execução.

XVI. - A indemnização do dano sofrido pela exequente deve englobar o valor dos danos que a executada deveria reparar, bem como os prejuízos patrimoniais e não patrimoniais causados com a falta de reparação.

XVII. - Esse quantum indemnizatório é devido à exequente nos termos do citado artigo 868.º, nº 1 do Código do Processo Civil, devendo a execução

prosseguir os seus termos até final.

XVIII. - Além desses valores deve ser imposta à embargada uma sanção pecuniária compulsória, que foi requerida e cujo montante foi sugerido no requerimento executivo, desde a data da citação para a execução e até integral pagamento da quantia exequenda.

XIX. - A douta sentença ora em crise violou entre outros o disposto nos artigos 868.º, nº 1, 869.º e 867.º todos do Cód. Proc. Civil, e nos artigos 562.º, 563.º, 564.º e 829-A do Cód. Civil.

Foram proferidas contra alegações

O recurso veio a ser admitido neste tribunal da Relação na espécie e com os efeitos e regime de subida fixado no despacho de admissão do recurso na 1ª instância.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

Delimitação do objecto do recurso: Questões a decidir.

O objecto do recurso é delimitado pelas conclusões das alegações do recorrente, não podendo o tribunal conhecer de quaisquer outras questões “salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento officioso de outras “ (artº 635º-nº3 e 608º-nº2 do Código de Processo Civil) - Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 21/10/93, CJ. Supremo Tribunal de Justiça, Ano I, tomo 3, pg.84, e, de 12/1/95, in CJ. Supremo Tribunal de Justiça, Ano III, tomo I, pg. 19.

E, de entre estas questões, excepto no tocante aquelas que o tribunal conhece ex officio, o tribunal de 2ª instância apenas poderá tomar conhecimento das questões já trazidas aos autos pelas partes, nos termos do artº 5º do Código de Processo Civil, não podendo a parte nas alegações de recurso e respectivas conclusões vir suscitar e requerer a apreciação de questões ou excepções novas.

Atentas as Conclusões da apelação deduzidas, e supra descritas, são as seguintes as questões a apreciar:

- invocada caducidade dos embargos*
- os embargos deduzidos não assentam em quaisquer dos fundamentos elencados nas disposições dos artigos 729.º e 868.º, nº 2 do C.P. C.?*
- reapreciação da decisão que julgou extinta a execução, nos termos do disposto nos art.ºs 729º, al. a) e 732º, nº 4 do CPC.*

- valor da liquidação
- deve ser imposta à embargada uma sanção pecuniária compulsória ?

FUNDAMENTAÇÃO

I. Os Factos (são os seguintes os factos declarados provados, e não provados, na decisão recorrida):

- a) Por sentença proferida em 05/05/2017, transitada em julgado, decidiu-se reconhecer que os acumuladores de água quente vendidos pela Ré à Autora sofrem de defeito que impede a utilização para o fim a que se destinam, e condenou-se a Ré a proceder à sua reparação, por sua conta, no prazo de 30 dias.
- b) Por carta registada com AR, datada de 29 de Junho de 2017, a Embargada sugeriu à Embargante uma reunião com o dono da obra (o Município de ...), para organização da calendarização e metodologia a utilizar para a reparação dos acumuladores por forma a preservar e minimizar os inconvenientes no funcionamento das piscinas públicas onde os acumuladores a reparar estão instalados, sugerindo para a realização da reunião os dias 6 ou 10 de Julho da parte da tarde, ou 11 da parte da manhã.
- c) A Executada/Embargante não deu qualquer resposta, não obstante ter recebido a referida comunicação.
- d) Através de email enviado no dia 01 de Agosto de 2017, o dono da obra comunicou à Embargada que dada a falta de reparação dos acumuladores, pretende avançar com a execução das garantias bancárias em substituição dos acumuladores, a qual terá que ocorrer durante o mês de Agosto, altura em que as piscinas se encontram encerradas para a sua manutenção anual.
- e) Por carta registada com AR datada de 03 de Agosto de 2017, a Embargada deu conhecimento à Embargante do teor do email referido na alínea anterior e insistiu na urgência da reparação dos acumuladores durante o mês de Agosto, pedindo que a Embargante entrasse em contacto consigo até ao dia 15/08/2017 com vista ao início dos trabalhos de levantamento e reparação dos depósitos.
- f) No dia 10 de Agosto de 2017, a Embargada recebeu um email da Embargante do seguinte teor “No seguimento do nosso contacto telefónico de hoje ficamos a aguardar a data da reunião a realizar na X sobre o assunto.”
- g) Em resposta, a Embargada no dia 11 de Agosto de 2017, remeteu à Embargante um email do seguinte teor “Não entendemos o email a que respondemos.

