

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 8367/2008-1

Relator: RIJO FERREIRA

Sessão: 12 Março 2009

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: REVOGADA A DECISÃO

EMPREITADA

DEFEITO DA OBRA

MATÉRIA DE FACTO

IMPUGNAÇÃO

ABUSO DE DIREITO

INTERPRETAÇÃO

CLÁUSULA CONTRATUAL

Sumário

I. Constitui abuso de direito vir invocar como fundamento de nulidade de contrato integralmente executado a omissão de especificação do prazo de pagamento no contrato escrito, quando, durante a execução do contrato, se fez recorrentemente uso do prazo de pagamento por si sugerido na proposta contratual, com plena aceitação por banda do outro contratante.

II. A omissão do preenchimento do espaço do texto destinado a colocar o número de dias do prazo de pagamento não constitui falta de especificação do prazo, mas antes um lapso corrigível através das circunstâncias do negócio (artº 249º do CCiv).

III. Constando do contrato de sub-empreitada de impermeabilização de túnel que o sub-empreiteiro assume uma obrigação de resultado isso não permite concluir, sem mais, que o sub-empreiteiro se obrigou a assegurar a estanquicidade do túnel.

IV. Da interpretação das clausulas contratuais decorre que o resultado que aquilo a que o sub-empreiteiro se obrigou foi à colocação do referido sistema de impermeabilização nos termos definidos no caderno de encargos de forma adequada a impedir a passagem da água, e não já a garantia de que a impermeabilização projectada seria adequada ou se verificaria.

V. Tendo o sub-empreiteiro realizado os trabalhos a que estava obrigado segundo as especificações do projecto, compete ao dono da obra a

demonstração da existência de vício ou defeito.

VI. Para essa demonstração não basta a verificação de entrada de água no túnel, sendo necessário demonstrar que tal se deve a má execução do sistema de impermeabilização.

VII. A possibilidade de o dono da obra pagar directamente ao subempreiteiro prevista no artº 267º do DL 59/99 é uma mera faculdade; cujo exercício depende da vontade do dono da obra.

R.F.

Texto Integral

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA:

I - Relatório

A... intentou acção declarativa de condenação com processo ordinário contra **R1...** e **R2...** pedindo a condenação dos mesmos a pagar-lhe a quantia de € 281.693,87, acrescida de juros vencidos e vincendos, referente ao remanescente do preço dos trabalhos da sub-empregada de impermeabilização do túnel [...] que realizou para o 1º R., empreiteiro geral, e de que o 2º R., enquanto dono da obra, é garante.

O 1º R. contestou invocando a existência de deficiências na obra realizada pela A. que esta não colmatou, pelo que teve de despendar, até ao momento, na sua superação a quantia de € 341.324,00, exercendo a compensação até ao montante do crédito da A. e pedindo, em reconvenção, a condenação da mesma a pagar-lhe os remanescentes € 61.630,13 e o mais que vier a ser necessário para superação das deficiências da obra, e respectivos juros.

O 2º R. contestou por impugnação e excepcionando a incompetência material do tribunal, a falta de conciliação prévia e a nulidade decorrente da falta de contrato escrito.

Na réplica a A. veio invocar a nulidade do contrato escrito apresentado pelo 1º R. por ele não especificar os prazos de pagamentos dos trabalhos.

No despacho saneador o tribunal julgou-se materialmente competente, especificou os factos assentes e organizou a base instrutória.

A final foi proferida sentença que julgou improcedentes as excepções invocadas e, considerando ter havido cumprimento defeituoso imputável à A. e que esta se recusou a eliminar os defeitos, condenou o 1º R. a pagar à A. a quantia de € 281.693,87 e juros, absolveu o 2º R. do pedido e condenou a A. a pagar ao 1º R. a quantia de € 345.201,26 e o mais que tiver de gastar na reparação dos defeitos, acrescida de juros.

Inconformada apelou a A. concluindo, em síntese (e se bem se

apreendeu o sentido das suas extensas, repetitivas e mal estruturadas alegações), pela nulidade do contrato apresentado pelo 1º R., que este não demonstrou a existência de qualquer defeito, ao passo que a A. elidiu a presunção de culpa, que foi mal caracterizado o conteúdo da sua obrigação, que o 1º R. não tem o crédito que lhe foi reconhecido, que foi excessiva a condenação a título de reconvenção, erro na selecção e decisão da matéria de facto e incorrecta absolvição do 2º R.

Por seu turno o 1º R. interpôs recurso subordinado concluindo, em síntese, dever ser considerada procedente a excepção de compensação.

Houve contra-alegações onde se propugnou pela improcedência dos recursos.

II - Questões a Resolver

Consabidamente, a delimitação objectiva do recurso emerge do teor das conclusões do recorrente, enquanto constituam corolário lógico-jurídico correspectivo da fundamentação expressa na alegação, sem embargo das questões de que o tribunal *ad quem* possa ou deva conhecer *ex officio* [\[1\]](#).

De outra via, como meio impugnatório de decisões judiciais, o recurso visa tão só suscitar a reapreciação do decidido, não comportando, assim, *ius novarum*, i.e., a criação de decisão sobre matéria nova não submetida à apreciação do tribunal *a quo* [\[2\]](#).

Ademais, também o tribunal de recurso não está adstrito à apreciação de todos os argumentos produzidos em alegação, mas apenas - e com liberdade no respeitante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito - de todas as "questões" suscitadas, e que, por respeitarem aos elementos da causa, definidos em função das pretensões e causa de pedir aduzidas, se configurem como relevantes para conhecimento do respectivo objecto, exceptuadas as que resultem prejudicadas pela solução dada a outras [\[3\]](#).

Assim, em face do que se acaba de expor e das conclusões apresentadas, são as seguintes as questões a resolver por este Tribunal:

- a) da nulidade da sentença;**
- b) da determinação da matéria de facto;**
- c) da nulidade do contrato;**
- d) da determinação da obrigação da A.;**
- e) da existência de defeito;**
- f) da elisão de culpa;**
- g) do crédito do 1ºR. (e sua compensação);**
- h) da responsabilidade do 2º R..**

III - Da Nulidade da Sentença

Confrontado com um pedido de condenação no pagamento de € 281.693,87 o 1º R. veio invocar um crédito sobre a A. no montante de € 345.201,26 (que, na tréplica, veio a reduzir para € 341.324,00), excepcionando a compensação até ao montante do pedido pela A. e reconvencionando pelos remanescentes € 61.630,13.

Na sentença recorrida considerou-se, não obstante reconhecer-se a existência do crédito invocado pelo 1º R., não ser o mesmo judicialmente exigível (o que só virá a acontecer com o trânsito em julgado dessa mesma sentença), falecendo um dos pressupostos da compensação, pelo que se julgou a excepção improcedente e, conseqüentemente, condenou-se o 1º R. no pedido.

A mesma sentença, conhecendo do pedido reconvenicional, reconheceu o crédito invocado pelo 1º R. e condenou a A. a pagar-lhe esse crédito, no montante de € 345.201,26.

Essa condenação vai para além do pedido, quer porque o reconvinte havia reduzido o seu crédito para € 341.324,00, quer porque o pedido reconvenicional se limitava a 61.630,13 (€ 59.630,13 na sequência da redução do crédito).

A sentença recorrida é, pois, nula, nos termos do artº 668º, nº 1, al. e), do CPC.

O que haverá de se declarar, sem prejuízo do conhecimento do mérito dos recursos, conforme o disposto no artº 715º, nº 1, do mesmo código.

IV - Fundamentos de Facto

Perguntava-se na base instrutória:

66 - o que fez [a ausência de aplicação de membrana de protecção] com que várias armaduras de ferro e cofragens de madeira furassem por diversas vezes o sistema de impermeabilização aplicado pela autora?

67 - o que fez com que a autora por diversas vezes tivesse procedido à reparação dos sistemas de impermeabilização nos sítios onde se verificavam rasgos provocados pelas armaduras e cofragens aplicados pelo 1º réu?

69 - outros [rasgos] havendo, provocados por funcionários e colaboradores do 1º réu, de que lhe não foi dado conhecimento?

71 - tais soldaduras soltavam faíscas que queimavam e furavam o sistema de impermeabilização aplicado pela autora?

Tendo sido respondido

66 e 67 - provado apenas que por várias vezes, durante a execução da

obra, empregados da A. foram chamados por responsáveis do 1º réu no local, para procederem á reparação de cortes detectados em membranas de impermeabilização por aquela anteriormente colocadas, provocados por trabalhos por estes realizados.

69 - não provado;

71 - não provado.

Vem agora a recorrente impugnar tais respostas invocando que nelas foram ignoradas as fotografias por si juntas aos autos, as quais impunham resposta diferente.

Tais fotografias não podem ser encaradas como meio de prova directo e absoluto; desde logo porquanto nem sempre a imagem captada dá uma perspectiva exacta da situação, quer por criar ilusões ópticas, quer por ocultar pormenores, quer por captar pormenores descontextualizados, etc, etc... Para a apreensão da realidade a que elas se reportam haverá de as conjugar com outros elementos de prova, designadamente os testemunhos de quem percebeu directamente as situações que elas procuram espelhar. Ora o sentido com que se olha para as referidas fotografias é completamente diferente depois de ouvir os depoimentos prestados em audiência pelas diversas testemunhas que com elas foram confrontadas, que as contextualizaram, explicitaram os seus termos, destacaram pormenores.

Dessas fotografias pode extrair-se a existência de danos na membrana de impermeabilização; mas não já o que em concreto provocou esses danos (embora em termos de senso comum se possa suspeitar acerca da causa desses danos, tal suspeita não atinge consistência bastante para fundamentar um juízo de certeza jurídica).

Não se encontra, pois, fundamento para alterar as respostas aos quesitos 66 e 67.

