

GESTÃO DE RISCO DE CONFLITO CONTRATUAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO SECTOR DA CONSTRUÇÃO

Manuel Jorge Rodrigues Moutinho Cardoso

Dissertação submetida para satisfação parcial dos requisitos do grau de
MESTRE EM ENGENHARIA CIVIL – ESPECIALIZAÇÃO EM CONSTRUÇÃO

Orientador: Professor Engenheiro João Porto

JUNHO DE 2009

GESTÃO DE RISCO DE CONFLITO CONTRATUAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO SECTOR DA CONSTRUÇÃO



Autor: Manuel Jorge Rodrigues Moutinho Cardoso

JUNHO DE 2009

Ao meu Pai

O Homem Livre é Senhor da sua Vontade e somente escravo da sua consciência

Aristóteles

AGRADECIMENTOS

Este trabalho constituiu para mim um desafio, dado o tema abordado e o pouco tempo disponível que tenho por razões profissionais.

Senti que o tema devia ser abordado devendo - se olhar para esta problemática de uma forma mais sistemática, pois o dispêndio de recursos e tempo que se consomem na resolução de litígios na área dos serviços de construção bem o justificam.

Agradeço assim à minha família, à minha mulher Isabel, aos meus filhos: Manuel Luís e Maria Luís, e aos meus netos Luzia e Manuel o tempo, que lhes roubei, de convívio.

Um agradecimento especial à Academia que revisei agora em novas e modernas instalações, ainda que grandes saudades subsistam da “Rua dos Bragas”.

Um agradecimento especial ao Professor Engenheiro João Porto e ao Professor Engenheiro Jorge Moreira da Costa, pelo acolhimento sempre simpático com que me trataram.

Por fim um agradecimento especial aos colegas e colaboradores que ao longo da minha vida profissional foram trocando valias e experiências, que permitiram sedimentar alguns dos conhecimentos, agora usados neste texto.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a problemática da gestão de risco de conflito contratual, na perspectiva do Engenheiro, na sua função de gestor dos contratos de prestação de serviços no sector da construção.

Mais do que uma visão jurídica na perspectiva da legislação em vigor, pretende – se com o presente trabalho reflectir sobre os diversos aspectos que envolvem a chamada gestão de contratos, inserindo – se numa perspectiva mais alargada da Gestão de Projectos.

A criação dos sistemas de certificação, de procedimentos, de informação técnica, a gestão de protocolos de relacionamento entre entidades interessadas no objectivo final de concretização dos projectos, constituem caminhos que evitam a conflitualidade destes processos já de si complicados dada a multitude de variáveis que envolvem a concretização dos projectos de Engenharia.

Da negociação inicial, base da contratação, até aos mecanismos de resolução dos conflitos contratuais, aborda – se no presente trabalho os aspectos básicos da negociação, arbitragem, conciliação e provedoria que servem de resolução dos conflitos.

Apresentam – se no presente trabalho casos reais transitados em julgado em que se dá a noção da dialéctica existente entre a visão técnica do contrato e a resolução jurídica do mesmo, dado ser esta última preponderante nas decisões dos tribunais.

No entanto a evolução da sociedade, tem tendência a que a resolução dos conflitos técnicos seja efectuada nos fóruns Profissionais e as decisões dos Juizes assentam cada vez mais na decisão dos Engenheiros chamados a arbitrar ou a peritar.

A morosidade da nossa Justiça e a aleatoriedade das decisões dos tribunais obriga a um maior profissionalismo na gestão do risco de conflito contratual, já que muitas vezes projectos de sucesso colidem com a imponderabilidade das decisões dos tribunais, tornando – se em fracassos por não ter havido cautela na diminuição dos riscos desta índole.

Como diria Vauban (Engenheiro Militar no tempo do rei Luís XIV) ao Ministro da Guerra que passo a citar: « há trabalhos que não acabarão nunca porque fazer trabalhos abaixo do Preço só servem para atrair os miseráveis, os malandros ou ignorantes e afugentar aqueles que são capazes de conduzir as empresas.

Esses incompetentes fazem o mesmo que um naufrago que se afoga, agarra – se a tudo o que pode e agarrar – se a tudo é não pagar aos fornecedores, pagar baixos salários, ter os piores operários e a todos pedir mais, enganar tudo e todos e pedir misericórdia por tudo e por nada.

Adjudicar os trabalhos a bons profissionais pelo preço justo será sempre a solução mais económica....»

A actualidade destas palavras mantém – se, servindo – nos de reflexão e de mote para a gestão de risco de conflito contratual, tarefa do dia a dia, serenamente pensada e com estratégia correcta.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito, Negociação, Arbitragem, Conciliação, Resolução.

ABSTRACT

This study aims to examine the issue of risk management of contractual conflict, in view of the engineer, in his role as a contract manager for services in the construction industry.

More than a legal vision in a present law perspective, the present work has the intention of reflecting on the various aspects which involve the usually called management contracts, put in a wider perspective of Project Management.

The creation of systems of certification, procedures, technical information, protocols for the management of relationships between stakeholders interested in achieving the ultimate goal of projects, are paths that avoid conflict of these processes which from the beginning are too complicated by the multitude of variables that involve the implementation of engineering projects.

From the initial negotiation, the recruitment base, to the mechanisms of the contractual conflict resolutions, in the present work are touched the basic aspects of the negotiation, arbitration, conciliation and ombudsman to serve the conflict resolutions.

In the present study are presented real cases that became final in court to which is given the concept of the dialectic between technical vision of the contract and the legal settlement of it, as the latter was the predominant in the decisions of the court.

However the evolution of society, tends to take the technical conflict resolution in professional forums and the judges' verdicts are increasingly based on the engineers' decisions called to decide as Skilled and experienced professional technicians.

The excessive length of time of our Justice and the contingent way of court decisions, demand a greater professionalism in the management of the contractual risk of conflict, as a successful project that often collides with the imponderable court decisions, becoming a failure because it wasn't given the essential care to reduce the risks of this nature.

As Vauban (a military Engineer in the time of King Louis XIV) said to the Minister of War: « there are works that will never end because, doing works below the right price, only serve to attract poor, ignorant and rascal people and reject those who are capable of conducting the business .

These incompetent people do the same as a castaway who drowns, he catches everything he can, everything is not to pay the suppliers; to pay low wages, to have the worst workers and at all ask for more, and deceive everyone and everything and ask mercy for everything and nothing.

Award the works to good professionals at the fair price is always the cheapest solution....»

The timeliness of these words remains if we use them as a theme of reflection and as an impulse (motto) for the management of contractual conflict risk, a daily task, quietly thought and with the correct strategy.

KEYWORDS: Conflict, Negotiation, Arbitration, Conciliation, Resolution.

ÍNDICE GERAL

AGRADECIMENTOS	i
RESUMO	iii
ABSTRACT	v

1. INTRODUÇÃO	1
----------------------------	---

2. FUNDAMENTOS	3
-----------------------------	---

2.1. FILOSOFIA E GUIA DE AVALIAÇÃO DO RISCO	3
2.2. OBJECTIVOS NA AVALIAÇÃO DOS RISCOS DE CONFLITOS	3
2.3. PRINCÍPIOS DA ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS E INTERPRETAÇÃO DOS MESMOS	5
2.4. A ESTRUTURA DO CONTRATO E REGRAS DE INTERPRETAÇÃO	6
2.5. ALTERAÇÕES DE CIRCUNSTÂNCIAS	9
2.6. DOCUMENTAÇÃO DOS CUSTOS	9
2.7. RESCISÃO E RESOLUÇÃO CONVENCIONAL DA EMPREITADA	10
2.8. CONTENCIOSO DOS CONTRATOS	11
2.9. PRAZO DE CADUCIDADE DA ACÇÃO	11

3. FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREITADA, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU FORNECIMENTOS	15
--	----

3.1. ELEMENTOS DO CONTRATO	15
3.2. O CONTENCIOSO CONTRATUAL	16

4. NEGOCIAÇÃO	23
----------------------------	----

4.1. AS PARTES NEGOCIAIS	25
4.2. POSIÇÃO E PODER NEGOCIAIS	25
4.3. RAZOABILIDADE, CREDIBILIDADE E LEALDADE NEGOCIAIS	25
4.4. POSTURA NEGOCIAL	26
4.5. MARGEM NEGOCIAL	26
4.6. ORIENTAÇÃO DOS NEGOCIADORES	26

5. CASOS REAIS	33
5.1. EMPREITADA – DENÚNCIA DE DEFEITOS - CADUCIDADE	33
5.2. CONTRATO DE SUB-EMPREITADA, FISCALIZAÇÃO, RESOLUÇÃO, INCUMPRIMENTO, DEFEITOS DA OBRA, INDEMNIZAÇÃO, FORMALIDADES.....	36
5.3. CONTRATO DE EMPREITADA – DEFEITOS, DENÚNCIA, MORA DE CREDOR, EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO, CONTRATO	40
5.4. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LIBERDADE CONTRATUAL, CONTRATO DE TRABALHO, SUBORDINAÇÃO JURIDICA	52
5.5. CONTRATO DE EMPREITADA – CADUCIDADE	73
5.6. CONTRATO DE EMPREITADA – INCUMPRIMENTO	77
5.7. SUBEMPREITADA – DEFEITO DE OBRA, EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO, EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRATUS	81
5.8. CONTRATO DE EMPREITADA – RESOLUÇÃO DO CONTRATO, INVOCAÇÃO DA EXCEPTIO	93
5.9. CONTRATO DE EMPREITADA – TRABALHOS A MAIS – FIXAÇÃO DE NOVOS PREÇOS	95
5.10. RESOLUÇÃO DE CONTRATO – FORMA – EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO	100
 6. CONCLUSÕES FINAIS	 119
 7. BIBLIOGRAFIA	 121

ÍNDICE DE ESQUEMAS

Esq. 1 – Esquema de definição de Objectivos em fase de Projecto do Início da Avaliação de Risco de Conflito	5
---	---

ÍNDICE DE FIGURAS

Fig. 1 – Formulário 1: Identificar as partes	28
Fig. 2 – Formulário 2: Esclarecer os interesses	29
Fig. 3 – Formulário 3: Sondar Interesses	30
Fig. 4 – Formulário Opções 1: Criar opções para satisfazer interesses	31
Fig. 5 – Formulário Opções 2: Descubra maneiras de maximizar ganhos conjuntos.....	32

SÍMBOLOS E ABREVIATURAS

€ - Euro

Ac. – Acórdão

Art. – artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

C. Civil – Código Civil

C.C. – Código Civil

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

CE – Comunidade Europeia

CEN – Comité Europeu de Normalização.

CMCP – Câmara Municipal de Castelo de Paiva

Cms – Centímetros

CPC – Código do Processo Civil

CPC – Código Processo Civil

D.L. – Decreto Lei

Dec. Lei – Decreto Lei

DGCI – Direcção Geral dos Impostos

DGGM – Direcção Geral de Geologia e Minas

DGRAH – Divisão de Projectos de Aproveitamentos Hidráulicos

DRARN – Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais

DREL – Direcção Regional de Educação de Lisboa

EPUL – Empresa Pública de Urbanização de Lisboa

fls – folhas

IRS – Imposto sobre Rendimento Pessoal Singulares

IVA – Imposto Valor Acrescentado

LOFTJ – Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais

ML – Metropolitano de Lisboa

R/C – Rés-do-Chão

SPAST – Sociedade Portuguesa de Aluguer de Serviços Têxteis

STJ – Supremo Tribunal da Justiça

TCA sul – Tribunal Central Administrativo do Sul

Vol. – Volume

1

INTRODUÇÃO

A gestão dos riscos de conflitos contratuais na prestação de serviços no sector dos projectos e da construção, deve ser uma disciplina prévia à formalização dos contratos, nomeadamente deve iniciar-se com a avaliação pré-orçamental e na fase de controle de qualidade de projecto.

Como sabemos, hoje o sector de construção, face à concorrência instalada e às sucessivas crises que têm abalado o sector, pratica margens de risco e de gestão muito baixas, o que invariavelmente se traduz em ambientes duros de negociação e acompanhamento dos contratos de empreitada, envolvendo todos, desde os promotores, projectistas, construtores, mediadores e o Cliente final.

O sector assistiu nos últimos anos a um refinamento dos sistemas de qualidade, sistematização de processos, atribuição de responsabilidades e especialização das garantias, por forma a que o Cliente final, utilizador ou explorador do sistema, tenha maior fiabilidade na obra final.

Este adensar de procedimentos a que temos assistido nos últimos anos era necessário, já que a imagem do produto acabado do sector, pecava por defeito, quando comparávamos com outros sectores, que devido à concorrência, evoluíam muito e se distanciavam enormemente, pela positiva, da imagem que o sector da construção dava ao mercado.

Assim, o sector e a respectiva área de negócio, procuram a sustentabilidade e a criação de um sistema que no futuro se traduza num clima mais favorável à criação da riqueza e não, como ultimamente, a um clima de sobrevivência económica das estruturas do sector.

2

FUNDAMENTOS

2.1. FILOSOFIA E GUIA DE AVALIAÇÃO DO RISCO

O Contrato de Prestação de Serviços, quer seja de projecto, construção, fornecimento de equipamentos ou materiais no âmbito da indústria da construção, focaliza três aspectos essenciais:

- a qualidade do fornecimento, o custo do serviço, materiais ou equipamento e o prazo.

Estas três unidades regem de uma forma crucial tudo o que a montante e a jusante se interpenetra.

A dissociação e a falta de harmonia destes três factores normalmente acarreta disfunções no mecanismo de gestão das actividades, provocando o conflito.

Esta harmonia é materializada por um equilíbrio destes três factores, havendo autores que assemelham este equilíbrio a uma balança tripode e todos nós sabemos, o quanto difícil é, equilibrar esse sistema, bastando para isso lembrarmo-nos das aulas de topografia em que tínhamos que nivelar um tripé.

2.2. OBJECTIVOS NA AVALIAÇÃO DOS RISCOS DE CONFLITOS

O simples facto de numa fase prévia se enumerarem os riscos de um futuro contrato, é uma metodologia de prevenção que minimiza os riscos de conflito.

Assim, o processo de construção normalmente decorre num período relativamente longo, sendo que num país como o nosso, desde a fase de avaliação prévia, estudos de mercado, definição de programa, elaboração dos projectos, aprovação e licenciamento, construção, recepção e início de exploração, é fácil de atingirmos prazos de três a cinco anos.

Assim, são inúmeras as tarefas a realizar, para coordenar e gerir bem um projecto, desde a procura do terreno, à escolha dos arquitectos, dos engenheiros, construtores, associações com promotores, contratação de consultores, elaboração de estudos financeiros, estudos de mercado, elaboração de contratos jurídicos, fiscalidade, constituição dos procedimentos tendentes à obtenção das licenças de construção, verificação das condicionantes de vária ordem desde a legislação arqueológica, à legislação ambiental e segurança no trabalho.

O trabalho de gerir esta informação está na base da gestão de riscos no processo construtivo e relacionado com a gestão dos riscos de conflitos.

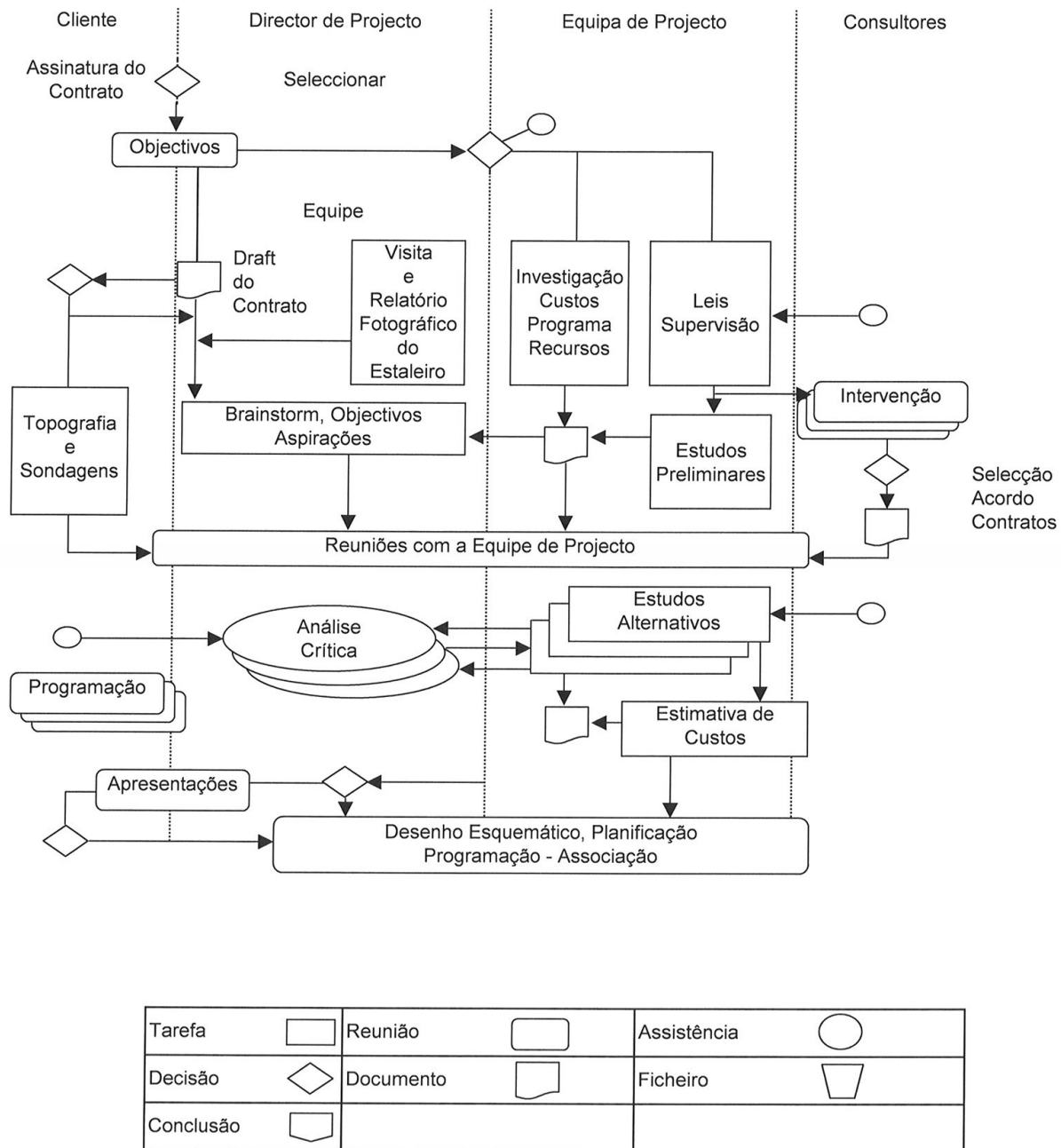
Este trabalho apela essencialmente ao “bom senso”, exige rigor e disciplina na gestão do conjunto da informação, dos intervenientes e dentro dos prazos previstos que são normalmente voláteis, principalmente nas fases de implementação do projecto e nas aprovações.

Todos os projectos criam um ambiente social, cultural e profissional único e é com um olhar atento do meio que se consegue uma operação criativa e conseguida.

O levantamento de todas as questões na fase de procura do negócio imobiliário é assim muito importante e começa desde logo a fazer-se a avaliação dos riscos inerentes às actividades que se têm que desenvolver.

Sem querer fazer do presente escrito um manual de procedimentos, mas por forma a dar substância ao tipo de problemas que temos pela frente, enumero algumas das questões que fazem parte da análise de risco:

- Fase de escolha do terreno;
- Análise das condicionantes à propriedade;
- Verificação da capacidade construtiva e levantamento das condicionantes complementares;
- Análise das condicionantes de construção, nomeadamente geológicas, geotécnicas, ambientais, etc.;
- Análise dos riscos contratuais, nomeadamente com a aquisição dos terrenos, contratação de consultores e construtores;
- Estudos prévios e pré-operacionais, nomeadamente técnicos, arquitectónicos, marketing, comerciais, financeiros, jurídicos e fiscais;
- Verificação dos riscos, no que diz respeito ao direito público e ao direito privado, devendo ser acautelado na pesquisa do terreno, todos os factores que possam colidir com o direito vigente, sabendo que, por vezes os Políticos tendem a facilitar nas leis em vigor e quem sofre depois as consequências normalmente são os promotores e os profissionais, pois os políticos têm a sua redenção nos períodos eleitorais, que se renovam. Estes riscos relacionados com as leis, portarias, códigos, etc., normalmente são aprovados pela dispersão que existe na legislação em vigor que se “espalha” ao longo de vários anos e em toneladas de escritas, que tornam a avaliação complicada e difícil de sintetizar;
- Avaliação de riscos associados aos aspectos fiscais, nomeadamente, avaliação de taxas e licenças, tarifas compensatórias, impostos sobre transmissão de direitos e propriedade;
- Avaliação dos riscos na hora de tomar decisões em relação ao programa de construção, na escolha dos intervenientes, tipo de relações a estabelecer, códigos de contratação laboral e comercial;



Esq. 1: Esquema de definição de Objectivos em fase de Projecto do Inicio da Avaliação de Risco de Conflito

2.3. PRINCÍPIOS DA ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS E INTERPRETAÇÃO DOS MESMOS

Como já referimos anteriormente, as três grandes unidades, tempo, custo e qualidade, acabam por ser os denominadores comuns que devem presidir à elaboração dos contratos de modo a determinar e a enquadrar a vontade das partes. A elaboração de um contrato e assinatura de um contrato é a fase última de um processo

negocial, que no caso dos contratos do sector da construção, normalmente é um processo complexo; mesmo quando realizado com profissionais experimentados, da parte de ambos os outorgantes.

Esse processo negocial começa normalmente pela proposta de contrato, aferição de expectativas, avaliação das condições, incentivos, descontos, penalizações, formas de pagamento, prazos, etc..

Psicologicamente, neste processo deve-se ser persuasor, assertivo, estabelecer pontes de acordo, deve-se atrair a parte encontrando pontos e interesses comuns, usando previsões optimistas e demonstrando experiência na negociação.

Devem-se evitar desacordos dissimulados nos principais objectivos, nomeadamente no que diz respeito aos três parâmetros já referidos, prazos, custos e qualidade.

Mensurar estas quantidades criando regras para definir a interdependência entre elas.

A legislação actualmente em vigor mais importante é o Código dos Contratos Públicos nomeadamente os Decreto Lei 86/2003, 37/2007, 143 – A/2008, o 200/2008, a Portaria 701 – A/2008, 701 – B/2008, 701 – C/2008, 701 – D/2008, 701 – E/2008, 701 – F/2008, 701 – G/2008, 701 – I/2008, 701 – J/2008. A Portaria 701 – H/2008 diz respeito à execução de Projectos de Obras Públicas e a directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004.

No que diz respeito aos Contratos Particulares, em que muito do articulado tem semelhança na legislação de contratos públicos, a base de formação destes contratos é o Código Civil em que a última alteração é o Decreto Lei 324/2007 de 28 de Setembro, e a legislação comercial, com a última actualização em 07/01/2009 e o código dos direitos de autor.

Não se pretende, aqui neste trabalho, analisar a gestão do risco de conflito contratual, na esfera jurídica pois esse trabalho cabe aos juristas, mas antes mostrar a perspectiva do técnico e o seu papel na prevenção e na gestão desse mesmo risco, nomeadamente na criação de um sistema de gestão de documentação e registo de evolução dos trabalhos, quer na fase de Projecto como na fase de obra e exploração, tomando uma atitude preventiva, necessitando por isso de um conhecimento aprofundado da lei por forma a que todo esse trabalho de informação técnica possa ter relevância, tanto na fase da negociação do conflito como na fase de resolução do mesmo, quer pela via arbitral quer pela via judicial, já que o sistema de informação e controle dos vários acontecimentos, que durante o decorrer dos trabalhos, poderá levar ao conflito, deve ser usado para ampliar o chamado poder negocial e conseguir assim uma boa margem negocial que permita um nível de cedência razoável de ambas as partes permitindo chegar a acordo.

2.4. A ESTRUTURA DO CONTRATO E REGRAS DE INTERPRETAÇÃO

Invariavelmente, o tipo de contrato está tipificado na lei e normalmente é caracterizado pelo custo, preço global, série de preços ou por percentagem.

Deve ainda determinar ou estabelecer regras para determinar o prazo e a qualidade pretendida na prestação de serviço ou fornecimento de equipamentos e materiais.

Assim, antes da formação do contrato podemos contar com as disposições base que regulam a actividade, os procedimentos pendentes à obtenção do preço, nomeadamente os concursos de empreitada, quer públicos ou privados, distinguindo em ambos e previsto na lei geral, os concursos limitados, concurso por negociação ou ajuste directo.

Como elementos, base da formação do contrato temos o projecto, caderno de encargos e programa de concurso, e como veremos o factor qualidade nestes documentos é decisivo na hora de gerir conflitos, evitando-os, ou, já em fase de contencioso resolvendo-os.

Temos ainda na fase de formação do contrato, os documentos de habilitação dos concorrentes de modo a prevenir a igualdade de oportunidade na concorrência e os documentos da proposta que consubstanciem a capacidade técnica do concorrente, na apreciação que vai ser levada a cabo durante a fase de comparação e análise das propostas.

O acto de adjudicação é também essencial na fase de formação do contrato devendo ser ouvida a concorrência de modo a, reafirmar a convicção da comissão de análise em optar na formação da “short list”, ou mesmo, na determinação e escolha do concorrente que vai ser chamado a celebrar o contrato.

Os termos de referência na elaboração dos quadros e relatórios de comparação de propostas é decisivo, por forma a gerir os riscos de contencioso durante as fases posteriores.

A observação e análise cuidada, determina em quase todos os casos o diagnóstico quanto a problemas que possam existir, na definição das três unidades bases que formam o contrato, ou seja: o preço, a qualidade e o prazo. Assim, uma proposta anormalmente baixa ou alta, não deve ser de imediato excluída.

Essas propostas só por si podem ajudar a despistar problemas de projecto, indefinição dos cadernos de encargos ou erros de listas de medição e verificação das quantidades de trabalho, que no futuro, em fase já de execução de contrato, se vão inter-relacionar com o prazo, a quantidade e o custo da obra.

Quanto à fase de execução da empreitada é de especial importância a consignação da empreitada. Normalmente, este acto é muito informal, normalmente lavra-se o auto sem ir ao terreno e isso pode ter consequências no futuro. Esse acto é fundamental na gestão dos conflitos que podem aparecer nas fases seguintes.

A consignação da obra é o acto em que o Dono de Obra faculta ao Empreiteiro os locais onde hajam que ser executados os trabalhos.

A consignação pode ser efectuada por fases, de acordo com o planeamento da obra e sem o pôr em causa, se for retardada pode haver lugar a indemnização ou rescisão contratual.

A consignação obriga a lavrar um auto onde se devem anotar as diferenças que se apontarem no projecto em relação ao terreno; se o terreno se apresentar nas condições previstas, ou não e eventuais condicionantes que ainda subsistam para a execução dos trabalhos no imediato, ou venham a condicionar a evolução de obra no futuro próximo.

Caso haja grande modificação das condições locais, o acto de consignação pode ser suspenso e deverão ser introduzidas no projecto as alterações necessárias que possibilitem a prossecução dos trabalhos, ou proceder a consignações parciais que possibilitem iniciar a execução dos trabalhos nas partes que possam ser começadas.

O empreiteiro pode e deve exarar as suas reclamações no auto de consignação ou manifestar que as vai apresentar, tendo 8 dias para o fazer.

A consignação é também o acto a partir do qual começa a contar o prazo para o Empreiteiro apresentar o Programa de Trabalhos.

O acto da consignação revela-se assim, como fundamental no controlo dos parâmetros base de execução, o custo e a qualidade da obra.

A dimensão deste acto é de primeiro escalão, tal como os autos de medição e a recepção provisória da obra.

A partir deste acto determina-se a programação da obra, o cronograma financeiro e as condicionantes que possam existir sobre aspectos qualitativos do projecto. Neste acto encara-se a realidade, confrontando-a com o projecto. Há assim, o contacto entre o que foi idealizado e o embrião do que vai ser construído.

Existem Donos de Obra que por percepção errónea, começam logo a fazer alterações a partir desse momento e normalmente os contratos permitem-lhe isso, dado que o fundamento que preside a esse poder, de introduzir alterações radica no facto do prestador de serviço colaborar na satisfação do interesse do Dono de Obra, ainda que o faça interessadamente sob o ponto de vista económico.

Essa alterabilidade introduzida na maioria dos contratos, quer privados quer públicos, é uma manifestação do poder do Dono de Obra a que os franceses chamam “fait du prince”.

Esse poder, sendo discricionário, não pode ter lugar em quaisquer circunstâncias, dados os graves efeitos que pode ocasionar no equilíbrio financeiro do contrato. Por isso mesmo, este preceito legal determina que, se dessa alteração resultarem prejuízos para o empreiteiro, terá este direito à respectiva indemnização, o que deve requerer ao Dono de Obra.

Do mesmo modo, o incumprimento do programa de trabalhos implica normalmente por parte do Empreiteiro um reforço de meios, e poderá dar lugar a indemnizações pedidas pelo Dono de Obra ou mesmo rescisão contratual.

Durante a execução dos trabalhos há que verificar os elementos necessários para a execução dos mesmos, carga de mão de obra, materiais, equipamentos, especificações técnicas, segurança no trabalho, etc..

Estes trabalhos à medida que vão sendo executados, devem ser acompanhados de autos de medição, listas de preços e verificação do cumprimento do programa de trabalhos, por forma a verificar as três bases do contrato: o preço, a qualidade e o prazo dos trabalhos.

Durante a fase de execução dos trabalhos, a génese de conflitos está assim nas reclamações de preços previstos ou não previstos, trabalhos a mais e a menos, qualidade dos materiais e cumprimento dos programas de trabalhos.

Podem no entanto aparecer casos que extravasam o programa contratual com especial relevância para os problemas ambientais, do património ou de segurança pública.

Assim, há que quantificar e acautelar bem as questões ambientais e o modo onde se tem que desenvolver a obra e as questões ligadas ao Património nomeadamente, as questões arqueológicas, bem como as questões ligadas à Segurança do Património dos Edifícios, classificados ou não, na envolvente da obra.

É nesta fase que as deficiências e insuficiências de projecto posto a concurso e na solução contratada aparecem e nos casos mais graves obrigam a uma re-concepção praticamente integral dos mais importantes elementos do projecto.

Outra das fontes de conflito é a qualidade dos materiais utilizados quer os fabricados em obra, quer aqueles que são fabricados fora de obra. Aí devem-se utilizar as melhores práticas.

O Empreiteiro pode propor a alteração dos materiais, sempre que entenda, não serem tecnicamente aconselháveis ou os mais convenientes sem embargo de ter de fundamentar a sua proposta.

Estas situações podem constituir as chamadas variantes ou alterações ao projecto recomendáveis sempre que estejam em causa melhorias, de qualidade, prazo ou custo da obra final. Sempre que estejam em causa valores como a durabilidade da obra ou a segurança da mesma.

Há que distinguir a variante ou a alteração já que são duas realidades distintas, a variante aprovada pode constituir para o Empreiteiro um direito a metade da vantagem económica introduzida, enquanto que uma alteração pode ser uma mera alteração de materiais.

Nesta relação entre o Dono de Obra e o Fornecedor de Serviço há sempre que acautelar a questão da maior onerosidade e no caso dos danos provocados e provados excederem 20% do valor de empreitada assiste ao empreiteiro o direito de rescindir o contrato.

Verificação do caso de força maior: ocorrendo factos que devem ser considerados, força maior, devendo ser registadas as causas dos factos por meio de um relatório circunstanciado em que sejam registados os danos e as medidas tomadas para minorar os prejuízos.