O nosso colaborador Eng.º J. D. recebeu um contacto telefónico de V^{as} Ex^{as} no

sentido de indagarem a disponibilidade da Y efectuar, por vossa conta, a reparação dos depósitos em causa, ao que este respondeu não era assunto da sua responsabilidade mas que falaria com a Administração. Não foi agendada qualquer reunião, fosse na X ou em qualquer outro local. A Y não tem disponibilidade, nem competência técnica para, por vossa conta, reparar os depósitos em causa.

Deverão V^{as} Exm^{as} promover a desmontagem e o eventual transporte dos acumuladores para onde entenderem, e proceder à reparação, a qual deve ser efectuada em coordenação com esta empresa e com o dono da obra.

A Câmara Municipal de ... tem disponibilidade para agendar uma reunião nas piscinas do Atlântico para que, conforme sugerimos na nossa carta de 29/06/2017, com a vossa presença e a nossa, seja organizada a calendarização e metodologia a utilizar na reparação.

h) Em resposta a Embargante remeteu um email para a Embargada, no dia 14 de Agosto de 2017 nos seguintes termos: "...O contacto telefónico efectuado com o V/colaborador Eng. J. D. no passado dia 10 e posterior email visava o agendamento de uma reunião com a V/ empresa, em data a combinar, para se tomarem as decisões e procedimentos a adoptar com vista à resolução da situação em causa.

De notar que a sugestão de uma reunião para conjuntamente se combinar e agendar o "modus operandi" partiu da V/ empresa e para a qual, como dito acima, estamos disponíveis. "

i) Por mail remetido à Embargada no dia 16 de Agosto de 2017, a Embargante insistiu para que indicasse uma ou mais datas e horas para a reunião proposta, com a presença do dono da obra.

j) Por mail remetido no dia 24 de Agosto de 2017, a Embargante sugeriu o dia 29/08/2017 para visita de um técnico ao local da instalação para efectuar o levantamento das condições da intervenção.

k) Em resposta, a Embargada remeteu um mail no dia 25/08/2017 onde comunica à Embargante que a visita será precedida de uma reunião que ficou agendada para o dia 29/08/2017, às 11h00, na C.M.....

l) Na sequência, a Embargante propôs o agendamento da visita do técnico para as 14h30 do dia 29/08/2017.

m) A Embargada respondeu que a confirmação será dada pelo dono da obra na sequência da reunião marcada.

n) Na sequência, a Embargada propôs que a visita do técnico fosse adiada para o dia seguinte ou outra data a combinar.

o) No dia 29/08/2017 a Embargante não compareceu à reunião agendada.

p) Por email remetido à Embargante no dia 30 de Agosto de 2017, a Embargada voltou a interpelá-la, referindo que a sua falta à reunião agendada

para o dia anterior foi determinante para que não se conseguisse fazer o planeamento da reparação e informou que a reunião foi remarçada, pela última vez, com o dono da obra, para o dia 01 de Setembro de 2017, às 10h00, nas piscinas do Atlântico.