Como, igualmente, não resulta das fotografias nem da restante prova produzida a existência de outros rasgos provocados pelos funcionários e colaboradores do 1º Réu sem que tenha sido dado conhecimento à autora.

Relativamente à ocorrência de queimaduras provocadas pelas soldaduras, depois de ouvidos os depoimentos que fundaram a resposta ao quesito em causa, não se vislumbra que a convicção formulada pelo Mmº juiz *a quo* seja desrazoável, sendo que quer as fotografias quer a genérica referência da testemunha [...] não são de molde a impor diferente conclusão.

Pelo que, também aqui, não se encontra fundamento para alterar as respostas dadas aos quesitos 69 e 71.

Pretende, ainda, a recorrente que se adite ao acervo factual a ausência

de acesso por banda da A. ao estudo geológico do túnel, enquanto facto surgido na discussão da causa e nos termos do artº 264º, nº 3, do CPC e que se aditasse um quesito contendo a matéria alegada em 113 da réplica (que o acrescento dos trompetes originará escorrimento de água).

Relativamente á ausência de acesso ao estudo geológico para que tal facto pudesse ser atendido importava, nos termos do artº 264º, nº 3, do CPC, que a recorrente tivesse, oportunamente (ou seja, até ao encerramento da discussão da causa na 1ª instância) manifestado o seu interesse em dele se aproveitar, o que não consta que tenha ocorrido. Por outro lado tal facto não releva para a discussão da causa na medida em que dela resulta ter o 1º réu assumido correrem por sua conta as circunstâncias decorrentes de falta de drenagem primária.

E quanto ao facto de não ter sido levada à base instrutória o alegado em 113 da réplica começará por se realçar que a recorrente não apresentou qualquer reclamação nesse sentido. Por outro lado tal facto também se não afigura relevante quer porque o que está em causa são as actuais infiltrações de água e não as que no futuro se originarão, quer porque, conforme resulta da discussão da causa, o problema são infiltrações generalizadas a nível dos hasteais e abóbada e não ao nível da base dos hasteais, onde se encontram o que foram os pontos de drenagem através de trompetes (cuja selagem, aliás, não é posta em causa).

Entendemos, no entanto, que haverá de aditar á matéria de facto fixada, alguns aspectos factuais que relevam como circunstâncias relevantes para a apreciação jurídica das questões colocadas, que resultam assentes por confissão ou prova documental (artigos 659º, nº 3, 712º, nº 1, e 713º, nº 2, do CPC), como são a emissão de factura de 12OUT2004 (artº 15 da p.i. corrigida e documento de fls 23, não impugnados), a sua atempada liquidação (artº 16º da p.i. corrigida, não impugnado), as referências e datas de vencimento indicadas nas facturas (documentos de fls 23 a 28, não impugnados) e a referência atribuída ao contrato de subempreitada (documento de fls 92, não impugnado).

Nestes termos fixa-se como matéria de facto a considerar:

1 - A autora é uma sociedade que se dedica à reparação e manutenção de obras hidráulicas, reabilitação e reforço de estruturas de betão, impermeabilizações de túneis e estações de metropolitano, impermeabilização de fundações e paredes de contenção periférica, entre outras actividades - **(A)**;

2 - No dia 26 de Junho de 2003 entre R2... na qualidade de dono da obra, e

R1..., na qualidade de empreiteiro, composto pelas sociedades [...], foi celebrado o acordo escrito denominado “Contrato de Empreitada” cuja cópia se encontra a fls. 44 a 53, do qual consta, além do mais, o seguinte:

“(...)”

I) Dono da Obra: Significa R2...(...);

II) Empreiteiro: Significa o concorrente ao procedimento de adjudicação por negociação, sem publicação prévia de anúncio para a contratação da execução da empreitada túneis rodoviários - túnel 1, habilitado para a execução de obras públicas e elaboração de projectos, a quem foi adjudicado o objecto da empreitada, ou seja, o Adjudicatário e, aqui co-contratante do Dono da Obra; (...);

III) Subempreiteiro: Significa entidade terceira ao dono da obra ao dono da obra, e sem qualquer vínculo para com este, que se obriga para com o empreiteiro, através de subcontratação, a realizar uma específica parte da obra ou um específico fornecimento, nos termos e condições do subcontrato celebrado” - **(B)**;

3 - O artigo 1º, § 1º, do acordo referido em 2., tem a seguinte redacção:

“O objecto do contrato de empreitada consiste na execução, pelo empreiteiro, dos trabalhos de construção do túnel I, nos termos e condições jurídicas e técnicas constantes dos documentos que integram o âmbito do presente contrato” - **(C)**;

4 - O artigo 3º, § 1º, do acordo referido em 2., tem a seguinte redacção:

“Os trabalhos de empreitada serão executados na Cidade [...], em local melhor identificado no caderno de encargos” - **(D)**;

5 - O artigo 6º do acordo referido em 2., tem a seguinte redacção:

“O prazo global para a conclusão integral dos trabalhos de empreitada é de 545 (quinhentos e quarenta e cinco) dias de calendário contados da data da consignação da obra, prevendo-se o início dos trabalhos no mês de Junho e a conclusão dos mesmos cumprido que esteja aquele prazo” - **(D’)**;

6 - O artigo 12º, § 1 do acordo referido em 2., tem a seguinte redacção:

“O presente contrato entra em vigor na data da sua assinatura (...)” - **(D’)**;

7 - Em 23 de Julho de 2004 a autora enviou ao 1º réu o escrito cuja cópia se encontra a fls. 12. do qual consta, além do mais, o seguinte:

“N/ REFª JJ-JJ-04.6.0032b

(...)”

ASSUNTO: Impermeabilização do Túnel I [...]

(...)”

No seguimento da vossa consulta, das nossas propostas JJ-JJ-04.6.0032 e JJ-JJ-04.6.0032ª, da visita ao local dos trabalhos e das conversas telefónicas entretanto ocorridas, é com muito prazer que submetemos à Vossa apreciação

a nossa melhor proposta para a eventual execução dos trabalhos de impermeabilização a realizar na obra referida em epígrafe, de acordo com os elementos fornecidos e pelo conhecimento que temos da mesma, pelo facto de termos executado trabalho, na mesma, à cerca de 3 anos.

Para qualquer tipo de esclarecimento complementar tido como necessário acerca desta proposta ou do trabalho em si, estamos ao inteiro dispor de V. Exas, agradecendo desde já o facto de terem solicitado os nossos serviços. (...)" - **(E)**;

8 - A proposta a que se refere o escrito identificado em 7. constitui o documento de fls. 13 a 16, do qual consta, além do mais, o seguinte:

“IMPERMEABILIZAÇÃO de TÚNEL PELO INTERIOR

Aplicação de feltro geotêxtil com 800 gr/m² tipo GD 800 (já aplicado em obra) em fibra de polipropileno perfeitamente adaptado às superfícies com o auxílio de fixações mecânicas aplicadas a tiro, sobre suporte uniforme e isento de elementos cortantes.

Aplicação de geomembrana com 2,0 mm de espessura tipo PVC SIKAPLAN V TUNNEL (já aplicado em obra), com capa de sinal, suspensa do contorno de suporte (no interior) por intermédio de termossoldadura a arandelas de PVC fixadas mecanicamente a tiro. A ligação entre membranas é por termossoldadura dupla a jacto de ar quente com temperatura controlada (+370 °C) em soldadura dupla com canal de prova.

Em zonas particulares de escavação remates e detalhes, onde não é tecnicamente possível efectuar termossoldadura dupla, será utilizada termossoldadura simples (em banda) com uma largura mínima de 2,5 cm, normal 4 cm. Os remates que inspirem maiores preocupações serão reforçados com geomembrana do mesmo tipo.

As soldaduras serão testadas visualmente complementado com o sistema mecânico com haste metálica ou por pressão através da injeção de ar no canal de prova e submetido a uma pressão que de 2 Bar. A termossoldadura testada será considerada apta se durante os minutos seguintes o abaixamento da pressão rondar os 20% Quantidade aproximada de -13.400,00 m²

COM PÓRTICO A...

Com geomembrana Sikaplan 14.6 V Tunnel e geotêxtil GD 800 Preço n/m² -11.30 + IVA

NOTA 1: Os preços apresentados pressupõem frentes de trabalho contínuas nunca condicionadas por qualquer trabalho da vossa responsabilidade de forma que a A... só cesse os trabalhos de impermeabilização nas horas de descanso habitual. Além disso, este preço considera que o trabalho é executado numa única intervenção e que os refúgios são executados em simultâneo com o sistema de impermeabilização geral.

NOTA 2: O preço apresentado só é válido para a medição teórica (produto do desenvolvimento pela diferença entre o Pk inicial e o Pk final), acrescida de 5%, ou seja, por cada m2 (medição teórica) serão facturados 1,05 m2.

NOTA 3: O fornecimento, montagem e desmontagem dos andaimes para execução de gares de emergência e topos das galerias de inversão (SE EXISTIREM), irão estar contemplados nos preços apresentados.

NOTA 4: Referimos que não existem geomembranas com as características solicitadas e para dar resposta às mesmas teríamos uma membrana que duplicava o preço das apresentadas. Assim a A..., apresenta apenas preço para a membrana já oportunamente aplicada em obra (Sikaplan). Se o cliente não aceitar esta geomembrana o preço terá de ser revisto em função da geomembrana pretendida.

NOTA 5: À semelhança da geomembrana de PVC, referimos que o preço proposto apenas contempla o geotêxtil apresentado, já oportunamente aprovado e aplicado em obra. No caso deste não ser aprovado o preço terá de ser ajustado de acordo com o material pretendido pela fiscalização.