Suspensão dos trabalhos, no todo ou em parte, definitiva ou temporariamente, especificando-se no caso de interrupção parcial ou temporária, a parte da obra e o tempo provável em que a interrupção se verificar.

2.5. ALTERAÇÕES DE CIRCUNSTÂNCIAS

Quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, de que resulta grave aumento de encargo o prestador de serviços terá o direito à revisão do contrato para o efeito de conforme a equidade ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceda à actualização dos preços.

Assim, se um proprietário recebe pelo preço convencionado, obra de custo superior ao que serviu de base ao estabelecido, locupleta-se à custa do prestador de serviços e o locuplemento à custa alheia, quando não resulta de um risco conhecido e aceite (sem ofensa de preceitos e interesses de ordem pública) pelo prejudicado repugna ao direito e à própria ideia de justiça, traduzida no “Summ Quique Tribuere”.

Ninguém ignora os delicados problemas que suscita o comportamento dos preços e dos salários numa economia global e a impossibilidade em que os técnicos e os políticos se encontram de o prever e dominar. Será irrealista pretender que os prestadores de serviços fizessem o que os governos não conseguem.

Ao manifestar a alteração de circunstâncias é necessário verificar se há atrasos do prestador de serviços, já que podem estar em causa atrasos da responsabilidade deste e nesse caso, o Dono de Obra, poderá ter direito à aplicação de multas por atrasos que visam compensar este pelos prejuízos, que a entrega tardia do trabalho ou da obra possam acarretar. Nas obras públicas a multa é uma cláusula penal de natureza compulsória e não indemnizatória ou compensatória.

Daí que o prestador de serviços tenha de pagar o respectivo montante, independentemente de, o valor dos prejuízos efectivos que eventualmente resultem do seu incumprimento, ficar aquém do valor das multas.

2.6. DOCUMENTAÇÃO DE CUSTOS

A documentação dos custos e elaboração dos autos é fundamental para evitar situações de conflito. Esta medição deve ser no mínimo mensal, deve ser feita de acordo com o estipulado no caderno de encargos ou outro documento contratual, devendo-se aplicar os preços previamente acordados ou preços a acordar com referências de mercado.

Em qualquer altura se, se reconhecer existirem erros de medição em autos anteriores, devem-se fazer as respectivas rectificações no auto que se segue a esse reconhecimento.

Deve-se elaborar a conta corrente mensalmente, anotar eventuais reclamações ao auto, nomeadamente no que diz respeito ao custo e medição, e também em relação à qualidade do trabalho efectuado.

A liquidação e pagamento deve ser efectuada no prazo acordado nos termos contratuais e se não forem liquidados todos os trabalhos, devem ser anotadas as razões, pelo qual houve trabalhos, que não foram ou não serão pagos!

O pagamento será efectuado em prazo já que o seu atraso pode implicar prorrogação de prazo, pagamento de juros e possibilidade de rescisão do contrato.

No acto de pagamento é essencial proceder aos descontos para garantia de Boa Execução de Obra.

De referir que estes atrasos de pagamento afectarão normalmente a capacidade financeira da empresa para negociar, sendo certo que por causa deles, poderá aquela ver-se obrigada a lançar mão de crédito que, mesmo oneroso como é, pode não ser de fácil obtenção.

O atraso de pagamento priva-o sempre de um rendimento que poderia auferir.

Uma das situações em que pode haver conflito é nos casos em que há adiantamentos e depois há mora. Há que distinguir as situações, pois o adiantamento é concedido para aquisição de materiais ou equipamentos em que estes estejam sujeitos a flutuação do preço.

Esses adiantamentos são concedidos contra garantia bancária e têm um regime de dedução nos autos mensais que têm que ser combinados, por reembolso mensal ou à medida que os materiais ou equipamentos forem incorporados em obra.

Deve-se ainda acautelar o privilégio creditório no que diz respeito aos equipamentos ou materiais que forem objecto do adiantamento, assegurando assim ao Dono de Obra a preferência de serem pagos em relação a outros.

Logo que a obra esteja concluída deve-se proceder à recepção provisória da obra, esta a pedido do Empreiteiro ou por iniciativa do Dono de Obra, anotando-se as deficiências de execução, bem como o prazo e as contas de empreitada, caso haja atraso ou pagamentos pendentes.

Os trabalhos e valores, relativamente aos quais existam reclamações pendentes, serão liquidados à medida que aquelas forem definitivamente decididas.

Nesta altura é necessário decidir sobre eventuais prémios que estejam contemplados no contrato, desde que se encontrem saldadas, todas as contas e fechadas todas as reclamações de obra.

Em todos os casos devem ser observados os prazos de reclamação e de decisão sobre reclamação, já que o incumprimento destas regras de boa convivência geram conflitos.

Após o fecho das contas e da recepção provisória, sucede-se o prazo de garantia que normalmente é de cinco anos na maioria dos casos.

Quando feita a recepção definitiva da obra, serão restituídas ao Empreiteiro as quantias retidas como garantia ou a qualquer outro título a tiver direito, e promover-se-á pela forma própria a extinção das cauções prestadas.

2.7. RESCISÃO E RESOLUÇÃO CONVENCIONAL DA EMPREITADA

A rescisão do contrato pode ser requerida pelo prestador de serviço, se lhe forem impostas alterações de que resultem compulsados os trabalhos a mais e a menos e alterações anormais de circunstância.

Se lhe forem impostas alterações, de que resulte substituição dos trabalhos incluídos no contrato, por outros de espécie diferente por facto imputado ao Dono de Obra ou dos seus agentes por tornarem a execução mais

onerosa, se os danos provados alterarem o valor da empreitada, se o Dono de Obra se atrasar em algum pagamento mais do que o que está estipulado no contrato.

A rescisão do contrato de fornecimento de serviços ou da empreitada é um acto vinculado cuja legalidade depende da verificação das condições de facto estabelecidas na Lei e no contrato determinantes dessa rescisão.

Quando o Dono de Obra decide pela rescisão, este deverá dar um prazo para o fornecedor de serviços contestar as razões apresentadas.

A regra deve ser sempre a de serem apresentados ao fornecedor de bens e serviços os elementos necessários para que este fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão. Nas matérias de facto e de direito, deve – se indicar também as horas e o local onde o processo pode ser consultado, isto é: deve ser facultado um projecto de decisão ou deliberação.

A resolução pode ainda ser por acordo.

Em todos os casos de rescisão, resolução convencional ou caducidade do contrato se procederá à liquidação final, reportada à data em que se verificarem.

Havendo danos a indemnizar, que não possam determinar-se imediatamente com segurança, far-se-á a respectiva liquidação em separado, logo que o seu montante for tornado certo, por acordo ou por decisão judicial ou arbitral.

O saldo da liquidação será retido pelo Dono de Obra, como garantia, até apurar a responsabilidade do Empreiteiro.

Caso haja a pagar indemnização ao Dono de Obra, logo que esteja fixada a responsabilidade do fornecedor de serviços, bens e equipamentos ou Empreiteiro, será o montante deduzido dos depósitos, garantias e quantias devidas pagando-se-lhe o saldo, se existir, ou executando os bens e direitos que constituírem o seu património.

2.8. CONTENCIOSO DOS CONTRATOS

As questões que se suscitam sobre interpretação, validade ou execução de um contrato, que não sejam dirimidas por meios gratuitos, poderão ser submetidas aos tribunais, quer sejam sob a forma de compromisso arbitral, tribunais administrativos ou cíveis.

2.9. PRAZO DE CADUCIDADE DA ACÇÃO

É necessário, neste caso acautelar os prazos de caducidade das acções devendo estas ser interpostas em prazo compatíveis com a lei, sendo de referir que no caso dos contratos com entidades públicas esses prazos são relativamente curtos em relação à data da notificação ao fornecedor ou prestador de serviços da decisão ou deliberação do órgão competente para praticar actos definitivos, em virtude da qual, seja negado algum direito ou pretensão do Empreiteiro ou Dono de Obra, se arrogue direito, que a outra parte, não considere fundado.

De referir que o prazo para propor uma acção é simplesmente destinado à garantia do direito subjectivo e quando não é aproveitado, resulta da inacção do interessado a caducidade do seu direito.

A causa de pedir é o facto jurídico concreto, de onde nasce o direito, que se arroga o autor, sendo o objecto da acção o pedido, definido através de certa causa de pedir.

De referir que no contencioso vigente em Portugal, a aceitação de qualquer decisão tomada pelo Dono de Obra ou pelos seus representantes, deve ser reclamada no prazo de oito dias.

Nos casos de contencioso é necessário, com precisão, determinar qual a matéria dessas reclamações.

Esse contencioso pode ser dirimido em tribunal arbitral, devendo o respectivo compromisso ser assinado antes de expirado o prazo de caducidade do direito.

O tribunal arbitral será constituído e funcionará nos termos da lei entendendo-se porém, que os árbitros julgarão, segundo a equidade ou segundo o direito constituído.

Nos casos em que o montante é pequeno poderá ser designado um só árbitro. Nos restantes casos os tribunais arbitrais são constituídos por três árbitros, dois a nomear por cada uma das partes e um terceiro, a nomear por unanimidade, ou pedida a nomeação, a uma instituição ou ao tribunal.

Os árbitros devem julgar segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até à aceitação do primeiro árbitro, os autorizem a julgar segundo a equidade.

De referir que a equidade difere de direito estrito nos seguintes aspectos:

- Ponderação exaustiva das circunstâncias específicas do caso concreto.
- Predomínio da substância sobre a forma.
- Possível desconsideração de certas exigências legais quanto a prazos, formalidade e condicionamentos formais de direitos substantivos.
- Atendimento mesmo quando a lei para eles não remete, dos usos, costumes, prazos e regras técnicas de uma certa arte ou profissão, ou de um dado sector de vida económica e social que devam considerar-se aplicáveis.
- Apelo constante no domínio dos contratos à ideia da justiça construtiva, com os seus corolários da equivalência das prestações.
- Equilíbrio financeiro e justa repartição de riscos e responsabilidades.
- Maior atenção à consideração de argumentos de razoabilidade das soluções e de confiança nas legítimas expectativas das partes.
- Possibilidade de aplicação da lei com as necessárias adaptações (argumentos com grano salis, mutatis mutandis, exceptis excipiendis).
- Orientação do julgamento para obter uma solução justa do caso concreto.

A equidade diverge dos critérios normativos fixados na lei com a sua pureza e rigor, na medida em que cria sempre uma decisão de mérito para todas as questões postas, enquanto que a lei, nos casos em que não abre ao Juiz a equidade, resolve a contenda de acordo com o ónus da prova, levando a decisão em branco (não provou igual a perda).

No julgamento, segundo a equidade podem ser eliminados todos os empecilhos que destabilizem o equilíbrio contratual, repondo-o tal como acontece quando ao Juiz é dado julgar segundo a equidade.

O processo arbitral será simplificado nos seguintes termos:

- Haverá unicamente dois articulados a petição e a contestação e só podem ser indicadas duas testemunhas por cada facto.
- A discussão será escrita.
- Antes de intentar a acção no tribunal, deverá ser intentada uma tentativa de conciliação extrajudicial, perante uma comissão composta por um representante de cada uma das partes e presidida por um Juiz árbitro.
- Os representantes das partes deverão ter qualificação técnica ou experiência profissional adequada no domínio das questões relativas à empreitada ou contratos de serviços e fornecimentos.

- A tentativa de conciliação terá lugar num prazo restrito, salvo adiamento justificado, devendo os representantes das partes serem notificados com a devida antecedência. Havendo conciliação é lavrado auto do qual devem constar todos os termos e condições do acordo.
- Em caso de não conciliação deverá ser lavrado o auto e remetido a cada uma das partes, já que o pedido de tentativa de conciliação, interrompe os prazos de prescrição do direito e da caducidade da respectiva acção.

3

FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREITADA, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU FORNECIMENTOS

3.1. ELEMENTOS DO CONTRATO

Do contrato devem contar os seguintes elementos:

- Identificação das partes.
- Identificação dos títulos, alvarás, concessões e outros.
- Especificações técnicas da obra.
- Valor global do contrato e tipo de contrato.
- Forma e prazos de pagamento.

As especificações técnicas dos contratos ou anexos aos contratos devem referenciar bem os seguintes elementos:

- Os níveis de qualidade ou de adequação da utilização.
- Os aspectos de segurança.
- As dimensões, prescrições aplicáveis a materiais ou produtos, ao fornecimento no que respeita ao sistema de garantia de qualidade, terminologia, símbolos, ensaios e métodos de ensaio, embalagem, marcação e rotulagem.
- Regras de concepção e de cálculo.
- Condições de ensaio, de controlo e de recepção da obra.
- Técnicas ou métodos de construção.
- Todas as outras condições de carácter técnico que o Dono da Obra possa exigir por meio de regulamentação geral ou especial, no que respeita às obras acabadas e aos materiais ou aos elementos integrantes dessas obras.

Entende-se por Norma Portuguesa, as normas ou especificações técnicas aprovadas por um organismo português autorizado.

Entende-se por Norma Europeia, as normas aprovadas pelo CEN (Comité Europeu de Normalização).

Entende-se por Homologação Europeia a apreciação técnica favorável, conferida pelo organismo autorizado para esse efeito por um Estado Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, da aptidão de um produto para ser utilizado, com fundamento no cumprimento dos requisitos especiais para a construção, segundo as características intrínsecas do produto e as condições estabelecidas de execução e de utilização.

As propostas de preço podem ser:

- Proposta preço global.
- Proposta simples na empreitada por série de preços.

- Proposta condicionada.
- Proposta por percentagem.

3.2. O CONTENCIOSO CONTRATUAL

O processo arbitral ou o processo judicial tem que ser preparado com minúcia e a equipa técnica tem um papel preponderante na sua execução, pois os relatórios de seguimento de obra, os autos de medição, facturação, actas de reunião e correspondência, constituem a matéria de prova de todo o processo.

Um processo em Tribunal Arbitral ou Tribunal Comum é um sistema de comprovação de factos e é com a prova dos factos que a sentença é dada.

O método adoptado, normalmente, é a remissão.

A decisão da causa e a sua fundamentação, normalmente, são baseadas em matéria de direito, considerações de equidade, formalização do pedido dos autores e contestação dos réus, bem como os aspectos específicos exarados no contrato.

A prova dos factos, normalmente, começa na matéria do concurso de empreitada ou serviços, os projectos, proposta do fornecedor de serviços ou empreiteiro, variantes ao projecto, etc..

Quanto aos elementos relacionados com a execução do contrato, temos como elemento base a programação de trabalho, as vicissitudes na execução da obra desde a consignação até às questões de execução, sendo aí preponderantes os documentos elaborados durante a obra, nomeadamente as actas, os relatórios, a correspondência diversa, autos, recepções parcelares, provisórias ou definitivas.

No final a decisão sobre as questões ou pretensões dos autores que normalmente são indemnizatórias têm a ver com a reposição dos preços unitários, o equilíbrio financeiro da empreitada, os custos não absorvidos, os custos com reforço de meios, sobrecustos com projectos ou serviços complementares, sobrecustos com ensaios e peritagens.

A parte que deve ser suficientemente justificada são os lucros previstos, lucros cessantes e lucros praticados na actividade.

Quanto à prova dos quesitos, esta pode ser efectuada por convicção formada com base em documentos ou testemunhas. De referir que, a prova por meio de documento, é normalmente mais forte do que a prova testemunhal.

Vamos assim distinguir o que é matéria de direito e matéria de facto num caso real, que já foi a julgamento.

Matéria de Direito:

Determinado Empreiteiro pretendia que o Dono da Obra as indemnizasse pelos prejuízos que alegadamente haviam suportado com a realização dos seguintes ensaios nos tubos de betão pré-esforçado v.p.c. efectivamente utilizados numa obra de Adução:

- i) Ensaios não previstos;
- ii) Ensaios tubo a tubo, em fábrica;
- iii) Ensaios junta a junta, em vala, depois de instalados os tubos;
- iv) Ensaios por troços na vala.

Posteriormente, no decurso do processo judicial, o Empreiteiro reduziu o seu pedido, reclamando actualmente do Dono da Obra o pagamento do custo dos “ensaios por troços na vala”, no valor de 600.000 euros – valor que o Tribunal deu como provado.

Segundo o Empreiteiro, não lhe era de todo em todo exigível, legal e contratualmente, o pagamento dos referidos ensaios.

O Tribunal entende que, apenas à luz do direito estrito, a alegação do Consórcio deveria improceder.

Em primeiro lugar, o Caderno de Encargos, pese embora a sua má sistematização, consignava, como ficou provado que as tubagens para as quais se exigiam “ensaios hidrostáticos em vala” não eram, como pretende o Empreiteiro, tubagens metálicas de pequeno diâmetro – eram, isso sim, as tubagens da conduta adutora no seu conjunto.

De resto, o Empreiteiro, tendo podido fazê-lo oportunamente na fase de concurso, não pediu ao Dono da Obra esclarecimentos a respeito deste ponto, o que, razoavelmente, se impunha, para mais tendo em conta que no Caderno de Encargos se preceituava que “os ensaios a realizar na obra ou em partes da obra para verificação das suas características e comportamentos são os especificados neste caderno de encargos e os previstos nos regulamentos em vigor e constituem encargo do empreiteiro”.

Por outro lado, segundo a Legislação em vigor, “sempre que o empreiteiro julgue que as características dos materiais fixadas no projecto ou no caderno de encargos não são tecnicamente aconselháveis ou as mais convenientes, comunicará o facto ao fiscal da obra e fará uma proposta fundamentada de alteração, a qual será acompanhada de todos os elementos técnicos necessários para a aplicação dos novos materiais e a execução dos trabalhos correspondentes, *bem como a alteração de preços a que a aplicação daqueles materiais possa dar lugar* e o prazo em que o dono da obra deve pronunciar-se”. Certo, esta norma não pode ser aplicada directamente no caso concreto, porque, como se disse já, a substituição da tubaria da conduta adutora não teve como pressuposto a sua inconveniência ou falta de qualidade técnica, mas, sim, a situação de incerteza do Consórcio quanto ao seu fornecimento pontual por um fornecedor em má situação financeira. Mas, pode, manifestamente, ser aplicada por analogia aos casos em que o pressuposto da alteração de materiais não residiu na inconveniência ou deficiência técnica dos mesmos, mas noutros motivos. A *ratio* da norma é que os novos preços resultantes da alteração de materiais fiquem, desde logo, claramente estabelecidos entre as partes. Ora, no caso concreto, ao acordar na alteração do tipo de tubos a colocar na conduta adutora e nos respectivos preços unitários, o Consórcio não apresentou ao Dono de Obra quaisquer preços novos em matéria de ensaios. Ficou, pois, vinculado pelos preços antes estabelecidos.

Dispõe-se na legislação em vigor que “o caderno de encargos deverá especificar os ensaios cujo custo de realização deva ser suportado pelo empreiteiro, entendendo-se, em caso de omissão, que os encargos com a realização dos ensaios são da conta do dono da obra”. Ora, no caso concreto, como o caderno de encargos se referia a um tipo de tubo diferente do que foi efectivamente aplicado na obra de adução, o Caderno de Encargos referia-se ao tubo de betão armado com alma de aço, e o tubo utilizado na obra foi o tubo de betão pré-esforçado, e como é evidente que a omissão nele de qualquer referência aos ensaios dos tubos de betão v.p.c. não pode querer significar que a responsabilidade financeira pelos mesmos seja do Dono da Obra.

Enfim, também não vale às Autoras o disposto nas *Normas y manuales del Instituto Eduardo Torroja de la Construcción y del Cemento*, e designadamente na *instrução para tubos de betão armado ou prensado* – normas técnicas de referência em matéria de obras de cimento e de betão.

De acordo com as normas para ensaios de tubos: “Será obrigatório um dos ensaios seguintes para a tubagem instalada: 1. Ensaio da estanquidade por troços; 2. Ensaio da totalidade das juntas e da estanquidade final”. E acrescenta: “para a escolha de um dos dois, ter-se-ão em conta as condições particulares da obra, como, entre outras, o plano de trabalhos, o ritmo de realização das valas, a experiência em obras semelhantes, a

dificuldade de acesso à junta e a dificuldade de obter água”. Seguidamente, descrevem-se, no artigo 53.3., as operações de estanquidade por troços; e, por último, regula-se o ensaio da totalidade das juntas e de estanquidade final.

Quanto a este último ponto, escreve-se: “à medida que avance a montagem da tubagem proceder-se-á ao ensaio das juntas instaladas. (...) Concluídos os ensaios das juntas de forma satisfatória, proceder-se-á ao reenchimento da totalidade da conduta. Uma vez finalizadas as obras submeter-se-á toda a tubagem à pressão do ensaio de estanquidade. Para tanto, será necessário ligar a tubagem com a tomada de água. Se isto não for possível o ensaio realizar-se-á por troços entre chaves de seccionamento.

Ou seja, não sendo possível ligar a tubaria à obra de entrada – como sucedeu na obra da Adução, quando a montagem dos tubos já estava concluída, os ensaios junta a junta, em vala, deverão ser complementados com ensaios por troços. Ora, foi precisamente isso que aconteceu. E mais: foi-o em condições mais favoráveis para o Consórcio do que as resultavam do Caderno de Encargos – é que, enquanto neste se determinava a realização de ensaios por troços de 400 em 400m, o que dava um total de 65 ensaios, acabaram por se realizar ensaios por troços que variavam entre 1,5 e 2,5km, o que deu um total de 12 ensaios.

O Tribunal entende, pois, que a pretensão indemnizatória do Consórcio não colhe à luz do direito estrito.

Mas o Tribunal entende que o pedido do Consórcio, quando ponderado à luz da equidade, pode e deve ser parcialmente atendido.

Isto pela simples razão de que, com a realização dos ensaios tubo a tubo, em fábrica, por um lado, e junta a junta, na vala, por outro lado, já estava, no fundo, tudo ensaiado.

A realização de mais um tipo de ensaios – os ensaios por troços – não tinha, portanto, grande fundamento, derivando, antes, de alguma excessiva cautela do Dono da Obra.

Esta, contudo, tinha justificação no facto de o Dono da Obra saber que o Consórcio não tinha qualquer experiência de fabricação e colocação de tubos em condutas de água.

Assim, à luz da equidade, o Tribunal entende razoável atribuir ao Empreiteiro 20% do montante, ou seja, 120.000 euros.

Nesta matéria, o Tribunal condena o Dono da Obra a pagar ao Empreiteiro.

Matéria de Facto:

Um outro exemplo de questão dirimida pelo Tribunal no que diz respeito à prova de determinados factos:

- Na execução de uma determinada obra registaram-se alguns casos de instabilidade de taludes.
- Esta instabilidade de taludes provocou transtorno no prosseguimento dos trabalhos.
- O Dono da Obra reconheceu ser de pagar ao Empreiteiro, a título de sobrecustos suportados com a instabilidade dos taludes, o montante de 40.000 euros.
- O projecto do projectista contratado pelo Empreiteiro previa para os taludes acima da cota de fecho da vala a inclinação de 1:1,5 dado que neste particular se tratava de uma concepção / construção.

Verificou-se que o projecto previa nas peças escritas a inclinação de 1:2 (HV) e nos desenhos a inclinação de 1:1 (HV). A reclamação do Empreiteiro não teve provimento por contradição no projecto.

O Empreiteiro refere que o Dono da Obra lhe ordenou que as inclinações dos taludes fossem de 1,0:1,0.

Não provado. As inclinações que foram indicadas pelo Dono da Obra ao Consórcio eram de 1:1,5 (HV).

O Dono da Obra ordenou ao Empreiteiro o referido no parágrafo anterior por razões de ordem económica e, mais concretamente, para se diminuïrem as áreas a expropriar e o volume das escavações a executar.

Provado, mas com o esclarecimento de que, para além desses motivos, houve também outros, tais como: preocupações ambientais; e não aumentar as áreas a expropriar com os inerentes conflitos com os proprietários. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas CB e LC.

Verificou-se o deslizamento de um talude construído pelo Empreiteiro com a inclinação de 1,0:1,0.

Provado parcialmente, com o esclarecimento de que não houve um deslizamento, mas, antes, um desmoronamento do material solto (que caiu), e com a correcção de que a inclinação do talude era de 1:1,5 (HV). Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

Verificou-se periodicamente a queda de taludes construídos com a inclinação de 1,0:1,0.

Provado parcialmente, com os seguintes esclarecimentos: (1) as quedas ocorridas não se realizaram com intervalos regulares; (2) a inclinação dos taludes era de 1:1,5. Convicção formada pelo Tribunal com base nos depoimentos das testemunhas.

As quedas referidas nos dois quesitos anteriores levaram o Dono de Obra a ordenar ao Empreiteiro a adopção de medidas estabilizadoras como, por exemplo, banquetas e inclinações dos taludes de 1:1,5.

Provado parcialmente, com o esclarecimento de que as medidas estabilizadoras indicadas pelo Dono da Obra não foram apenas as referidas neste quesito mas também outras – designadamente, adoçamentos, pregagens e descabeçamentos -, e com a correcção de que as inclinações dos taludes passaram a ser de 1:1. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

O Empreiteiro executou essas medidas estabilizadoras com os mesmos meios mecânicos das terraplanagens gerais.

Provado. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

As condições existentes para a execução das medidas estabilizadoras implicaram uma incidência horária de recursos por unidade produzida superior às verificadas para as terraplanagens gerais.

Provado parcialmente: houve efectivamente uma incidência horária de recursos por unidade produzida superior às verificadas para as terraplanagens gerais, bem como maiores custos para o Empreiteiro – mas isso ocorreu apenas em quatro. Por outro lado, as medidas estabilizadoras do material solto foram pagas como escavação. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

A execução das medidas estabilizadoras dos taludes referidas nos quesitos anteriores desorganizou a produção que o Empreiteiro havia estabelecido.

Provado parcialmente: houve desorganização da produção nos quatro casos referidos, correspondentes a 10.000m³ de terreno. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

Os custos suportados pelo Empreiteiro com a instabilidade dos taludes correspondem ao valor de 70.000m³ de escavação ao preço de 5€/m³.

Provado apenas que o volume foi de 31.556m³ e o preço de 1,5€/m³. Convicção formada com base no documento junto pelos RR. à contestação, bem como no depoimento da testemunha.

O Dono da Obra informou o Empreiteiro que entendia, absolutamente necessário, para fundamentar o projecto de execução que fosse realizado um estudo geológico-geotécnico das formações atravessadas pelo adutor; solicitando-lhe para o efeito, que apresentasse *“um programa de prospecção geológica e geotécnica que pretende levar a cabo para caracterização das formações com vista à definição das inclinações dos taludes, ao zonamento geotécnico, às condições de fundação, etc.”*.

Provado. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

A partir daquela data, este assunto passou a constar dos assuntos pendentes nas actas das reuniões da coordenação, sem que o Consórcio desse qualquer resposta ao Dono da Obra.

Provado. Convicção formada com base no documento junto pelos RR.

Nos projectos de execução elaborados pelo Consórcio, as inclinações dos taludes eram: plataforma e escavação – 1:variável (H:V); plataforma em aterro 1,5:1 (H:V); vala – 1:5 (H:V).

Provado. Convicção formada com base no documento junto pelo RR., não infirmado pela prova testemunhal.

Em nota referia-se que: “2) *Taludes de escavação: Base 1:1 (V:H) – Este valor será ajustado na obra em função da relação entre a direcção do eixo da escavação e a direcção da família de diáclases dominantes*”

Provado. Convicção formada com base no documento junto pelos RR., não infirmado pela prova testemunhal.

Na reunião de obra, o Dono da Obra fez notar que ainda não tinha sido apresentado o programa de prospecção solicitado, nem se tinha realizado qualquer estudo geológico-geotécnico, o qual era absolutamente necessário, pelo menos, para determinar as condições de estabilidade dos taludes de escavação, particularmente importante no troço onde o Consórcio pretendia iniciar os seus trabalhos?

Provado. Convicção formada com base no documento junto pelos RR., bem como no depoimento da testemunha.

Na ocasião o Empreiteiro pediu informações sobre o tipo de prospecção que a Fiscalização pretendia e os procedimentos a seguir nesse estudo, bem como sobre os elementos pretendidos.

Provado. Convicção formada com base no documento junto pelos RR, não infirmado pela prova testemunhal.

Na reunião seguinte o Dono da Obra apresentou os termos de referência mínimos do estudo a elaborar e, por outro lado, pediu resposta urgente a este assunto, condicionando o início dos trabalhos à apresentação do programa pedido.

Provado. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

Na falta de qualquer estudo justificativo da inclinação dos taludes de escavação de 1:1, considerada como base de trabalho no projecto de execução do Empreiteiro, o Dono da Obra achou exagerado aquele valor, tendo optado pela inclinação que até aí tinha sido considerada – 1:1,5 (H:V) -, em obra se avaliando da necessidade do seu ajustamento em obra.

Provado. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

Entretanto, os trabalhos iniciaram-se e prosseguiram sem que da parte do Consórcio houvesse qualquer iniciativa de fazer acompanhar os trabalhos pelos seus consultores e projectistas, com vista à avaliação das situações reais e adaptações necessárias?

Não provado. Estiveram presentes consultores e projectistas do Empreiteiro. Convicção formada com base no depoimento da testemunha, bem como no documento junto pelos RR.

Aquando do início da escavação da vala e, essencialmente, devido à necessidade de emprego de explosivos, verificou-se a instabilidade de zonas pontuais do talude direito da plataforma.

Provado, com o esclarecimento de que os desmoronamentos que se deveram aos explosivos foram só quatro. Convicção formada com base no depoimento de testemunha.

Na execução da obra, registaram-se quatro casos de instabilidade de taludes; e foi considerado necessário fazer o seu adoçamento em mais nove casos pontuais, antes, no entanto, de terem terminado as escavações locais.

Provado. Convicção formada com base no documento junto pelos RR.

Nos cerca de 4,5km de extensão do 2º troço do adutor apenas foi alterada a inclinação inicial numa zona com cerca de 800m?

Provado, com o esclarecimento de que isso corresponde a 20% do troço. Convicção formada com base no documento junto pelos RR.

Se fosse seguido o critério proposto pelo Consórcio resultariam encargos desnecessários devidos a um aumento significativo dos volumes de escavação e trabalhos a mais

Provado com o esclarecimento de que, não tendo sido seguido esse critério mas o do Dono de Obra, aumentaram as probabilidades de desmoronamento do lado direito do talude. Convicção formada com base no depoimento de testemunha.

Em reunião de obra, foram dadas indicações ao Empreiteiro para que fosse adoptada uma inclinação de 1:1 do talude direito do 3º troço, iniciado nessa altura.

Provado. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

Mesmo com a inclinação referida no quesito anterior, houve dois casos de desmoronamento, num deles com basculamento de blocos a meio do talude.

Provado, com o esclarecimento de que esse desmoronamento foi o maior de toda a obra. Convicção formada com base no depoimento da testemunha.

Do exposto resulta que a instabilidade pontual dos taludes foi resultado não da imposição de inclinações inadequadas pelo Dono da Obra mas, antes, da indisponibilidade do Consórcio para efectuar estudos indispensáveis a um projecto da dimensão e características do projecto da obra.

Não provado. A instabilidade dos taludes não resultou da falta de estudos geológico-geotécnicos, nem de uma inadequação sistemática das inclinações dos taludes indicadas pelo Dono da Obra. Resultou, sim, de outras causas: uso de explosivos, em quatro casos, e, nos restantes, da inclinação natural e/ou da composição morfológica dos terrenos.

É normal em obras do género que, durante a respectiva execução, se adaptem as soluções previstas às situações reais encontradas.

Provado. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

As decisões tomadas pelo Dono da Obra sobre a inclinação dos taludes não provocaram transtornos significativos no prosseguimento da obra – e foram-no de molde a facilitar a execução dos trabalhos que houve necessidade de realizar, para resolver os casos pontuais de eventual perigo de instabilidade.