q) A Embargante não compareceu à reunião agendada, nem deu qualquer justificação.

r) No dia 01 de Setembro de 2017, a Embargante solicita à Embargada o agendamento de nova data para visita do técnico e que confirmem que nessa data os depósitos estarão esvaziados para que se possa avaliar a possibilidade da intervenção no local.

s) No dia 12 de Setembro de 2017, a Embargante remeteu à Embargada um mail do seguinte teor: “Incompreensivelmente não obtivemos resposta ao email abaixo, no sentido de autorizar o acesso do técnico aos locais das instalações a fim de poder avaliar a possibilidade de intervenção no mesmo....No sentido de podermos avaliar o mais rapidamente possível a intervenção, agradecemos que nos indiquem nova data e nos confirmem que nessa data os equipamentos estarão esvaziados para que se possa avaliar a possibilidade de intervenção no local.”

t) A Embargada não deu qualquer resposta às comunicações dos dias 01 e 12 de Setembro da Embargante.

- Da factualidade referente à liquidação da indemnização:

u) Em virtude da Executada não ter procedido à reparação no prazo fixado, a dona da obra exigiu à Exequente a remoção dos depósitos defeituosos e a instalação de novos depósitos, sob pena de não o fazer executar as garantias bancárias previstas no contrato de empreitada.

v) A Exequente não tem condições técnicas para proceder, por si, à reparação dos acumuladores.

x) A Embargada procedeu à substituição dos depósitos em causa durante os meses de Agosto e Setembro de 2019.

y) Nos trabalhos de substituição dos depósitos (mão-de-obra, deslocações/ estadias e material acessório) a Embargada despendeu a quantia total de € 9.031,40;

z) Em despesas de transporte, a Embargada despendeu a quantia de € 150,68 (c/IVA);

aa) Na aquisição de novos acumuladores a Embargada despendeu a quantia total de € 10.203,34 (c/IVA);

bb) Os novos depósitos instalados não são da mesma marca e modelo dos adquiridos à Embargante.

cc) O preço dos depósitos da mesma marca e modelo dos adquiridos à Embargante ascendia, à data da substituição dos 5 depósitos, ao montante

total de € 9.303,02.

2.2. Factos não provados

- A Embargada sempre impediu a realização da vistoria dos acumuladores em questão pelo técnico da Embargante.
- A Exequente não tem condições técnicas para proceder à reparação dos acumuladores através de terceiros.
- A Exequente foi obrigada a substituir os depósitos fornecidos pela Executada, por não existir entidade terceira que se comprometesse a efectuar a reparação dos acumuladores e a prestar as devidas garantias.

II. O DIREITO

A) 1. Invocando a apelante a caducidade dos embargos, por extemporaneidade, e alegando que os mesmos devem prosseguir apenas enquanto contestação à liquidação, a questão invocada mostra-se prejudicada face ao teor do despacho de 10/5/2018 que ordenou nova notificação da embargada, notificação realizada em 11/5/2018, tendo os embargos vindo a ser oferecidos em 4/6/2018.

2. E, mais alegando a apelante que os embargos deduzidos não assentam em quaisquer dos fundamentos elencados nas disposições dos artigos 729.º e 868.º - n.º 2 do Código de Processo Civil, resulta da petição de embargos invocada a inexigibilidade e inexecutabilidade do título, fundamentos que se enquadram na previsibilidade do art.º 729º-al.a) do CPC.