Acessórios

(se necessário)

1 - PROTECÇÃO DO SISTEMA IMPERMEABILIZANTE NAS JUNTAS DE BETONAGEM

Preço p/

ml - 4,50 € + IVA

Aplicação de faixa com +- 0,33 metros de largura de geomembrana de protecção em PVC com 1,5 mm de espessura termossoldada por banda entre si e ao sistema impermeabilizante, na zona das juntas de betonagem

2 - JUNTAS DE REMATE OU DE participação Preço p/ml - 14,10 € +IVA

Por forma a criar um remate minimamente estanque nos topos dos túneis serão aplicados juntas Waterbar de superfície tipo AT 200.3 GC que respeitarão os pormenores a definir para cada zona em particular. Estas juntas serão termossoldadas por banda à geomembrana impermeabilizante "in loco" e ficarão consolidadas ao betão de revestimento.

3 - TUBOS DE INJECCÃO

Preço p/unid - 8.00

€ +IVA

No sentido de se poder preencher os vazios deixados na fase de betonagem na zona mais elevada do tecto e compreendidos entre o betão de revestimento e a membrana impermeabilizante, serão aplicados falanges de PVC tipo TRUMPET às quais serão rematados tubos que atravessarão a espessura do betão e permitirão a injeccção se necessário.

4 - PEÇAS DE SUSPENSÃO DAS ARMADURAS TIPO TRUMPET

Preço D/unid - 9,50 € + IVA

Serão aplicadas falanges de PVC tipo T'RUMPET ao sistema impermeabilizante e aos varões lisos de aço inox com diâmetro 16 mm aos quais será fixada a armadura.

5 - PEÇAS DE SUSPENSÃO DAS ARMADURAS TIPO SIKA

ANCHOR Preço n/unid - 40,00 € + IVA

Serão aplicadas falanges de PVC tipo Sika Anchor ancoradas ao betão primário ao suporte nos quais será roscado um varão M 16 sistema impermeabilizante e aos varões lisos de aço inox com diâmetro 16 mm aos quais será fixada a armadura.

6 - Fornecimento e aplicação de tipo Armadrain 500 ou Cordrain

(1100x10) Preço p/ml/m2 - 7,95 € + IVA

Aplicação de manta alveolar, a fornecer ou não pelo cliente conforme opção, tendo como função principal aliviar pressões e conduzir com maior facilidade as águas para os drenos laterais a aplicar nas bases dos hasteais. Este material pode ser substituído pelo dreno laminar ou circular apresentados nos artigos seguintes.

Nota: Quando a largura for inferior a um metro (caso corrente por condicionalismos de aplicação) os preços serão por metro linear, quando a largura for superior a um metro os preços serão por metro quadrado.

7- Fornecimento e aplicação de dreno longitudinal tipo Stabidrain

(0,30 x 0,04m). - Preço(ml 7,20 € + IVA

Posicionamento do dreno laminar na base dos hasteais se optarem pela solução 7ª.

8 - REMATES A BUEIROS EM TUBO DE PVC: DE 50 mm (Material A

Fornecer Pelo Cliente) - Preço n/und - 4.50 € + IVA

Execução do remate dos bueiros que recebem a água dos drenos longitudinais ao sistema de impermeabilização.

CONDIÇÕES GERAIS

Validade Da Proposta:	30 dias
Início Dos Trabalhos:	De acordo com as necessidades da obra
Prazo De Execução:	De acordo com as necessidades da obra
Pagamento:	120 dias após emissão das nossas facturas
Consideramos de Vossa Conta:	

1 - Gunitagem completa das superfícies e regularização das mesmas (pontos cortantes) de acordo com as nossas indicações. O betão tem que possuir resistência para suportar as fixações mecânicas aplicadas a tiro;

2 - Colocação de drenos provisórios para captação e condução das águas fluentes à superfície de escavação, sempre que as mesmas criem condicionamentos técnicos e de segurança ao avanço dos trabalhos;

- 3 - Desobstrução e limpeza integral da soleira do túnel nas zonas da nossa frente de trabalho, para rolamento livre da plataforma de trabalho sem qualquer tipo de dificuldades;
- 4 - Corte de todas as peças metálicas salientes, nomeadamente, redes, cabeças de parafusos e grampos, bem como as esperas das sapatas nas zonas das duplas soldaduras;
- 5 - Furacões pontuais ao longo do túnel para a introdução de ferrolhos para amarrar mecanismo de translação das plataformas em tempo útil;
- 6 - Transporte do material do estaleiro da obra para as frentes de trabalho à medida das nossas necessidades e ajuda na descarga do mesmo aquando do fornecimento;
- 7 - Equipamento de ventilação junto da nossa frente de trabalho para correcto arejamento da zona e de todo os dispositivos de segurança com carácter colectivo e inerentes a este tipo de obras;
- 8 - Todas as marcações (apoio de topografia) necessárias para assegurar um correcto posicionamento dos vários elementos que compõem o sistema de impermeabilização e os elementos auxiliares do mesmo;
- 9 - Definição atempada dos pormenores de remate e do desenvolvimento do sistema de impermeabilização para possibilitar a requisição atempada do material com as medidas ajustadas às necessidades da obra;
- 10 - Cedência de equipamento e operadores na montagem e desmontagem da plataforma de trabalho;
- 11 - Fornecimento, montagem e desmontagem de andaimes para execução da impermeabilização nas gares de emergência e topo de eventuais galerias de inversão, bem como a deslocação das plataformas para estes últimos locais;
- 12 - Fornecimento e montagem dos sistemas de iluminação das plataformas e energia eléctrica rectificada sem interrupções através da instalação de quadros eléctricos montados nos pórticos com cinco tomadas de 220 Volts 16 Ampers;
- 13 - Fornecimento e aplicação de varões de aço inox ou aço galvanizado para amarração das armaduras e tubos de injeção com plataforma da vossa conta que também servirá para procedermos aos respectivos remates;
- 14 - Área com cerca de 100 m² para correcto armazenamento dos geotêxtil e do PVC e Cedência de contentor marítimo para funcionar como ferramentaria e do restante material.

Esperando que esta nossa proposta mereça a provação de V. Exas.

apresentamos os melhores cumprimentos, e, entretanto, subscrevemo-nos com toda a consideração” - **(F)**;

9 - Em 03.08.2004 o 1º réu enviou à autora o escrito cuja cópia se encontra a fls. 18, do qual consta, além do mais, o seguinte:

“Vimos confirmar a adjudicação dos trabalhos constantes da Vossa proposta JJ-JJ-04.06.0032b datada de 23/07/2002. Junto enviamos minuta do contrato tipo para Vossa análise e comentários.

O início dos trabalhos de impermeabilização da soleira está previsto para o início de Setembro.

Solicitamos a marcação urgente de uma reunião em obra para se discutir a programação dos trabalhos e seus procedimentos e a eventual execução dos trabalhos na zona das rampas” - **(G)**;

10 - Entre o 1º réu, na qualidade de primeira outorgante, e a autora, na qualidade de segunda outorgante, foi celebrado o acordo cuja cópia se encontra a fls. 92 a 100, datado de 3 de Agosto de 2004 do qual consta, além do mais, o seguinte:

“2. - ANTECEDENTES

O R1... é adjudicatário da Empreitada de EXECUÇÃO DO EMPREENDIMENTO TÚNEIS RODOVIÁRIOS - TÚNEL I por prerrogativa de R2..., adiante designado por **DONO DA OBRA**.

3. - OBJECTO

Para a Empreitada mencionada no número anterior, o R1..., adjudica em regime de subempreitada os trabalhos de:

· **IMPERMEABILIZAÇÕES DO TÚNEL E RAMPAS DE ACESSO E EDIFÍCIOS DE APOIO** de acordo com o Caderno de Encargos e Especificação de Compras em Anexo.

4. - OBRIGAÇÕES

4.1. - DO PRIMEIRO OUTORGANTE

4.1.1. - Os trabalhos necessários à normal prossecução da obra, nomeadamente os seguintes:

- Regularização das superfícies onde se aplica a impermeabilização, incluindo corte de todas as peças metálicas salientes.
- Fornecimento de água e electricidade no estaleiro, iluminação e ventilação no túnel , assim como meios de carga e elevação. Área necessária para estaleiro.
- Apoio Topográfico.
- Desobstrução das frentes de trabalho para o normal funcionamento .
- Cedência de operários para montagem e desmontagem da plataforma de trabalho a fornecer pela A... para a abóboda e hasteais do túnel.
- Fornecimento e montagem de andaimes nos nichos se necessários e nas rampas.

4.2. - DO SEGUNDO OUTORGANTE

4.2.1. - O segundo outorgante obriga-se a cumprir o presente contrato em conformidade prioritariamente com o Projecto e o Caderno de Encargos da

Empreitada Geral, dos quais declara ter conhecimento e perfeito entendimento, que para todos os efeitos aqui se dão como reproduzidos e integrados. Deverá também cumprir todas as instruções que lhe venham a ser dadas por um representante autorizado do primeiro outorgante.

4.2.2. - O segundo outorgante obriga-se a prestar a melhor colaboração à execução simultânea de outros trabalhos.

(...)

4.2.4. - O segundo outorgante é inteiramente responsável pela boa execução, qualidade e segurança dos trabalhos subempreitados, assumindo uma obrigação de resultado face ao primeiro outorgante.

(...)

4.2.7. - O segundo outorgante aceita, na execução dos trabalhos a que diz respeito o presente contrato, a obrigação de cumprir todas as ordens procedentes do R1.... O não cumprimento por parte do SUBEMPREGATEIRO do inscrito nesta alínea pressupõe a imediata suspensão total ou parcial dos trabalhos.