Provado parcialmente: as decisões tomadas pelo Dono da Obra sobre inclinação dos taludes provocaram, nos quatro casos referidos, transtornos relevantes no prosseguimento da obra – sendo que, nos restantes casos, os trabalhos exigidos pela estabilização dos taludes foram pagos como trabalhos a mais. Convicção formada com base nos depoimentos das testemunhas.

Assim o Dono de obra pagou não a totalidade reclamada pelo Empreiteiro mas uma parte substancial desse montante.

Estes exemplos sobre matéria de direito e matéria de facto ilustram bem a importância de documentação, das actas, do projecto, dos relatórios e das provas testemunhais, na hora de decidir sobre litígios e conflitos contratuais. Assim, em termos de prevenção destas situações há que haver um formalismo rigoroso e tem de haver o cuidado de tomar decisões defendendo os termos contratuais e desfazendo as contradições que eventualmente possam existir.

Estes exemplos ilustram bem que, numa fase prévia à formação do litígio se poderia ter negociado, evitando a demora da via arbitral ou judicial. Em ambos os casos, se houvesse a formalização de uma grelha de interesse, a determinação das áreas de acordo, a avaliação da documentação à luz do direito vigente, poder – se – ia obter o acordo.

4

NEGOCIAÇÃO

A negociação ou a concertação negocial, como também é referida, é diferente do conceito de negócio, este disciplinado pela lei civil e esta ignorada pelo direito e pelas normas.

Há pois um vazio na elaboração técnica e sistemática nas regras e técnicas de negociação, em Portugal. De referir que o processo negocial deve ser formal, como uma matriz de resolução de interesses, por forma a determinar os objectivos comuns e as compensações que levam ao acordo.

Há pois um estilo, técnica e estratégia de negociação que têm que ser adquiridas pela experiência, começando normalmente na negociação de contratos ou de litígios.

A negociação é assim o caminho para a solução de um problema, obviando a chegada deste à barra do tribunal sob a forma de litígio.

O consenso é o êxito da negociação e que tende a favorecer o interesse de todas as partes envolvidas, já que proporciona menos grau de conflitualidade ou pelos benefícios de vária ordem, que sempre representa uma solução rápida e pela eliminação de um certo grau de aleatoriedade na aplicação da justiça, por parte de um julgador em caso de demanda.

Por isso mesmo se popularizou “...mais vale um mau acordo que uma boa demanda...”.

A negociação permite por um lado a conjugação de vontades distintas, que justifiquem as concessões, que ambas as partes terão que fazer.

O designado lobbying para as grandes questões económicas que interessam aos grandes grupos é um exemplo da actividade de grupos de negociadores em prol de interesse de grupos de pessoas ou económicos.

Um negociador não é um mero persuasor, nem deve basear o seu trabalho em ardis.

Assim, um negociador deve enquadrar as convicções de cada parte e estabelecer o direito que cada um tem.

Deve saber também qual é o enquadramento jurídico do assunto em questão, e neste caso, as leis da construção e o código civil.

Por último, deve conformar as expectativas das partes, face aos direitos e obrigações dos contratos assinados. Estas vias de aconselhamento são importantes para não gerar expectativas que em fase posterior, ao serem frustradas, podem vir a pôr em causa o desenrolar da negociação.

A experiência determina também que, nem sempre é possível encontrar uma justa composição dos interesses em jogo mediante a negociação; no entanto, a experiência do negociador nestes casos normalmente é fundamental para se conseguir um bom acordo.

De resto a lei prevê a chamada tentativa de conciliação, pressupondo logo que antecedendo o conflito deve haver a tentativa de obtenção de acordo, ou mesmo antes da chamada judicial o processo pode evoluir para um processo de arbitragem, em que as técnicas de negociação são fundamentais.

Os tipos de negociação estão classificados de acordo com vários critérios, sendo a mais vulgar, a negociação distributiva onde as partes discutem a divisão entre si de um determinado valor, a negociação integrativa onde as partes cooperam entre si no sentido de obterem o máximo benefício, adaptando os respectivos interesses, havendo que distinguir a negociação contratual e a negociação de litígios.

Estes conceitos negociais têm cada um a sua estratégia, técnica e estilo, muitas vezes determinantes no sucesso final dos objectivos da negociação.

Toda a negociação deve iniciar-se com a fase de preparação, recolha dos dados, conhecimento das posições das partes, objectivos das partes, planeamento das negociações, elaboração de comunicações, a fase das concessões e adaptação às exigências da parte contrária, até à formalização de um acordo, mantendo sempre presente a fluidez dos contactos e o bom senso.

Neste processo temos que demarcar quais são as nossas posições negociais, (onde podemos ceder?, onde podemos ganhar?) margem negocial (quais os valores da negociação ou condições negociais que podemos deixar de exigir) e qual a pressão negocial que temos ou podemos vir a ter.

Normalmente, a negociação não passa pelo binómio vencer / perder, mas antes, por encontrar soluções criativas e negociais, sendo um campo de aperfeiçoamento contínuo, onde a experiência e a ponderação serão as ferramentas fundamentais.

A negociação é o processo que leva ao acordo de vontades e o mecanismo que o explica.

A negociação é assim, a averiguação recíproca orientada, quanto às possibilidades de estabelecimento de acordo ou um processo de aproximação de duas ou mais posições inicialmente díspares ou antagónicas, no sentido de se alcançar um acordo de vontades por via do qual se traduzam efeitos.

Este processo de acordo de vontade das partes, tem vectores psicológicos comunicacionais, económicos e jurídicos.

Deve ser levado em conta o sistema normativo e jurídico, devendo ser verificado o direito individual em jogo, a legitimidade das partes em celebrar o acordo ou contrato e a caracterização dos deveres e direitos que a lei reconhece e que possam depender da vontade das partes entre muitos aspectos.

Assim, há que definir bem no início da negociação o chamado objecto negocial. É como na fórmula matemática, há que determinar bem, antes de elaborar a equação, qual a incógnita. É usual que o objecto negocial apesar de determinado com o decorrer da negociação se vá transformando e quando damos por nós, estamos a falar de um outro objecto negocial, podendo assim, tornar-se no objecto do litígio. Pois, o âmbito do objecto negocial pode alargar-se ou reduzir-se chamando-se a este fenómeno o perímetro do objecto negocial.

Nesse perímetro negocial há que estabelecer os vários consensos possíveis, por contraposição com aquelas em que existe ou subsiste a necessidade de discussão.

Logo, deve-se insistir na celebração de acordos parciais por forma a conseguir o acordo final ou mesmo a conclusão do diferendo ou do litígio.

No processo negocial, normalmente, evolui-se tendencialmente de um objecto mais lato e complexo, definido pelas partes negociais, para outro mais restrito que se resume aos assuntos e aspectos do litígio.

Nos tribunais o processo judicial evolui para a fase de julgamento, onde o objecto da prova passa a corresponder apenas aos factos controvertidos e previamente seleccionados pelo tribunal.

4.1. AS PARTES NEGOCIAIS

Muitas vezes as partes compõem-se em vários interessados ou compartes.

Existe assim uma parte e uma contraparte e em cada uma delas as compartes.

Para facilitar processos negociais com várias compartes o ideal é encontrar um mandatário ou então há a possibilidade de cada uma das compartes negociar entre si e estabelecerem um acordo final.

4.2. POSIÇÃO E PODER NEGOCIAIS

A posição negocial corresponde a um conceito valorativo em função da ideia de equilíbrio negocial.

Existe equilíbrio negocial, quando as partes detenham posições negociais equivalentes, isto é, quando se possa considerar que existe equiparação relativa de poderes negociais.

O poder negocial traduz-se na faculdade real de impor condições, daí que a parte dominante (ou privilegiada) seja aquela que detenha, no caso concreto, o maior poder negocial.

A ideia de peso negocial pode ajudar a transmitir o significado de posição negocial.

A posição negocial é extremamente variável em função do contexto, podendo por vezes usar-se o critério do maior benefício com a obtenção de um acordo, para apontar a parte que tem a posição negocial mais fraca.

Na fase pré-judicial pode existir equilíbrio de posições negociais perante a incerteza de qual será o sentido da decisão final da causa por parte de um tribunal, todavia, ultrapassada a fase dos articulados e realizadas as sessões de audiência de julgamento em que foi produzida a prova, a parte, que vê o processo desenrolar-se favoravelmente terá adquirido já melhor posição negocial. No jogo de forças emanante à negociação, cada parte procura constantemente ganhar posição negocial, no sentido de passar a ter mais poder de impor a sua vontade, pois que uma débil posição negocial favorecerá a ocorrência de concessões sem contrapartidas.

A proposta negocial tem dois significados, um de uso corrente, que corresponde à declaração no sentido de se estabelecer a discussão de um assunto, visando o acordo mediante uma dada solução.

O segundo significado, mais restrito, tem a ver com a chamada proposta contratual.

A primeira constitui sempre um convite para a formalização da segunda.

Expectativa negocial é aquilo que se vai gerando ao longo do processo negocial. A manutenção da vontade recíproca em prosseguir uma negociação no sentido de se alcançar o acordo final, ao cabo de morosos e trabalhosos actos negociais, que muitas vezes envolvem não apenas tempo, mas o estudo minucioso de assuntos técnicos, económicos e jurídicos.

O diálogo construtivo, no decurso dos acontecimentos, dá-se em função da variação da satisfação de determinadas exigências e da adopção de concessões recíprocas, sendo estas duas noções práticas, fundamentais dentro da lógica negocial.

4.3. RAZOABILIDADE, CREDIBILIDADE E LEALDADE NEGOCIAIS

É por via da razoabilidade negocial que a argumentação pode ser uma ferramenta de persuasão entre as partes.

A credibilidade negocial é a idoneidade de uma parte perante a outra e que é um atributo que se constrói ou reforça pela prática da razoabilidade, durante o processo negocial.

Geralmente, não se negocia com quem não apresenta o menor indício de ser uma pessoa idónea, pois será uma perda de tempo fazê-lo.

A negociação tem pois uma ética própria, que impõe não se voltar atrás, que justifica a sedimentação de confiança entre os intervenientes e que facilita uma certa previsibilidade quanto ao que se considere uma actuação séria.

A lealdade negocial pertence à ética comercial, apelando à existência de deveres específicos quer de informação, confidencialidade e boa fé.

4.4. POSTURA NEGOCIAL

Em função dos ambientes, da cultura dos intervenientes, suas tradições e preconceitos morais, religião e costumes, há que traçar um perfil psicológico ou comportamental minimamente fiável.

Em função do perfil da contraparte, se inflexível ou submissa, pode ser aconselhável abdicar de certas exigências acessórias e dar à proposta inicial artigos mais definidos.

A experiência pessoal também influi muito na postura negocial.

A pressão negocial corresponde à influência produzida no processo negocial, no sentido de criar uma tensão positiva ou negativa, que condiciona o curso natural ou espontâneo de uma negociação.

A forma de criar essa pressão negocial pode ter várias expressões, nomeadamente, quando a concorrência também exerce essa pressão.

A presença de elementos de pressão na negociação, caso não possam ser ignorados sem consequências para as partes, condicionará tendencialmente uma das partes a fazer uma concessão, ou a abdicar de certas exigências ou forçando-a a reagir e a tomar posições mais rapidamente.

Naturalmente, a parte dominante (ou aquela que tem melhor posição negocial) é menos sensível a tais elementos de pressão, porém pode ser precisamente uma legítima manobra de pressão a que melhor repõe o equilíbrio negocial.

4.5. MARGEM NEGOCIAL

A diferença que vai entre as pretensões iniciais, apresentadas por uma das partes e o limite de tais pretensões a partir do qual a mesma parte deixará de ter interesse em chegar a um acordo, será a sua margem negocial.

É assim o espaço das concessões possíveis, dentro das condicionantes do negócio a realizar e em face dos objectivos que correspondam ao mínimo de proveito aceitável para uma das partes por apelo à noção comercial de margem negocial ou lucro.

4.6. ORIENTAÇÃO DOS NEGOCIADORES

Os negociadores devem ser escolhidos, devem ser treinados e preparados com motivação, dando-lhes conhecimentos técnicos sobre as questões em análise e devem ter boa presença, ser criativos, flexíveis, bons ouvintes, determinados, disciplinados, grande tolerância à frustração, desapaixonados, com confiança em si próprios e que tenham prazer em negociar.

Nas páginas seguintes apresentam-se uns formulários que permitem sistematizar a negociação, identificando as partes e os interessados, bem como os interesses em presença e nas opções a tomar para orientar a negociação.

1: identificar as partes

Negociador _____

Outra Parte _____

Assunto _____

Preencha os nomes das pessoas ou grupo envolvidos nesta negociação. Coloque-se como "negociador" e a pessoa com quem está a tratar directamente como "outra parte". Nos espaços abaixo, escreva os nomes de outras pessoas que possam ser afectadas significativamente pelo resultado da negociação.

Pessoas do "meu lado" para quem o resultado é importante	Pessoas do "outro lado" para quem o resultado é importante
Constituintes? _____	Constituintes? _____
Amigos? _____	Amigos? _____
Família? _____	Família? _____
Patrão? _____	Patrão? _____
Outros? _____	Outros? _____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____

Data de Preparação _____

Fig. 1 – Formulário 1: Identificar as partes

2: esclarecer os interesses

Negociador _____

Outra Parte _____

Assunto _____

Meus O que me interessa?	Deles Se estivesse no lugar deles, o que me interessaria ou preocuparia?	Outros Quais são as preocupações de outros que possam ser afectados de um modo significativo?
Pessoal	Pessoal	Outro 1
		Outro 2
Negócio	Negócio	Outro 3

Data de Preparação _____

Fig. 2 – Formulário 2: Esclarecer os interesses

3: sondar interesses

Negociador _____

subjacentes

Outra Parte _____

Assunto _____

Na coluna da esquerda coloque os interesses mais importantes para si e para a outra parte que foram identificados no formulário 2. Para cada um deles pergunte "porquê?" e "para quê?". Se descobrir interesses mais profundos, coloque-os na segunda coluna. Finalmente, tente avaliar os seus interesses distribuindo 100 pontos entre eles, na proporção relativa à sua importância.

Interesses importantes (Retirado de Formulário 2)	Interesses básicos ou subjacentes (Pergunte "porquê?" e "para quê?")	Importância relativa (Distribua 100 pontos)
Meus		
Deles		

Data de Preparação _____

Fig. 3 – Formulário 3: Sondar Interesses

satisfazer interesses

Outra Parte

Assunto _____

Nossos interesses

Interesses deles	
------------------	--

OPÇÕES 1

Fig. 4 – Formulário Opções 1: Criar opções para satisfazer interesses

**OPÇÕES 2: descubra maneiras de
maximizar ganhos conjuntos**

Negociador _____

Outra Parte _____

Assunto _____

Considere maneiras de combinar competências e recursos para satisfazer os interesses dos dois lados.

	Inventário das competências e recursos	Combine recursos semelhantes para criar valor	Combine recursos diferentes para criar valor
Nós			
Nós			

Data de Preparação _____

OPÇÕES 2

Fig. 5 – Formulário Opções 2: Descubra maneiras de maximizar ganhos conjuntos

5

CASOS REAIS

Neste capítulo passa – se a apresentar alguns casos reais relacionados com processos que foram resolvidos pelos tribunais e que exemplificam o tipo de conflitos que têm a ver com a quantidade dos trabalhos, os prazos de execução ou reivindicação de preços e verbas não contemplados nos orçamentos.

De referir que os casos apresentados têm já alguns anos e que entretanto a legislação mudou, mas em substância, a razão dos conflitos se mantém.

5.1. EMPREITADA – DENÚNCIA DE DEFEITOS - CADUCIDADE

A denúncia de defeito tem por fim colocar o empreiteiro em condições de fazer ou mandar fazer as necessárias verificações, que por vezes no decurso do tempo tornaria impossível, e permitir-lhe ainda eliminar, logo à sua custa, os vícios que a obra apresente.

A falta de denúncia dentro do respectivo prazo tem como consequência considerar-se a obra aceite com os defeitos que, devendo ser denunciados, o não foram e tendo-se como aceite a obra sem defeito, não pode o dono reclamar, posteriormente, a sua eliminação ou indemnização por danos causados pela defeituosidade.

No que concerne aos imóveis destinados a longa duração e de acordo com o estipulado nos n.ºs 2 e 3 do art. 1225º C. Civil, a denúncia dos defeitos deve ser feita dentro do prazo de um ano e a respectiva acção de eliminação intentada no ano seguinte à denúncia, sob pena de caducidade e isto sempre dentro do prazo de cinco anos a contar da entrega da obra.

O dec-Lei 67/2003 procedeu à transposição para o ordenamento jurídico português da Directiva nº 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, visando a aproximação das disposições dos Estados Membros sobre alguns dos aspectos da venda e garantia de bens de consumo, com vista a assegurar a protecção dos interesses do consumidor.

No caso de empreitada de construção de imóveis, sendo o dono da obra proprietário do solo, a obra é propriedade deste, mesmo que os materiais sejam fornecidos pelo empreiteiro, que os vai adquirindo à medida que forem sendo incorporados na obra, tal como resulta do nº 2 do art. 1212º C. Civil.

O Empreiteiro, não vendeu, nem produziu algo que depois tenha transmitido ao Cliente. Este foi sempre o dono da obra que veio a ser erigida pelo Empreiteiro por solicitação e em conformidade com o estabelecido no contrato.

Um casal intentou uma acção contra um Empreiteiro pedindo que fosse condenado pela reparação de defeitos, já que a obra não estava de acordo com o projecto de arquitectura aprovado ou na redução do preço da obra, por meio de avaliação, pedindo também uma indemnização de 22.944,71 €, com juros desde a citação.

Em fundamento desta sua pretensão alegam ter contratado com o Empreiteiro a construção de uma moradia, pelo preço de 84.795,64 €. Só que a construção não obedeceu ao respectivo projecto, o que inviabiliza a concessão da licença de habitação. E com base na diferença entre a área efectivamente construída e a que pagaram, encontram o montante indemnizatório peticionado.

Contestou o Empreiteiro começando por invocar a caducidade do direito dos autores a verem reparados os defeitos pelo seu não exercício atempado e alegando, depois, que os vícios invocados correspondem a alterações por eles solicitadas, pois em 19 de Outubro de 1999, os autores passaram a ocupar a moradia com mobílias e electrodomésticos.

No âmbito de um processo que correu termos no Tribunal de Idanha-A-Nova, foi, em 18.02.03, elaborado um parecer por um Engenheiro, a mando dos aqui autores, que descrimina os defeitos existentes na moradia e que agora aqueles pretendem ver eliminados.

A 7 de Março de 2003, os autores já tinham conhecimento deste parecer técnico.

Os Autores requereram a vistoria da obra edificada à Câmara Municipal de Idanha-a-Nova a 23 de Setembro de 2004.

A 18 de Novembro de 2004, foi o autor notificado da emissão de parecer desfavorável devido ao facto de o edifício vistoriado não se encontrar em conformidade com o projecto aprovado pela Câmara Municipal, uma vez que o pé direito do R/C era inferior ao aprovado, diminuindo assim a cércea do edifício.

A 21 de Fevereiro de 2005, foi o autor notificado que o pedido de concessão de alvará de licença de utilização foi indeferido.

A presente acção deu entrada no Tribunal a 27 de Dezembro de 2005.

O Empreiteiro, ao assumir a obrigação perante os autores, de construir certa obra, mediante o pagamento de determinado preço, por parte destes, celebrou com eles um contrato de empreitada, tal como decorre do estatuído no art.1207º C. Civil.

O principal direito do dono da obra é que ela seja realizada, no prazo estabelecido, segundo os moldes convencionados -art. 1209º C. Civil e, concomitantemente, o principal dever do empreiteiro é a realização da obra, em conformidade com o acordado e sem vícios.

Se o empreiteiro deixa de efectuar a sua prestação em termos adequados, dá-se o inadimplemento da obrigação com a sua consequente responsabilidade. O não cumprimento ou o cumprimento defeituoso das obrigações a que o empreiteiro está adstrito, as mencionadas no art. 1208º C. Civil, dá lugar a várias sanções: pode ser compelido à eliminação dos defeitos - art. 1221º-, ou ficar sujeito à redução do preço ou à resolução do contrato – art. 1222º, e/ou a indemnização pelos danos causados – arts. 1223º e 1225º.

Mas a responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos que a obra apresente pressupõe que o dono da obra, antes de a aceitar, verifique, dentro do prazo usual ou, na falta de uso, dentro do período que se julgue razoável, a partir do momento em que o empreiteiro o coloque em condições de o poder fazer, se ela se encontra nas condições convencionadas e sem vícios (art. 1218º).

A denúncia tem por fim colocar o empreiteiro em condições de fazer ou mandar fazer as necessárias verificações, que por vezes o decurso do tempo tornaria impossível, e permitir-lhe ainda eliminar, logo à sua custa, os vícios que a obra apresente.

A falta de denúncia dentro do respectivo prazo tem como consequência considerar-se a obra aceite com os defeitos que, devendo ser denunciados, o não foram; e tendo-se como aceite a obra sem defeito, não pode o dono reclamar, posteriormente, a sua eliminação ou indemnização por danos causados pela defeituosidade.

No que concerne aos imóveis destinados a longa duração e de acordo com o estipulado nos n.ºs 2 e 3 do art. 1225.º C. Civil, a denúncia dos defeitos deve ser feita dentro do prazo de um ano e a respectiva acção de eliminação intentada no ano seguinte à denúncia, sob pena de caducidade e isto sempre dentro do prazo de cinco anos a contar da entrega da obra.

Ora, a obra foi entregue aos recorrentes, donos da obra, a 19 de Outubro de 1999.

Atenta a natureza da obra em causa, os defeitos teriam de ser denunciados e a acção respectiva intentada dentro do prazo de cinco anos, ou seja, até 19 de Outubro de 2004. Como a presente acção apenas foi instaurada a 27 de Dezembro de 2005, já havia decorrido aquele prazo limite dentro do qual o direito do dono da obra podia ser exercido, o que equivale por dizer que já tinha então caducado esse seu direito.

Que já havia decorrido o prazo de caducidade do direito do dono da obra face à nossa lei civil nem o Dono de Obra o questiona.

O que eles sustentam é que, ao caso vertente, é aplicável o regime preconizado pelo Dec-Lei 67/2003 e Directiva Europeia por ele transposto, sendo então o prazo de garantia por defeitos da obra de dez anos e não sendo sequer exigível a sua denúncia.

Aquele diploma procedeu à transposição para o ordenamento jurídico português da Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, visando a aproximação das disposições dos Estados Membros sobre alguns dos aspectos da venda e garantia de bens de consumo, com vista a assegurar a protecção dos interesses do consumidor, como se refere no n.º 1 do art. 1.º.

E quanto ao seu âmbito de aplicação, diz-se no n.º 2 do mesmo art. que ele *é aplicável, com as necessárias adaptações, aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir e de locação de bens de consumo.*

Com a transposição desta directiva procurou obviar-se a uma diminuição de protecção do consumidor e, tanto assim, que houve a preocupação expressa pelo legislador de salvaguardar os direitos reconhecidos ao comprador em caso de existência de defeitos na coisa pela Lei 24/96, de 31 Julho.

Este normativo disciplina as relações jurídicas entre vendedor, fabricante ou produtor, por um lado, e consumidor, pelo outro.

Consumidor, segundo o n.º 1 do art. 2.º da citada Lei 24/96, *é todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.*

Na situação em análise, o Empreiteiro, na sequência de um contrato de empreitada celebrado com os autores, construiu-lhes uma moradia para habitação.

No caso de empreitada de construção de imóveis, sendo o dono da obra proprietário do solo, como aqui acontece, a obra é propriedade deste, mesmo que os materiais sejam fornecidos pelo empreiteiro, que os vai adquirindo à medida que forem sendo incorporados na obra.

O Empreiteiro, não vendeu, nem produziu algo que depois tenha transmitido ao Dono de Obra. Estes foram sempre os donos da obra que veio a ser erigida por aquela, a solicitação e em conformidade com o estabelecido entre eles. A obra nasceu na esfera jurídica do Dono de Obra, pelo que nunca se poderia ter operado qualquer transferência de propriedade do domínio do Empreiteiro para o Dono da Obra.

Não tendo sido, por qualquer modo, transmitido este bem aos recorrentes, é evidente que o regime preconizado pelo aludido Dec-Lei 67/2003 e, consequentemente a disciplina da Directiva Comunitária nela acolhida, não abarca na sua aplicação o caso dos presentes autos e não afasta o preconizado no Código Civil quanto ao contrato de empreitada, designadamente o estatuído sobre caducidade e respectivo prazo.

E, como referido, esse prazo havia já decorrido, não tendo os recorrentes exercido o seu direito.

Decisão

Apesar dos recursos para a Relação e para o Supremo, o Dono de Obra perdeu a acção, pois efectivamente deixou ultrapassar os prazos de recurso.

Verifica – se neste caso que, a prevenção do risco de conflito começa na criação de um sistema de contratação e fiscalização da obra, que regista a sua evolução de acordo com o projecto aprovado e mantenha uma relação formal entre o Dono de Obra e o Empreiteiro, com a elaboração de relatórios e a implementação de um sistema de controle de qualidade.

5.2. CONTRATO DE SUB-EMPREITADA, FISCALIZAÇÃO, RESOLUÇÃO, INCUMPRIMENTO, DEFEITOS DA OBRA, INDEMNIZAÇÃO, FORMALIDADES

A omissão de formalidades contratualmente exigidas para a aprovação da obra por parte do dono da obra, só a este é imputável.

Não pode, consequentemente, invocá-la para justificar o não pagamento dos trabalhos assim aprovados.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

Um sub-empreiteiro instaurou no Tribunal da Comarca do Porto uma acção na qual pediu a condenação do Empreiteiro Geral no pagamento de 104.655,03 €, com os devidos juros legais contados desde a citação até integral pagamento.

Para o efeito, alegou terem celebrado um contrato de sub-empreitada nos termos do qual se obrigara perante o Empreiteiro a realizar parte dos trabalhos (as drenagens) a que por sua vez a ré, se obrigara na empreitada relativa à reconversão e beneficiação da linha férrea do Norte, sublanço Pampilhosa/Oliveira do Bairro; que o Empreiteiro lhe não tinha pago diversos trabalhos que fizera; e que resolvera indevidamente o contrato, impedindo-a de o concluir, provocando-lhe assim prejuízos consideráveis.

O Empreiteiro contestou, justificando a resolução com o incumprimento por parte do sub-empreiteiro (atrasos, má execução dos trabalhos, má qualidade dos materiais utilizados) e com o que entre ambas tinha sido contratado, salientando que era ele que tinha direito a ser indemnizado pelos prejuízos que o Sub-empreiteiro lhe causara, e que o contrato lhe permitia utilizar, para o efeito, “*o valor caucionado, nos termos da cláusula VIII, independentemente de decisão judicial*”.

O Sub-empreiteiro replicou.

O Sub-empreiteiro foi convidado a esclarecer determinados pontos da sua reclamação, concretizando “*em que consistiram (...) as violações contratuais que alegadamente a impediram de cumprir as obrigações assumidas e de levar até ao termo o contrato celebrado (...), através da alegação de factos*”.

Por sentença do Tribunal, a acção foi julgada parcialmente procedente e o Empreiteiro Geral foi condenada a pagar à autora a quantia de € 30.119,66 (trinta mil cento e dezanove euros e sessenta e seis cêntimos), acrescida dos respectivos juros de mora, à taxa legal supletiva aplicável aos créditos comerciais, vencidos desde 11 de Dezembro de 1997 e vincendos até efectivo e integral pagamento.

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação para o Tribunal da Relação do Porto, que o negou.

O Sub-empiteiro apresentou as seguintes alegações:

Os factos provados habilitam a concluir pela existência do contrato de subempreitada e da obrigatoriedade de cumprimento de todas as suas cláusulas.

Da análise de todos os factos provados permite concluir que uma factura foi emitida sem a necessária aprovação da Fiscalização e consequente ordem de emissão da factura.

Facto que constitui a omissão de uma formalidade essencial para a facturação.

Omissão essa que constitui violação do estipulado contratualmente entre as partes.

Um dos factos provados habilita a concluir que o Empreiteiro Geral deu conhecimento em 05.11.1997 ao Sub-empiteiro, que os trabalhos não estavam executados correctamente, e quais os motivos dessa discordância.

Um dos factos provados habilita a concluir que em caso de rejeição dos trabalhos executados quer por parte do Sub-empiteiro, quer pelo Empreiteiro Geral deverá remover de imediato o trabalho mal executado e refazê-lo com a qualidade requerida.»

O Sub-empiteiro contra-alegou, pronunciando-se no sentido da confirmação do acórdão recorrido.

A matéria de facto que vem provada foi a seguinte:

O Sub-empiteiro dedica-se à realização de empreitadas de obras públicas e particulares, ao comércio de materiais e utensílios de construção, à manutenção, gestão e exploração de redes, estações elevatórias e de tratamentos de águas e esgotos de recolha e à gestão e tratamento de resíduos sólidos;

No âmbito da sua actividade, o Empreiteiro Geral tomou de empreitada as obras de reconversão e beneficiação da Linha Férrea do Norte, sub-lanço Pampilhosa – Oliveira do Bairro);

Para melhor concretização desta empreitada, por escrito de 11 de Agosto de 1997, o Empreiteiro Geral incumbiu ao Sub-empiteiro a realização de todas as drenagens naquele sub-lanço, pelo preço global de € 549.234,84, mediante prévia quantificação global dos trabalhos a realizar e mediante preços unitários previamente fixados e acordados entre os dois;

O Sub-empiteiro Geral obrigou-se a realizar aquelas obras dentro dos prazos e mediante os ritmos fixados e a fixar pela Direcção Técnica da Obra do Empreiteiro Geral;

O Sub-empiteiro e o Empreiteiro Geral acordaram que o pagamento dos serviços a realizar ser-lhe-iam pagos por esta 60 dias após a recepção das competentes facturas;

O Sub-empiteiro foi realizando os trabalhos de drenagem;

Em 9 de Outubro de 1997, o Sub-empiteiro remeteu ao Empreiteiro Geral, que a recebeu, uma factura no valor de € 30.119,66, com IVA incluído, correspondente aos trabalhos discriminados no auto de medição;

Em 27 de Outubro de 1997, o Sub-empiteiro remeteu ao Empreiteiro Geral, que a recebeu, uma factura no valor de € 11.491,00, com IVA incluído, correspondente aos trabalhos discriminados no auto de medição;

Em 10 de Dezembro de 1997, o Sub-empiteiro remeteu ao Empreiteiro Geral, que a recebeu, uma factura no valor de € 4.229,80, com IVA incluído, correspondente aos trabalhos discriminados no auto de medição;

Em 10 de Dezembro de 1997, o Sub-empiteiro remeteu ao Empreiteiro Geral, que a recebeu, uma factura no valor de € 1.423,97, com IVA incluído, correspondente aos trabalhos discriminados no auto de medição);

Todas estas facturas deram entrada nos serviços contabilísticos do Empreiteiro Geral;

Em 4 de Dezembro de 1997, o Empreiteiro Geral comunicou ao Sub-empreiteiro a sua intenção de rescindir o contrato, mediante o envio de uma carta;

O Empreiteiro Geral devolveu ao Sub-empreiteiro as facturas atrás referidas;

O contrato referido previa o início imediato dos trabalhos pelo Sub-empreiteiro;

O Sub-empreiteiro colocou ao Empreiteiro Geral problemas quanto à escavação em rocha;

O Sub-empreiteiro estava bem ciente da existência de rocha no local das obras, pois foi para isso alertado desde o início das negociações encetadas com o Empreiteiro Geral;

Devido à necessidade de conclusão dos trabalhos no local da designada Curva 224, o Empreiteiro Geral solicitou ao Sub-empreiteiro que os funcionários deste trabalhassem mais 2 horas por dia e também aos Sábados, devendo ser criada uma nova frente para laborar na mesma Curva;

O Sub-empreiteiro disponibilizou-se a fazer entrar em obra uma segunda equipa de pessoal e uma máquina equipada com martelo até ao dia 11.09.1997;

O Sub-empreiteiro apenas fez entrar em obra, no dia 16.09.1997, uma máquina giratória com martelo e mais um pedreiro;

O Sub-empreiteiro tinha-se comprometido a concluir os trabalhos referidos no dia 03.10.1997;

Em 07.10.1997, o Empreiteiro Geral enviou ao Sub-empreiteiro um fax dando-lhe conta que a obra de drenagem da Curva 224 ainda não se encontrava concluída;

E alertando-a para o facto de na Curva 224 o Sub-empreiteiro ter que retirar o volume de terras por ele deixado e recolocar, pelo menos, uma manilha, que tinha sido mal executada;

Nesse fax, o Empreiteiro Geral chama novamente à atenção do Sub-empreiteiro para fazer entrar em obra mais uma equipa de modo a iniciar os trabalhos de drenagem na recta sul de Mogofores;

O Empreiteiro Geral enviou ao Sub-empreiteiro uns faxes que este os recepcionou;

O Sub-empreiteiro manifestou ao Empreiteiro Geral a sua intenção de rescindir o contrato referido, mediante o envio de uma carta;

O Sub-empreiteiro enviou ao Empreiteiro Geral uns faxes, que este os recepcionou;

O auto de medição foi aprovado pelo Empreiteiro Geral antes da emissão da correspondente factura;

Em 05.11.1997, o Empreiteiro Geral comunicou ao Sub-empreiteiro para que suspendesse todos os trabalhos de drenagem que estava a efectuar, o que fez mediante fax;

Após a comunicação o Empreiteiro Geral passou a efectuar, designadamente com os seus próprios recursos técnicos e humanos, os trabalhos que o Sub-empreiteiro lhe havia tomado, com vista ao cumprimento do por si acordado com o dono da obra;

O Sub-empreiteiro é uma empresa considerada no mercado;

Nessa altura, o Sub-empreiteiro não havia realizado 10% da totalidade dos trabalhos contratados pelo Empreiteiro Geral;

O Sub-empreiteiro apenas iniciou os trabalhos a que se reporta o contrato três semanas depois da assinatura do contrato;

O Empreiteiro Geral colocou em obra uma máquina dotada de martelo pneumático;

A execução dos trabalhos contratados e o fornecimento dos materiais a utilizar eram da responsabilidade do Sub-empregueiro.