B) 1. Tendo vindo a ser proferida decisão a julgar extinta a execução, nos termos do disposto nos art.ºs 729º, al. a) e 732º, n.º 4 do Código de Processo Civil, por falta de título executivo, fundamenta-se na sentença recorrida: “Conforme resulta do requerimento executivo, a Exequente/Embargada em vez de exigir o cumprimento da obrigação por outrem, uma vez que estamos perante uma prestação de facto fungível, optou por reclamar a indemnização do dano sofrido, procedendo à respectiva liquidação (...) Porém, como vimos a prestação a que a Executada ficou vinculada pela sentença exequenda foi proceder à reparação dos acumuladores, em prazo certo e determinado. Como é consabido, toda a execução tem por base um título executivo, pelo qual se determinam o fim e os limites da execução (art. 10º, n.º 5 do CPC). (...) a Exequente com a liquidação que apresentou no requerimento executivo extravasou manifestamente os limites objectivos do título executivo, na medida em que o seu objecto era a reparação dos acumuladores e não a sua substituição.(...) Face ao título não pode a Exequente exigir da Executada a

indenização pela substituição dos acumuladores que esta lhe forneceu (...). Face ao título apenas poderia exigir o custo da reparação e despesas conexas.”

Afastamo-nos da fundamentação expendida.

O elenco dos títulos executivos consta do artigo 703.º do CPC, sendo designadamente títulos executivos: -a) as sentenças condenatórias; b) os documentos exarados autenticados, por notário ou outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação; c) os títulos de crédito de crédito e d) os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva. No caso em apreço, constitui título executivo uma sentença condenatória, transitada em julgado, (em referência no facto provado al. a)), para prestação de facto.

Nos termos do nº1 do artº 704º do Código de Processo Civil, a sentença constitui título executivo após o trânsito em julgado.

Assim, o título existe e é exequível, nos termos dos artº 703º-nº1-al,a) e 704º-nº1, e, sendo o processo aplicável o processo especial da “Execução para Prestação de facto”, previsto e regulamentado nos artº 868º e sgs. do Código de Processo Civil.

Nos termos do art.º 45º-n.º4 do Código de Processo Civil, “Dizem-se acções executivas aquelas em que o credor requer as providências adequadas à realização coativa de uma obrigação que lhe é devida”

Mais dispondo o nº5, do citado preceito legal, que “Toda a execução tem por base um título, pelo qual se determinam o fim e limites da acção executiva”, sendo que, nos termos do n.º 6, do mesmo preceito legal, “ O fim da execução, para efeito do processo aplicável, pode consistir no pagamento de quantia certa, na entrega de coisa certa ou na prestação de um facto, quer positivo, quer negativo”.

“Define-se título executivo como o instrumento que é condição necessária e suficiente da acção executiva”- Anselmo de Castro, in “ A acção Executiva Singular, Comum e Especial”, 3ª edição, pg.14.

“ À face da nossa lei podemos definir o título executivo como o acto documentado constitutivo ou meramente declarativo de um direito a uma prestação, maxime, de uma obrigação” - Prof. Jorge Barata, in “ A acção executiva comum - Noções Fundamentais- Lições do 5º Ano Jurídico, AAFDL. “A acção executiva para prestação de facto tem sempre lugar sempre que o objecto da obrigação, tal como o título o configura, é uma prestação de facto, seja este de natureza positiva (obrigação de facere) ou negativa (obrigação de non facere)- J. Lebre de Freitas, in “ A Acção Executiva”, 4ª edição, pg.387, mais referindo o indicado autor: “(...) é ao título executivo que há que

recorrer, em obediência à norma do art. 45-2, para determinar o tipo da acção executiva, ainda que o exequente venha a obter, pela execução, em vez da prestação de facto que lhe é devida, um seu equivalente pecuniário”.

A execução para prestação de facto poderá ser, e como refere, no mesmo sentido, Rui Pinto, in “Manual da Execução e Despejo”, 1ª edição, pg.1212 “ tanto para prestação de facto, como para pagamento de quantia certa, seja esta de custeamento da obra, seja de indemnização pelo dano”.

Nos termos da lei vigente, “é de admitir na execução a verificação pericial e judicial seja do valor a custear (cf. artº 935º-nº1 = art. 870º-nº1, nCPC), seja do prejuízo (cf. art. 936º,nº2 e 3 = art.867º, nCPC) (...)” - Rui Pinto, obra citada, pg.1213.