5. - PREÇOS

5.1. - Os trabalhos são adjudicados em regime de série de preços por: Euros 227 675, 50 € (Duzentos e Vinte e Sete Mil Seiscentos e Setenta e Cinco e Cinquenta Cêntimos)

de acordo com a LISTA que se apresenta em ANEXO a este contrato.

5.2. - Nos preços indicados em 5.1, encontram-se incluídos, por serem da responsabilidade do segundo outorgante, os seguintes encargos:

5.2.1. - Qualquer tipo de impostos, excluindo o Imposto Sobre o Valor Acrescentado (IVA), que se assinalará discriminado nas facturas.

5.2.2. - Licenças, taxas, alvarás e todos os gastos resultantes dos trâmites relativos ao transporte, seguros e mobilização do seu equipamento.

5.2.3. - Meios auxiliares de segurança relativos ao pessoal da responsabilidade do segundo outorgante, de acordo com a Legislação vigente de Higiene e Segurança no Trabalho e Plano de Segurança da Obra. 5.2.4. -

Execução de todos os remates necessários para a conclusão dos trabalhos adjudicados.

5.2.5. - Limpeza de obra relativa aos trabalhos que lhe compete, a efectuar em data a determinar pelo Director da Obra.

Em alternativa ou no caso de não ser efectuada nos prazos fixados, poderá ser realizada pelo ACE, sendo os custos daí provenientes debitados ao SUBEMPREGATEIRO.

5.2.6. - A permanência de um responsável pela execução dos trabalhos cujo nome será comunicado por escrito ao ACE, antes do seu início.

5.2.7. - Erros e Omissões do projecto e todos os trabalhos inerentes, ainda que

não especificados, mas conducentes ao cumprimento do projecto e das condições do Caderno de Encargos, bem como à boa execução e funcionamento da obra.

5.3. - Os preços incluídos neste contrato não são revisíveis.

5.4. - É vedado ao SUBEMPREGATEIRO reclamar qualquer pagamento com base nas condições contratuais existentes entre o R1... e O DONO DA OBRA.

5.5. - O SUBEMPREGATEIRO é obrigado a executar trabalhos que, por qualquer circunstância, não estejam incluídos na lista contratual inicial, sempre que sejam requeridos pelo R1....

5.5.1. - Os trabalhos a mais da mesma espécie serão pagos de acordo com os preços unitários constantes da lista contratual inicial;

5.5.2. - Os trabalhos a mais não previstos e de espécie diferente serão pagos aos preços acordados entre a Direcção de Obra do R1..., e O SUBEMPREGATEIRO. Caso não haja acordo os pagamentos serão efectuados obrigatoriamente, pelo valor fixado pelo R1..., podendo o 2º Outorgante requerer uma arbitragem para determinar os preços definitivos.

Haverá lugar à correcção e ao pagamento das diferenças se as houver.

5.5.3. - Qualquer trabalho a mais será objecto de um ADITAMENTO ao contrato inicial, assinado por ambas as partes e sem o qual não se efectuará qualquer pagamento.

5.6. - O R1... poderá executar parte dos trabalhos incluídos neste contrato, com a ajuda de meios auxiliares, sempre que o SUBEMPREGATEIRO incumpra nas ordens de execução indicadas pela Direcção de Obra, sendo os encargos correspondentes descontados na facturação.

5.7. - O R1... poderá sempre retirar, por causa justificada, parte dos trabalhos incluídos neste contrato, desde que para o efeito avise por escrito O SUBEMPREGATEIRO COM 15 dias de antecedência.

Este facto não confere ao SUBEMPREGATEIRO direito a qualquer indemnização.

6. - CONDIÇÕES GERAIS DE PAGAMENTO

6.1. - FORMA DE PAGAMENTO

6.1.1. - O pagamento das facturas efectuar-se-á ao dia 15, imediatamente após ter decorrido o prazo de dias a contar da data de entrada da factura, segundo o ponto 6.2.

Este pagamento será efectuado através de transferência bancária na conta corrente que nos indicarem.

6.1.2. - Não serão efectuados pagamentos se as facturas não estiverem conforme e correctas.

(...)

6.2. - APRESENTAÇÃO DAS FACTURAS

6.2.1. - O SUBEMPREGATEIRO apresentará, no estaleiro do R1... a respectiva factura em triplicado, acompanhada do original do Auto de Medição, assinado por representantes de ambas as partes com poderes para o acto e contendo o respectivo carimbo de cada uma delas.

6.2.2. - A factura fará referência ao número do Contrato e do respectivo Auto de Medição.

6.2.3. - A factura apresentará obrigatoriamente o valor dos trabalhos facturados desde a origem, deduzindo-se as importâncias das facturas já emitidas.

6.3. - APRESENTAÇÃO DO AUTO

6.3.1. - Mensalmente, a Direcção de Obra e o representante do SUBEMPREGATEIRO realizarão as medições dos trabalhos efectuados e, em conformidade com o resultado das mesmas, elaborarão o AUTO DE MEDIÇÃO, único documento válido para efeitos de facturação.

6.3.2. - Os AUTOS DE MEDIÇÃO terão, sempre, um processamento informático, serão elaborados de acordo com modelo a vigorar no R1..., e neles constarão as medições e importâncias à origem e ao mês de todos os trabalhos já realizados.

(...)” - **(H)**;

11 - Do acordo referido em 10. faz parte integrante a “Lista de Quantidade e Preços” que constitui o documento de fls. 139, com o seguinte conteúdo:

Art.	Designação	Unid.	Preço unit.	Quant.	Valor total
1	Fornecimento e montagem de sistema de impermeabilização do túnel mineiro, constituído por geomembrana Sikiplan 14.6V Tunnel e Geotêxtil GD800	m ²	11,30	14.070	158.991,00
2	Protecção do sistema impermeabilizante nas juntas de betonagem	ml	4,50		
3	Juntas de remate ou compartimentação	ml	14,10	70	987,00
4	Tubos de injeção	un	8,00	200	1.600,00
5	Preços de suspensão das armaduras tipo Sika Anckor	Un	40,00	500	20.000,00
6	Remates a bueiros em tubo de PVC 50mm	Un	4,50	50	225,00

7	Fornecimento e montagem de sistema de impermeabilização nas paredes das rampas constituída por geotêxtil GD500, geomembrana Sikaplan 14.6V Tunnel e Geotêxtil GC500	m ²	14,45	2000	28.900,00
8	Fornecimento e montagem de sistema de impermeabilização na laje das rampas constituída por geotêxtil GD500, geomembrana Sikaplan 14.6 Tunnel	m ²	11,30	14.070	12.430,00
9	Aplicação de geotêxtil 500g/m ² , de geomembrana PVC 2,0mm e aplicação de geotêxtil 500g/m ² com material todo fornecido pelo ACE no edifício do Portal Oeste em:				
9.1	Paredes	m ²	7,65	350	1.912,50
9.2	Cobertura	m ²	5,95	200	990,00
9.3	Ligação de Geomembrana PVC à junta waterstop existente por termosoldadura	ml	8,00	120	960,00
9.4	Execução de remate do sistema de impermeabilização nos tubos e cabos de passagem para o exterior do edifício				
9.4.1	Tubos até 70 mm	un	16,00	10	160,00
9.4.2	Tubos entre 70 e 10mm	un	22,00	10	220,00
9.4.3	Tubos entre 100 e 150mm	ml	30,00	10	300,00
				Total contratado	227,675,50

- **(I);**

12 - A autora iniciou os trabalhos discriminados em 7. a 11. em Setembro de 2004 - **(J);**

13 - Em 25.10.2004 a autora e o 1º réu subscreveram o auto de medição cuja cópia consta de fls. 20, respeitante ao fornecimento e montagem do sistema de impermeabilização no túnel mineiro, constituído por geomembrana Sikaplan 14.6V e Geotextil, correspondente a 3.675,00 m² - **(K);**

14 - Esse auto de medição deu lugar à emissão da factura 2004.N17.00071, de 29/10/2004, no valor de € 49.417,73 - **(L);**

15 - Até ao momento o 1º réu não pagou à autora a quantia referida em 14. -

(M);

16 - Em 02.10.2004 a autora e o 1º réu subscreveram o auto de medição cuja cópia consta de fls. 21, respeitante ao fornecimento e montagem do sistema:

a) de impermeabilização no túnel mineiro, constituído por geomembrana

Sikaplan 14.6V e Geotextil GD900, correspondente a 5.612,25 m²;

b) de impermeabilização das paredes das rampas constituídas por Geotextil GD 800, Geomembrana Sikaplan 14.6 V Tunnel e Geotextil GD 900,

correspondente a 600,00 m² - **(N);**

17 - Esse auto de medição deu lugar à emissão da factura nº 2004.N17.00084, de 30/11/2004 no valor de € 85.785,23 - **(O);**

18 - Até ao momento o 1º réu não pagou à autora a quantia referida em 17. -

(P);

19 - Em 22.12.2004 a autora e o 1º réu subscreveram o auto de medição cuja cópia consta de fls. 22, respeitante:

a) ao fornecimento e montagem de sistema de impermeabilização no túnel mineiro, constituído por geomembrana Sikaplan 14.6V e Geotextil GD900,

correspondente a 3.885,00 m²;

b) a juntas de remate ou compartimentação, correspondente a 50,00 ml;

c) a tubos de injeção, correspondentes a 100,00 unidades;

d) a peças de suspensão das armaduras tipo Sika Anchor, correspondentes a 450,00 unidades;

e) ao fornecimento e montagem de sistema de impermeabilização das paredes das rampas constituídas por Geotextil GD 800, Geomembrana Sikaplan 14.6 V

Tunnel e Geotextil GD 900, correspondente a 1.000,00 m² - **(Q);**

20 - Esse auto de medição deu lugar à emissão da factura nº 2004.N17.00091, de 30/12/2004, no valor de € 92.648,05 - **(R);**