Está assim em causa neste recurso saber se o Empregueiro Geral devia ou não ter sido condenada a pagar ao Sub-empregueiro a quantia de € 30.119,66, acrescida de juros, nos termos referidos.

O Empregueiro Geral, invocando os termos do contrato, discorda da condenação, sustentando que foi omitida uma formalidade contratualmente exigida: a aprovação da Fiscalização e conseqüente ordem de emissão da factura, o que deveria ter conduzido à sua absolvição.

Acresce, em seu entender, que ficou provado que em 5 de Novembro de 1997, conforme instruções da fiscalização, dirigiu ao Empregueiro Geral uma comunicação no sentido de suspender os trabalhos, que estavam a ser incorrectamente realizados; e que estava acordado que, se os trabalhos fossem rejeitados, quer por ela própria, quer pelo dono da obra, a recorrente deveria removê-los imediatamente e refazê-los.

A sentença considerou que o Sub-empregueiro tinha “direito a receber do Empregueiro Geral o preço dos trabalhos realizados de acordo com o contratualmente estabelecido”, porque o efeito retroactivo da resolução do contrato “não abrange (...) as prestações contratualmente já efectuadas pelo Sub-empregueiro, quando é certo que estávamos perante um contrato de execução continuada – cfr. art. 434º, nº 2, do C. Civil.”

Assim sendo, tendo em conta as cláusulas do contrato e que só “os trabalhos discriminados no auto de medição foram aprovadas pelo Empregueiro Geral antes da emissão da correspondente factura nº 685, datada de 09.10.1997”, condenou este no pagamento respectivo.

Com efeito, de acordo com o contrato celebrado entre as partes, os trabalhos deviam ser efectuados “em regime de medição, sendo condição prévia para a facturação a obtenção de aprovação prévia do auto dos trabalhos.

Relativamente às medições, foi acordado que «serão efectuadas a partir da medição real efectuada ‘in situ’» e que “apenas serão consideradas para medição as partes da obra aprovadas pela Fiscalização e nas quantidades aceites pela mesma, sendo o Sub-empregueiro avisado para efeitos da sua facturação no prazo máximo de 24 horas” .

Finalmente, acordou-se que os pagamentos seriam realizados “60 dias após a entrada das facturas nos serviços contabilísticos” da sede.

Ora da lista dos factos provados consta que “o auto de medição” correspondente à factura “foi aprovado pelo Empregueiro geral antes da emissão” dessa mesma factura.

Não consta, efectivamente, a aprovação pela Fiscalização, cuja falta é apontada pelo Empregueiro Geral.

Tratando-se de um acto prévio à aprovação dos trabalhos por parte do Empregueiro Geral, é-lhe imputável a respectiva omissão; ou, dizendo melhor, é-lhe imputável ter aprovado o auto de medição sem prévia aprovação pela fiscalização.

Decisão:

Assim o Empregueiro Geral perdeu a acção e foi obrigado a pagar as facturas dos trabalhos já que devia ter providenciado a aprovação ou reprovação dos trabalhos por parte da Fiscalização.

Verifica – se neste caso que, o conflito se gera muitas vezes, porque a parte negocial mais forte (neste caso o Empregueiro Geral) quer impor a sua vontade a Empresas mais pequenas e se exige rigor aos sub – empregueiros deve também exercê-lo na sua própria actuação, correndo o risco de perder a razão como foi o caso.

5.3. CONTRATO DE EMPREITADA – DEFEITOS, DENÚNCIA, MORA DO CREDOR, EXCEPÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO, CONTRATO

Tendo os donos da obra denunciado, atempadamente, a existência de defeitos e pretendendo a empreiteira verificá-los, estão aqueles obrigados a cooperar com a empreiteira, proporcionando-lhe o acesso à obra para a solicitada inspecção.

Os donos da obra ao recusarem o acesso para inspecção, constituíram-se em mora – *mora creditoris* – art. 813º do Código Civil – já que não cooperaram com a empreiteira – cooperação imprescindível – para que esta realizasse a sua prestação que reveste essencialidade.

Se aquele que invoca a excepção de não cumprimento do contrato se encontra em mora, tal invocação é improcedente, porque violadora do princípio da boa-fé.

No exercício dessa actividade, um Empreiteiro obrigou-se em relação ao Dono de Obra a realizar a obra de demolição de uma moradia pré-existente e reconstrução geral e ampliação da mesma moradia pré-existente.

Ficou acordado entre o Empreiteiro e Dono de Obra que estes pagariam aquela a quantia de 69.831,71 € pela realização da obra.

Durante a execução da obra o Dono de Obra exigiu ao Empreiteiro a realização de alguns trabalhos a mais não previstos no projecto aprovado pela Câmara Municipal, os quais implicaram um custo para o Empreiteiro da quantia de 10.119,40 €.

O Tribunal da 1ª Instância deu razão ao Empreiteiro e o Dono de Obra contestou invocando que as obras estavam com defeitos.

O Dono de Obra vem confirmar o acordo com o Empreiteiro, mediante o pagamento de 69.831,71 €, pelo primeiro, a segunda obrigava-se a efectuar as obras de reparação e ampliação na propriedade daquele.

Após a entrega da obra o Dono de Obra constatou a existência de vários defeitos na mesma, sem que o Empreiteiro os corrigisse.

Para reparação dos aludidos defeitos haverá um dispêndio de 21.884,76 €.

Por conta do valor da empreitada foi entregue ao Empreiteiro a quantia de 57.361,76 €.

O Dono de Obra forneceu ainda materiais que competiam ao Empreiteiro no valor de 3.940,50 €.

O Empreiteiro impugnou os factos alegados pela Autora.

O Tribunal condenou o Dono de Obra a pagar €11.959,93 (onze mil novecentos e cinquenta e nove euros e noventa e três cêntimos), acrescido dos juros de mora comerciais contados desde a data de prolação da presente sentença até efectivo e integral pagamento.

Condenou o Empreiteiro a proceder à reparação dos defeitos da matéria de facto provada.

Julgou improcedente o pedido efectuado pelo Dono de Obra para condenação do Empreiteiro no pagamento da quantia de 13.358,67 €.

O Tribunal da Relação do Porto veio confirmar a decisão do Tribunal de 1ª Instância.

O Dono de Obra e o Empreiteiro recorreram e nem em termos de matéria de facto, nem em termos de matéria de direito, a decisão do Tribunal da Relação pode ser mantida, mas antes merece a revogação.

Porque ficou provado que entre o Empreiteiro e o Dono de Obra foi acordado um contrato de empreitada em que aquela se obrigou a construir um prédio e a demolir a construção que no local já existia pelo preço de 69.831,71 €.

Mais ficou acordado que o Dono de Obra tinha o direito de comprar materiais para a obra, que fornecidos ao Empreiteiro o seu valor seria deduzido no preço acima referido.

Provou-se ainda que o Dono de Obra solicitou ao Empreiteiro obras, para além das constantes do contrato acordado, na qual a Autora gastou 5.231,39 € que o Dono de Obra se obrigou a pagar-lhe.

Também se provou que o Dono de Obra, por conta do preço da empreitada liquidou ao Empreiteiro, em dinheiro, a quantia de 57.361,76 €.

Bem como lhe entregaram materiais para a realização da obra no valor de 5.716,51 €, de harmonia com o que com ela haviam acordado, o qual teria de ser deduzido no montante da empreitada.

Tal valor dado como provado, foi-o após as partes não terem acordado no seu valor, atribuindo o Empreiteiro a tais materiais o valor de 1.995,19 € e o Dono de Obra o valor de 3.940,50 €.

O Tribunal da Relação em violação do disposto no artigo 712º do Código de Processo Civil, reduziu o valor de tais materiais de 5.716,51 € para 3.940,50 €.

Alterando a matéria de facto fixada em primeira instância, dando-a como não escrita, não se tratando de uma questão de direito, nem referidas a factos que só possam ser provados por documentos, ou que sejam plenamente provados, quer por documentos quer por acordo ou confissão das partes.

A violação das normas processuais acima referidas (art. 712º e 646º, nº4 ambos do Código de Processo Civil) é altamente lesiva dos interesses dos ora recorrentes, pelo que têm eles legitimidade para a impugnam.

Não se trata nos autos senão de determinar o montante da dívida caso a empreitada tivesse sido devidamente realizada.

Para o que é fundamental a averiguação do montante pago pelo Dono de Obra quer em dinheiro quer em materiais fornecidos.

Para além disso é facto insofismável e incontroverso que o Empreiteiro não cumpriu a prestação a que se obrigara para com o Dono de Obra, pois a empreitada sofre de defeitos, cuja culpa da sua existência só ao Empreiteiro é imputável.

Pois, em termos de matéria de facto julgada provada, se apurou que a obra efectuada pelo Empreiteiro sofria de defeitos graves, necessitando de reparações para repor a obra nas condições projectadas; nomeadamente:

- levantamento do soalho e rodapé em pinho em todo o interior da casa e aplicação de novo soalho em pinho tratado, bem como rodapé;
- levantamento do soalho e substituição da telha e telhões em todos os cantos;
- levantamento do chão das varandas, passeios e escadas, peitoris em volta das janelas e portas exteriores, substituindo o granito de Vila Real por granito de Mondim;
- reparação das paredes e tectos no piso inferior e retocar a pintura geral;
- eliminação de humidade no rés-do-chão, reparação de paredes e tectos, estes com fissuras, retocagem e pintura geral;
- em todas as paredes exteriores tapamento de fendas preparação das mesmas incluindo pintura geral com tinta isoladora;

- tais reparações foram orçadas em 18.704,92 €;
- o sifão da casa de banho não ficou devidamente aparafusado, libertando mau cheiro;
- as pedras que forram as janelas e as portas têm 10 cms de largura, quando deveriam ter 12 cms;
- a porta de entrada principal, feita em madeira não convenientemente seca, inchou e deixou de abrir tendo por isso, uma vez, havido a necessidade de ser arrombada, para se conseguir entrar;
- algumas ripas de suporte de soalho, por mal colocadas, determinam que algumas tábuas se partam, quando o peso sobre estas recaí nas extremidades;
- a correcção de tais defeitos custará quantia de montante não apurado.

Perante tais desmandos na prestação a que se obrigara o Empreiteiro na realização da obra, e perante a recusa expressa e tácita do reconhecimento dos defeitos e da sua reparação, mesmo depois de estes terem sido judicialmente reconhecidos, ficou o Dono de Obra desonerado de cumprir a sua prestação por força do disposto no artigo 428º, nº1, do Código Civil.

A recusa do Dono de Obra legitima-se não só em termos da legislação vigente, mas da jurisprudência pacífica existente, relativa ao contrato de empreitada.

Assim quer em termos de legislação quer em termos de jurisprudência se justifica o pedido formulado pelo Dono de Obra.

Pois tem o Dono de Obra direito a exigir do Empreiteiro a título de repetição do indevido e de enriquecimento sem causa (art. 476º a 479º do Código Civil), o que pagaram a mais.

Bem como tem direito à redução do preço da empreitada por defeitos nos termos do disposto no art. 1222º do Código Civil.

Acresce por último que o Dono de Obra não está na situação de mora, pelo que é indevida e ilegal a sua condenação no pagamento de juros a tal título.

Muito menos à taxa comercial, por o contrato em discussão ser de natureza civil, quer por parte do Empreiteiro quer por parte do Dono de Obra.

O Acórdão do Tribunal da Relação, de harmonia com o acima exposto, viola frontalmente o disposto nos arts. 712º, nº1º, 428º, nº1, 406º, nº1, 432º, 473º, 476º, 480º, 884º, 1222º, 1223º todos do Código Civil e 646º, nº4 e 661º, nº1, ambos do Código de Processo Civil.

Nestes termos deve o presente recurso de revista ser provido, para determinar a total revogação do Acórdão da Relação, ora recorrido, lavrando-se Acórdão que julgando improcedente e não provado o pedido formulado pelo Empreiteiro na sua petição inicial e julgando-se procedente e provado o pedido reconvenicional formulado pelo Dono de Obra condenando-se por isso o Empreiteiro a pagar ao Dono de Obra a quantia que a mais pagou na obra efectuada pelo Empreiteiro por aquele e no que vier a ser provado em execução de sentença, no que respeita ao valor das obras a efectuar para correcção dos defeitos existentes naquela e no respectivo Imposto de IVA a liquidar por tais trabalhos, para que se faça boa Justiça.

Colhidos os vistos legais cumpre decidir, tendo em conta que o Tribunal da Relação considerou provados os seguintes factos:

1- *Matéria de Facto julgada provada:*

Na acção principal

No exercício da sua actividade de construção de edifícios e venda de imobiliário, o Empreiteiro obrigou-se em relação ao Dono de Obra, a realizar para estes a demolição de uma moradia pré-existente e reconstrução geral e ampliação da mesma, mediante o pagamento do respectivo preço pelo Dono de Obra;

Tal obra foi licenciada pela Câmara Municipal;

Com vista à negociação e formalização do referido contrato, a pedido do Dono de Obra, o Empreiteiro apresentou-lhes o caderno de encargos e o respectivo orçamento;

O caderno de encargos e o orçamento foram aceites pelo Dono de Obra, sem reserva;

Ficou acordado entre o Empreiteiro e o Dono de Obra, que estes pagariam àquela a quantia de 69.831,71 €;

A Autora obrigou-se a realizar a obra em conformidade com o caderno de encargos e orçamento, cabendo a ela fornecer os materiais e mão-de-obra;

Parte dos materiais utilizados na obra, sendo fornecidos e pagos pelo Empreiteiro, foram escolhidos pelo Dono de Obra a seu gosto, dentro de certos valores/m²;

Durante as negociações preliminares à formação do contrato, o Dono de Obra pretendeu a demolição total da construção pré-existente, que solicitaram ao Empreiteiro, pelo que, no caderno de encargos, foi incluída, como obra a realizar, a demolição de tudo quanto é existente no terreno e evacuação, se necessário, dos entulhos, condição que foi aceite pelo Dono de Obra;

O Empreiteiro iniciou a obra em 21.06.1999;

O Dono de Obra passou a habitar a moradia nos princípios de Junho de 2000, aí passando a confeccionar refeições, dormir, receber amigos e pessoas conhecidas e instalando a sua economia doméstica.

O Dono de Obra desde o início das obras até ao seu termo, acompanhou e fiscalizou a realização dos trabalhos, por intermédio do seu pai e, por vezes, pessoalmente;

Designadamente, visitando a obra, sugerindo pequenas alterações de pormenores, esclarecendo-se sobre a forma como os trabalhos iam decorrendo e controlando a qualidade dos materiais utilizados na obra;

A realização das obras foi também fiscalizada, ao longo da sua execução, pela técnica responsável pela sua direcção, que controlou o cumprimento dos projectos, em todas as vertentes, bem como a qualidade dos materiais usados na construção;

Durante a execução da obra, o Dono de Obra exigiu ao Empreiteiro a realização de alguns trabalhos “a mais” não previstos no projecto aprovado pela Câmara Municipal;

15) - Designadamente:

- aumento, relativamente à prevista no projecto aprovado pela Câmara Municipal, da área construída da cave, por forma a que a parte da cave que o projecto previa como avarandada ficasse transformada em área construída e fechada com paredes, destinada à habitação;

- aplicação de molduras em gesso nos tectos de toda a área da cave, quer na área prevista em projecto, quer naquela que foi aumentada durante a realização da obra, a pedido do Dono de Obra;

- estanhamento das paredes da parte avarandada da cave e respectivos pilares, que o projecto e o caderno de encargos previam que fossem apenas areados;

- fornecimento e colocação de duas portas em “favo folhado”, com o respectivo aro de madeira;

- construção, em tijolo, das divisórias dos quartos da cave;

- fornecimento e colocação do aro de uma porta, em madeira;
- abertura de uma janela, em madeira, com o respectivo aro e vidro, na parede poente;
- fornecimento e colocação de soalho e rodapé em madeira de pinho, na parte não prevista em projecto da cave;
- instalação eléctrica da parte nova da cave;
- abertura de uma janela na parte da cave prevista em projecto, mas que este não contemplava, com fornecimento de toda a caixilharia de alumínio, vidro e apainelados em madeira;
- fornecimento de uma porta de duas folhas, em madeira, no 1º andar (sendo que no projecto apenas estava prevista uma porta de uma folha), ligando o hall de entrada à sala;
- construção dos muros de vedação e passeios exteriores ao edifício;
- construção de uma lage pré-reforçada com os respectivos pilares em betão e vigamento de travação, bem como de um muro em blocos, com cerca de 90 cms. d13) - A realização de tais trabalhos “a mais” implicou para o Empreiteiro um custo, em materiais e mão-de-obra, de 5.231,39 €;

Provado apenas que o Dono de Obra adquiriu, a expensas próprias, alguns materiais, designadamente tijoleiras, torneiras e louças sanitárias, no valor, de 3.940,50 €;

O fornecimento de tais materiais cabia, contratualmente, ao Empreiteiro.

Por conta das quantias aludidas nos supra n.ºs 6 e 13, o Dono de Obra entregou ao Empreiteiro a quantia de 57.361,76 €;

As obras previstas no caderno de encargos e nos trabalhos “a mais” foram concluídas no dia 26 de Maio de 2000;

No dia 26 de Maio de 2000, o Dono de Obra aceitou a obra na sua globalidade e receberam as respectivas chaves;

Em 5 de Junho de 2000, a técnica responsável pela direcção técnica da obra verificou que a mesma se encontrava concluída e nas condições previstas;

A partir de Novembro de 2000, com o rigoroso Inverno que se fez sentir, começou a aparecer humidade no interior da casa do Dono de Obra em várias divisões do rés-do-chão e do 1º andar;

A existência de humidade e o facto de a guarnição das janelas, no exterior, ter granito de 10 cm, logo que detectadas, foram comunicadas ao gerente do Empreiteiro;

Outro Empreiteiro indicou como sendo necessárias para repor a obra nas condições projectadas, as seguintes reparações:

- levantamento do soalho e rodapé em pinho, em todo o interior da casa, e aplicação de novo soalho em pinho tratado, bem como rodapé;
- levantamento do telhado e substituição de telha e telhões em todos os cantos;
- levantamento do chão das varandas, passeios e escadas, peitoris em volta das janelas e portas exteriores, substituindo o granito de Vila Real por granito de Mondim;
- reparações de paredes e tectos no piso inferior e retocar a pintura geral;
- eliminação de humidade no rés-do-chão, reparação de paredes e tectos, estes com fissuras, retocagem e pintura geral;

- em todas as paredes exteriores, tapamento de fendas, preparação das mesmas, incluindo pintura geral com tinta isoladora;

Este Empreiteiro orçou essas obras em 18.704,92 €, acrescidas de IVA à taxa legal em vigor;

O sifão da casa de banho não está devidamente aparafusado, libertando mau cheiro;

As pedras que forram as janelas e as portas têm 10 cms. de largura, quando deveriam ter 12 cms.;

A porta da entrada principal, feita em madeira não convenientemente seca, inchou e deixou de abrir, tendo, por isso, uma vez, havido a necessidade de ser arrombada, para se conseguir entrar;

Algumas ripas de suporte do soalho, por mal colocadas, determinaram que algumas tábuas se partam, quando o peso sobre estas recai nas extremidades;

A correcção de tais defeitos custará quantia de montante não apurado;

Feita a entrega da obra, o Dono de Obra recebeu do Empreiteiro, após 27.12.2000, carta denunciando os defeitos;

O Dono de Obra respondeu por carta datada de 24.1.2001, recebida pelo Empreiteiro, indicando, além do mais, que “ *no dia 7.2.2001, pelas 15 horas, pretendo efectuar uma vistoria para poder verificar se os reclamados defeitos efectivamente se verificam ou não*” e que “*caso não lhe convenha esse dia para a realização da vistoria, solicito me informe qual o dia e hora convenientes*”;

Sobre o teor dessa carta, o Empreiteiro nenhuma comunicação fez ao Dono de Obra;

A partir de Novembro de 2000, com o rigoroso Inverno que se fez sentir, começou a aparecer humidade no interior da casa do Dono de Obra, em várias divisões do rés-do-chão e do 1º andar;

A existência de humidade e o facto de a guarnição das janelas, no exterior, ter granito de 10 cms, logo que detectados, foram comunicados ao gerente do Empreiteiro;

As deficiências, no que diz respeito ao soalho de madeira, obrigam à sua substituição parcial e ao posterior polimento e envernizamento da área total, bem como à eventual substituição do rodapé lacado que vier a ser danificado aquando da reparação do soalho;

Tais deficiências obrigam ao levantamento do telhado e substituição de telhas e telhões;

À reparação das paredes e tectos do piso inferior, com retoque e pintura geral do interior, à eliminação da humidade no rés-do-chão e das fissuras das paredes e tectos, com retocagem e pintura geral do interior;

E ao tratamento das fendas em linhagem, em todas as paredes exteriores, preparação das mesmas, e pintura geral com tinta isoladora;

A necessidade de realizar tais trabalhos foi comunicada ao Empreiteiro que não os fez;

O Dono de Obra adquiriu, a expensas próprias, alguns materiais, designadamente tijoleiras, torneiras e louças sanitárias, no valor, de 3.940,50 €;

Tudo com o acordo do Empreiteiro;

No dia 26 de Maio de 2000, o Dono de Obra aceitaram a obra na sua generalidade e receberam as respectivas chaves;

No dia 7.2.2001, pelas 15 horas, o sócio gerente do Empreiteiro deslocou-se à propriedade do Dono de Obra a fim de efectuar a vistoria aos defeitos da obra;

O Dono de Obra não permitiu que o sócio gerente do Empreiteiro realizasse a referida vistoria;

Todas as negociações relativas aos trabalhos de reparação e ampliação, o seu preço, obras a executar, qualidade dos materiais, natureza dos acabamentos e prazos de execuções foram acertados com o Empreiteiro, pelo Dono de Obra.

Fundamentação:

Sendo pelo teor das conclusões das alegações dos recorrentes que, em regra, se delimita o objecto do recurso – afora as questões de conhecimento oficioso – importa saber:

- se pode ser censurada a alteração da matéria de facto a que procedeu o Tribunal da Relação do Porto;
- se os defeitos da obra devem ser eliminados pelo Empreiteiro;
- se o Dono de Obra pode invocar em seu favor a excepção e não cumprimento do contrato, não pagando a quantia reclamada, enquanto o Empreiteiro não eliminar os defeitos da obra;
- se há lugar, por parte do Dono de Obra, à redução do preço e se existe enriquecimento sem causa;
- se, mantendo-se a condenação, são devidos juros de mora à *taxa comercial* como foi sentenciado.

Vejam os:

O Tribunal da Relação, apreciando o recurso do Empreiteiro, alterou as respostas conjuntas aos quesitos da acção principal e, consequentemente, as que foram dadas aos quesitos da acção sumária apensa, que remetiam para a resposta dada ao quesito das reparações.

A Relação considerou que o Tribunal da 1ª Instância não poderia ter respondido àquele quesito mais que aquilo que nele se indagava, que era saber qual o valor que o Dono de Obra a expensa própria despendeu em materiais que foram incorporados na obra.

O Dono de Obra sustentava que tal valor fora de 3.940,50 €, enquanto o Empreiteiro alegara que fora 1.995,19 €.

Foi quesitada a tese do Dono de Obra estando assim em discussão se o valor despendido tinha sido de 3.940,50€.

Todavia, o Tribunal de 1ª instância respondeu que o valor foi de “pelo menos 5.716,51 €”. A Relação alterou a resposta para o valor indicado pelo Dono de Obra.

Mas este Tribunal não pode sindicar a actuação da Relação, no que respeita à alteração da matéria de facto, sequer no quadro circunstancial referido.

O Supremo Tribunal de Justiça é um Tribunal de revista, pelo que a apreciação da matéria de facto só tem lugar nos casos excepcionais previstos nos arts. 722º e 729º do Código de Processo Civil.

Como ensina Amâncio Ferreira, in “Manual dos Recursos em Processo Civil” – pág. 217:

“Tanto na apreciação do recurso de revista como no de agravo, o STJ só conhece de questões de direito (art. 26º da LOFTJ).

Não controla a matéria de facto nem revoga por erro no seu apuramento; compete-lhe antes fiscalizar a aplicação do direito aos factos seleccionados pelos tribunais de primeira e segunda instâncias (arts. 722º, nº2, 729º, nºs 1 e 2 e 755º, nº2).

Daí dizer-se que o STJ é um tribunal de revista e não um tribunal de 3ª instância (art. 210º, nº5 da C.R.P.)”.

É, pois, manifesto que, quanto ao erro na apreciação das provas e na fixação dos factos, não pode este Supremo Tribunal – que só decide, em regra, questões de direito – apreciar tal matéria.

Não é, também, caso de aplicação do regime excepcional previsto no art. 722º, nº2, do Código de Processo Civil – que legitima a alteração da matéria de facto no contexto do recurso de revista, apenas quando exista *ofensa duma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto e ofensa de preceito expresso de lei que fixe a força de determinado meio de prova*.

Por isso, na apreciação do recurso, lidaremos com a matéria de facto que o Tribunal “a quo” considerou provada.

Vejamos se, ante a existência de defeitos na construção da obra, a empreiteira atenta a facticidade provada, estava obrigada a eliminá-los e se podiam os recorrentes invocar a *excepção do não cumprimento do contrato*, enquanto tal eliminação não ocorresse.

Desde logo, cumpre dizer que na acção que o Dono de Obra intentou apenas pediu a compensação de créditos entre o que considerava dever ao Empreiteiro e a quantia inferior que esta lhe podia exigir.

Alegou que a quantia ainda em dívida pelo preço da empreitada, deveria ser compensada com aquela superior que terá de despendar com a eliminação dos defeitos da obra.

Na acção principal a empreiteira pede a condenação do Dono de Obra a pagar o preço ainda em falta.

Daí que tendo a sentença condenado a empreiteira a eliminar os defeitos da obra o Tribunal da Relação tenha declarado a nulidade do assim sentenciado, por condenação em objecto diverso do pedido – art. 661º, nº1, do Código de Processo Civil.

No entanto, o Dono de Obra sustenta que, no caso, tendo a prestação sido executada defeituosamente podem recusar o pagamento enquanto o Empreiteiro não eliminar os defeitos que patenteia.

Não está em causa que entre os ora recorrentes, como donos da obra, e o empreiteiro, foi celebrado um contrato de empreitada.

Nos termos do art. 1207º do Código Civil – “Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação a outra a realizar certa obra, mediante um preço.”

O contrato de empreitada é bilateral, oneroso e sinalagmático.

Um dos aspectos em que se exprime o sinalagma contratual – corolário do princípio geral da pontualidade (art. 406º do Código Civil) – é, do lado do empreiteiro, *in casu*, a Autora, a execução da obra nos termos convencionados.

“O empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato.”- art. 1208º do Código Civil.

“O preço deve ser pago, não havendo cláusula ou uso em contrário, no acto de aceitação da obra.”- nº2 do art. 1211º do citado diploma.

“O contrato de empreitada é bilateral e oneroso: o direito do dono da obra a que esta seja feita sem defeitos tem o seu correspectivo no dever do empreiteiro a fazê-la sem defeitos; o direito deste a receber o preço tem o correspectivo no dever do dono da obra a pagá-lo.

O direito do empreiteiro a ser ele próprio a eliminar defeitos existentes é um poder/dever, funcionalizado ao dever de fazer a obra sem defeitos. (...) – Ac. da Relação do Porto, de 22.1.1996, in CJ., 1996, I, 203.

A execução de um contrato de empreitada implica para o empreiteiro a assunção de uma *obrigação de resultado*.

O Professor Antunes Varela, in “Das Obrigações em Geral”, 3ª edição, 2º, 72, define obrigação de resultado *“como aquela em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro”*.

O Professor Menezes Cordeiro, in “Direito das Obrigações”, 1980, 1º-358 define-a *“Como aquela em que o devedor está adstrito à efectiva obtenção do fim pretendido”*.

A empreiteira cumprirá a obrigação a que se vinculou, se realizar a prestação a que se obrigou – art. 762º, nº1, do Código Civil – executando o contrato, ponto por ponto, como exige o art. 406º do citado diploma.

Como refere o Professor Antunes Varela, no 2º volume da obra citada, 5ª edição, pág.10:

“Nas obrigações de resultado, o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou do seu sucedâneo, havendo, assim, perfeita coincidência entre a realização da prestação debitória e a plena satisfação do interesse do credor”.

O referido civilista, na pág. 61 daquela obra, define, por antinomia, o não cumprimento, como *“a não realização da prestação debitória, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional”*.

O art. 1218º do Código Civil determina que o dono da obra deve verificar se ela se encontra nas condições convencionadas e sem vícios, antes de a aceitar.

Ora, como se acha provado, as obras foram concluídas em 26.5.2000, e os RR. donos da obra aceitaram-na, na sua globalidade e receberam as respectivas chaves, sendo que em 5.6. seguinte, a técnica responsável pela direcção técnica da obra verificou que a mesma *“se encontrava concluída e nas condições previstas”*.