Ainda, a execução para prestação de facto poderá vir a prosseguir como execução para pagamento de quantia certa após conversão da execução, nos termos do nº2 do artº 867º do CPC.

Nestes termos, não se confirmando a decisão que julgou extinta a execução por falta de título executivo, com base nos art.ºs 729º, al. a) e 732º, nº 4 do Código de Processo Civil.

2. Nos termos do artº 868º-nº1 do Código de Processo Civil: *“Se alguém estiver obrigado a prestar um facto em prazo certo e não cumprir, o credor pode requerer a prestação por outrem, se o facto for fungível, bem como a indemnização moratória a que tenha direito, ou a indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação (...)”.*

Dispondo o nº2, do citado preceito legal, que *“O devedor é citado para, no prazo de 20 dias, deduzir oposição à execução, mediante embargos, podendo o fundamento da oposição consistir, ainda que a execução se funde em sentença, no cumprimento posterior da obrigação, provado por qualquer meio”.*

Como refere Rui Pinto, in obra citada, pg.1209, *“O regime procedimental da execução para prestação de facto é expressão de vários princípios substantivos da tutela civil dos direitos. O primeiro princípio, que não deve ser negligenciado, é o de que o executado continua obrigado ao cumprimento e tem direito ao cumprimento (...) a citação...há-de permitir, ainda, que o devedor possa realizar voluntariamente o cumprimento em mora ”.*

Como se refere já na sentença recorrida, com referência à parte da decisão que julga improcedentes os fundamentos dos embargos deduzidos- *“Conforme resulta sobejamente da factualidade dada como provada, concretamente sob as alíneas b) a u) dos factos provados, a Embargante/Executada não cumpriu culposamente a obrigação no prazo fixado, nem cumpriu posteriormente.*

Contrariamente, ao alegado a Embargante/Executada não logrou provar que houve mora do credor (da Exequente), ou que o incumprimento da obrigação não procede de culpa sua. Isto é não ilidiu a presunção de culpa

consubstanciada no art.º 799º, nº 1 do Cód. Civil. Com efeito, resultou provado que, no decurso do prazo fixado para o cumprimento da obrigação, a Embargante/Executada não promoveu qualquer iniciativa no sentido de proceder à prestação a que ficou obrigada, não encetou qualquer diligência, nem sequer deu resposta à interpelação da Embargada”.

Verifica-se, assim, in casu, e tal como resulta dos factos provados e da fundamentação exposta na sentença recorrida, que tendo o devedor o “direito ao cumprimento”, na presente acção executiva para prestação de facto a Embargante/Executada não promoveu qualquer iniciativa no sentido de proceder à prestação a que ficou obrigada, não tendo a devedora/Embargante cumprido a obrigação no prazo fixado, nem cumpriu posteriormente, após a citação.

E, o seu incumprimento no prazo fixado, como decorre dos factos provados, revela-se culposos nos termos da presunção legal estabelecida no artº 799º do Código Civil, não demonstrando a devedora que a falta de cumprimento não procede de culpa, e, definitivo, nos termos dos artº 798º e 801º, do citado código, resultando da indicada factualidade que, em consequência da mora, a dona da obra, em virtude da falta de reparação pela executada no prazo fixado, exigiu à exequente a remoção dos depósitos defeituosos e a instalação de novos (cfr. facto provado al.u)), (e, como veio a efectivar-se- cfr. facto provado als. x). - nesta parte, se consignando, se revelando tratar-se de matéria superveniente a factualidade indicada constante da al. x) e ainda a das als.Y) a bb) do elenco dos factos provados, factualidade esta, porém, definitivamente fixada na sentença, não tendo sido objecto de reclamação ou impugnação), e, sob pena de não o fazendo executar as garantias bancárias previstas no contrato de empreitada.