21 - Até ao momento o 1º réu não pagou à autora a quantia referida em 20. -

(S);

22 - A autora e o 1º réu subscreveram ainda um auto de medição respeitante:

a) a juntas de remate ou compartimentação, correspondente a 80,00 ml;

b) a tubos de injeção, correspondente a 73,00 unidades;

c) a peças de suspensão das armaduras tipo Sika Anchor, correspondente a 222,00 unidades;

d) a aplicação de Geotextil 500 gr/m² de geomembrana PVC 2,0 mm e aplicação de geotextil 500 gr/m² com material fornecido pelo ACE no Edifício do Portal Oeste em:

o Paredes, correspondente a 250,00 m²;

o Cobertura, correspondente a 120,00 m²;

o Fornecimento e colocação de laminodreno nos hasteais e abóboda (250,00 m²) e fornecimento e colocação de trompetes de 1 ½, correspondente a 17 unidades - **(T)**;

23 - Esse auto de medição deu lugar à emissão da factura nº 2005.N17.00033, de 26/04/2005, no valor de € 15.948,38 - **(U)**;

24 - Até ao momento o 1º réu não pagou à autora a quantia referida em 23. - **(V)**;

25 - A autora e o 1º réu subscreveram ainda um auto de medição respeitante:

a) a juntas de remate ou compartimentação, correspondente a 300,00 ml;

b) a tubos de injeção, correspondente a 224,00 unidades;

c) a peças de suspensão das armaduras tipo Sika Anchor, correspondente a 2,00 unidades;

d) a remates a bueiros em tubos de PVC 50 mm, correspondente a 50,00 unidades;

e) a fornecimento e montagem de sistema de impermeabilização das paredes das rampas constituídas por Geotextil GD 800, Geomembrana Sikaplan 14.6 V Tunnel e Geotextil GD 900, correspondente a 1.026,81 m²;

f) a aplicação de Geotextil 500 gr/m² de geomembrana PVC 2,0 mm e aplicação de geotextil 500 gr/m² com material fornecido pelo ACE no Edifício do Portal Oeste em:

o Paredes, correspondente a 14,48 m²;

o Cobertura, correspondente a 119,46 m²;

g) Aplicação de sistema de impermeabilização na laje de cobertura frente Oeste, constituído por geomembrana Sikaplan 14.6V e Geotextil GD500, correspondente a 983,06 m²;

h) Remates em aço *inox* no Edifício Portal Oeste e Laje de Cobertura, correspondente a 25,00 ml - **(W)**;

26 - Esse auto de medição deu lugar à emissão da factura nº 2005.N17.00048, de 31/05/2005, no valor de € 37.894,48 - **(X)**;

27 - Até ao momento o 1º réu não pagou à autora a quantia referida em 26. - **(Y)**;

28 - Do acordo referido em 10. faz parte integrante o escrito de fls. 130 a 137, denominado “Secção 11 - Impermeabilização”, do qual consta, além do mais, o seguinte:

“Esta Secção diz respeito à impermeabilização dos túneis, a qual será feita através da instalação de uma membrana de impermeabilização entre o revestimento de betão projectado e o revestimento final.

(...)

O objectivo da membrana de impermeabilização nas estruturas subterrâneas é

o de evitar infiltrações de água para dentro dos túneis e proteger o revestimento final de betão contra influências químicas prejudiciais. A membrana de impermeabilização será sempre colocada entre o suporte de betão projectado e o revestimento final de betão. Quando o túnel estiver localizado abaixo do nível freático, será aplicada também uma membrana de impermeabilização na soleira em arco invertido do túnel, o que resulta num túnel totalmente impermeável.

O sistema de impermeabilização é constituído por duas camadas: a primeira consiste numa folha de feltro protectivo (Geotextil) ajustado à superfície de betão projectado e a segunda é constituída pela membrana de impermeabilização convenientemente unida ao interior do feltro.

Enquanto que a função de selagem será providenciada pela membrana, a camada de feltro é necessária para proteger a membrana de impermeabilização contra qualquer dano resultante do contacto com a superfície de betão projectado e para evitar o engate entre o betão e o betão projectado no caso de diferenciais do suporte do betão projectado e do revestimento final” - **(Z)**;

29 - No dia 7 de Janeiro de 2005, o 1º réu enviou à autora um fax no qual escreveu o seguinte:

“Vimos pelo presente e após uma vistoria ao túnel informar que se detectaram infiltrações de água em dois pontos (nicho NCI 4 e numa junta de betonagem ao P.K. 0+308).

Tais infiltrações devem-se aos seguintes factos:

- 1 - A junta horizontal de ligação da impermeabilização da abóboda com a de soleira não é estanque (ver fotos anexas);
- 2 - Nas zonas onde foram executados os ensaios da dupla soldadura temos, também, pontualmente entrada de água.

Solicitamos por isso uma resposta célere para a resolução destas infiltrações” - **(AA)**;

30 - No dia 21 de Fevereiro de 2005, o 1º réu enviou à autora um fax no qual escreveu o seguinte:

“Constatando-se a presença de água no interior do túnel, o sistema de impermeabilização executado por V. Exas. não está a ter o desempenho para que foi projectado (ver registos fotográficos anexos)

Neste contexto, nos termos do estabelecido no ponto 11.2 do contrato de subempreitada celebrado solicita-se que no prazo de 48 h seja definida por V.Exas a acção correctiva a implementar, que deverá ficar executada até ao final da semana em curso” - **(BB)**;

31 - O Ponto 11.2 do acordo referido em 10. tem a seguinte redacção:
“Se alguns dos trabalhos já realizados apresentarem deficiências

incompatíveis com o bom resultado em termos técnicos e/ou estéticos da obra em geral, serão corrigidos pelo SUBEMPREGATEIRO, que suportará todos os gastos inerentes à substituição e colocação de materiais, correções, demolições e/ou indemnizações daí decorrentes” - **(CC)**;

32 - No dia de 23 de Fevereiro de 2005, a autora enviou ao 1º réu um fax no qual escreveu o seguinte:

“Em primeiro lugar é com surpresa que recebemos tal informação, pois no Mês de Janeiro já se tinha levantado o problema de pequenas infiltrações em três ou quatro zonas específicas;

Por outro lado, ainda na semana passada (17/02/2005), na visita realizada à Obra, onde percorri toda a extensão do túnel, não detectei nenhuma presença generalizada de água, neste sentido, pode-se à partida retirar uma eventual conclusão, ou seja, algum fenómeno ocorreu, ou ainda pode estar a ocorrer nos últimos dias;

Relativamente à solução, neste género de situações o aconselhável é criar condições para a drenagem das águas, de acordo com o nosso fax 05-BH-003; Aproveito para pedir que nos fossem enviadas as fotos por mail, pois as mesmas mencionadas no V/fax não nos chegaram, para podermos analisar mais em detalhe a questão” - **(DD)**;

33 - A esse fax respondeu o 1º réu através de um outro datado de 24.02.2005. no qual escreveu o seguinte:

“1. Relativamente ao momento em que se manifestou a presença de água no interior do túnel, e conseqüentemente Vos foi reclamado a ineficácia do sistema de impermeabilização instalado por essa empresa, importa ter presente que a mesma surgiu na sequência dos trabalhos de selagem das trompetes do túnel, e conseqüente subida do nível freático no exterior. Não existe pois motivo para se mostrarem surpreendidos com o facto de só agora Vos ter sido reclamado a situação, pois não era possível tê-la detectado mais cedo.

2. Contrariamente ao solicitado não apresentaram V.Exas. qualquer acção correctiva para a resolução do problema, por forma a garantir a impermeabilidade do túnel, face à previsível presença de água no exterior.

3. Nesse contexto atendendo ao estabelecido no ponto 7.3 do Contrato de Subempreitada, informamos que a partir da próxima 2ª feira (28 de Fevereiro de 2005) iremos implementar o procedimento que se anexa para a selagem do túnel, sendo que Vos serão debitados os encargos em que este R1... incorrer com a execução desses trabalhos, em conformidade com a lista de preços unitários anexa, e tendo em consideração as quantidades efectivas de trabalhos que vierem a ser realizados” - **(EE)**;

34 - O Ponto 7.3 do acordo referido em 10. tem a seguinte redacção: “São de

conta do segundo outorgante todos os gastos que o R1... seja obrigado a suportar com o fornecimento de serviços ou tarefas necessárias à correcção dos ditos defeitos, caso o SUBEMPREGATEIRO não os corrija” - **(FF)**;

35 - Ainda no dia 24.02.2005 a autora enviou um fax ao 1º réu no qual declara, além do mais, não assumir “(...) qualquer responsabilidade sobre os custos das intervenções que V. Exas. apresentam na Vossa comunicação”, tendo concluído com uma solicitação ao Réu para “...uma visita à Obra em conjunto com as partes envolvidas no processo, para que possamos avaliar com detalhe toda a situação” - **(GG)**;

36 - A esse fax respondeu o director técnico do 1º réu através de fax de 01.03.2005, do qual consta, além do mais, o seguinte:

“Quanto à V. disponibilidade para em conjunto com este R1..., encontrar a solução mais viável e compatível com o sistema de impermeabilização aplicado, sugerimos que antes de mais submetam à consideração deste R1..., a acção correctiva que se propõe implementar para a urgente resolução da situação” - **(HH)**;

37 - Em 25 de Fevereiro de 2005, a autora havia enviado ao 1º réu outro fax, no qual escreveu:

“Vimos por este meio informar, que de acordo com o exposto na nossa comunicação de ontem, hoje realizamos uma visita à Obra, infelizmente não nos foi possível estar com o Sr. Engº [...], no entanto, fizemos um levantamento fotográfico, assim como, uma visualização pormenorizada ao longo de toda a secção do túnel. Tivemos a possibilidade de ser acompanhados num dos percursos por um encarregado do consórcio. Aproveitamos para mais uma vez, afirmar que ficamos ao Vosso dispor para que em conjunto, possamos analisar mais em detalhe toda a situação” - **(II)**;

38 - A esse fax respondeu o director do 1º réu através de fax datado de 1 de Março de 2005, no qual escreveu, nomeadamente, o seguinte:

“Relativamente ao exposto, registamos que apesar de toda a disponibilidade manifestada, até à presente data V.Exas. continuam a não apontar qual a solução que se propõem adoptar para a resolução da situação. Face às implicações desta situação na progressão dos trabalhos, e perante a ausência de respostas concretas por parte dessa empresa relativamente às acções correctivas a adoptar para a resolução da situação, informamos que a partir do próximo dia 7 de Março de 2005, iremos proceder à implementação do procedimento de selagem que oportunamente Vos transmitimos, reservando-nos o direito de proceder ao débito a essa empresa dos custos incorridos.