Sucedu, todavia, que cerca de seis meses após, manifestaram-se defeitos – mormente, com o aparecimento de humidade; tal sucedeu no Inverno desse ano, que se provou ter sido rigoroso, pelo que os defeitos que se manifestaram não eram aparentes ao tempo da aceitação.

José Baptista Machado, in “Resolução por Incumprimento”, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, 2º, 386, define deste modo, o conceito de *cumprimento defeituoso ou inexacto*”:

a) É aquele em que a prestação efectuada não tem os requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do *programa obrigacional*, tal como este resulta do contrato e do princípio geral da correcção e boa fé.

b) A inexactidão pode ser quantitativa e qualitativa.

c) O primeiro caso coincide com a prestação parcial em relação ao cumprimento da obrigação.

d) A inexactidão qualitativa do cumprimento em sentido amplo pode traduzir-se tanto numa diversidade da prestação, como numa deformidade, num vício ou falta de qualidade da mesma ou na existência de direitos de terceiro sobre o seu objecto”.

Ante tais defeitos, os donos da obra denunciaram-nos à empreiteira, que a empreiteira respondeu, em 24.1.2001, indicando, além do mais, que *“no dia 7.2.2001, pelas 15 horas, pretendo efectuar uma vistoria para poder verificar se os reclamados defeitos efectivamente se verificam ou não”* e que *“caso não lhe convenha esse dia para a realização da vistoria, solicito me informe qual o dia e hora convenientes”*, sobre o teor dessa carta, o Dono de Obra nenhuma comunicação fez ao Empreiteiro.

Nesse dia 7.2.2001 o Autor recusou que o sócio-gerente da empreiteira realizasse a vistoria à casa.

A pretensão da empreiteira foi legítima e conforme às regras da boa-fé exigíveis na execução do contrato, pois que, sendo responsável pela eliminação dos defeitos, poderia solicitar ao Dono de Obra que facultassem o acesso à casa para verificar a sua existência; se o não fizesse incorreria em mora quanto à obrigação constante do art. 1221º, nº1, do Código Civil – em primeira linha a eliminação dos defeitos.

Cumpria aos donos da obra cooperarem com a empreiteira, proporcionando-lhe o acesso à casa para a solicitada inspecção.

Ao nem sequer responderem à solicitação da empreiteira e ao recusarem o acesso para inspecção, constituíram-se em mora – *mora creditoris* – art. 813º do Código Civil – já que, sem motivo, não cooperaram com a empreiteira – cooperação imprescindível – para que esta realizasse a sua prestação.

Nos termos do citado normativo:

“ O credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”.

“Segundo uma sistematização apresentada por Giovanni Stella “*Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*”, págs. 5 a 9 –, existem três formas possíveis de impedimento da prestação provenientes do credor.

Em primeiro lugar, a situação típica em que o credor omite os actos necessários para que o devedor cumpra a obrigação; em segundo lugar, a situação em que o substrato ou elemento objectivo da prestação que se encontra na esfera de controlo do credor falha, por algum motivo, não permitindo ao devedor cumprir; em terceiro lugar quando o próprio credor, com um seu comportamento activo, impede a prestação do devedor [...].

É importante notar que em todas estas situações, em sentido amplo, o credor não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação, o que significa que, verificados todos os demais requisitos, o sujeito activo da relação incorre em mora.

Para que exista mora do credor não é suficiente, no entanto, que este se recuse a colaborar com o devedor no respectivo cumprimento.

É ainda necessário que essa omissão do credor seja essencial para o cumprimento, ou seja, que sem ela ao devedor não seja possível prestar. Se assim não for, a colaboração do credor for meramente acessória face ao cumprimento, mesmo que facilite a prestação ao devedor, não constitui o credor em mora”. – Rita Lynce de Faria – “*A Mora do Credor*” – págs. 21-22. (destaque e sublinhados nossos).

Dada a natureza da prestação a cargo do devedor, a *omissão de cooperação* do credor – o dono da obra – reveste essencialidade, pois que sem tal cooperação, defeso estava ao empreiteiro aceder à obra que construía para verificar os denunciados defeitos.

Temos assim, que, não obstante a denúncia dos defeitos, o dono da obra se constitui em mora, não aceitando, injustificadamente, a cooperação que lhe foi proposta e que era imprescindível para o cumprimento da obrigação a cargo do empreiteiro.

Portanto, não se pode considerar que o empreiteiro recusou a eliminação dos defeitos, pelo que é descabida a invocação do regime legal do art. 1222º, nº1, 1ª parte do Código Civil, desde logo, porque a redução do preço a que os recorrentes aludem é direito que lhes não assiste, emergente da actuação da recorrida.

Como descabida é a invocação que fazem do instituto do enriquecimento sem causa, desde logo, face à natureza subsidiária deste.

O art. 473º do Código Civil – consigna:

“1. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.

2. A obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa tem por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou”.

Como ensina Rodrigues Bastos, in “Notas ao Código Civil” – vol. II – pág. 268.

“Integram o enriquecimento sem causa:

- a) uma vantagem patrimonial, isto é, susceptível de avaliação económica, para uma pessoa;
- b) um empobrecimento, correlativo ao enriquecimento, que incida sobre o património de outra pessoa;
- c) a falta de uma justa causa do enriquecimento do primeiro e do correlativo empobrecimento do segundo [...].

[...] Para que o enriquecimento dê origem a um direito de restituição é preciso que ocorra à custa do património de outra pessoa e que, além disso, não haja razão legal que o justifique. Esse enriquecimento pode ter resultado do aumento verificado no património do enriquecido (aumento quantitativo ou qualitativo dos valores do activo, ou diminuição do passivo patrimonial), ou desse património não ter diminuído quando tal diminuição deveria, em condições normais, ter ocorrido.

A correlação entre o enriquecimento e o empobrecimento devem derivar de um único facto produtivo”.

“O enriquecimento sem causa depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos: existência de um enriquecimento; que esse enriquecimento não tenha causa que o justifique; que ele seja obtido à custa do empobrecimento de quem pede a restituição; que a lei não faculte ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído.” – Acs. do S.T.J., de 23.4.1998, in BMJ, 476-370 e de 14.5.1996, CJST, 1996, II, 71.

Não se verificam os requisitos para aplicação das regras do enriquecimento sem causa.

Da excepção do não cumprimento.

Estando os recorrentes incurso em *mora accipiendi* não podem invocar a excepção do não cumprimento do contrato, recusando o pagamento do preço ainda em falta, porque tal actuação é desconforme ao agir de boa-fé – art. 762º, nº1, do Código Civil.

A admitir-se os recorrentes tirariam partido da sua actuação ética e negocialmente censurável.

Dispõe o art. 428º do Código Civil.

“1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

2. A excepção não pode ser afastada mediante a prestação de garantias.”

A “*exceptio non adimpleti contractus*” constitui uma excepção peremptória de direito material, cujo objectivo e funcionamento se ligam ao equilíbrio das prestações contratuais, valendo – tipicamente – no contexto de contratos bilaterais, quer haja incumprimento ou cumprimento defeituoso.

“São pressupostos da excepção de não cumprimento do contrato: existência de um contrato bilateral, não cumprimento ou não oferecimento do cumprimento simultâneo da contraprestação; não contrariedade à boa-fé” – cfr. “A Excepção de Não Cumprimento do Contrato”, de José João Abrantes, 1986, 39 e segs.

Como ensinam os Professores Pires de Lima e Antunes Varela, obra citada, I vol. pág. 406:

“A *exceptio* não funciona como uma sanção, mas apenas como um processo lógico de assegurar, mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que assenta o esquema do contrato bilateral. Por isso ela vigora, não só quando a outra parte não efectua a sua prestação porque não quer, mas também quando ela a não realiza ou a não oferece porque não pode (...).

E vale tanto para o caso de falta integral do cumprimento, como para o de cumprimento parcial ou defeituoso, desde que a sua invocação não contrarie o princípio geral da boa-fé consagrado nos artigos 227º e 762º, nº2 (vide, a este respeito, na RLJ, Ano 119º, págs. 137 e segs., e Acórdão do STJ., de 11 de Dezembro de 1984, com anotação de Almeida Costa).” (sublinhámos).

Também, a propósito deste princípio legal, escreveu o Prof. Calvão e Silva, in “Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, pág.334:

“Processualmente, o demandado a quem se exija o cumprimento tem de invocar a *exceptio*, que não é de conhecimento officioso.

Trata-se, efectivamente, de uma excepção *sensu proprio* e *strito sensu* (Einrede, na terminologia alemã), correspondente às *exceptiones iuris* da doutrina romanista, cuja relevância e eficácia só operam por vontade do excipiens, não podendo o juiz conhecer dela ex officio.

Logo, se não opõe a *exceptio*, o demandado será condenado.

Trata-se, ainda, de uma excepção material, porque corolário do sinalagma funcional que a funda e legitima: ao autor que exige o cumprimento opõe o demandado o princípio substantivo do cumprimento simultâneo próprio dos contratos sinalagmáticos, em que a prestação de uma das partes tem a sua causa na contraprestação da outra. Por conseguinte, o *excipiens* não nega nem limita o direito do autor ao cumprimento; apenas recusa a sua prestação enquanto não for realizada ou oferecida simultaneamente a contraprestação, prevalecendo-se do princípio da simultaneidade do cumprimento das obrigações recíprocas que servem de causa uma à outra.

É, portanto, uma excepção material dilatória: o excipiens não nega o direito do autor ao cumprimento nem enjeita o dever de cumprir a prestação; pretende tão-só um efeito dilatório, o de realizar a sua prestação no momento (ulterior) em que receba a contraprestação a que tem direito e (contra) direito ao cumprimento simultâneo...”.

Aparentemente, a *exceptio* só funcionaria quando ambas as partes fossem obrigadas a cumprir, simultaneamente, as obrigações emergentes do sinalagma contratual.

Contudo não é esse o entendimento mais correcto do regime do art. 428º, nº1, do Código Civil, na perspectiva do Prof. Vaz Serra, in RLJ, Ano 105º, pág. 238:

“(...) A fórmula legal não é inteiramente rigorosa, pois o que a excepção supõe é que um dos contraentes não esteja obrigado, pela lei ou pelo contrato, a cumprir a sua obrigação antes do outro; se não o estiver pode ele, sendo-lhe exigida a prestação, recusá-la, enquanto não for efectuada a contraprestação...

Por conseguinte, a excepção pode ser oposta ainda que haja vencimentos diferentes [...] apenas não podendo ser oposta pelo contraente que devia cumprir primeiro...” – (nota 2).

A excepção de não cumprimento do contrato não é senão a recusa temporária do devedor – credor de uma prestação não cumprida no âmbito de um contrato sinalagmático – que assim retarda, legitimamente, o cumprimento da sua prestação enquanto o credor não cumprir a prestação que lhe incumbe.

Todavia, se aquele que invoca a *exceptio* se encontra em mora, tal invocação é improcedente, porque violadora do princípio da boa-fé.

Nesta situação se colocou o Dono de Obra não cooperando com o Empreiteiro e incorrendo, por isso, em mora, **não podem opor-lhe a excepção de não cumprimento**, carecendo de fundamento legal para recusarem o pagamento do remanescente do preço da empreitada.

Finalmente, cumpre dizer que o Dono de Obra se acha constituído em mora desde 28.5.2000, tal como se decidiu no Acórdão recorrido, pois o preço da empreitada, em regra, é devido desde a data da aceitação da obra – art. 1211º, nº2, do Código Civil.

Como vimos, o Dono de Obra aceitou a obra naquela data e, apesar de ulteriormente, se manifestarem defeitos, eles não foram eliminados pelo facto dos credores/AA. terem entrado em mora, nem por isso se pode considerar outra data para o atraso culposo no cumprimento da obrigação de pagamento do preço.

Os juros de mora, sendo o Empreiteiro uma sociedade por quotas que exerce uma actividade comercial, são devidos à taxa de juro moratória prevista para as *empresas comerciais* – art. 102º § 3º do Código Comercial.

Com efeito, este normativo estabelece uma taxa supletiva de juros moratórios relativamente aos créditos de que sejam titulares *empresas comerciais*,

Nos termos do art. 230º, nº6, do Código Comercial – “Haver-se-ão por comerciais as empresas, singulares ou colectivas, que se propuserem: *“edificar ou construir casas para outrem com materiais subministrados pelo empresário”*”.

O Acórdão deste S.T.J. de 9.12.1999 sentenciou: “*Para os efeitos do artigo 230º do Código Comercial, uma empresa comercial pressupõe uma actividade exercida profissionalmente e dotada de organização, ainda que rudimentar*”. – CJSTJ, 1999, III, 136.

Pelo transcrito verifica-se assim que apesar dos defeitos que a obra tinha, o Dono de Obra encontrava-se em mora no pagamento da obra, ao recusar o acesso ao local dos trabalhos para que o Empreiteiro verificasse os defeitos da mesma.

Apesar da razão ter sido dada ao Dono de Obra pelo Tribunal da Relação, STJ veio repor a verdade por incumprimento contratual do Dono de Obra já que considerou que o Tribunal da Relação alterou factos provados pela 1ª Instância que não deveria ter alterado.

Este caso ilustra bem como um Dono de Obra, convicto das suas razões e da certeza na força da sua posição negocial, por ter visto ser – lhe dada razão nos tribunais da 1ª Instância e da Relação, perde no Supremo por incumprimento, já que **exigiu** quando estava em mora e ao recusar não permitiu que o Empreiteiro cumprisse as suas obrigações contratuais.

5.4. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LIBERDADE CONTRATUAL, CONTRATO DE TRABALHO, SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Este caso trata de um contrato de prestação de serviço de Projectista.

O contrato de trabalho caracteriza-se essencialmente pelo estado de dependência jurídica em que o trabalhador se coloca face à entidade patronal, sendo que o laço de subordinação jurídica resulta da circunstância do trabalhador se encontrar submetido à autoridade e direcção do empregador que lhe dá ordens.

No contrato de prestação de serviço não se verifica essa subordinação, considerando-se apenas o resultado da actividade.

É de qualificar como de prestação de serviço o contrato assim denominado pelas partes, e de acordo com o qual o autor, que é engenheiro civil, passou a elaborar para a ré projectos de engenharia e a fiscalizar, para a mesma, a execução de trabalhos de construção civil, não estando vinculado pela ré ao cumprimento de um

horário de trabalho, nem submetido ao poder disciplinar da empregadora, recebendo retribuição de montante variável, consoante o número de horas de trabalho que prestava, e nada recebendo se nada fizesse.

Tal sistema remuneratório, consentindo que não houvesse lugar a retribuição, se nada fizesse, é totalmente incompatível com a existência de um contrato de trabalho subordinado, cujo regime pressupõe «uma necessária remuneração, ainda que seja a “mínima legalmente garantida”, durante todo o período vinculístico».

Acordam na Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça:

I

1. Em 6 de Fevereiro de 2003, no Tribunal do Trabalho de Lisboa, 2.º Juízo, 2.ª Secção, o Projectista instaurou a presente acção declarativa, com processo comum, emergente de contrato individual de trabalho contra a Sociedade Empregadora, pedindo que, declarada a existência de um contrato de trabalho entre as partes e a ilicitude do seu despedimento, o Empregador fosse condenado: (a) a pagar-lhe os subsídios de férias e de Natal devidos desde 23 de Janeiro de 1995 até à data do trânsito em julgado da sentença, acrescidos de juros legais contados desde a data do seu vencimento até efectivo e integral pagamento, devendo, para tanto, considerar-se a quantia líquida de € 2.633,65 como sendo o valor da sua retribuição mensal; (b) a reintegrá-lo ou a pagar-lhe, caso assim venha a optar, € 21.069,20, a título de indemnização por antiguidade, calculada nos termos do disposto no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro; (c) a pagar-lhe, caso opte pela reintegração, a título de sanção pecuniária compulsória, € 200, por cada dia de atraso no seu cumprimento; (d) a pagar-lhe as retribuições que deixou de auferir desde 1 de Janeiro de 2003 até à data do trânsito em julgado da sentença, acrescidas de juros legais contados desde a data do seu vencimento até efectivo e integral pagamento, devendo, para tanto, considerar-se a quantia líquida de € 2.633,65 como o valor da sua retribuição mensal; (e) a pagar-lhe indemnização por danos não patrimoniais em valor nunca inferior a € 25.000; (f) a efectuar todos os descontos devidos à Segurança Social e a suportar todas as quantias de que venha a ser tributado em sede de IRS.

Em síntese, alegou que, em 23 de Janeiro de 1995, celebrou um contrato de trabalho com a ré, que esta denominou «contrato de prestação de serviços», para desempenhar as funções de projectista das obras que a ré procedia na rede do Metropolitano de Lisboa, sob a autoridade e direcção da ré, mediante a remuneração de € 14,96, por cada hora de trabalho, sendo que, por carta de 22 de Novembro de 2002, a ré comunicou-lhe a cessação do contrato celebrado, com efeitos a partir de 31 de Dezembro de 2002, o que se traduziria num despedimento ilícito.

O Metropolitano contestou, impugnando os factos alegados pelo autor e sustentando que o acordo escrito celebrado é um contrato de prestação de serviços e não um contrato de trabalho, o qual podia ser livremente revogado pelas partes, mediante aviso prévio mínimo de 30 dias, não havendo lugar a qualquer indemnização, e mais aduziu que o autor exercia funções com plena autonomia na organização concreta das tarefas e dos meios necessários para alcançar o resultado acordado, sem categoria profissional ou integração na estrutura organizativa e hierárquica, e que as suas remunerações eram variáveis, de acordo com o número de horas prestadas, «nada recebendo se não prestasse serviço», não sendo a sua presença ou serviço por ela fiscalizados.

Após o julgamento, foi proferida sentença, posteriormente rectificada a fls. 2447, que julgou a acção parcialmente procedente e decidiu o seguinte:

«I – Reconhecer a existência entre Projectista e Metropolitano de uma relação jurídica de natureza laboral (contrato de trabalho) desde 25/1/1995;

II – Declarar a ilicitude do despedimento de que o Autor foi alvo por parte do Metropolitano, por não ter sido precedido de processo disciplinar, nem existir justa causa que o funde, com as seguintes consequências legais:

a) Condenação do Metropolitano na reintegração do Projectista, com a antiguidade contada desde 25/1/1995 e a categoria correspondente às funções pelo mesmo exercidas à data do despedimento;

b) Condenação do Metropolitano no pagamento, a título de sanção pecuniária compulsória, do montante de Euros 100,00, por cada dia de atraso na reintegração do Projectista;

c) Condenação do Metropolitano no pagamento de todas as retribuições que o Projectista deixou de auferir desde 01/01/2003 até à data do trânsito em julgado da sentença, cifrando-se as vencidas até 31/8/2006 no montante global de Euros 148.376,71, nelas se inserindo os salários, bem como as remunerações das férias, respectivos subsídios e subsídios de Natal;

III – Condenar o Metropolitano a pagar ao Projectista as remunerações das férias, correspondentes subsídios de férias e subsídios de Natal devidos entre 23/01/95 e 31/12/2002 e que se computam no montante global de Euros 65.908,009 [sic];

IV – Condenar o Metropolitano no pagamento ao Projectista do montante de Euros 10.000,00, a título de indemnização pelos danos de natureza não patrimonial causados ao demandante pela conduta ilícita do Metropolitano;

V – Condenar o Metropolitano a regularizar junto da Segurança Social a situação do Projectista, com a inscrição deste nessa entidade, com efeitos a partir de 25/1/1999, bem como a efectuar todos os descontos devidos, nessa medida, à Segurança Social;

VI – Condenar o Metropolitano a esclarecer e regularizar junto do Fisco a situação do Projectista, no que toca ao Imposto sobre Rendimento das Pessoas Singulares, e a suportar todos os juros de mora e outras despesas e encargos que para ele advenham dessa regularização, que não sejam o imposto que eventualmente ainda seja devido;

VII – Condenar, finalmente, o Metropolitano a pagar ao Projectista os juros de mora sobre cada uma das prestações laborais que lhe são devidas e que se mostram referenciadas nos Pontos anteriores (II, c), III e IV), nos termos dos artigos 406.º, 559.º, 762.º, 763.º, 798.º, 799.º, 804.º, 805.º e 806.º do Código Civil e Portarias n.os 263/99 de 12/04 e 291/2003 de 8/04, sendo os mesmos devidos desde a data do vencimento de cada um dos mencionados créditos, com excepção da indemnização por danos morais, que só são calculados a partir da data da citação do Metropolitano.

Relativamente aos montantes referenciados no Ponto II, alínea c), importa proceder à dedução de todas as eventuais importâncias que o Projectista tenha auferido ou recebido entre 6/01/2003 e a data do trânsito em julgado da presente sentença e que ainda venham a ser apuradas, nos termos e para os efeitos do número 2, alínea b), do artigo 13.º do DL n.º 64--A/89 de 27/02, sendo certo que tal dedução só poderá considerar os montantes que o demandante recebeu naquele exacto período, ainda que anteriormente já percebesse rendimentos de trabalho e essa dedução tem como limite o montante global das prestações em que a entidade empregadora for [sic] condenada nesta acção e com relação [à]quele mesmo e preciso período temporal.»

2. Inconformado, o Metropolitano interpôs recurso de apelação, arguindo nulidades da sentença (excesso de pronúncia e condenação em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido), tendo o Tribunal da Relação de Lisboa decidido o seguinte:

« Julgar procedente a nulidade de condenação em objecto diverso do pedido na parte em que condenou o Metropolitano a pagar ao Projectista a retribuição das férias do período de 23.01.95 a 31.12.2002, pelo que se revoga a sentença nessa parte e em consequência se altera o ponto III do dispositivo, nos seguintes termos:

“III – Condenar o Metropolitano a pagar ao Projectista subsídios de férias e subsídios de Natal devidos entre 23/01/95 e 31/12/2002 e que se computam no montante global de Euros 43.699,25.”

Julgar improcedente a apelação, confirmando a sentença no demais, embora se rectifique os erros de escrita contidos nos pontos I e II al. a) do dispositivo relativamente à data do início da relação laboral e a partir da qual se deve contar a antiguidade do Projectista, que, conforme o ponto A) da matéria de facto, é 23/1/95 e não 25/1/95.

Custas por ambas as partes, na proporção do decaimento.»

É contra esta decisão que o Metropolitano agora se insurge, mediante recurso de revista, em que pede a revogação do acórdão recorrido, ao abrigo das seguintes conclusões:

«1. Em cumprimento do disposto no art. 77.º do CPT, o Metropolitano arguiu a nulidade por excesso de pronúncia, no que se refere à fixação do valor mensal da retribuição do Projectista, no requerimento de interposição de recurso que apresentou em momento oportuno;

2. Porém, sem prescindir, caso se entenda que a decisão “sub judice” não padece de nulidade por excesso de pronúncia, vem o Metropolitano invocar, a título subsidiário, o erro de julgamento do tribunal “a quo” no que respeita à decisão relativa ao valor da retribuição mensal do autor;

3. Efectivamente, entende o Metropolitano que o Projectista não alegou os factos mínimos que permitiriam ao tribunal “a quo” apurar a sua retribuição mensal;

4. De resto, em virtude dessa falta de alegação, essa questão não foi levada à base instrutória, pelo que o Metropolitano não pôde apresentar contraprova;

5. Por outro lado, o art. 659.º, n.º 3, do CPC tem de ser interpretado sistematicamente;

6. Com efeito, de acordo com o preceituado no art. 264.º do CPC, o juiz só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes, sem prejuízo do disposto nos arts. 514.º e 665.º do mesmo Código e da consideração, mesmo oficiosa, dos factos instrumentais que resultem da instrução e da discussão da causa;

7. Por isso, os factos essenciais (periodicidade do pagamento da retribuição e número de horas trabalhadas em cada um daqueles períodos e, em conclusão, o valor da retribuição mensal) em causa nesta sede, não tendo sido correcta e tempestivamente alegados pelo Projectista, não poderiam ter sido tomados em consideração na fundamentação da sentença por via daquele art. 659.º, n.º 3, por recurso a documentos juntos aos autos;

8. Ora, o Tribunal de 1.ª Instância, ao conhecer de questões, no sentido referido, que não foram alegadas pelas partes, violou o comando contido no art. 660.º, n.º 2, do CPC;

9. Tendo sido, pelas razões expostas, responsável pela nulidade da sentença proferida, nos termos do art. 668.º, n.º 1, al. d), do CPC;

10. Todavia, caso se entenda que não se está perante uma situação de nulidade da sentença, o que apenas se admite, sem prescindir, por zelo de raciocínio, então, ter-se-á de considerar que o Tribunal de 1.ª Instância cometeu um erro de julgamento;

11. Com efeito, nessa hipótese, o Tribunal de 1.ª Instância terá até cometido dois erros de julgamento: um quando aplicou uma norma, o art. 90.º da LCT, cuja previsão não se verificava,

12. E outro, na medida em que utilizou factos não alegados pelo Projectista para fundamentar a sua decisão;

13. Ora, em face de todo o exposto, o Tribunal da Relação, ao manter a sentença do Tribunal de 1.ª Instância, acabou por ser autor de uma decisão ferida, senão de nulidade, nos termos do estatuído no art. 668.º, n.º 1, al. d), do CPC, pelo menos de um flagrante erro de julgamento que o Metropolitano, desde já, invoca para todos os efeitos legais;

14. Nesta medida, a decisão do Tribunal de 1.ª Instância no que concerne à fixação do “quantum” da retribuição auferida pelo Projectista, violando as normas e princípios citados, constituiu uma decisão surpresa;

15. Efectivamente, o Tribunal de 1.^a Instância, ao não ter dado o Metropolitano a possibilidade de se pronunciar sobre factos, embora não alegados pelo Projectista, que decidiu considerar no momento da tomada de decisão, afectou gravemente o princípio do contraditório e a legalidade processual,
16. Pilares do Estado de Direito Democrático e concretização da norma constitucional vertida no art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, que respeita ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva;
17. A presente acção traduz-se, fundamentalmente, na oposição existente entre o Projectista e o Metropolitano no que toca à qualificação jurídica da relação de índole profissional estabelecida entre ambos;
18. Desde logo, diga-se que as partes celebraram um contrato escrito denominado contrato de prestação de serviços, cujo conteúdo se ajustava, de forma coerente, a esse tipo contratual;
19. Acresce que, em momento algum, se invocou a falta ou quaisquer vícios da vontade;
20. Atendendo ao conteúdo do contrato celebrado entre o Projectista e o Empreiteiro, importa verificar se a execução do contrato se mostrou consentânea com o clausulado, sendo útil, nesse juízo, o recurso ao método tipológico e ao método indiciário;
21. No caso concreto, o método tipológico não permite obter, de modo indubitável, a solução para a qualificação jurídica do contrato celebrado entre o Projectista e o Metropolitano;
22. No entanto, não deixa de notar-se que, tendo em conta o grau de especialização e exigência técnicas do trabalho prestado pelo Projectista, e ainda a categoria profissional em que ele se insere, o contrato de prestação de serviços se adequa melhor ao objecto da prestação do que o contrato de trabalho subordinado;
23. No que respeita ao método indiciário, fica claro que os indícios avaliados não permitiam, com segurança e certeza, afirmar a natureza jurídica do contrato vigente entre o Projectista e o Metropolitano;
24. De facto, tendo em conta que cada um dos indícios tem um valor muito relativo, o juízo a fazer é sempre um juízo de globalidade, a ser formulado com base na totalidade dos elementos de informação disponíveis — indiciários e outros —, a partir de uma maior ou menor correspondência com o conceito-tipo;
25. Contudo, o tribunal “a quo” não conseguiu soltar-se de uma qualificação baseada preferencialmente na análise dos indícios, o que o fez perder a visão global da relação entre as partes e, em consequência, afastar a qualificação que resultava do que havia sido manifestado por elas aquando da celebração do contrato junto aos autos;
26. Porque os indícios não se apresentavam suficientes para, com certeza e segurança, qualificar a relação jurídica que ligava o Projectista e o Metropolitano, tornava-se ainda mais importante e fundamental considerar a vontade das partes, sob pena de se criar uma nova realidade, sem correspondência com a que aquelas quiseram criar;
27. De facto, nos casos de dúvida, o tribunal deve decidir em conformidade com aquilo que foi a manifestação da vontade das partes e com a prova produzida no que respeita aos aspectos relativos à execução do contrato,
28. O que, no caso concreto, não poderia tê-lo levado a concluir senão pela existência de uma relação de trabalho autónomo;
29. Tendo decidido como decidiu, o Tribunal da Relação de Lisboa fez, pois, uma errada subsunção dos factos provados à lei, incorrendo, nessa medida, num manifesto erro de julgamento, o que se invoca, desde já, para todos os efeitos legais;
30. Diga-se que, perante idêntica factualidade à do caso “sub judice”, tem a jurisprudência concluído, maioritariamente, pela inexistência de contrato de trabalho;

31. Também a doutrina, em situações análogas à dos presentes autos, tem admitido a legitimidade da contratação em prestação de serviços;

32. Ora, o Tribunal da Relação, ao reiterar a sentença do Tribunal de 1.^a Instância, no que toca à qualificação jurídica do contrato vigente entre o Projectista e o Metropolitano, incorreu, pelos fundamentos aduzidos, num manifesto erro de julgamento que o Metropolitano não pode deixar de invocar para todos os efeitos legais, assim violando o preceituado no artigo 1.º da LCT.»

Termina pedindo a revogação do acórdão recorrido e a sua substituição por decisão que a absolva, na íntegra, do pedido contra si deduzido na presente acção.

Em contra-alegações, o recorrido veio defender a confirmação do julgado.

3. No caso vertente, as questões suscitadas são as que se passam a enunciar, segundo a ordem lógica que entre as mesmas intercede:

– Nulidade do acórdão recorrido, por excesso de pronúncia, nos termos da segunda parte da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 668.º do Código de Processo Civil [conclusões 1) e 3) a 9) da alegação do recurso de revista];

– Qualificação jurídica do contrato que vigorou entre as partes [conclusões 17) a 32) da alegação do recurso de revista];

– Erro de julgamento quanto à fixação do valor da retribuição mensal do autor [conclusões 2) e 10) a 16) da alegação do recurso de revista].

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu assim;

II

1. Em primeira linha, o Metropolitano alega que o acórdão recorrido padece de nulidade, por excesso de pronúncia, prevista na segunda parte da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 668.º do Código de Processo Civil, porquanto, na sua óptica, aquele acórdão, ao considerar que a sentença não incorreu em excesso de pronúncia, na parte em que se pronunciou sobre o valor mensal da retribuição do autor, e ao julgar improcedente a arguição de tal nulidade, violaria, de igual modo, a sobredita norma do artigo 668.º do mencionado Código.

De harmonia com o n.º 1 do artigo 668.º do Código de Processo Civil, é nula a sentença, «quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento» [alínea *d*)].

Esta norma aplica-se aos acórdãos proferidos pela Relação, por força do disposto no artigo 716.º do mesmo Código, sendo que o aludido complexo normativo se projecta, subsidiariamente, nos processos de natureza laboral, em conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 2, alínea *a*), do Código de Processo do Trabalho.

O Metropolitano retoma, assim, uma questão que já colocara no recurso de apelação, sendo que o arresto recorrido julgou improcedente a referida nulidade, tecendo, a este propósito, as considerações que se passam a transcrever:

«A apelante atribui à sentença a nulidade prevista no art. 668º, nº 1, al. *d*), do CPC — excesso de pronúncia — na parte em que se pronunciou sobre a retribuição do A., porque o fez com base em elementos de facto não articulados por este. Vejamos se lhe assiste razão.