Face à verificação de incumprimento culposos e definitivo da prestação, por parte da devedora/executada, tendo-se tornado impossível a prestação por causa que lhe é imputável, como decorre do factualismo apurado (facto provado al. u), (e, als. v) a cc))), e artº 798º, 799º e 801º do Código Civil, veio o exequente optar pela indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação - faculdade legal que lhe é conferida pelo artº 868º-nº1 do Código de Processo Civil, e em correspondência a direito que se demonstra nos autos. Com efeito, como é doutrina e jurisprudência dominantes, no processo executivo especial para prestação de facto previsto no artº 868º-nº1 do CPC, a lei concede ao credor/exequente, e no que se reporta a prestação de facto fungível, a faculdade de optar entre a prestação por outrem bem como a indemnização moratória a que tenha direito ou a indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação, em caso de incumprimento (v., neste sentido- L.Freitas, in obra citada, pg.390; Rui Pinto, in obra citada,

pg.1214, e doutrina e jurisprudência aí citadas; E.Lopes Cardoso, in Manual da Acção Executiva, pg.742 e sgs.; e, Ac. TRL de 26/4/2007, P. 1161/2007-2, já citado nos autos, e, Ac. TRL de 8/5/2008: “*Na execução para prestação de facto o credor, perante o alegado incumprimento do devedor e estando em causa a prestação de um facto fungível, pode optar entre a prestação por outrem e a indemnização moratória a que tenha direito ou a indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação*”; Ac. STJ de 25/3/2021, P. 3269/11.1TBPTM.E2.S1- “*III - A execução para prestação de facto positivo fungível resolve-se, não havendo imediato cumprimento, à escolha do exequente, pela realização coactiva da prestação ou pela indemnização pelo dano sofrido com a não realização da prestação*”, in www.dgsi.pt), discutindo já os autores quando deve ter-se por incumprida a prestação (v. obras e pg. citadas).

Refere L.Freitas, in obra citada, pg.390:” Quanto à prestação de facto fungível, o artº 933-1 consagra, aparentemente, a possibilidade de o credor optar entre a execução específica (por outrem) e a indemnização compensatória. Essa possibilidade de opção, que o artº 828 CC não contraria, é admitida pela doutrina dominante (...) quando citado para uma acção (...) executiva, o réu não realize a prestação (...) a obrigação deve ter-se por definitivamente incumprida e só no plano da indemnização é que o credor poderá fazer valer o seu direito contra o devedor”.

“ ...se o devedor não cumpre uma vez citado “deve ter-se por definitivamente incumprida” a prestação, colocando-se a tutela depois no plano indemnizatório, haja ou não a possibilidade de terceiro se substituir ao devedor” - Rui Pinto, obra citada, pg.1216, com referência a L.Freitas, AEx cit., 385.

E, tudo, sem prejuízo do “direito do devedor ao cumprimento” nos termos do artº 767º-nº1 do Código Civil, aliás, legalmente consagrado ainda no artº 868º-nº2 do CPC para o processo executivo especial em causa, faculdade esta que, no caso em apreço, a devedora/executada não exerceu, incumprindo a obrigação de forma culposa e definitiva, nos termos acima expostos.

Consequentemente, havendo que proceder á fixação do valor da Liquidação.

3. - Valor da liquidação

Relativamente ao valor da liquidação a mesma compreenderá o valor do prejuízo causado, bem como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, nos termos da previsão legal de cálculo de indemnização fixada no artº 564º do Código Civil, sendo que, nos termos do artº 563º, do citado código, a obrigação de indemnização só existe em relação

aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão. “II- Na execução para prestação de facto o Exequente pode pedir a indemnização do dano sofrido no qual se englobam, entre outros, o valor dos danos que o Executado deveria reparar, bem como os prejuízos patrimoniais e não patrimoniais sofridos com a falta da reparação” - Ac. TRL de 26/4/2007, P. 1161/2007-2, supra citado.