Para análise desta situação, manifestamos a nossa disponibilidade para a realização de reunião de trabalho, propondo o seu agendamento para o

próximo dia 3 de Março de 2005, pelas 15h, no estaleiro da obra” - **(JJ)**;

39 - Em 3 de Março de 2005 ocorreu uma reunião entre os representantes da autora e do 1º réu, na qual foi discutido o problema das infiltrações de água no interior do Túnel - **(KK)**;

40 - Nessa reunião a autora afirmou não assumir qualquer responsabilidade pelas infiltrações de água no interior do Túnel - **(LL)**;

41 - Em 9 de Agosto de 2005, pela R2..., pelo R1..., Adjudicatário da Empreitada e pela [...], como Fiscalizadora da Empreitada foi assinado o documento cuja cópia se encontra a fls. 201/202, denominado

“Auto de vistoria para efeitos de recepção provisória”

do qual consta, além do mais, o seguinte:

«(...)

Foi ainda ressalvado, pela entidade Adjudicante, que ainda não está resolvido de forma satisfatória e definitiva o problema das infiltrações de água ao longo de todo o Túnel, tendo a entidade Adjudicatária entregue em tempo o seu parecer e qual o procedimento a implementar por forma a garantir os pressupostos de Projecto. A implementação das medidas indicadas deverá ser terminada até à data supra. Refira-se que a entidade adjudicante solicitou um parecer externo sobre este assunto e que se anexa ao presente Auto, o qual não corrobora a versão do Projectista da entidade Adjudicatária. Por esta mesma razão terá que se avaliar durante o período de garantia da obra - após conclusão de todos os trabalhos - a evolução desta situação, por forma a adoptar as medidas que a entidade adjudicante entenda como necessárias à luz das informações e pareceres obtidos, podendo, nesse período, exigir que a entidade adjudicatária, por sua conta, proceda a execução dos trabalhos ou à adopção das medidas necessárias a colmatar quaisquer deficiências que se venham a verificar» - **(MM)**;

42 - A autora não executou as 50,00 unidades de remates e bueiros referidas em 25. d) - **(1º)**;

43 - Após a cobertura integral da membrana impermeabilizante na sua face interior, para selagem integral do túnel, os pontos de drenagem de água (trompetes) foram injectados com resinas hidro-expansivas - **(2º)**;

44 - No início de Janeiro de 2005 foram detectadas infiltrações de água dentro do túnel - **(3º)**;

45 - Na sequência do que o 1º réu enviou à autora o fax referido em 29. - **(4º)**;

46 - A presença de água no interior do túnel generalizou-se durante o mês de Fevereiro de 2005 - **(5º)**;

47 - Na sequência do que o 1º réu enviou à autora o fax referido em 30. -

(6º);

48 - Após a escavação do túnel, a água existente no seu exterior concentrou-se no espaço existente entre o revestimento provisório de betão projectado e a membrana impermeabilizante - **(7º);**

49 - Na sequência do que foram abertos pontos de drenagem de água (trompetes) - **(8º);**

50 - Nessa altura, o nível freático do terreno em volta do túnel baixou porque a água entrou para dentro do mesmo - **(9º);**

51 - Ao proceder-se à selagem dos pontos de drenagem de água (trompetes), a água deixou de entrar para dentro do túnel - **(10º);**

52 - Em virtude do que o nível freático do terreno em volta do túnel voltou a subir - **(11º);**

53 - E se generalizou a presença de água dentro do túnel - **(12º);**

54 - Na reunião referida em 39. o 1º réu instou a autora a apresentar e implementar uma solução com vista à eliminação das infiltrações de águas no interior do Túnel - **(13º);**

55 - Na reunião referida em 39., a autora afirmou não ser responsável pelas ditas infiltrações, pelo que não implementaria qualquer solução com vista à sua eliminação, sem que antes o 1º réu assumisse o pagamento por esses trabalhos a mais - **(14º);**

56 - Na sequência do que o 1º réu, a partir de Março de 2005, implementou, através de terceiros, uma solução para estancar entrada de água no interior do Túnel - **(15º);**

57 - Tal solução consistiu na injeção, com resinas hidroexpansivas, das fissuras onde se verificava a passagem de água e conseqüente colmatação das mesmas - **(16º);**

58 - A água que atravessa a membrana de impermeabilização colocada pela autora atravessa, por sua vez, o revestimento final de betão armado do túnel - **(17º);**

59 - Tal membrana de impermeabilização não deve ser atravessada pela água - **(18º);**

60 - O revestimento de betão armado tem sempre pequenas fissuras, próprias de tal tipo de material - **(19º);**

61 - Esse revestimento tem ainda juntas de betonagem nas quais existe uma descontinuidade do betão - **(20º);**

62 - A água que atravessou a membrana referida em 58. entrou no interior do túnel através juntas do betão armado e, pontualmente, através das fissuras referidas em 60. - **(21º);**

63 - A membrana de impermeabilização referida em 58. encontra-se totalmente revestida com betão armado - **(22º);**

- 64** - Razão pela qual não é possível proceder-se à sua reparação - **(23º)**;
- 65** - A selagem das fissuras e das juntas de betonagem referidas em 60. e 61. constituiu a forma de limitar a entrada de água no interior do túnel - **(24º)**;
- 66** - Essa selagem consistiu inicialmente no alargamento, através de furos, da parte visível das juntas de dilatação e das fissuras - **(25º)**;
- 67** - Em seguida ao referido em 66., foi colocada uma válvula através da qual foi injectada resina hidoexpansiva que preencheu as referidas juntas e fissuras - **(26º)**;
- 68** - Em seguida procedeu-se à limpeza da superfície adjacente às fissuras e da superfície das juntas - **(27º)**;
- 69** - E procedeu-se à retirada da válvula de injeção e fecharam-se os furos com argamassa - **(28º)**;
- 70** - Os trabalhos de selagem das fissuras e das juntas referidas em 60. e 61. terminaram em Julho de 2005 - **(29º)**;
- 71** - A solução descrita em 65. a 70. não é susceptível de eliminar a totalidade dos pontos de entrada de água no interior do túnel - **(30º)**;
- 72** - Após a implementação da referida solução, com vista à eliminação em definitivo das infiltrações do interior do Túnel, foi preconizado um sistema de drenagem natural, através da instalação de caleiras colectoras da água nas juntas do betão - **(31º)**;
- 73** - As quais recolhem a água que, após a implementação da solução referida em 65. a 70., ainda entra no túnel e a conduzem para o sistema de drenagem de águas pluviais do mesmo - **(32º)**;
- 74** - Até ao momento [com referência a 17.10.2005] a 2ª ré aceitou a implementação da solução referida 72. e 73., na condição dos caudais de água no interior do túnel não voltarem a subir - **(33º)**;
- 75** - O 1º réu despendeu, à presente data [com referência a 17.10.2005], a importância de € 285.296,30, com a implementação da solução referida em 65. a 70. - **(34º)**;
- 76** - E ainda terá de suportar os custos inerentes à erradicação completa das infiltrações de água no túnel - **(35º)**;
- 77** - O 1º réu apenas em Maio de 2005 enviou à autora uma cópia assinada do acordo referido em 10. - **(36º)**;
- 78** - Os trabalhos acordados entre a autora e o 1º réu previam três fases de execução, sendo:
- a) a primeira, a fase de impermeabilização da soleira do túnel;
 - b) a segunda, a fase de impermeabilização da soleira/hasteais;
 - c) a terceira, a fase dos hasteais/abóboda - **(37º)**;
- 79** - Na altura da realização dos trabalhos respeitantes à primeira fase referida em 78. a), foi detectada, na soleira do túnel, a acumulação de água

com uma altura entre 3 a 5 cms - **(38º, 45º, 47º e 48º);**

80 - A autora solicitou então ao 1º réu que efectuasse, antes da aplicação, pela mesma, do sistema de impermeabilização, uma drenagem primária para desvio das águas da zona a impermeabilizar - **(39º);**

81 - A drenagem referida em 80. foi necessária:

a) para a instalação, pela autora, do sistema de impermeabilização;

b) para permitir a aderência da membrana de impermeabilização ao betão - **(40º);**

82 - Essa drenagem foi efectuada para permitir também a aderência entre as camadas de material colocadas - **(41º);**

83 - Sem o que não era possível obter o nível de impermeabilização desejado pelos réus - **(42º);**

84 - Após a solicitação referida em 80., o 1º réu implementou um sistema de drenagem longitudinal ao longo da soleira - **(43º e 52º);**

85 - Após a realização da drenagem referida em 84., a autora:

a) iniciou a aplicação do feltro Geotextil;

b) seguida da aplicação da membrana de PVC por cima de tal feltro;

c) executou as termosoldaduras entre os rolos de membranas aplicadas - **(44º);**