O Projectista alegou no art. 13º da petição que “as condições remuneratórias oferecidas ao Projectista, constantes do contrato qualificado como de prestação de serviços, consistiam no pagamento de 3.000\$00, ou seja, € 14,96, por cada hora de trabalho...”, que “era precisamente desta base remuneratória que o Projectista retirava todo o dinheiro necessário para a sua sobrevivência” (art. 14º) não auferindo qualquer outra remuneração paralela, conforme se pode comprovar pelo confronto entre as declarações de pagamento

emitidas pelo Metropolitano e a liquidação de imposto de IRS, conforme documentos 4 a 23 que se juntam e se dão por integralmente reproduzidos...” (art. 15º) e formula os pedidos, quer de pagamento de retribuições que deixou de auferir desde 1/1/2003, quer de pagamento dos subsídios de férias e de Natal, que nunca auferiu, desde 23/1/95 até à data do trânsito em julgado da sentença, acrescidos de juros legais, dizendo sempre dever considerar-se para o efeito a quantia líquida de € 2.633,65 como sendo o valor da retribuição mensal, não discriminando, porém, como chegou a este valor.

O Metropolitano impugnou “...o que o Projectista alega na parte final da al. b) do seu pedido, quando considera corresponder à retribuição líquida a quantia de € 2.633,65”, mas não impugnou os documentos juntos pelo A., por cópia, sob os nº 4 a 23, sendo certo que os nºs 4 a 10 são por si emitidos.

É certo que a junção de documentos não substitui a articulação dos factos. Os documentos são meios e prova de factos que devem ser alegados.

Em nosso entender a formulação da causa de pedir em matéria de retribuição mostrava-se deficiente (se bem que os factos essenciais tivessem sido articulados) e merecia um convite ao aperfeiçoamento no sentido de esclarecer concretamente a fórmula de cálculo do valor que o Projectista considerava ser o da retribuição mensal, o que deveria ter sido efectuado ao abrigo do art. 27º, al. b), do CPT.

Todavia, embora isso não tivesse sucedido, o certo é que o que o Metropolitano impugnou foi que o valor mensal da retribuição a considerar devesse ser o líquido de € 2.633,65. Não impugnou que a remuneração acordada fora a de 3.000\$00 ou € 14,96 por hora de serviço e que foi esse o valor praticado, conforme resulta das declarações de pagamento emitidas por ela própria e das declarações para efeitos de IRS apresentadas pelo Projectista à DGCI, juntas, por cópia, aos autos.

E se bem que esses dados não tenham sido directamente incluídos na matéria de facto provada, consta indirectamente da al. A) o valor remuneratório acordado, na medida em que se dá por reproduzido o teor integral do contrato celebrado entre as partes, no qual é referido esse valor horário e, tendo o Projectista remetido (no art. 15º da p. i., que não foi impugnado) para o teor dos documentos os valores efectivamente auferidos, não tendo também tais documentos sido impugnados, podia o juiz, na fundamentação da sentença considerar os factos admitidos por acordo ou provados por documento (art. 659º nº 3 do CPC), ou seja, que os valores em cada ano pagos pelo Metropolitano ao Projectista são os que constam dos aludidos documentos.

Ora, não tendo as partes fixado uma retribuição mensal, competia ao julgador, nos termos do art. 90º da LCT fixá-la, tanto mais quanto vem peticionado o pagamento de retribuições e de outras prestações calculadas em função da retribuição. Foi o que o Sr. Juiz fez e, porque o valor a que chegou, a partir dos elementos referidos — alegados pelo Projectista, ainda que de uma forma que tecnicamente não é escoreita, mas ainda assim, aproveitável(-) — se contém dentro dos valores conclusiva e não fundamentadamente indicados pelo Projectista no petitório, entendemos que não incorreu a sentença nesta parte em excesso de pronúncia, pelo que não procede a arguição de nulidade.»

Ora, tal como se extrai do trecho transcrito, o acórdão recorrido conheceu da invocada nulidade da sentença porque a mesma foi arguida no recurso de apelação, donde não se verifica qualquer nulidade daquele arresto, por excesso de pronúncia.

Assim, o Metropolitano, ao retomar tal questão, em sede de recurso de revista, está a configurar um suposto erro de julgamento, por parte do acórdão recorrido, na apreciação daquele vício e não, como é evidente, uma nulidade propriamente dita.

Não se configura, pois, o vício de nulidade, por excesso de pronúncia, que a ré imputa ao acórdão recorrido, termos em que improcedem as conclusões 1) e 3) a 9) da alegação do recurso de revista.

2. As instâncias deram como provada a seguinte matéria de facto:

A) O Metropolitano, dedica-se à actividade de consultoria, estudos e engenharia de transportes;

B) Em 23/01/1995, o Projectista celebrou com o Metropolitano o acordo escrito intitulado «CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS N.º 5/95», cuja cópia se acha a fls. 25 e 26 e cujo teor [é o seguinte: «CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS N.º 5/95

Entre:

PRIMEIRO OUTORGANTE: BB – Consultoria, Estudos e Projectos de Engenharia de Transportes, S. A., [...].

SEGUNDO OUTORGANTE: AA, engenheiro civil [...], é celebrado, ao abrigo do disposto no artigo 1154.º e seguintes do Código Civil, o presente contrato de prestação de serviços, o qual fica sujeito às cláusulas e condições seguintes:

PRIMEIRA

Pelo presente contrato o Segundo Outorgante obriga-se, em regime de prestação de serviços no âmbito da sua especialidade, sem subordinação jurídica ou económica, a prestar a sua colaboração ao Primeiro Outorgante, no projecto de expansão da rede do Metropolitano de Lisboa, actualmente em curso.

SEGUNDA

Como contrapartida dos serviços prestados, o Primeiro Outorgante pagará ao Segundo Outorgante a quantia de 14,96 € por hora de serviço prestado, à qual acrescerá IVA à taxa legal.

TERCEIRA

1. O presente contrato é livremente revogável, por qualquer uma das partes, devendo a intenção de revogação ser comunicada, por escrito, com a antecedência mínima de trinta dias.

2. A revogação do contrato, efectuada nos termos do número anterior, não confere a obrigação de pagamento de qualquer indemnização.

QUARTA

O presente contrato produz efeitos a partir desta data.

QUINTA

Para as questões emergentes do presente contrato estipula-se o foro da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro.

Feito em duplicado, ficando cada uma das partes com um exemplar. Lisboa, aos vinte e três dias do mês de Janeiro de mil novecentos e noventa e cinco»];

C) Na sequência da celebração do acordo referido em B), o Autor, que é engenheiro civil, passou a elaborar para a Ré projectos de engenharia, e bem assim a fiscalizar, para a mesma, a execução de trabalhos de construção civil, no âmbito dos trabalhos a que a R. procedia na expansão da rede do Metropolitano de Lisboa;

D) Em 1998, a Ré prestou serviços de Engenharia, Consultoria e Fiscalização no quadro da remodelação/construção de uma lavandaria industrial denominada «Elis», em Famalicão;

E) No âmbito dos trabalhos referidos em D), coube ao Autor a fiscalização dos mesmos;

F) No âmbito dos trabalhos referidos em D), toda a correspondência entre o Autor e o «Empreiteiro» era dirigida àquele para a sede da R;

G) A Ré, no âmbito das propostas apresentadas à sociedade Porto 2001, S. A., em função do evento «Porto 2001 – Capital Europeia da Cultura», a saber:

- A requalificação dos «Caminhos do Romântico»;
- A requalificação da «Frente da Ribeira»;
- A adaptação do «Claustro do Convento de S. Bento da Vitória» a sala de Ensaio da Orquestra do Porto;
- A fiscalização e controlo da «empreitada da Rua da Restauração e da envolvente da Igreja de Nossa Senhora da Conceição»;
- A fiscalização e controle da «empreitadas de requalificação urbana da Baixa Portuense»;
- A fiscalização e controle da «empreitada geral da antiga Cadeia e Tribunal da Relação do Porto»;
- A fiscalização e controle da «empreitada de escavação e contenção periférica dos terrenos da futura Casa da Música», contava com a colaboração do Autor, integrando-o, para o efeito, nas equipas de fiscalização indicad[a]s igualmente em tais propostas;

H) Nas facturas apresentadas pela Ré ao Metropolitano de Lisboa, E. P. constava uma referência expressa ao trabalho do Autor, na fiscalização e coordenação da «empreitada»;

I) No âmbito dos trabalhos efectuados pela Ré para o Metropolitano de Lisboa, referidos em C), seja nas instalações da Ré, seja no «estaleiro», o Autor utilizava materiais pertencentes à Ré, e por esta fornecidos, a saber:

- Capacete;
- Galochas;
- Fatos impermeáveis para a chuva;
- Protecções especiais para a visão e audição;
- Todo o equipamento de escritório, nomeadamente, fotocopiadora, «fax» e máquina fotográfica digital;

J) A Ré atribuiu ao Autor um endereço electrónico com o seu domínio;

L) A Ré enviou ao Autor, que a recebeu, a carta datada de 22/11/2002, cuja cópia se acha a fls. e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, na qual, nomeadamente, reportando-se ao acordo escrito referido em B) lhe comunica:

«Nos termos do nº 1 da Cláusula 3.^a do contrato de prestação de serviços n.º 5/95, que celebrámos com V. Exa., de 23 de Janeiro de 1995, vimos através da presente manifestar a nossa intenção de o fazer cessar em 31 de Dezembro próximo, em resultado da reorganização dos meios humanos disponíveis face à presente conjuntura e ao fecho de algumas obras já concretizado ou a ocorrer a curto prazo»;

M) O Autor era estimado e respeitado por todos quantos o conheceram durante os cerca de sete anos em que esteve profissionalmente ligado à Ré e que, tal como ele, exerciam actividade profissional para esta;

N) O Autor sentia-se realizado com a actividade profissional que efectuava na sequência da celebração do acordo descrito em B);

O) A Ré atribuía ao Autor a qualificação profissional de «Técnico Superior B» em, pelo menos, algumas das propostas que apresentava aos seus clientes;

P) Competia ao Autor, no âmbito da execução dos trabalhos de ampliação da rede do Metropolitano de Lisboa:

- Supervisionar as diversas actividades que compõem os trabalhos de construção civil;
- Controlar qualitativamente a execução da «empreitada», de acordo com o plano de qualidade, os desenhos e especificações elaborados pelos projectistas;
- Definir, acompanhar e verificar os resultados dos ensaios a realizar;
- Analisar e dar pareceres às alterações [sic] ao projecto propostas pelos empreiteiros;
- Analisar os autos de medição mensais propostos pelos empreiteiros (sendo a sua aprovação da competência do «chefe de fiscalização»);
- Requerer aos empreiteiros os resultados referidos nos «Cadernos de Encargos»;

Q) O Autor retirava todo o dinheiro necessário para a sua sobrevivência da remuneração que recebia da Ré, nos termos previstos na Cláusula Segunda do acordo referido em B);

R) Não auferindo qualquer outra remuneração, seja da Ré, seja de terceiros;

S) Para além do quadro de funções que se encontrava originalmente definido, que era do conhecimento do Autor e que enquadrava a sua actividade normal e diária, a Ré, através do «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da fiscalização», solicitava-lhe, com uma frequência quase diária, a elaboração de informações, estudos, análises e pareceres sobre os mais variados aspectos da obra em questão;

T) As referidas informações, estudos, análises e pareceres eram solicitadas através de um formulário elaborado pela Ré e denominado “Nota Interna”;

U) A correspondência referida em F) era dirigida ao Autor atendendo às funções de fiscalização pelo mesmo desenvolvidas e que se acham descritas na alínea E);

V) Nas actas redigidas no âmbito dos trabalhos referidos em D) eram o Autor e o Dr. ES quem representava a Ré junto do cliente «Elis»;

X) A Ré, indicando-o como pertencente ao quadro da empresa (fls.1739 dos autos) e posicionando-o como director ou chefe de fiscalização de algumas delas, com os correspondentes poderes de direcção e controle, integrava o Autor nas equipas técnicas que, nos termos das referidas propostas, iriam, por conta, ao serviço daquela e caso os mesmos lhe fossem atribuídos, realizar os trabalhos referidos em G);

Z) O Autor, quase diariamente, elaborava informações, estudos, análises e pareceres sobre os mais variados aspectos da obra em questão a solicitação do «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da Fiscalização»;

AA) Relativamente às informações, estudos, análises e pareceres sobre os mais variados aspectos da obra em questão que a Ré solicitava ao Autor, era, por vezes, pedida urgência na sua realização;

AB) A Ré acompanhava a actividade profissional do Autor bem como o seu nível de presenças, através do preenchimento, por parte do mesmo, do «Relatório semanal de actividades», da elaboração das informações, pareceres, estudos e análises que lhe eram solicitadas e do contacto directo frequente com o «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da Fiscalização», sendo certo que as obras do Metro exigiam, em regra, a sua permanência diária e constante;

AC) O Autor representava a Ré nas reuniões com os «Empreiteiros», em substituição do «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da fiscalização», quando estes não podiam estar presentes nas mesmas, comparecendo em muitas outras, como engenheiro-fiscal da obra e elemento da equipa de fiscalização da Ré;

AD) A Ré, através do «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da fiscalização», para além do que se mostra respondido aos artigos seguintes, analisava as informações, estudos, análises e pareceres

apresentado[s] pelo Autor, podendo convidá-lo, quando detectava algum erro ou omissão, a corrigir os mesmos ou, quando discordava da opinião técnica ali expressa, após troca de ideias, com vista a lograr um consenso, a alterar aqueles documentos, prevalecendo, caso a divergência técnica se mantivesse, a opinião do «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da fiscalização»;

AE) A Ré, através do «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da fiscalização», ao solicitar as referidas informações, estudos, análises e pareceres, especificava, com alguma frequência, os aspectos que pretendia ver tratados nas mesmas ou a forma de abordagem da questão;

AF) E, por vezes, exigia, também, maior pormenorização dos mesmos relatórios, nos termos constantes da alínea anterior;

AG) Os «Coordenador de Empreendimento» e/ou «Chefe da fiscalização» a que aludem as alíneas anteriores foram, nomeadamente, a Sr.^a Eng.^a CC e o Sr. Eng. DD, tendo estes, na obra do Metro de Telheiras, acumulado as funções de «Coordenador de Empreendimento» e «Chefe da Fiscalização»;

AH) Normalmente, desde o início da obra, havia um dia certo para as «reuniões de obra» [onde o Autor estava muitas vezes presente, nos termos da alínea AC)], que, de reunião para reunião era confirmado ou acertado por consenso, sendo a Ré, através do «Coordenador de Empreendimento», que marcava tais reuniões quando, por qualquer imprevisto superveniente, não se podia efectuar no dia já designado;

AI) Toda a correspondência entre os «empreiteiros da obra» e a Ré era realizad[a] por intermédio dos «Chefe de Fiscalização», Sr.^a Eng.^a CC e o Sr. Eng.^o DD, que, nos termos constantes da alínea AG), também exerciam as funções de «Coordenador de Empreendimento»;

AJ) No quadro das informações, estudos, análises e pareceres solicitados ao Autor, era-lhe dado conhecimento da correspondência que, enviada à Ré pelos Empreiteiros da obra ou terceiros, justificavam a elaboração daqueles documentos ou, após tal elaboração, da correspondência final trocada entre a Ré e os referidos empreiteiros ou terceiros, que importava para a actividade funcional do Autor;

AK) Pelo menos, nas obras do Metropolitano de Lisboa, onde o Autor desempenhou funções, a Ré tinha um local, que era exclusivo dele, onde podia trabalhar e estava dotado dos materiais e equipamento a que alude a alínea I) e que eram necessários [à]quele desempenho;

AL) Uma vez terminada uma «obra» e até ser iniciada uma nova «obra», o Autor desempenhava funções na sede da Ré, sendo-lhe atribuído, para o efeito, um local dotado com os materiais e equipamento de escritório a que alude a alínea I) e que eram necessários [à]quele desempenho;

AM) Cabendo-lhe então levar a cabo, na sede da R., as seguintes funções:

- Correção de telas finais;
- Análise dos autos de fecho de empreitada;
- Estimativas de preços;
- Apresentação de propostas a concurso;
- Finalização de «empreitada»;
- Auxiliar o Sr. Eng. EE na preparação de «propostas para finalização de empreitada»;

AN) No que toca à secretária e computador, os mesmos eram atribuídos ao Autor nos termos constantes das alíneas AK) e AL), e no que respeita ao número de telefone, o Autor consta das diversas Listas juntas aos autos, com diversos números, sendo alguns deles relativos aos estaleiros das obras e outros à sede da Ré;

AO) O Autor sofreu e sofre enorme, profundo e interno desgosto pelo facto causado pela decisão da Ré que lhe foi comunicada na carta mencionada em L);

AP) O Autor, devido à sua idade e à crise que o país atravessa, tem sentido grandes dificuldades em encontrar trabalho;

AQ) O Autor, no âmbito da actividade profissional desenvolvida para a Ré, possuía autonomia técnica relativamente à organização concreta de muitas das tarefas realizadas e dos meios utilizados para esse efeito, bem como no que toca a muitas das decisões que tomava e das opiniões e informações técnicas que emitia;

AR) A facturação dos serviços prestados pela Ré ao cliente Metropolitano de Lisboa era feita em função das horas efectivamente despendidas pelos técnicos que interviessem na execução do acordo firmado com aquela, por aplicação das respectivas taxas horárias e consequente facturação;

AS) Razão pela qual as horas de trabalho despendidas pelo Autor em «obras» do Metropolitano de Lisboa era[m] discriminadas nas facturas que a Ré apresentava àquela empresa;

AT) E, só para os efeitos referidos nas duas alíneas anteriores, e com referência às relações comerciais que manteve com o Metropolitano de Lisboa, a Ré definiu categorias profissionais, para aplicação de taxas horárias (muito embora tal procedimento da Ré não se restringisse à empresa Metropolitano de Lisboa);

AU) As «folhas de registo semanal» eram preenchidas e rubricadas pelo Autor;

AV) O «coordenador do empreendimento» ou o «chefe de fiscalização» apenas apunha um visto nas «folhas de registo semanal», para efeitos de processamento dos honorários do Autor e facturação ao «Cliente /Dono da Obra»;

AW) O «Coordenador do Empreendimento» ou o «Chefe da Fiscalização» apunham um visto nas «folhas de registo semanal», destinando-se as mesmas, também, ao processamento dos honorários do Autor e facturação do «Cliente/Dono da Obra»;

AX) Em Janeiro de 1998, a Ré celebrou com a SPAST – Sociedade Portuguesa de Aluguer de Serviços Têxteis, S. A., o acordo escrito cuja cópia se acha a fls. 982 a 995 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

AY) O qual visava a remodelação/construção de uma lavandaria industrial em Famalicão;

AZ) O Autor, no âmbito da execução dos trabalhos referidos em tal acordo, que, tecnicamente, não exigiam a constituição de uma equipa de fiscalização, procedeu, por indicação da Ré, à fiscalização dos mesmos;

AAA) Competindo-lhe fiscalizar os trabalhos nos termos do mesmo acordo, garantido assim o seu cumprimento pelo «empreiteiro» do «contrato de empreitada» celebrado com o «Dono da Obra»;

AAB) Razão pela qual a correspondência era dirigida para a sede da Ré, ao cuidado do Autor;

AAC) Das propostas referidas em G), apenas foram «adjudicadas» à Ré a proposta «fiscalização e controlo da empreitada de requalificação da Avenida de Montevideu», com o esclarecimento de que foi adjudicada à Ré uma outra proposta, no âmbito do «Porto 2001 – Capital Europeia da Cultura», que não se acha referenciada na alínea G);

AAD) E, apesar de o nome do Autor constar das propostas referidas na alínea anterior, este não foi afecto a qualquer delas;

AAE) No âmbito da fiscalização das «empreitadas» integradas no empreendimento do Campo Grande – Telheiras do Metropolitano de Lisboa, a Ré celebrou os acordos escritos denominados «Contrato 32/99-ML», «Contrato 37/2001-ML» e «Contrato 5412002-ML», cujas cópias se acham a fls. 900 a 981 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

AAF) Como responsável da coordenação e fiscalização dos trabalhos integrados na execução dos acordos escritos referidos na alínea anterior, competia à Ré assegurar:

- A direcção e coordenação das «empreitadas»;
- O controlo de planeamento;
- O controlo de quantidades e custos;
- O controlo de segurança;

AAG) Para tanto, cabia à Ré:

- a) Vigiar os processos de execução e o ritmo de execução dos trabalhos;
- b) Aprovar os materiais a aplicar;
- c) Realizar vistorias, exames, medições e levantar autos;
- d) Responder às reclamações do «empreiteiro»;
- e) Informar o «Dono da Obra» sobre o andamento dos trabalhos;
- f) Fornecer todos os elementos solicitados por aquele;
- g) Resolver, quando fossem da sua competência, ou submeter, com a sua informação, no caso contrário, à decisão do «Dono da Obra» todas as questões que surgissem ou lhe fossem postas pelo «Empreiteiro»;

AAH) No âmbito dos trabalhos abrangidos pelos acordos referidos na alínea AAE), as relações entre o «Dono da Obra» e a equipa de coordenação e fiscalização cabiam exclusivamente ao «Coordenador do Empreendimento», que deveria assegurar a informação necessária ao acompanhamento do desenvolvimento dos objectivos do empreendimento;

AAI) Sendo que o relacionamento entre o «empreiteiro» e a «fiscalização» cabiam exclusivamente ao «Chefe da Fiscalização»;

AAJ) A partir de 15/10/2001, a Sr.^a Eng.^a CC acumulou as funções de «Coordenadora do Empreendimento» e de «Chefe de Fiscalização» das «empreitadas» a que se referem os acordos referidos na alínea AAE);

AAK) O Autor foi integrado na equipa de fiscalização das «empreitadas» a que se referem os acordos referidos na alínea AAE);

AAL) Cabendo-lhe na área da sua especialidade, acompanhar a execução dos trabalhos pelos «Empreiteiros», nomeadamente:

- Vigiar e verificar o exacto cumprimento do projecto e suas alterações, do «contrato», do caderno de encargos e do plano de trabalhos em vigor;
- Analisar e dar parecer sobre todas as questões relacionadas com as «obras» que fiscalizava;
- Informar o Chefe da fiscalização sobre o andamento dos trabalhos integrados na «empreitada», tudo de forma a assegurar o acompanhamento permanente do desenvolvimento da «obra»;

AAM) Quando estavam em causa matérias que revestiam carácter de urgência, o «Chefe de Fiscalização» solicitava ao Autor uma análise e emissão de parecer mais rápidas;

AAN) Apenas com o fim de evitar que a gestão da «obra» fosse prejudicada;

AAO) Sem prejuízo do que consta da alínea AH), se, por algum motivo, a reunião tivesse de ser adiada, desse facto era dado conhecimento a todos os intervenientes;

AAP) A correspondência era dirigida ao «Chefe da Fiscalização» por força do referido em AAI);

AAQ) A correspondência enviada ao «Empreiteiro» era elaborada pelo «Chefe da Fiscalização», tendo por base os pareceres ou as informações fornecidas pelo Autor;

AAR) A correspondência referida na alínea anterior, que importava ao correcto, total, eficaz e actualizado desenvolvimento das funções do Autor, era depois enviada a este último, para conhecimento;

AAS) O local onde o Autor trabalhava variava consoante os trabalhos que estivesse a desenvolver;

AAT) E, por tal razão, foram atribuídas ao Autor diversas linhas de telefone;

AAU) Ao Autor foi atribuído um endereço electrónico quando estava a fiscalizar as «empreitadas» do «Empreendimento Campo Grande – Telheiras», por se tratar de um meio necessário e útil ao bom desenvolvimento do seu trabalho, com o esclarecimento de que, anteriormente, pelas razões de serviço indicadas e devido às dificuldades técnicas sentidas pela Ré relativamente à atribuição desse endereço electrónico, o Autor criou um outro, estranho ao servidor da Ré, quando já se encontrava a «fiscalizar» aquele «Empreendimento»;

AAV) Em data não apurada e devido à reformulação do servidor de correio electrónico, foi atribuído um endereço electrónico com o domínio BB a todos os colaboradores da Ré, independentemente do vínculo que tivessem com esta;

AAW) O Autor nunca gozou férias, nem recebeu subsídios de férias e de Natal, nem quaisquer «prestações complementares»;

AAX) Recebendo remuneração de montante variável, consoante o número de horas de trabalho que prestava à Ré;

AAZ) Nada recebendo se nada fizesse para a mesma;

AAZ) O Autor passava à Ré «recibos verdes» do modelo 6;

AAAA) A Ré nunca procedeu a descontos na retribuição em dinheiro que entregava ao Autor para a Segurança Social;

AAAB) Facto que era do conhecimento do Autor;

AAAC) O qual nunca se opôs a tal procedimento;

AAAD) O Autor deslocava-se em viatura própria.

Os factos materiais fixados pelo tribunal recorrido não foram objecto de impugnação pelas partes, nem se vislumbra qualquer das situações referidas no n.º 3 do artigo 729.º do Código de Processo Civil, pelo que será com base nesses factos que hão-de ser resolvidas as questões suscitadas no presente recurso.

3. As instâncias consideraram que os elementos de facto apurados quanto à forma como se desenvolveu a relação contratual firmada entre as partes, no período de 23 de Janeiro de 1995 a 31 de Dezembro de 2002, indiciam, suficientemente, a existência de subordinação jurídica do autor à ré e, em conformidade, qualificaram a relação em causa como contrato de trabalho.

O Metropolitano defende, por seu lado, que os indícios avaliados não permitem, com certeza e segurança, qualificar a relação contratual estabelecida entre as partes, pelo que, na dúvida, deve prevalecer a vontade das partes, o que leva a concluir, no caso, pela existência de um contrato de prestação de serviço.

A questão está, pois, em saber se a relação estruturada pelas partes como contrato de prestação de serviço se desenvolveu nesses precisos termos, ou se, pelo contrário, o circunstancialismo em que ela se processou impõe que lhe seja atribuída uma outra qualificação jurídica, concretamente, trata-se de saber se aquela

relação jurídica, face à configuração que realmente assumiu, deve ser qualificada como contrato de trabalho e não como contrato de prestação de serviço.

Estando em causa uma relação jurídica desenvolvida antes da entrada em vigor do Código do Trabalho (dia 1 de Dezembro de 2003 — n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto), e considerando o disposto no n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 99/2003, aplica-se o regime jurídico do contrato individual de trabalho, anexo ao Decreto-Lei n.º 49.408 de 24 de Novembro de 1969, já que aquele Código não se aplica à valoração de factos totalmente passados anteriormente àquele momento.

3.1. Os contratos referidos têm a sua definição na lei.

De harmonia com o preceituado no artigo 1152.º do Código Civil, cuja expressão literal viria a ser reproduzida no artigo 1.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, anexo ao Decreto-Lei n.º 49.408 de 24 de Novembro de 1969, adiante designado por LCT, «contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta».

Por sua vez, segundo o artigo 1154.º do Código Civil, «contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição».

Ora, a prestação de serviço é uma figura próxima do contrato de trabalho, não sendo sempre fácil distingui-los com nitidez; porém, duma maneira geral, tem-se entendido que é na existência ou inexistência da subordinação jurídica que se deve encontrar o critério de distinção.

Assim, o contrato de trabalho caracteriza-se, essencialmente, pelo estado de dependência jurídica em que o trabalhador se coloca face à entidade patronal, sendo que o laço de subordinação jurídica resulta da circunstância do trabalhador se encontrar submetido à autoridade e direcção do empregador que lhe dá ordens, enquanto que na prestação de serviço não se verifica essa subordinação, considerando-se apenas o resultado da actividade.

A subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho decorre precisamente daquele poder de direcção que a lei confere à entidade empregadora (n.º 1 do artigo 39.º da LCT) a que corresponde um dever de obediência por parte do trabalhador [alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º da LCT].

Todavia, como vem sendo repetidamente afirmado, a extrema variabilidade das situações concretas dificulta muitas vezes a subsunção dos factos na noção de trabalho subordinado, implicando a necessidade de, frequentemente, se recorrer a métodos aproximativos, baseados na interpretação de indícios.

É o que acontece nos casos em que o trabalho é prestado com grande autonomia técnica e científica do trabalhador, nomeadamente quando se trate de actividades que tradicionalmente são prestadas em regime de profissão liberal.

Nos casos limite, a doutrina e a jurisprudência aceitam a necessidade de fazer intervir indícios reveladores dos elementos que caracterizam a subordinação jurídica, os chamados *indícios negociais internos* (a designação dada ao contrato, o local onde é exercida a actividade, a existência de horário de trabalho fixo, a utilização de bens ou utensílios fornecidos pelo destinatário da actividade, a fixação da remuneração em função do resultado do trabalho ou em função do tempo de trabalho, direito a férias, pagamento de subsídios de férias e de Natal, incidência do risco da execução do trabalho sobre o trabalhador ou por conta do empregador, inserção do trabalhador na organização produtiva, recurso a colaboradores por parte do prestador da actividade, existência de controlo externo do modo de prestação da actividade laboral, obediência a ordens, sujeição à disciplina da empresa) e *indícios negociais externos* (o número de beneficiários a quem a

actividade é prestada, o tipo de imposto pago pelo prestador da actividade, a inscrição do prestador da actividade na Segurança Social e a sua sindicalização).

Cada um daqueles indícios tem naturalmente um valor muito relativo e, por isso, o juízo a fazer é sempre um juízo de globalidade (MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 145), a ser formulado com base na totalidade dos elementos de informação disponíveis, a partir de uma maior ou menor correspondência com o conceito tipo.

Sublinhe-se que incumbe ao trabalhador, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil, fazer a prova dos elementos constitutivos do contrato de trabalho, nomeadamente, que desenvolve uma actividade remunerada para outrem, sob a autoridade e direcção do beneficiário da actividade, demonstrando que se integrou na estrutura empresarial do empregador.

3.2. No caso, está provado que o Projectista, que é engenheiro civil, e o Metropolitano, que se dedica à actividade de consultoria, estudos e engenharia de transportes, firmaram, em 23 de Janeiro 1995, um contrato denominado «Contrato de Prestação de Serviços N.º 5/95», nos termos do qual o autor se obrigou, «em regime de prestação de serviços, no âmbito da sua especialidade, sem subordinação jurídica ou económica, a prestar a sua colaboração [ao Metropolitano] no projecto de expansão da rede do Metropolitano de Lisboa», então em curso, pagando esta, como contrapartida dos serviços prestados, «a quantia de 15,00€ por hora de serviço prestado, à qual acrescerá IVA à taxa legal», sendo o contrato «livremente revogável por qualquer uma das partes, devendo a intenção de revogação ser comunicada, por escrito, com a antecedência mínima de trinta dias» e não conferindo aquela revogação, se efectuada nos termos aludidos, «a obrigação de pagamento de qualquer indemnização» [alíneas A) e B) dos factos provados].

Na sequência daquele acordo, o Projectista «passou a elaborar para o Metropolitano projectos de engenharia, e bem assim a fiscalizar, para a mesma, a execução de trabalhos de construção civil, no âmbito dos trabalhos a que o Metropolitano procedia na expansão da rede do Metropolitano de Lisboa», tendo-lhe o Metropolitano atribuído, para além disso, a fiscalização dos trabalhos de remodelação/construção de uma lavandaria industrial, denominada «ELIS», em Famalicão [alíneas C) a F), U), V) e AX) a AAB) dos factos provados].

Quanto à execução dos trabalhos de ampliação da rede do Metropolitano de Lisboa, competia ao Projectista:

- supervisionar as diversas actividades que compõem os trabalhos de construção civil, controlar qualitativamente a execução da empreitada, de acordo com o plano de qualidade, os desenhos e especificações elaborados pelos projectistas, definir, acompanhar e verificar os resultados dos ensaios a realizar, analisar e emitir parecer sobre as alterações ao projecto propostas pelos empreiteiros, analisar os autos de medição mensais propostos pelos empreiteiros, sendo a atinente aprovação da competência do chefe de fiscalização, requerer aos empreiteiros os resultados referidos nos cadernos de encargos [alínea P) dos factos provados].