Nestes termos, por aplicação dos indicados preceitos legais e atento o factualismo provado nos factos x), y), z), aa), fixa-se em € 19.385,42 o valor da liquidação.

4.- Alega a apelante que deve ser imposta à embargada uma sanção pecuniária compulsória, que foi requerida, e cujo montante foi sugerido no requerimento executivo, desde a data da citação para a execução e até integral pagamento da quantia exequenda.

Falecem nesta parte os fundamentos da apelação.

A sanção pecuniária compulsória vem prevista no artigo 829º- A, n.º 1, do Código Civil, preceito este aditado ao citado Código pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16/6, o qual estabelece que “nas prestações de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma sanção pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso”.

A sanção pecuniária compulsória traduz-se num meio que visa obrigar o devedor ao cumprimento das obrigações, sendo a sanção pecuniária compulsória prevista no n.º1 do citado artigo aplicável no caso das prestações de facto infungíveis, positivo ou negativo, tratando-se de obrigações de carácter pessoal.

“ A sanção pecuniária compulsória não é medida executiva ou via de condenação da obrigação principal do devedor a cumprir a obrigação que deve. Através dela, na verdade, não se executa a obrigação principal, mas somente se constrange o devedor a obedecer a essa condenação, determinando-o a realizar o cumprimento devido e no qual foi condenado” - Calvão da Silva, in “Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, Coimbra, 1995, pág. 407. (v., no mesmo sentido, Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 9/5/2002, in www.dgsi.pt)

A sanção pecuniária compulsória insere-se no Código Civil na secção referente à “Realização coactiva da prestação”, e, em concreto na subsecção II - “Execução específica”, e, reporta-se às obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, de natureza pessoal e duradoura (v. A.Varela, in “Das Obrigações em Geral”, Vol I, 3ª edição, pg. 85/7).

Relativamente á prestação de facto fungível rege já o artº 828º do Código Civil, o qual dispõe que “ O credor da prestação de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor” sendo, conseqüentemente, inaplicável, in casu, o normativo do artº 829º-A do Código Civil, estando em causa, precisamente, a acção de execução para prestação de facto, *fungível*, nos termos dos artº 868º e sgs. do Código de Processo Civil, e, em caso de não cumprimento da obrigação pelo executado a faculdade de o credor optar pela indemnização do dano sofrido, nos termos acima expostos.

E, concedendo o n.º1, parte final, do art.º 868º do Código de Processo Civil, na regulamentação da execução para prestação de facto, que: “(...) *pode também o credor requerer o pagamento da quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória, em que o devedor tenha já sido condenado ou cuja fixação o credor pretenda obter no processo executivo*”, tal faculdade reporta-se, tão só, à execução de obrigação de prestação de facto infungível e à legal concessão da possibilidade de o exequente a requerer, quer já tenha sido fixada em acção declarativa, quer pretenda tal fixação na acção executiva (v. neste sentido L.Freitas, obra citada, pgs.97, 393, (embora com referência ao CPC revisto, mas em fundamentação que se mantém actual): - “ A reforma da acção executiva veio esclarecer que a sanção pecuniária compulsória pode ser fixada na acção executiva para prestação de facto (...) embora não seja uma medida executiva, a sanção pecuniária compulsória visa a obtenção de resultados semelhantes, para o credor, aos que a execução específica da prestação de facto fungível, por outrem, proporciona”).

Improcedendo, conseqüentemente, o pedido de fixação judicial de sanção pecuniária compulsória.

Concluindo-se, nos termos expostos, pela parcial procedência do recurso de apelação, devendo revogar-se a sentença recorrida que julgou extinta a execução, e determinando-se o prosseguimento dos autos de processo executivo, fixando-se o valor da Liquidação do Dano em € 19.385,42.