86 - A aplicação dos materiais geotextil e membrana de pvc foi sujeita a constante inspecção por parte da Fiscalização da Obra e do 1º réu - **(46º);**

87 - A acumulação de água referida em 79. fez com que falhasse a termosoldadura de seis juntas entre os rolos de membranas impermeabilizantes - **(49º);**

88 - O que originou a avaria de uma máquina de termosoldadura - **(50º);**

89 - Na sequência do que a autora recolocou novos rolos de membrana impermeabilizante - **(51º);**

90 - Sem o sistema de drenagem referido em 80. a autora não poderia continuar a aplicar o sistema impermeabilizante - **(53º);**

91 - Tal sistema consistiu na colocação de uma bomba de escoamento de água e de um dreno para afastar a água da zona da soleira - **(54º);**

92 - A autora, ao iniciar a aplicação dos materiais referidos em 85., aconselhou o 1º réu a colocar uma camada de “manta” geotextil por cima da membrana de PVC destinada a impermeabilizar a soleira do túnel, para a proteger da utilização, por aquele, de maquinaria, armaduras e outros materiais susceptíveis de a perfurarem aquando da colocação da camada de betão por cima da dita membrana - **(55º e 56º);**

93 - Ao que o 1º réu acedeu - **(57º);**

94 - Aquando da impermeabilização, pela autora, dos hasteias e da abóboda referidos em 78., c), o 1º réu não aplicou um sistema de drenagem primária

para escoamento da água que afluía da terra às paredes do túnel - **(58º)**;

95 - A água que afluía da terra às paredes do túnel provocou posteriormente o aparecimento de bolsas de água nas membranas de impermeabilização colocadas pela autora nos hasteais do mesmo - **(59º)**;

96 - Apesar do referido em 94., a autora iniciou a colocação do GEOTEXTIL e da membrana de PVC - **(60º)**;

97 - À medida que os trabalhos referidos 96. iam sendo executados, o 1º réu, para enchimento do betão, ia montando armaduras e cofragens de suporte a molde, por cima das membranas de impermeabilização aplicadas pela autora, as quais estavam protegidas por uma camada de geotextil por aquele colocada a solicitação desta - **(61º a 63º)**;

98 - A autora solicitou ao 1º réu a colocação da referida camada de geotextil por temer que tais armaduras e cofragens rasgassem as membranas de impermeabilização por si aplicado - **(64º)**;

99 - O 1º réu aplicou a referida camada de geotextil sobre as membranas de impermeabilização colocadas pela autora, ao nível da soleira do túnel - **(65º)**;

100 - Por várias vezes, durante a execução da obra, empregados da autora foram chamados por responsáveis do 1º réu no local, para procederem à reparação de cortes detectados em membranas de impermeabilização por aquela anteriormente colocadas, provocados por trabalhos por este realizados - **(66º e 67º)**;

101 - A autora reparou os rasgos de cuja existência lhe foi dado conhecimento - **(68º)**;

102 - Pessoas ao serviço do 1º réu na obra do túnel [...], procederam a soldaduras a cerca de 1,30 metros da membrana de impermeabilização colocada pela autora nos hasteais daquele túnel - **(70º)**;

103 - Pouco tempo depois da autora ter iniciado os trabalhos de impermeabilização do túnel, numa zona de acesso ao mesmo, máquinas ao serviço do 1º réu passaram directamente por cima da membrana impermeabilizante já colocada por aquela - **(73º)**;

104 - À medida que os trabalhos nas paredes (hasteais e abóbodas) iam sendo efectuados, a fiscalização da obra ia testando todas as juntas de ligação da membrana - **(74º)**;

105 - Sem que fossem detectadas quaisquer deficiências - **(75º)**;

106 - Devido à afluência de água ao interior do túnel o 1º réu solicitou à autora, como “solução de recurso”, a colocação de uma “manta” drenante em cerca de 200 metros nos hasteais e em 50 m² na abóboda - **(76º)**;

107 - Na altura em que toda a envolvente do túnel se encontrava já impermeabilizada ocorreu a formação de uns “balões de água” nos hasteais do túnel - **(77º)**;

108 - Pessoas ao serviço do 1º réu eliminaram alguns dos “balões de água” referidos em 107., de modo não planeado e sem darem prévio conhecimento à autora - **(80º e 81º)**;

109 - Ao tomar conhecimento de tais cortes, a autora alertou o 1º réu para a gravidade da situação - **(82º)**;

110 - Na sequência do que a autora remendou os cortes efectuados pelo 1º réu nos locais por este indicados - **(83º)**;

111 - Após o que o 1º réu solicitou à autora um orçamento para a colocação de trompetes (tubos) na membrana de PVC com vista ao escoamento da água que se acumulava nos “balões de água” - **(84º)**;

112 - Em virtude do que a autora procedeu à colocação de cerca de 50 trompetes nas paredes do túnel (hasteais), procedendo à soldadura na membrana PVC - **(85º)**;

113 - Por sua vez, o 1º réu colocou nesses trompetes uma extensão tubular com mais 80 centímetros de comprimento - **(86º)**;

114 - O que fez para que os mesmos atravessassem toda a espessura do betão a aplicar pelo 1º réu por cima da membrana PVC - **(87º)**;

115 - O 1º réu efectuou a ligação entre os trompetes colocados pela Autora e essas extensões tubulares - **(88º)**;

116 - Desde o início da obra estava prevista a colocação de outros trompetes na abóboda do túnel, de modo a permitir o posterior enchimento da abóboda com cimento, por injeção - **(89º)**;

117 - Tais trompetes foram colocados pela autora - **(90º)**;

118 - Nestes trompetes o 1º réu voltou a colocar extensões, ligando os trompetes originais a estas novas extensões - **(91º)**;

119 - Após esta operação de colocação de trompetes e ligação dos mesmos a extensões tubulares, o 1º réu encheu as paredes do túnel e a abóboda de betão - **(92º)**;

120 - E selou a boca de abertura de tais extensões - **(93º)**;

121 - Os trabalhos discriminados em 7. a 11. ficaram concluídos em Maio de 2005 - **(94º)**;

122 - Na sequência do auto de medição subscrito em 28SET2004, a A. emitiu a factura 2004.N.17.0068, de 12OUT2004, no valor de € 12.072.05;

123 - As facturas referidas nos pontos 122, 14, 17, 20, 23 e 26 indicam como referência, respectivamente, “ORCC-05.22.ED.06”, “ORCC-05.22.Ed.06”, “ORCC-05.22.Ed.06”, “nº 80.611/8/4/020”, “80.611/8/4/020” e “V/refª 80.611/8/4/020”;

124 - As facturas referidas nos pontos 122, 14, 17, 20, 23 e 26 indicam como data de vencimento, respectivamente, “2005/02/09”, “2005/02/24”, “2005/03/30”, “2005/04/29”, “2005/08/24” e “2005/09/28”;

125 - A factura referida em 122 foi atempadamente liquidada pelo 1º R.;

126 - O acordo referido em 10 foi intitulado de “Contrato de Subempreitada Refª 80.611/8/4/020”.

V - Fundamentos de Direito

No seguimento de consulta efectuada pelo 1º R., a A. enviou proposta para a eventual realização de trabalhos de impermeabilização do túnel [...] (facto 7), na qual se indicava como prazo de pagamento 120 dias após a emissão das facturas (facto 8), proposta essa que o 1º R. aceitou, remetendo, com a aceitação, minuta do contrato tipo para análise e comentários (facto 9).

A A. e o 1º R. formalizaram esse acordo através de escrito, datado de 3AGO2004, no qual se insere, como cláusula 6.1.1:

“O pagamento das facturas efectuar-se-á ao dia 15, imediatamente após ter decorrido o prazo de dias a contar da data de entrada da factura, segundo o ponto 6.2.

Este pagamento será efectuado através de transferência bancária na conta corrente que nos indicarem” (facto 10).

A A. iniciou a realização dos trabalhos em 11SET2004 (facto 12) e relativamente a eles emitiu facturas com datas de 12OUT2004 (facto 122), 29OUT2004 (facto 14), 30NOV2004 (facto 17), 30DEZ2004 (facto 20), 26ABR2005 (facto 23) e 31MAI2005 (facto 26).

Todas essas facturas referem vencimentos a 120 dias (facto 124); o que não mereceu qualquer reparo por banda do 1º R. (facto 125).

Tendo surgido litígio sobre a existência de defeito na obra realizada e imputação da respectiva responsabilidade, e com o manifesto intuito de afastar a aplicação de cláusulas que reputa de desfavoráveis à sua posição, vem a A. invocar a nulidade do contrato por dele não constar o prazo de pagamento.

Vir invocar como fundamento de nulidade de contrato integralmente executado, a propósito de um litígio que nada tem a ver com o prazo de pagamento, a omissão de especificação desse prazo no contrato escrito, quando, durante a execução do contrato, se fez recorrentemente uso do prazo de pagamento por si sugerido na proposta contratual, com plena aceitação por banda do outro contratante, é, em nosso modo de ver, *venire contra factum proprium*, constituindo uso abusivo de direito, o que basta para que não possa ser considerada tal invocação (artº 334º do CCiv).

Mas sempre se adiantará, independentemente de tal consideração, que a invocação de nulidade não poderia proceder.