Especificamente, cabia ao Projectista, no âmbito da fiscalização das empreitadas integradas no empreendimento do Campo Grande – Telheiras do Metropolitano de Lisboa (Contratos 32/99-ML, 37/2001-ML e 5412002-ML), acompanhar a execução dos trabalhos realizados pelos empreiteiros, nomeadamente, vigiar e verificar o exacto cumprimento do projecto e suas alterações, do contrato, do caderno de encargos e do plano de trabalhos em vigor, analisar e dar parecer sobre todas as questões relacionadas com as obras que fiscalizava e informar o chefe da fiscalização sobre o andamento dos trabalhos integrados na empreitada, tudo de forma a assegurar o acompanhamento permanente do desenvolvimento da obra [alíneas AAE), AAK) e AAL) dos factos provados].

Provou-se, igualmente, que, terminada uma obra e até ser iniciada uma nova obra, «o Projectista desempenhava funções na sede do Metropolitano, sendo-lhe atribuído, para o efeito, um local dotado com os materiais e equipamento de escritório a que alude a alínea I) e que eram necessários àquele desempenho», cabendo-lhe efectuar a «correção de telas finais, análise dos autos de fecho de empreitada, estimativas de

preços, apresentação de propostas a concurso, finalização de empreitada e auxiliar o Sr. Eng. EE na preparação de propostas para finalização de empreitada» [álíneas AL) e AM) dos factos provados].

Mais se apurou que:

«G) O Metropolitano, no âmbito das propostas apresentadas à sociedade Porto 2001, S. A., em função do evento “Porto 2001 – Capital Europeia da Cultura”, [...], contava com a colaboração do Projectista, integrando-o, para o efeito, nas equipas de fiscalização indicad[a]s igualmente em tais propostas;

H) Nas facturas apresentadas pela Ré ao Metropolitano de Lisboa, E. P. constava uma referência expressa ao trabalho do Autor, na fiscalização e coordenação da “empreitada”;

I) No âmbito dos trabalhos efectuados pela Ré para o Metropolitano de Lisboa, [...], seja nas instalações da Ré, seja no “estaleiro”, o Projectista utilizava materiais pertencentes ao Metropolitano, e por esta fornecidos, [...];

J) O Metropolitano atribuiu ao Projectista um endereço electrónico com o seu domínio;

O) O Metropolitano atribuía ao Projectista a qualificação profissional de “Técnico Superior B” em, pelo menos, algumas das propostas que apresentava aos seus clientes;

Q) O Projectista retirava todo o dinheiro necessário para a sua sobrevivência da remuneração que recebia do Metropolitano, nos termos previstos na Cláusula Segunda do acordo referido em B);

S) Para além do quadro de funções que se encontrava originalmente definido, que era do conhecimento do Projectista e que enquadrava a sua actividade normal e diária, o Metropolitano, através do “Coordenador de Empreendimento e/ou Chefe da fiscalização”, solicitava-lhe, com uma frequência quase diária, a elaboração de informações, estudos, análises e pareceres sobre os mais variados aspectos da obra em questão;

T) As referidas informações, estudos, análises e pareceres eram solicitadas através de um formulário elaborado pelo Metropolitano e denominado “Nota Interna”;

X) O Metropolitano, indicando-o como pertencente ao quadro da empresa (fls.1739 dos autos) e posicionando-o como director ou chefe de fiscalização de algumas delas, com os correspondentes poderes de direcção e controle, integrava o Projectista nas equipas técnicas que, nos termos das referidas propostas, iriam, por conta, ao serviço daquela e caso os mesmos lhe fossem atribuídos, realizar os trabalhos referidos em G);

Z) O Projectista, quase diariamente, elaborava informações, estudos, análises e pareceres sobre os mais variados aspectos da obra em questão a solicitação do “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da Fiscalização”;

AA) Relativamente às informações, estudos, análises e pareceres sobre os mais variados aspectos da obra em questão que o Metropolitano solicitava ao Projectista, era, por vezes, pedida urgência na sua realização;

AB) O Metropolitano acompanhava a actividade profissional do Projectista bem como o seu nível de presenças, através do preenchimento, por parte do mesmo, do “Relatório semanal de actividades”, da elaboração das informações, pareceres, estudos e análises que lhe eram solicitadas e do contacto directo frequente com o “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da Fiscalização”, sendo certo que as obras do Metro exigiam, em regra, a sua permanência diária e constante;

AC) O Projectista representava o Metropolitano nas reuniões com os “Empreiteiros”, em substituição do “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da fiscalização”, quando estes não podiam estar presentes nas mesmas, comparecendo em muitas outras, como engenheiro-fiscal da obra e elemento da equipa de fiscalização do Metropolitano;

AD) O Metropolitano, através do “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da fiscalização”, para além do que se mostra respondido aos artigos seguintes, analisava as informações, estudos, análises e pareceres apresentado[s] pelo Projectista, podendo convidá-lo, quando detectava algum erro ou omissão, a corrigir os mesmos ou, quando discordava da opinião técnica ali expressa, após troca de ideias, com vista a lograr um consenso, a alterar aqueles documentos, prevalecendo, caso a divergência técnica se mantivesse, a opinião do “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da fiscalização”;

AE) O Metropolitano, através do “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da fiscalização”, ao solicitar as referidas informações, estudos, análises e pareceres, especificava, com alguma frequência, os aspectos que pretendia ver tratados nas mesmas ou a forma de abordagem da questão;

AF) E, por vezes, exigia, também, maior pormenorização dos mesmos relatórios, nos termos constantes da alínea anterior;

AH) Normalmente, desde o início da obra, havia um dia certo para as «reuniões de obra» [onde o Projectista estava muitas vezes presente, nos termos da alínea AC)], que, de reunião para reunião era confirmado ou acertado por consenso, sendo o Metropolitano, através do «Coordenador de Empreendimento», que marcava tais reuniões quando, por qualquer imprevisto superveniente, não se podia efectuar no dia já designado;

AJ) No quadro das informações, estudos, análises e pareceres solicitados ao Autor, era-lhe dado conhecimento da correspondência que, enviada à Ré pelos Empreiteiros da obra ou terceiros, justificavam a elaboração daqueles documentos ou, após tal elaboração, da correspondência final trocada entre a Ré e os referidos empreiteiros ou terceiros, que importava para a actividade funcional do Autor;

AK) Pelo menos, nas obras do Metropolitano de Lisboa, onde o Projectista desempenhou funções, o Metropolitano tinha um local, que era exclusivo dele, onde podia trabalhar e estava dotado dos materiais e equipamento a que alude a alínea I) e que eram necessários [à]aquele desempenho; AN) [...] e no que respeita ao número de telefone, o Projectista consta das diversas Listas juntas aos autos, com diversos números, sendo alguns deles relativos aos estaleiros das obras e outros à sede do Metropolitano.»

Os factos aludidos no último parágrafo integram o conjunto de indícios que, no caso, poderão ser tidos como reveladores da existência de subordinação jurídica.

Em favor da inexistência de subordinação jurídica, provou-se que o Projectista, «no âmbito da actividade profissional desenvolvida para o Metropolitano, possuía autonomia técnica relativamente à organização concreta de muitas das tarefas realizadas e dos meios utilizados para esse efeito, bem como no que toca a muitas das decisões que tomava e das opiniões e informações técnicas que emitia», e que «[a] facturação dos serviços prestados pela Ré ao cliente Metropolitano de Lisboa era feita em função das horas efectivamente despendidas pelos técnicos que interviessem na execução do acordo firmado com aquela, por aplicação das respectivas taxas horárias e consequente facturação», «[r]azão pela qual as horas de trabalho despendidas pelo Projectista em obras do Metropolitano de Lisboa era[m] discriminadas nas facturas que O Metropolitano apresentava àquela empresa», sendo que, só para tais efeitos, «e com referência às relações comerciais que manteve com o Metropolitano de Lisboa, a Ré definiu categorias profissionais, para aplicação de taxas horárias (muito embora tal procedimento do Metropolitano não se restringisse à empresa Metropolitano de Lisboa) [alíneas AQ) a AT) dos factos provados].

Provou-se, ainda, neste mesmo plano de consideração, que:

«AV) O “coordenador do empreendimento” ou o “chefe de fiscalização” apenas apunha um visto nas “folhas de registo semanal”, para efeitos de processamento dos honorários do Projectista e facturação ao “Cliente /Dono da Obra”;

AAH) No âmbito dos trabalhos abrangidos pelos acordos referidos na alínea AAE), as relações entre o “Dono da Obra” e a equipa de coordenação e fiscalização cabiam exclusivamente ao “Coordenador do Empreendimento”, que deveria assegurar a informação necessária ao acompanhamento do desenvolvimento dos objectivos do empreendimento;

AAI) Sendo que o relacionamento entre o “empreiteiro” e a “fiscalização” cabiam exclusivamente ao “Chefe da Fiscalização”;

AAJ) A partir de 15/10/2001, a Sr.^a Eng.^a CC acumulou as funções de “Coordenadora do Empreendimento” e de “Chefe de Fiscalização” das empreitadas a que se referem os acordos referidos na alínea AAE);

AAM) Quando estavam em causa matérias que revestiam carácter de urgência, o “Chefe de Fiscalização” solicitava ao Autor uma análise e emissão de parecer mais rápidas;

AAN) Apenas com o fim de evitar que a gestão da “obra” fosse prejudicada;

AAP) A correspondência era dirigida ao “Chefe da Fiscalização” por força do referido em AAI);

AAQ) A correspondência enviada ao “Empreiteiro” era elaborada pelo “Chefe da Fiscalização”, tendo por base os pareceres ou as informações fornecidas pelo Autor;

AAR) A correspondência referida na alínea anterior, que importava ao correcto, total, eficaz e actualizado desenvolvimento das funções do Autor, era depois enviada a este último, para conhecimento;

AAS) O local onde o Autor trabalhava variava consoante os trabalhos que estivesse a desenvolver;

AAT) E, por tal razão, foram atribuídas ao Autor diversas linhas de telefone;

AAU) Ao Autor foi atribuído um endereço electrónico quando estava a fiscalizar as “empreitadas” do “Empreendimento Campo Grande – Telheiras”, por se tratar de um meio necessário e útil ao bom desenvolvimento do seu trabalho, com o esclarecimento de que, anteriormente, pelas razões de serviço indicadas e devido às dificuldades técnicas sentidas pela Ré relativamente à atribuição desse endereço electrónico, o Autor criou um outro, estranho ao servidor da Ré, quando já se encontrava a “fiscalizar” aquele “Empreendimento”;

AAV) Em data não apurada e devido à reformulação do servidor de correio electrónico, foi atribuído um endereço electrónico com o domínio BB a todos os colaboradores da Ré, independentemente do vínculo que tivessem com esta;

AAW) O Autor nunca gozou férias, nem recebeu subsídios de férias e de Natal, nem quaisquer “prestações complementares”;

AAX) Recebendo remuneração de montante variável, consoante o número de horas de trabalho que prestava à Ré;

AAZ) Nada recebendo se nada fizesse para a mesma;

AAZ) O Autor passava à Ré “recibos verdes” do modelo 6;

AAAA) A Ré nunca procedeu a descontos na retribuição em dinheiro que entregava ao Autor para a Segurança Social;

AAAB) Facto que era do conhecimento do Autor;

AAAC) O qual nunca se opôs a tal procedimento;

AAAD) O Autor deslocava-se em viatura própria.»

Ora, conjugando entre si a matéria de facto provada, conclui-se que o autor não logrou provar indícios suficientes da existência de subordinação jurídica.

É certo que, pelo menos, nas obras do Metropolitano de Lisboa, onde o autor desempenhou funções, a ré tinha um local, que era exclusivo dele, onde podia trabalhar e estava dotado dos materiais e equipamento a que alude a alínea I) e que eram necessários àquele desempenho, e que, uma vez terminada uma obra e até ser iniciada uma nova obra, o autor desempenhava funções na sede da ré, sendo-lhe atribuído, para o efeito, um local dotado com os materiais e equipamento de escritório a que alude a alínea I) e que eram necessários àquele desempenho.

Porém, tal como observa a Ex.ma Procuradora-Geral-Adjunta, «a execução da actividade nas instalações do credor é compatível tanto com o contrato de trabalho como com o contrato de prestação de serviços e daí que o local de trabalho do Projectista não seja decisivo para a qualificação do contrato em causa».

Também ficou provado que o Metropolitano acompanhava a actividade profissional do autor, bem como o seu nível de presenças, através do preenchimento, por parte do mesmo, do «Relatório Semanal de Actividades», da elaboração das informações, pareceres, estudos e análises que lhe eram solicitadas e do contacto directo frequente com o “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da Fiscalização”, sendo que as obras do Metro exigiam, em regra, a sua permanência diária e constante [alínea AB) dos factos provados].

No entanto, não se demonstrou que, na execução do contrato em apreço, o Metropolitano tenha estabelecido um qualquer número de horas de trabalho diário, nem efectuado o controlo da assiduidade do Projectista, destinando-se as folhas de registo semanal, após visto do coordenador do empreendimento ou do chefe de fiscalização, a documentar o processamento dos honorários do Projectista e a facturação ao cliente/dono da obra.

Impressiona, igualmente, que o Metropolitano, para além do quadro de funções que se encontrava originalmente definido, solicitasse ao Projectista, através do coordenador de empreendimento e/ou chefe da fiscalização, com uma frequência quase diária, a elaboração de informações, estudos, análises e pareceres sobre os mais variados aspectos da obra, especificando «os aspectos que pretendia ver tratados nas mesmas ou a forma de abordagem da questão», pedindo, por vezes, urgência na sua realização, e que, na sequência da análise desses trabalhos, o convidasse «quando detectava algum erro ou omissão, a corrigir os mesmos ou, quando discordava da opinião técnica ali expressa, após troca de ideias, com vista a lograr um consenso, a alterar aqueles documentos, prevalecendo, caso a divergência técnica se mantivesse, a opinião do “Coordenador de Empreendimento” e/ou “Chefe da fiscalização”».

Sucedem que, no âmbito de execução de um contrato de prestação de serviço, pode justificar-se a emissão de orientações e instruções relacionadas com a forma e o conteúdo do resultado a alcançar.

O mesmo se diga quanto à participação do Projectista nas denominadas «reuniões de obra» e nas reuniões com os empreiteiros, sendo que o Projectista, tal como se afirma no acórdão recorrido, «como prestador de serviços, também podia ser mandatado pelo Metropolitano para a representar em tais reuniões».

Indício de subordinação é, também, a integração do Projectista nas equipas de fiscalização das empreitadas do Metropolitano de Lisboa, bem como nas equipas técnicas indicadas nas propostas apresentadas pelo Metropolitano à sociedade Porto 2001, S. A., no âmbito do evento «Porto 2001 – Capital Europeia da Cultura», em que aquele é referido como pertencente ao quadro da empresa.

Contudo, estes indícios, só por si, não são concludentes quanto à existência de subordinação jurídica, impondo-se uma valoração conjunta dos factos provados.

Ora, o Projectista, «no âmbito da actividade profissional desenvolvida para o Metropolitano, possuía autonomia técnica relativamente à organização concreta de muitas das tarefas realizadas e dos meios

utilizados para esse efeito, bem como no que toca a muitas das decisões que tomava e das opiniões e informações técnicas que emitia», não se extraindo da matéria de facto apurada que a ré tivesse estipulado um horário de trabalho ou sequer um período normal de trabalho ao Projectista, nem se configurando a sujeição deste ao poder disciplinar da empregadora.

Acresce que o Projectista nunca gozou férias, nem recebeu subsídios de férias e de Natal, nem quaisquer prestações complementares, «recebendo remuneração de montante variável, consoante o número de horas de trabalho que prestava ao Metropolitano», sendo importante salientar que o Projectista nada recebia «se nada fizesse para a mesma».

Ora, um tal sistema remuneratório, assente no tempo gasto pelo trabalhador no desempenho das tarefas que lhe fossem cometidas, revela que ao beneficiário do serviço interessava apenas o resultado da actividade e, doutro passo, consentindo que não houvesse lugar a retribuição, «se nada fizesse para a mesma» Metropolitano, é totalmente incompatível com a existência de um contrato de trabalho subordinado, cujo regime pressupõe, tal como se afirmou no acórdão deste Supremo Tribunal de 28 de Maio de 2008, Processo n.º 3898/07, da 4.ª Secção, «uma necessária remuneração, ainda que seja a “mínima legalmente garantida”, durante todo o período vinculístico».

Daí que se compreenda que, durante a vigência do contrato, o Projectista passasse ao Metropolitano «recibos verdes», modelo 6, e que a ré nunca tivesse procedido a descontos para a Segurança Social na retribuição em dinheiro que entregava ao Projectista.

Assim, seguindo a orientação firmada no acórdão do Supremo Tribunal de 16 de Setembro de 2008, Processo n.º 321/08 da 4.ª Secção, «entende-se que deve prevalecer a vontade declarada pelas partes, no âmbito da liberdade contratual (artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil), e esta dirigiu-se, inequivocamente, para o modelo de prestação de serviço, pois que, para além do já referido, designadamente quanto à retribuição e ausência de controlo de assiduidade, as partes expressaram a intenção de afastar direitos e obrigações característicos da relação laboral, designadamente quando estipularam que qualquer delas poderia, em qualquer momento, fazer cessar [o] contrat[o], sem qualquer consequência reparatória, contanto que comunicasse tal intenção com a antecedência [mínima] de trinta dias.»

Nesta conformidade, atendendo ao conjunto dos factos provados, impõe-se concluir que o autor não fez prova, como lhe competia (artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil), de que a relação contratual que vigorou entre as partes revestisse a natureza de contrato de trabalho, pelo que improcedem os pedidos por si formulados na presente acção, que tinham justamente por fundamento a existência de uma relação laboral.

Procedem, pois, as conclusões 17) a 32) da alegação do recurso de revista.

4. Em derradeiro termo, a recorrente aduz que o acórdão recorrido ao manter a sentença da 1.ª instância, na parte em que fixou o valor da retribuição mensal do autor, incorreu em flagrante erro de julgamento, porque violadora das normas e princípios que, expressamente, discrimina.

O n.º 2 do artigo 660.º do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do disposto nos conjugados artigos 713.º, n.º 2, e 726.º do mesmo Código, estabelece que o tribunal deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras.

Ora, tendo-se concluído que o Projectista não logrou provar a existência de uma situação de vinculação ao Metropolitano por contrato de trabalho, fica prejudicada a apreciação da questão suscitada nas conclusões 2) e 10) a 16) da alegação do recurso de revista.

Pelo exposto, decide-se conceder a revista, revogar o acórdão recorrido, na parte em que qualificou a relação jurídica estabelecida entre as partes como contrato de trabalho, e absolver o Metropolitano do pedido.

Custas, nas instâncias e neste Supremo Tribunal, a cargo do Projectista, sem prejuízo do apoio judiciário com que litiga.

Este caso revela uma situação de contrato de prestação de serviço que com o decorrer dos anos e na percepção de prestador de serviços se deveria ter transformado em contrato de trabalho já que na prática era isso que **aconteceria**.

O litígio surge, as partes reivindicam à luz do direito, mas não há aconselhamento jurídico suficiente e no fim prevalece o contrato. Este conflito nunca teria existido se o prestador do serviço tivesse atempadamente renegociado o contrato e com uma posição negocial mais forte (exemplo no decorrer das obras do Porto 2001) pedindo para passar a contrato de trabalho, já que tinha sido indicado como Eng. do quadro da Empresa.

5.5. CONTRATO DE EMPREITADA – CADUCIDADE

Para efeitos de relevância da excepção da caducidade, não há que fixar prazo ao empreiteiro para a conclusão da reparação dos defeitos: no prazo de garantia de cinco anos (dentro desse prazo pode o dono da obra denunciar defeitos entretanto descobertos), o dono da obra, se for caso disso (ou seja, se forem verificados defeitos) terá de accionar o empreiteiro, no prazo de um ano a partir do seu conhecimento, sob pena de caducidade.

O Dono de Obra intentou, no Tribunal Judicial do Funchal, acção ordinária contra um Empreiteiro, pedindo a sua condenação traduzida na reparação dos defeitos denunciados nas obras que foram objecto de contratos de empreitada entre eles celebrados e relativos à construção de duas moradias.

O Empreiteiro contestou, por excepção, arguindo a caducidade do direito de acção, e por impugnação.

Na réplica, o Dono de Obra contrariou a defesa por excepção suscitada pelo Empreiteiro.

Saneado e condensado, o processo seguiu para julgamento e, findo este, foi proferida sentença a julgar a acção procedente, o que motivou recurso de apelação por parte do Empreiteiro para o Tribunal da Relação de Lisboa que, dando guarida à sua pretensão, revogou o julgado e a absolveu.

Foi a vez do Dono de Obra manifestar a sua discordância, pedindo revista da decisão do Tribunal da Relação, o que fizeram a coberto da seguinte síntese conclusiva:

- Existe um reconhecimento do direito da reparação dos defeitos, traduzido no facto do Empreiteiro, após a entrega das moradias, ter procedido a reparações, interrompendo-as por questões pessoais.
- A denúncia dos defeitos nasce em Setembro/Outubro/2001, sete meses após a entrega das moradias.
- Com a interrupção dos trabalhos, o Dono de Obra limitou-se a manifestar a sua preocupação na conclusão dos mesmos, conforme documenta a abundante troca de correspondência, contactos pessoais e telefónicos.
- Só em 30/12/05, é que o Dono de Obra fixou prazo para a conclusão da reparação dos defeitos, dada a indefinição do Empreiteiro e o receio fundado pelo Dono de Obra quanto ao prazo de garantia – 5 anos.
- A acção judicial deu entrada no dia 04/05/06, ou seja, dentro do prazo legalmente fixado para a acção judicial em obediência ao nº 2 do artigo 1225º.
- Porque o Dono de Obra cumpriu com os prazos legalmente estabelecidos, entendem que houve violação do disposto nos artigos 331º, nº 2, 1220º, nº 2 e 1225º, nºs 2 e 3, todos do Código Civil, não havendo lugar, consequentemente, à excepção peremptória da caducidade decretada pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

O Empreiteiro não contra-alegou.

Foram provados os seguintes factos:

1. O Dono de Obra é legítimo proprietário dos prédios urbanos que constituem duas moradias unifamiliares geminadas, inscritos na matriz predial sob os n° 5724-A e 5724-8 e descritos na Conservatória do Registo Predial sob os n°s 2478/19970728-A e 2478/199707288.
2. O Dono de Obra, em 27/5/99, outorgaram um contrato de empreitada para a construção daquelas moradias com o Empreiteiro, pelo preço global de 53.000.000\$00 (cinquenta e três milhões de escudos) contravalor de 264.362,89 € (duzentos e sessenta e quatro mil trezentos e sessenta e dois euros e oitenta e nove cêntimos), na modalidade vulgarmente designada de “chaves na mão”.
3. A entrega das moradias verificou-se em Fevereiro de 2001.
4. O Dono de Obra. remeteu, em 4 de Março de 2002, uma carta ao Empreiteiro, reclamando defeitos e solicitando as respectivas reparações.
5. A 20/8/03 e a 12/09/2003, foram remetidos *e-mails* à Assicom, dando conhecimento dos problemas e solicitando a intervenção deste organismo representativo dos construtores civis.
6. A 6/4/04, a Assicom remeteu carta ao Dono de Obra em resposta aos *e-mails* referidos.
7. Em 30 de Dezembro de 2005, o mandatário do Dono de Obra enviou uma carta registada com aviso de recepção, solicitando a reparação, em 15 dias, das anomalias as quais, e segundo os orçamentos apresentados por outra empresa de construção civil, orçam respectivamente em 17.053,576 € para a moradia A e 13.364,296 € para a moradia D.
8. Após a entrega das moradias, começaram a aparecer nas moradias os seguintes anomalias:
 - infiltração de água na sala de estar;
 - manchas brancas e soalho ondulado devido a infiltração e retenção de água;
 - pintura da porta da garagem a descascar;
 - pedra de cantaria ao nível das janelas partidas;
 - persianas com furos;
 - manchas amarelas no tecto, consequência de infiltrações de água;
 - fissuras em paredes exteriores e interiores;
 - floreira inacabada;
 - deficiente sistema de exaustão; fumos circulam de uma moradia para outra.
9. O Empreiteiro iniciou as reparações dos defeitos, mas abandonou-as, deixando por assentar uma área de calçada.
10. Na carta referida, o Dono de Obra reclamou das anomalias referidas.
11. Na carta referida, a Assicom informou o Dono de Obra de que o Empreiteiro iria proceder a um levantamento das anomalias.
12. O Empreiteiro prometeu deslocar-se ao local para efectuar as reparações das anomalias.
13. Em 19.10.2004, o Dono de Obra teve uma infiltração de água nas suas moradias.
14. À data da entrega da casa ao Dono de Obra, era perfeitamente perceptível a existência de persianas com furos e pequenas manchas amarelas no tecto, que, desde logo, o Empreiteiro se comprometeu a reparar.
15. O Empreiteiro iniciou as reparações na moradia do Dono de Obra, mas não as terminou.

16. O Empreiteiro averiguou da existência de eventuais defeitos a eliminar na casa do Dono de Obra.

17. Porém, nunca chegou a haver consenso entre as partes quanto à identificação dos eventuais defeitos, seja quanto à sua natureza e causas dos mesmos.

18. Desde a entrega das casas, o Dono de Obra comunicou ao Empreiteiro a existência de defeitos.

19. O Empreiteiro chegou a deslocar-se ao local para verificar os defeitos.

20. E prometeu sempre a sua reparação, tendo inclusivamente iniciado reparações na casa do Dono de Obra.

O que está verdadeiramente em causa no presente recurso é saber se a factualidade apurada é de molde a impedir o êxito da acção por virtude da verificação da excepção de caducidade do exercício do direito pelo Empreiteiro.

A 1ª instância entendeu que a defesa de excepção não tinha suporte na justa medida em que “a denúncia dos defeitos foi efectuada ao Empreiteiro no decurso do prazo de cinco anos”, certo que “esta excepção sempre terá de improceder pelo facto de o Empreiteiro não ter feito prova das datas do conhecimento dos defeitos e das denúncias relativamente ao Dono de Obra e pelo facto de a mesma ter reconhecido esses defeitos”.

Já a Relação, pelo contrário, entendeu que a excepção arguida teria de proceder já que, tendo o Dono de Obra denunciado os defeitos da obra, não fixou ao empreiteiro qualquer prazo para a sua eliminação e, sendo assim, “até à fixação de tal prazo não se pode falar em mora do empreiteiro sendo certo que tal facto não impede o decurso do prazo de caducidade decorrente do artigo 1225º do CC”.

Mais acrescentou, em abono da sua posição, que “no momento em que surge a fixação do prazo – 30 de Dezembro de 2005 – há muito que tinha decorrido o prazo de um ano de que os apelados dispunham para denunciar o defeito da obra e pedirem a sua reparação num prazo pelos mesmos fixado”.

E com base nesta argumentação, acabou por revogar a sentença da 1ª instância, absolvendo o Empreiteiro do pedido.

Arrastados pela argumentação da Relação, o Dono de Obra pede a revista, dizendo que só em 30/12/2005 é que fixaram prazo para a conclusão dos defeitos, dada a indefinição da recorrida e o receio fundado quanto ao prazo de garantia.

O Supremo Tribunal de Justiça não se revê na decisão do Tribunal da Relação.

Pelo simples facto de que, para efeitos de relevância da excepção da caducidade, não há que fixar prazo ao empreiteiro para a conclusão da reparação dos defeitos: no prazo de garantia de cinco anos (dentro desse prazo pode o dono da obra denunciar defeitos entretanto descobertos), o dono da obra, se for caso disso (ou seja, se forem verificados defeitos) terá de accionar o empreiteiro, no prazo de um ano a partir do seu conhecimento.

Ora, foi precisamente isso que o Empreiteiro referiu. E, diga-se, com toda a razão. Com efeito, tendo ficado provado que os defeitos foram denunciados em Março de 2002, deveria o Dono de Obra ter intentado a respectiva acção para reparação dos mesmos no prazo de um ano, sob pena de caducidade caso a mesma fosse invocada pelo Empreiteiro, o que veio a acontecer.

É isto mesmo que o artigo 1225º diz no seu nº 1: “a denúncia, em qualquer dos casos, deve ser feita dentro do prazo de um ano”.

Disposição esta em perfeita harmonia com o preceituado no nº 2 do artigo anterior.

É esse o entendimento que se colhe *nemine discrepante* (vide, v.g., Pires de Lima e Antunes Varela, *in* Código Civil Anotado, Volume III, páginas 824 e seguintes, Luís Manuel Telles de Meneses Leitão, *in* Direito das Obrigações, Volume III, páginas 557 e 558, Pedro Romano Martinez, *in* Direito das Obrigações - Parte

Especial –, Contratos – 2ª edição –, página 497, *in* Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, página 422 e seguintes, *in* Compra e Venda e Empreitada, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume III, página 249, *in* Contrato de Empreitada, página 218, João Cura Mariano, *in* Responsabilidade do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra, página 189).

Fica, agora, clara a razão da discordância do Supremo Tribunal de Justiça em relação à argumentação do Tribunal da Relação no sentido da verificação da excepção de caducidade.

O Supremo Tribunal de Justiça considera-se que, a excepção verifica-se, *in casu*, apenas e só porque decorreu mais de um ano sobre a queixa do Dono de Obra perante o Empreiteiro no que tange aos alegados defeitos encontrados após a entrega das moradias que foram objecto dos contratos celebrados e ajuizados.

Numa só palavra, porque não demandaram o Empreiteiro, no prazo de um ano a contar da data do conhecimento dos defeitos.

Tendo o Empreiteiro arguido a excepção, não podia a mesma deixar de proceder perante a factualidade dada como provada.

Id est, postos perante a evidência de tais defeitos encontrados, competia ao Dono de Obra accionar o Empreiteiro no prazo de um ano referido.

Daí que, na solução encontrada pelo Tribunal da Relação, não haja da parte do Supremo Tribunal razão para censura.

A questão que foi colocada ao Supremo Tribunal de Justiça poderia, é certo, levar-nos a pensar longamente sobre a bondade da solução que aqui se deixa como sendo a correcta, isto é, como estando verificada a excepção peremptória da caducidade.

Com efeito, poder-se-ia pensar num eventual caso de abuso de direito por parte do empreiteiro caso se viesse a provar que, dentro do prazo de caducidade (*cf.* artigo 331º, nº 1 do Código Civil) tivesse ele reconhecido o dever de reparar concretamente os defeitos apontados. Estaríamos, ou poderíamos estar, perante um “*venire contra factum proprium*”.

Mas a matéria de facto dada como provada não nos permite cogitar sobre esta *vexata quaestio* na justa medida em que só se apurou que o Dono de Obra remeteu uma carta ao Empreiteiro a denunciar defeitos, mas já não se provou que o Dono de Obra tivesse tido o mesmo comportamento, e que o Empreiteiro procedeu a algumas reparações, mas não se apurou qualquer data (provado apenas que o Empreiteiro iniciou as reparações dos defeitos, mas abandonou-as, deixando por assentar uma área de calçada –; 9º - o Empreiteiro iniciou diversas reparações na moradia do Dono de Obra, mas não as terminou –; e 14º – o Empreiteiro prometeu a reparação dos defeitos, tendo inclusivamente iniciado reparações na casa do Dono de Obra).

Postos perante esta realidade fáctica, o Supremo Tribunal de Justiça não descortina razão alguma para alargar a base factual, usando dos poderes conferidos pelo artigo 729º, nº 3, do Código de Processo Civil, tendo em conta o respeito que é devido pelo princípio dispositivo (artigo 264º, nº 1, do diploma legal acabado de citar), apenas considerou que está certa a decisão revogatória do Tribunal da Relação.