Conclusão (Sumário) :

I. É o título executivo que fixa o fim da execução para efeito do processo aplicável.

II. A acção executiva “para prestação de facto” tem lugar sempre que o objecto da obrigação, tal como o título o configura, é uma prestação de facto; e, “ainda que o exequente venha a obter, pela execução, em vez da prestação de facto que lhe é devida, um seu equivalente pecuniário”.

III. Como é doutrina e jurisprudência dominantes, no processo executivo

especial para prestação de facto previsto no artº 868º-nº1 do CPC, a lei concede ao credor/exequente, e no que se reporta a prestação de facto fungível, a faculdade de optar entre a prestação por outrem bem como a indemnização moratória a que tenha direito ou a indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação, em caso de incumprimento.

IV. A sanção pecuniária compulsória, prevista no artº 829º-A do Código Civil, “não é uma medida executiva ou via de condenação da obrigação principal”, e, reporta-se às obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, de natureza pessoal e duradoura.

V. A faculdade de requerer e obter a fixação de sanção pecuniária compulsória em processo executivo de prestação de facto, nos termos do n.º1, parte final, do art.º 868º do Código de Processo Civil, reporta-se, tão só, à execução de obrigação de prestação de facto infungível.

DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes deste Tribunal da Relação em julgar parcialmente procedente a apelação, revogando-se a sentença recorrida que julgou extinta a execução, e determinando-se o prosseguimento dos autos de processo executivo, fixando-se o valor da Liquidação do Dano em € 19.385,42. Custas pela apelante e apelada na proporção do decaimento, respectivamente (artº 527º-nº1 do CPC).

Guimarães, 15 de Junho de 2021

(*Maria Luísa Duarte Ramos*)

(*Eva Almeida*)

(*António Beça Pereira*) - *que apresenta a seguinte declaração de voto:*

Declaração de voto

No que se refere à liquidação "*dano sofrido com a não realização da prestação*", no acórdão considerou-se que "*atento o factualismo provado nos factos x), y), z), aa), fixa-se em € 19.385,42 o valor da liquidação.*"

Esse valor tem, portanto, como premissa essencial o facto x); isto é que "*a Embargada procedeu à substituição dos depósitos em causa durante os meses de agosto e setembro de 2019.*"

Importa então saber se essa substituição é uma consequência necessária da "*não realização da prestação*" por parte da executada.

Ora, a executada estava obrigada a reparar os "*acumuladores de água quente*"

[cfr. facto a) dos factos provados]; não, sem mais, a substituí-los.

Dos factos provados não resulta que, aquando do facto x), fosse impossível que, a pedido da exequente, um terceiro procedesse à reparação dos "acumuladores de água quente". Nesta parte sublinha-se que se julgou não provado que "*a Exequente não tem condições técnicas para proceder à reparação dos acumuladores através de terceiros*" e que "*a Exequente foi obrigada a substituir os depósitos fornecidos pela Executada, por não existir entidade terceira que se compromettesse a efetuar a reparação dos acumuladores e a prestar as devidas garantias*".

Não estando demonstrada a impossibilidade da reparação dos "acumuladores de água quente", não me parece que a substituição dos mesmos possa ser considerada como uma real consequência da "não realização da prestação".

A verdadeira consequência para a exequente da "não realização da prestação" era, sim, o custo que teria de suportar com a solicitação, junto de terceiro, da reparação em falta. Logo, o "*dano sofrido com a não realização da prestação*" deve ser o do valor da reparação dos "acumuladores de água quente" que fosse levada a cabo por terceiros; não o da sua substituição.

E note-se que exigência do dono da obra que consta no facto u) não tem suporte no artigo 1221.º do Código Civil, visto que (ainda) era possível reparar "*os acumuladores de água quente*". Significa isso que do facto u) não se pode extrair a conclusão de que a exequente ficou, perante o dono da obra, obrigada a, de imediato, substituir "*os acumuladores de água quente*". Sendo assim, o dano em causa da exequente não pode ser liquidado em 19.385,42 €.

Nestes termos, voto vencido este segmento da decisão.