Com efeito, estando o contrato de subempreitada em causa sujeito ao

regime estabelecido no artº 266º do DL 59/99, 2MAR (Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas)^[4], o certo é que, em primeiro lugar, a nulidade decorrente da inobservância dos requisitos de forma constantes dos nºs 2 e 3 do referido normativo, só pode ser invocada pelo dono da obra^[5]; em segundo lugar, em face do circunstancialismo invocado, não se pode considerar que ao texto do documento onde foram exarados os termos contratuais, falte a especificação do prazo de pagamento, mas apenas a de que ocorreu um lapso de escrita (omitindo-se o preenchimento do espaço do texto destinado a colocar o número de dias do prazo de pagamento), sendo esse lapso absolutamente corrigível através das já referidas circunstâncias (artº 249º do CCiv) pois que delas decorre inequivocamente que as partes acordaram o vencimento das facturas a 120 dias (de tal forma que é esse o pedido formulado pela A.: a condenação no pagamento do valor das facturas e juros a contar da data do seu vencimento que, conforme nelas próprias consta, é a 120 dias).

Ainda a propósito da invocação da nulidade, mas sendo dela distinta, vem ainda a A. invocar que se deve desconsiderar o texto contratual porque toda a execução do contrato decorreu sem que tivesse conhecimento do conteúdo do mesmo.

A este propósito haverá de começar por notar que o facto, provado, de que só em MAI2005 a A. teve acesso a uma cópia assinada do contrato não quer significar que desconhecesse o seu conteúdo ou que ele não espelhe o acordo que celebrou com o 1º R.. E depois realçar que tal afirmação é claramente desmentida pelo conteúdo dos autos: as facturas emitidas em DEZ2004 e ABR2005 referem o número do contrato, o que indicia que já o conheciam nessa data e o representante da A. - Engº [...] - referiu que havia assinado o contrato quando se deslocou à obra.

Do que se conclui pela validade do contrato de subempreitada celebrado entre A. e 1º Réu.

Importa, agora saber, ao que se obrigou a A.: se, como entende o 1º R., a tornar estanque o túnel ou, como defende a A., apenas a executar determinados trabalhos propiciadores dessa estanquicidade.

Segundo a cláusula 4.2.4 a A. “é inteiramente responsável pela boa execução, qualidade e segurança dos trabalhos subempreitados, assumindo uma obrigação de resultado face ao” 1º Réu.

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se obriga a conseguir um certo efeito útil, um certo resultado; por contraposição às obrigações de meios, em que apenas se compromete a desenvolver certa

actividade para a obtenção de determinado efeito sem assegurar que o mesmo se produza, e às obrigações de garantia em que assume o risco da não verificação do efeito pretendido [\[6\]](#).

Consistindo o contrato de (sub)empreitada na assumpção da obrigação de realizar uma obra é manifesto que dele resulta uma obrigação de resultado: a execução de uma obra de acordo com o que foi convencionado e sem vícios (cf. Artigos 1207º e 1208º do CCiv).

A referência a obrigação de resultado na citada cláusula contratual não permite, sem mais, a conclusão, extraída na sentença recorrida, de que estava obrigada a assegurar a impermeabilidade do túnel, havendo antes necessidade de determinar com precisão qual o conteúdo da sua obrigação em face do teor do contrato celebrado.

Desde logo o contrato define como seu objecto (cláusula 3) os trabalhos de impermeabilização do túnel e rampas de acesso e edifícios de apoio de acordo com o caderno de encargos e especificações de compras em anexo.

E dos referidos anexos (em particular fls 131-137) resulta que se havia projectado tornar o túnel totalmente impermeável através da colocação entre um suporte de betão projectado e o revestimento final do túnel de um sistema de impermeabilização composto por uma camada de geotêxtil e uma membrana de impermeabilização, com determinadas características e segundo regras específicas.

Decorre daí que aquilo a que a A. se obrigou foi à colocação do referido sistema de impermeabilização nos termos definidos no caderno de encargos de forma adequada a impedir a passagem da água. O resultado a que se obrigou foi exactamente e apenas este; e não já a garantia de que a impermeabilização projectada seria adequada ou se verificaria.

E o que resulta da matéria de facto apurada permite concluir-se (nem isso é posto em causa) de que a A. realizou os trabalhos a que estava obrigada segundo as especificações do projecto.

Com efeito a A. procedeu à colocação do geotêxtil e da membrana (factos 12, 13, 16, 19, 22, 25, 85, 94), conforme as especificações convencionadas (facto 86) e de forma adequada a impedir a passagem da água para o interior do túnel (facto 59) e reparou todos os rasgos provocados pelos trabalhos desenvolvidos pelo 1º R. tendentes à aplicação do revestimento final sobre o sistema de impermeabilização (factos 99 e 100).

A esse propósito foi impressivo o depoimento prestado pelo director de produção do 1º R. - Engº [...] - no sentido de afirmar a conformidade da aplicação do sistema impermeabilizante verificada sistematicamente e em

diversos momentos, o último dos quais imediatamente antes do enchimento da cofragem do revestimento final.

Concluído o túnel veio a verificar-se uma generalizada entrada de água no mesmo, evidência de que a água estava a atravessar o sistema de impermeabilização colocado pela A.; o que levou o 1º R. (e a sentença recorrida) a concluir estar-se perante um cumprimento defeituoso.

Não partilhamos desse modo de ver.

Como já se afirmou a A. não estava obrigada em termos de assegurar a eficiência do sistema de impermeabilização^[7], pelo que para se concluir pelo cumprimento defeituoso importa demonstrar a existência de vício ou defeito, sendo que tal demonstração impende sobre o dono da obra (no caso o 1º R.). E para essa demonstração não basta a verificação de que a água atravessa o sistema de impermeabilização montado pela A., sendo necessário demonstrar que esse atravessamento se ficou a dever a deficiência desse mesmo sistema.

E em nosso entender o 1º R. não logrou demonstrar que a entrada de água no túnel se ficou a dever a má execução do sistema de impermeabilização; pelo contrário, fica sem se saber as causas dessa ineficiência, podendo congeminam-se várias possibilidades.

Será porque o material utilizado não era adequado para o efeito (mas foi o definido no projecto e solicitado e foi sujeito a inspecções pelo 1º R. e pela fiscalização); será porque a soldadura das juntas foram mal executadas (mas foram integralmente testadas e aprovadas e o sistema estava estanque de forma que até se formaram 'balões'); será que foi a pressão desses 'balões' decorrentes da falta de drenagem primária nos hasteais que originou rupturas na membrana (mas não era tudo inspeccionado antes do enchimento final); será que ficou por reparar algum rasgo dos efectuados pelo 1º R. para eliminar os 'balões' ou causado pelos trabalhos de execução do revestimento final do túnel; será que resultam rasgos do enchimento da cofragem do revestimento final ou do processo de cura do respectivo betão?

E nem é necessária a verificação generalizada de imperfeições no sistema de impermeabilização pois que, como referiu no seu depoimento o Engº [...], bastam 3 ou 4 furos para ocorrer a situação verificada.

Tendo a A. realizado a obra a que estava obrigada segundo as especificações acordadas e não se demonstrando a existência de vício ou defeito, verifica-se o cumprimento da obrigação, não se encontrando a mesma A. adstrita a efectuar qualquer reparação, sendo legítima a posição que adoptou de se recusar a realizar as reparações solicitadas pelo 1º R., o qual, por seu turno, não tem o direito de exigir da A. o reembolso do que despendeu para eliminar a entrada de água no túnel.

Assim, e ao contrário do decidido na 1ª instância, o 1º R. não tem sobre a A. o crédito que invoca.

Ficando prejudicada a apreciação da verificação dos pressupostos da compensação.

Por fim, e no que diz respeito à responsabilidade do 2º R., dir-se-á que a faculdade de o dono da obra pagar directamente ao subempreiteiro prevista no artº 267º do DL 59/99 não passa disso mesmo, uma faculdade; cujo exercício depende da vontade do dono da obra. Este, perante a reclamação do subempreiteiro, pode exercer o direito de retenção, mas não é obrigado a tal. O dono da obra não fica constituído em devedor solidário ou subsidiário perante o subempreiteiro.

Improcede, por isso, a pretensão da A. quanto ao 2º Réu.

VI - Decisão

Termos em que se decide:

a) declarar nula a sentença;

b) alterar a matéria de facto nos termos acima enunciados;

c) na parcial procedência da apelação, revogar a decisão recorrida, absolvendo a A. do pedido reconvenicional (sem prejuízo do decretado quanto à acção - pontos 5.1 e 5.2 da decisão recorrida- que, por não ser objecto do recurso, se mostra já transitado em julgado);

d) não conhecer, por prejudicado, do recurso subordinado.

Custas (da acção, reconvenção e recursos) pelo 1º Réu.

Lisboa, 2009MAR12

(Rijo Ferreira)

(Afonso Henrique)

(Rui Vouga)

[1] - Cf. artº 684º, nº 3, e 690º CPC, bem como os acórdãos do STJ de 21OUT93 (CJ-STJ, 3/93, 81) e 23MAI96 (CJ-STJ, 2/96, 86).

[2] - Cf. acórdãos do STJ de 15ABR93 (CJ-STJ, 2/93, 62) e da RL de 2NOV95 (CJ, 5/95, 98). Cf., ainda, Amâncio Ferreira, *Manual dos recursos em Processo Civil*, 5ª ed., 2004, pg. 141.

[3] - Cfr artigos 713º, nº 2., 660º, nº 2, e 664º do CPC, acórdão do STJ de 11JAN2000 (BMJ, 493, 385) e Rodrigues Bastos, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 247.

[4] - aqui divergindo da posição assumida na sentença recorrida.

[5] - sendo em razão dos seus interesses que se comina a nulidade; cf.

anotação 4 ao artº 266º em Jorge Andrade da Silva, Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, 10ª ed., 2006, pg 769.

[6] - cf. Almeida e Costa, Direito das Obrigações, 3ª ed. Refundida, pgs 758-759.

[7] - até porque, como nos ensina a experiência comum de vida e foi expressamente referido no depoimento do Engº [...], nesse tipo de obra nunca se consegue eliminar totalmente a entrada de água.