Foi assim recusada a pretensão do Dono de Obra e foi dada razão ao Empreiteiro.

Neste caso é muito importante verificar que os prazos legais têm que ser respeitados, pois apesar do Dono de Obra terem razão na pretensão da reparação dos defeitos, não intentaram a acção no prazo legal deixando-se “enganar” pela aparente vontade do Empreiteiro de reparar os defeitos.

A posição negocial do Dono de Obra, ao não intentar a acção no prazo legal, ficou enfraquecida e apesar das sentenças favoráveis da 1ª Instância e da Relação acabaram por perder no Supremo Tribunal.

5.6. CONTRATO DE EMPREITADA – INCUMPRIMENTO

O abandono da obra por parte do empreiteiro da obra, não pode deixar de significar recusa no cumprimento da obrigação a que está adstrita, incumprimento em suma.

Com efeito, ao afastar-se da obra, dizendo que não mais trabalharia para o dono da obra não permite outra interpretação que não seja recusa no cumprimento.

O Empreiteiro intentou, no Tribunal Judicial do Funchal, acção ordinária contra o Dono de Obra, pedindo que fosse declarado resolvido o contrato de empreitada que ambos celebraram, por desistência injustificada deste, com a sua condenação no pagamento da quantia de 58.906,23 €, a título de danos emergentes e lucros cessantes e, subsidiariamente, no pagamento de 43.343,74 € relativamente a trabalhos feitos e devidamente facturados, com juros desde a citação.

Em suma, alegou que o Dono da Obra, mandou suspender o andamento da obra por si iniciada, reiniciando-a, logo no dia seguinte, por outrem com a utilização das ferramentas, materiais e utensílios que lhe pertenciam, e que, então, já lhe devia ter pago a verba total de 62.294,97 €, mas apenas lhe entregou 18.906,23 €, para além de 10.000,00 € a título de obras a mais.

Contestou o Dono de Obra, pedindo a improcedência da acção, com a alegação de ter pago, à data de 10.02.2004, por conta do preço da empreitada, 38.906,23 €, quando, face aos termos contratuais apenas teria que ter pago, até então, 28.906,14 €, e, como assim, apenas teria que pagar, após a execução da 2ª lage, 13.343,65 €; porém, na sequência da recusa do Empreiteiro de lhe fazer a entrega de mais 10.000 €, como condição para proceder à betonagem da 2ª lage, retirou-se da obra sem executar aquela, dizendo que não executava mais nenhum trabalho, facto que o obrigou a concluir a obra com terceiros, sem utilização de quaisquer pertences do Empreiteiro.

Em reconvenção, pediu que fosse declarado resolvido o contrato por culpa exclusiva do Empreiteiro ao não executar a 2ª lage, que lhe pagou 38.906,23 €, que, aquando do abandono da obra, o Empreiteiro só tinha executado 35% da obra no valor de 27.234,36 €, sendo condenado a restitui-lhe a quantia de 10.906,23 € acrescida de juros legais.

Replicou o Dono de Obra, contrariando a defesa de excepção do Empreiteiro e pedindo a sua condenação como litigante de má fé.

O processo seguiu a sua tramitação normal até julgamento, após o que foi proferida sentença dando razão ao Dono de Obra.

Mediante apelação interposta pelo Empreiteiro, o Tribunal da Relação de Lisboa confirmou a sentença.

O Empreiteiro irrequieto fez recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

- As limitações a que o S.T.J. está subordinado, no tocante à matéria de facto, não o impede de pôr em causa a qualidade, ou seja, dificuldade de audição da gravação da audiência de julgamento, bem como não o impede de censurar a Relação pelo mau uso dos seus poderes na reapreciação da matéria de facto.

- Aliás, há manifesto erro na relevância dada à testemunha do Empreiteiro, por ter particular conhecimento dos factos, por ser encarregado da obra, mas a verdade é que só o era há meia dúzia de dias, já que outra testemunha desempenhou tal função desde o início da obra.

- Há 10.000,00 € envolvidos que nada têm a ver com a questão dos autos, uma vez que teve a ver com a regularização de empréstimo que o Empreiteiro havia feito ao Dono de Obra..

- Por outro lado, ocorreu pagamento de 10.000,50 € respeitante a trabalhos a mais, ou seja, de valor que não estava incluído no orçamento global da obra, e que consistiu na implantação de pilares regionais não previstos inicialmente.
- Ficou provado que o Dono de Obra utilizou abusivamente materiais do Empreiteiro, deixados na obra e que serviam de suporte à escadaria já construída depois do Empreiteiro ter sido expulso da obra.
- Por força das alterações solicitadas pelo Dono de Obra não era possível, como se demonstrou, manter os valores inicialmente contratados.
- A circunstância de um outro Empreiteiro estar a desenvolver a construção de sete moradias perto da obra em causa nos autos, levou a que aquele aliciasse o Dono de Obra a expulsar o Empreiteiro da obra, com a promessa de que, sendo um empreiteiro de maior dimensão e tendo ali ao lado todo o material necessário, concluiria a construção por menos dinheiro.
- O acórdão recorrido do Tribunal da Relação não teve em conta os trabalhos a mais, o valor do empréstimo do Empreiteiro ao Dono de Obra e a sua restituição, e imputou todos os valores entregues pelo Dono de Obra ao Empreiteiro., como parte integrante do valor orçamentado.
- O relatório pericial analisa o volume de obra realizado pelo Empreiteiro (50%), como correspondente a 50% do preço, como se a obra tivesse, nas suas diferentes fases, igual valor.
- Ora, toda a gente sabe que as fundações são uma fase da obra, que, pela sua natureza, se torna mais onerosa que as fases seguintes, pelo que não é correcto fazer corresponder 50% do volume de obra construída a 50% do preço orçamentado, erro em que ambas as instâncias caíram.
- O pedido reconvenicional foi considerado procedente, com base em erro decorrente de tal incorrecto entendimento pericial, além de que não teve em consideração os 10.000,00 € correspondentes a “trabalhos a mais”, e deveria ter improcedido.
- Por ser assim, a peritagem deveria ter sido ampliada, de modo a se indagar o valor efectivo da obra realizada pelo Empreiteiro, numa avaliação de quantidade/qualidade.
- Em qualquer caso, mesmo que assistisse razão ao Dono de Obra (e não assistia!), este não poderia ter procedido, como procedeu, sem ter rescindido previamente o contrato.
- A petição formulada na reconvenção é inepta pois, há incongruência entre o pedido e a causa de pedir, sendo que a causa de pedir não podia ser o enriquecimento sem causa, atenta a sua natureza supletiva ou subsidiária, mas antes a resolução do contrato de empreitada (artigo 474º do Código Civil).
- O Tribunal da Relação deu-se conta, no acórdão recorrido, de tal correcção, que a 1ª instância deveria ter conhecido oficiosamente, mas, ao tentar salvar a situação, cometeu, por sua vez, nulidade, por excesso de pronúncia, ao conhecer de uma causa de pedir que não fora alegada, quando devia, pura e simplesmente, ter considerado improcedente o pedido reconvenicional.
- Com tal procedimento o acórdão recorrido cometeu uma dupla nulidade – excesso de pronúncia – ao conhecer de causa de pedir do pedido reconvenicional, que não a alegada – e omissão de pronúncia, por não ter conhecido a nulidade cometida pela 1ª instância (artigo 668º, nº 1, alínea d) do Código de Processo Civil).

Após as alterações introduzidas pela Relação, são os seguintes os factos dados como provados:

- 1 – O Empreiteiro exerce a actividade comercial de construção civil, entre outras.
- 2 - Em 2 de Dezembro de 2003, o Empreiteiro e o Dono de Obra celebraram um contrato de empreitada.
- 3 - O contrato de empreitada teve como finalidade a construção de uma moradia unifamiliar tipologia T3.

4 - A empreitada iniciou-se em 5 de Janeiro de 2004.

5 - O prazo da empreitada foi estabelecido até ao dia 5 de Agosto de 2004, podendo ser prorrogado por mais sessenta dias.

6 - Foi estabelecido o preço global de 77.812,47 € (15.000.000\$00), a pagar pela seguinte forma: no dia 5 de Janeiro de 2004, data do início da empreitada, 15.562,49 €; 23.343,74 € logo que fosse executada a primeira laje, correspondente ao primeiro piso; 23.343,74 € logo que fosse executada a segunda laje, correspondente ao segundo piso ou cobertura; 15.562,49 €, no acto da entrega da obra acordada finalizada.

7 - No dia 8 de Março de 2004, os trabalhadores procediam a trabalhos relativos à execução da 2ª laje da obra.

8 - O Dono de Obra pagou ao Empreiteiro a quantia global de 38.906,23 €, sendo 10.000,00 € em 16 de Dezembro de 2003, 5.562,40 € em 15 de Janeiro de 2004, 10.000,00 € em 26 de Janeiro de 2004 e 13.343,74 € em 10 de Fevereiro de 2004.

9 - No dia 8 de Março de 2004 o Empreiteiro exigiu ao Dono de Obra mais um pagamento de 10.000,00 €, como condição *sine qua non* para que se procedesse à betonagem da segunda laje.

10 - O Empreiteiro não fez chegar à obra qualquer carro betoneira para a execução da laje do segundo piso.

11 - O Empreiteiro retirou-se da obra, com os seus trabalhadores, dizendo que não executava mais nenhum trabalho para o Dono de Obra.

12 - No dia 9 de Março de 2004 o Empreiteiro não compareceu na obra, nem qualquer seu trabalhador.

13 - O Dono de Obra, face ao abandono definitivo por parte do Empreiteiro da obra, cometeu a sua conclusão a terceiros.

14 - Quando o Empreiteiro abandonou a obra, estava executado cerca de 35 % do seu total.

A “questão-de-facto” nunca transita em julgado, acabando por ser o Supremo a sindicar em última instância a bondade do decidido na matéria.

Ao fazê-lo, o Supremo está, verdadeiramente, a ocupar-se da “questão-de-direito”, fazendo, vistas bem as coisas, o caminho inverso do juiz da 1ª instância aquando da elaboração da base instrutória: aqui apuram-se, seleccionam-se os factos tendo em conta as várias soluções plausíveis do direito (artigo 511º, nº 1 do Código de Processo Civil), ali aplica-se aos factos apurados o regime jurídico julgado adequado (artigo 729º, nº 1, do mesmo diploma legal).

Mas, insiste-se, o que está definitivamente vedado ao Supremo é, sindicar o juízo probatório firmado pelas instâncias, com as excepções já assinaladas.

A ampliação da matéria de facto, contida nos exactos poderes que aqueles preceitos legais permitem, está directamente relacionada com a alegação contida nos articulados e já não com o juízo probatório, como parece ter sido o que a Relação tomou ao indeferir a pretensão do Empreiteiro.

Ora, a verdade manda dizer que nada do que foi alegado ficou pelo caminho: nem factos admitidos por acordo e não considerados (caso em que sempre o Supremo poderia considerar), nem controvertidos (que, inadvertidamente passassem o crivo da Relação, mas que o Supremo, devidamente atento, mandaria instruir ao abrigo da disposição legal citada supra), razão pela qual jamais pode proceder a pretensão do Empreiteiro.

Lendo e relendo a decisão do Tribunal da Relação, afigura-se-nos desajustada a crítica, tal é o acerto do mesmo no que tange à justificação para o Dono de Obra, ter resolvido o contrato face à conduta do Empreiteiro, traduzida no abandono da obra.

Ali ficou escrito:

“No caso em apreço temos que o Empreiteiro, não só retirou da obra, com os seus trabalhadores, estando a mesma construída no correspondente a 35% do seu valor, como afirmou que não executava mais nenhum trabalho para o Dono de Obra.

Tratando-se assim de recusa expressa, integrante de incumprimento definitivo”.

O abandono da obra por parte do Empreiteiro da obra, não pode deixar de significar recusa no cumprimento da obrigação a que está adstrita, incumprimento em suma.

Com efeito, ao afastar-se da obra, dizendo que não mais trabalharia para o Dono de Obra não permite outra coisa que não seja recusa no cumprimento.

Aqui estamos perante um caso de verdadeiro incumprimento: a obrigação pode considerar-se definitivamente não cumprida nos casos em que o devedor declara abertamente não querer cumprir, embora podendo fazê-lo (Antunes Varela, Das Obrigações em geral, Vol. II – 6ª edição –, páginas 105 e 106, nota 2).

Calvão da Silva legitima a equiparação de declaração antecipada de não cumprir a incumprimento, dizendo que “não se justifica que o credor tenha de aguardar a data do vencimento para poder lançar mão dos meios jurídicos que lhe permitam desvincular-se do contrato”, certo que “concebida a obrigação como um processo que flui para o cumprimento, a legítima expectativa ou confiança do credor no adimplemento da prestação implica a existência de um intermediário e instrumental dever de conduta do devedor, que mantenha a *fiducia* do credor na prestação final, *rectius*, no cumprimento, actuação voluntária (*prestare*) e não forçada (*prendere*)”, “não havendo, portanto, razão para manter o credor vinculado, até ao vencimento, a uma relação jurídica que, em virtude de declaração séria, certa, segura, *ante diem*, de não cumprir do devedor, perdeu a força originária e desapareceu como vínculo em cuja actuabilidade final o sujeito activo possa confiar para satisfação plena e integral do seu interesse, razão existencial da obrigação” (Sinal e Contrato Promessa – 11ª edição –, páginas 136 e 137).

A decisão impugnada, partindo da resolução do contrato por mor do comportamento deveras conclusivo do Empreiteiro da obra, rumou para os efeitos do mesmo, assinalando com total acerto a lição de Baptista Machado – “a resolução por incumprimento não faz desaparecer a relação contratual, antes a converte numa relação de liquidação” (Obra Dispersa, Vol. I, Pressupostos da Resolução Por Incumprimento, páginas 210 e 211) – para abandonar a tese do enriquecimento sem causa, consagrada na 1ª instância e como justificativa do efeito indemnizatório, mas no instituto da compensação, tendo por base a *restitutio in integrum*, sem descuidar o respeito da regra da “*compensatio lucri com damno*”, acabando, desta forma, por seguir os ensinamentos de Pedro Romano Martinez (Direito das Obrigações – Contratos – 2ª edição –, páginas 488 e 489).

Salta, agora, à tona a injustiça da crítica à decisão do Tribunal da Relação de Lisboa: ao contrário do afirmado na minuta e concretamente nas conclusões, não foi o instituto do enriquecimento sem causa que motivou a indemnização atribuída ao Dono de Obra (nem vemos como o poderia ser), mas sim as regras normais da obrigação de indemnizar.

O STJ ao dizer isto, quer também significar que nenhuma nulidade foi cometida pela Relação de Lisboa, seja ela por excesso, seja por omissão.

Daí que, também neste ponto concreto da arguição de nulidades, a razão não acompanhe o Empreiteiro.

De acordo com a conclusão do Tribunal da Relação o Dono de Obra não deveria ter procedido como procedeu sem ter rescindido o contrato.

Assim, apesar do Empreiteiro ter a razão do seu lado quanto ao seu credor que em julgamento por equidade poderia ter sido ressarcido dos custos havidos, por razões de direito a declaração de não cumprimento contratual e o abandono da obra traduziu-se na perda da acção.

De referir ainda que numa perspectiva negocial era preferível ao Empreiteiro em termos **remuneratórios**, obter o trespasse da empreitada ou numa rescisão amigável. As actividades extremas normalmente são penalizadas pela legislação em vigor.

5.7. SUBEMPREITADA – DEFEITO DA OBRA, EXCEPÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO, EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRATUS

1. A subempreitada é um sub-contrato ou contrato derivado – é, fundamentalmente, uma empreitada em segundo grau.
2. Na subempreitada não existe relação directa entre o dono da obra e o subempreiteiro: se a obra apresentar defeitos, por culpa deste, o dono da obra não pode exigir dele a reparação ou a eliminação desses defeitos, apenas o podendo reclamar do empreiteiro; este é que poderá exigir do subempreiteiro a reparação ou a eliminação de tais defeitos.
3. No contrato de (sub)empreitada, não havendo convenção ou uso em contrário, deve o preço ser pago no acto de aceitação da obra.
4. Mas, se em razão de vícios de que a obra padece, o comitente não a aceita, não fica, desde logo, vinculado à obrigação de pagar o preço.
5. Nos contratos bilaterais, não havendo prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo: nisto se traduz a *exceptio non adimpleti contractus*
6. Este instituto opera também no caso de incumprimento parcial ou de cumprimento defeituoso – é a chamada *exceptio non rite adimpleti contractus*; no caso de cumprimento defeituoso do contrato de subempreitada, por parte do subempreiteiro, o empreiteiro pode validamente opor a excepção, recusando a prestação (preço) a que se acha obrigado até que a contraprestação daquele seja rectificada nos termos devidos, com a eliminação dos defeitos.
7. A oponibilidade da *exceptio* supõe, porém, além dos pressupostos enunciados no art. 428º/1 do CC, a **não contrariedade à boa fé**, que postula, nos contratos bilaterais, o respeito pela ideia da preservação do equilíbrio entre as obrigações sinalagmáticas e, neste campo, a regra da adequação entre a ofensa do direito do contraente que invoca a excepção e o exercício desta.
8. Assim, uma prestação que padeça de significativo grau de incompletude ou de defeito justifica que o outro obrigado reduza a contraprestação a que se acha obrigado; mas só é razoável que recuse quanto se torne necessário para garantir o seu direito, isto é, a parte da sua prestação bastante para se garantir da parte não cumprida.
9. Existindo a possibilidade de reparação dos defeitos pelo subempreiteiro, e desejando o empreiteiro a sua eliminação, este só pode recusar a parte do preço correspondente à parte da obra não executada a contento, sem defeitos.
10. A *exceptio non adimpleti contractus* tem como principal efeito o diferimento do tempo de realização da prestação do excipiente para o momento da realização da contraprestação da outra parte: não determina, pois, a extinção do direito desta, apenas o paralisa temporariamente, não destrói o vínculo contratual, apenas suspende temporariamente os seus efeitos.

Um Sub-empregueiro intentou, em 22.02.2007, pela 3ª Vara Cível de Lisboa, contra um Empregueiro, acção com processo ordinário, pedindo que o Empregueiro seja condenado a pagar-lhe a quantia de € 11.392,26, acrescida de juros moratórios vencidos até àquela data, no valor de € 4.760,36, e dos vencidos desde então e vincendos até integral pagamento, à taxa legal dos juros comerciais.

Alegou, para tanto, ter prestado ao Empregueiro Geral, no âmbito do contrato de subempreitada que com esta celebrou em Novembro de 2002, diversos serviços de jardinagem na Urbanização Paço do Lumiar, em Lisboa, que constam das facturas juntas com a petição inicial, e que não foram pagos, nem na data do vencimento das facturas nem posteriormente, não obstante as várias interpelações que, para o efeito, fez ao Empregueiro Geral.

O Empregueiro Geral contestou, alegando, em síntese, ter-se o Sub-empregueiro obrigado, no contrato celebrado, a assegurar a manutenção e conservação dos trabalhos adjudicados por um período de seis meses, tendo sido igualmente acordado que o Empregueiro Geral só pagaria o preço acordado quando o dono da obra, a EPUL, satisfizesse a esta o preço da empreitada.

Acontece, porém, que a obra não foi aceite, além do mais porque 80% das árvores e arbustos plantados pelo Sub-empregueiro morreram dentro do prazo de garantia, e não foram substituídos, apesar do Empregueiro Geral ter oportunamente reclamado por essa substituição, acrescentando que as medições apresentadas relativas a uma das facturas não correspondem aos trabalhos efectivamente prestados, como também foi, a devido tempo, reclamado pelo Empregueiro Geral.

Requeru, em consequência, a sua absolvição do pedido, ou, quando menos, a parcial improcedência deste; e, em reconvenção, pediu que o Sub-empregueiro fosse condenada a repor as plantas e árvores que pereceram na dita Urbanização, junto aos edifícios P1, L1, L2 e L3.

O Sub-empregueiro replicou e contestou a matéria da reconvenção, concluindo pela improcedência das excepções alegadas e pela sua absolvição do pedido reconvenicional.

No saneador, foi admitido o pedido reconvenicional e operada a selecção da matéria de facto – a assente e a controvertida – com interesse para a decisão do pleito; e, seguindo o processo a sua normal tramitação, foi realizado o julgamento e proferida sentença, na qual se decidiu pela improcedência da acção e pela procedência da reconvenção e, em consequência:

a) se absolveu o Empregueiro Geral do pedido de pagamento da quantia peticionada pelo Sub-empregueiro, por se julgar procedente a excepção de não cumprimento do contrato imputável à demandante, ao abrigo do art. 428º n.º 1 do CC; e

b) se condenou o Sub-empregueiro a repor as árvores que pereceram na Urbanização do Paço do Lumiar, junto aos edifícios P1, L1, L2 e L3, conforme contratualmente acordado.

Da sentença, interpôs o Sub-empregueiro o pertinente recurso de apelação.

E a Relação de Lisboa, em acórdão oportunamente proferido, julgou parcialmente procedente a apelação, e improcedente a reconvenção, revogando a sentença apelada e condenando o Empregueiro Geral a pagar à autora a quantia de € 7.000,00 mais IVA, acrescida de juros de mora à taxa legal para as sociedades até efectivo pagamento, e ainda a pagar-lhe a parte restante do preço [o valor do pedido (€ 11.392,26) deduzido daquela quantia de € 7.000,00+ IVA], sem juros de mora, contra a plantação pelo Sub-empregueiro das mesmas árvores perecidas, em quantidade e espécie, absolvendo esta última do pedido reconvenicional.

Recorre agora o Sub-empregueiro, de revista, para este Supremo Tribunal, apresentando, nas suas alegações, um alargado e pouco claro leque conclusivo, reconduzível, em essência, às seguintes proposições:

1ª - O acórdão recorrido padece de erro de interpretação e aplicação das normas aplicáveis – *maxime*, dos arts. 428º, 762º, n.º 2, 763º, 1207º e 1211º do CC;

2ª - Na verdade, tendo entendido, face à inexistência de prova quanto à forma de pagamento do preço da subempreitada em causa, ser aplicável o art. 1211º, n.º 2, norma supletiva que estabelece que a obrigação de pagamento do preço só se vence no acto de aceitação da obra, não deveria ter decidido como decidiu, pois o que tal norma postula é que o preço da empreitada deve ser pago no acto de aceitação da obra, mas quando esta for efectivamente aceite, concluída em conformidade com o convencionado, sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor;

3ª - Se se acham provados defeitos na obra, denunciados atempadamente pela recorrente, que obstaram à sua aceitação até hoje, a decisão recorrida incorre em errada interpretação do citado art. 1211º, n.º 2;

4ª - Também decorre do art. 428º, n.º 1 que, por força do cumprimento defeituoso por parte do Sub-empregueiro, traduzido nos defeitos apurados e descritos na sentença, o Empregueiro Geral pode recusar o pagamento do preço em falta, até que sejam corrigidos ou eliminados tais defeitos; enquanto a situação se mantiver, a exigibilidade do pagamento do preço fica suspensa na totalidade, não podendo decidir-se, como o fez a Relação, pela condenação do Empregueiro Geral no pagamento ao Sub-empregueiro de uma qualquer verba;

5ª - A excepção de não cumprimento justifica-se por razões de boa fé, de moralidade, de equidade e de justiça comutativa, o que a Relação parece esquecer, ao considerar que o recurso a tal excepção é quase ofensivo dos indicados princípios;

6ª - Devia a Relação ter mantido a sentença da 1ª instância, nos seus exactos termos, concluindo que, sendo legítima a invocação da excepção do não cumprimento, atenta a corresponsividade directa da obrigação de pagamento do preço relativamente ao cumprimento integral da realização da obra (art. 1207º), só será exigível a primeira quando a segunda estiver completamente realizada (cfr. arts. 1211º, n.º 2 e 763º);

7ª - A Relação aplicou ainda erroneamente o disposto no art. 762º, n.º 2 – ao considerar que, se o dono da obra tirar desta, mesmo que defeituosa, algum proveito, é de admitir ao empregueiro o valor correspondente à vantagem que tira – uma vez que este normativo não se aplica ao caso em apreço, por nenhuma das partes ter cumprido a sua obrigação (uma, de executar a obra sem defeitos, e a outra, de pagar o preço respectivo);

8ª - Aliás, a imputar-se a alguma das partes falta de boa fé, só ao Sub-empregueiro poderá fazer-se tal imputação, pois que, apesar de instada e sabedora de que executara uma obra deficientemente, não reparou ainda, desde 2003 até hoje, os seus defeitos;

9ª - Acresce a tudo o que antecede que a Relação “sequer se deu ao trabalho de fundamentar a forma como alcançou aquele brilhante valor de € 7.000,00, acrescido de IVA, que o Empregueiro Geral teria de pagar, de imediato, ao Sub-empregueiro”, violando o disposto no art. 713º, n.º 2 do CPC;

10ª - Finalmente, o acórdão recorrido, na medida em que, por um lado, condena o Sub-empregueiro a cumprir a prestação a que se achava adstrita, tal como peticionado pelo Empregueiro Geral em reconvenção e, por outro, a absolve do pedido reconvenicional, incorre na nulidade prevista no art. 668º/1.c) do CPC, já que se verifica, assim, clara oposição entre os fundamentos e a decisão;

11ª - Deve, pois, o acórdão recorrido ser declarado nulo, ou, caso assim se não entenda, ser revogado, face à errónea interpretação e aplicação das normas acima indicadas, mantendo-se na íntegra a decisão da 1ª instância.

O Sub-empregueiro apresentou contra-alegações, defendendo a bondade do acórdão do Tribunal da Relação.

Corridos os vistos, cumpre agora conhecer e decidir do mérito do recurso.

Vêm, das instâncias, provados os factos seguintes:

- 1) O Sub-empregado dedica-se, de forma habitual e lucrativa, à prestação de serviços de limpeza e conservação de zonas urbanas e jardins, construção de parques de jardinagem, produção e comércio de flores, vigilância, projectos de impacto ambiental e audiometria;
 - 2) No âmbito da sua actividade, o Sub-empregado prestou ao Empregado Geral, a pedido deste e no âmbito de subempreitada acordada entre ambas em Novembro de 2002, diversos serviços de jardinagem na Urbanização Paço do Lumiar, em Lisboa, no quadro da empreitada n.º 48/2001, que tinha por objecto a execução de arranjos exteriores aos edifícios P1, L1, L2 e L3 na Urbanização do Paço do Lumiar;
 - 3) Na sequência dos serviços prestados pelo Sub-empregado, no âmbito desse acordo, foi emitido e subscrito pelo Empregado Geral e pelo dono da obra (a EPUL) o “Auto de Vistoria” e “Recepção Provisória das Zonas Verdes das Árvores de alinhamento”, do qual consta que “ao primeiro dia do mês de Abril de 2003 compareceram no local dos trabalhos um representante da EPUL, e um representante do Empregado Geral, a fim de procederem à recepção provisória das árvores de alinhamento e dos canteiros da empreitada supra indicada”.
- “Após vistoria ao local e examinada a documentação relativa ao assunto, foi-se de parecer que as árvores de alinhamento da empreitada supra indicada estavam em condições de ser recebidas provisoriamente. Constatou-se que as plantações previstas para os canteiros foram efectuadas devidamente, mas o relvado não se apresentava nas melhores condições, pelo que a recepção fica condicionada até se efectuar a sua recuperação. A partir desta data entrará em vigor o período de manutenção de seis meses, conforme mapa de medições correspondente, que terminará no primeiro dia de Outubro do ano de dois mil e três”;
- 4) Por referência a esse acordo e aos serviços prestados pelo Sub-empregado, esta emitiu e remeteu ao Empregado Geral, que as recebeu, as seguintes facturas:
 - a) factura n.º 3772, com vencimento em 30.01.2003, relativa a “Arranjos Exteriores na Urbanização do Paço do Lumiar, conforme auto de medição n.º 1”, no valor de € 8.312,54;
 - b) factura n.º 3773, com vencimento em 30.01.2003, relativa a “Arranjos Exteriores na Urbanização do Paço do Lumiar, conforme auto de trabalhos a mais”, no valor de € 1.897,75;
 - c) factura n.º 3833, com vencimento em 31.03.2003, relativa a “Arranjos Exteriores na Urbanização do Paço do Lumiar, conforme auto de medição n.º 2 e auto de trabalhos a mais”, no valor de € 2.886,46;
 - d) factura n.º 3834, com vencimento em 31.03.2003, relativa a “Arranjos Exteriores na Urbanização Vale Santo António – Zona C, conforme auto de medição n.º 1 e auto de trabalhos a mais”, no valor de € 921,06;
 - e) factura n.º 3891, com vencimento em 31.05.2003, relativa a “Manutenção e Conservação de Zonas Verdes”, no valor de € 1.374,45;
 - 5) A ré procedeu ao pagamento de € 4.000,00, por conta da factura n.º 3772, mencionada em a) do n.º anterior;
 - 6) O Empregado Geral não procedeu ao pagamento de mais nenhuma quantia por conta das mencionadas facturas, apesar de interpelada pelo Sub-empregado para esse efeito;
 - 7) Por fax datado de 31.10.2003, a Fiscalização da obra comunicou ao Sub-empregado a necessidade de substituição de todas as plantas mortas implantadas no jardim adjacente aos edifícios L 1, L2, L3 e P1, no Paço do Lumiar e em caldeiras no Vale de Santo António;
 - 8) O Sub-empregado não procedeu à substituição das árvores e arbustos a que se refere esse fax;

9) Os serviços descritos nas facturas indicadas no n.º 4) foram objecto de autos de medição aceites pelo Empreiteiro Geral e pelo dono da obra;

10) Cerca de 50% das árvores plantadas pela autora morreram antes de Setembro de 2003;

11) Antes do final de Setembro de 2003 já havia sido dado a conhecer ao Sub-empreiteiro a morte dessas árvores;

12) A aceitação definitiva da obra ficou condicionada à substituição de todas as plantas mortas na obra mencionada;

13) A dona da obra não aceitou em definitivo a obra e continua a reter a quantia de € 1.723,58, correspondente a 1/3 do valor dos trabalhos de conservação e manutenção das zonas verdes, até serem substituídas as árvores mortas.

São, como é sabido, as conclusões da alegação do recorrente que delimitam o âmbito do recurso: afora eventuais questões de conhecimento oficioso, só das questões suscitadas em tais conclusões pode curar o tribunal *ad quem*.

Posto isto, decorre da leitura da síntese conclusiva que acima se deixou expressa, que o Empreiteiro Geral equaciona, e coloca à apreciação deste Supremo Tribunal duas questões:

- a da aplicação prática, reportada ao caso *sub judicio*, dos efeitos jurídicos emergentes da verificação da excepção de não cumprimento do contrato; e
- a da nulidade do acórdão recorrido.

Muito embora o conhecimento das questões de nulidade de sentença ou de acórdão preceda habitualmente – por razões óbvias, que têm a ver com as consequências ligadas à declaração de nulidade – a análise e decisão das questões substantivas, tal não sucede no caso em apreço, pois que a nulidade invocada pela recorrente apenas respeita ao pedido reconventional, não visando a parte restante do acórdão recorrido.

Conhecer-se-á, por isso, das mencionadas questões pela ordem por que vêm indicadas.

Vejamos a primeira.

Em causa está um contrato celebrado entre o Sub-empreiteiro e o Empreiteiro Geral, que as instâncias qualificaram como de subempreitada, não vindo questionada, neste recurso, tal qualificação.

Na definição legal (art. 1213º/1 do CC), subempreitada é o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela.

Trata-se, pois, de um sub-contrato ou contrato derivado, e é, fundamentalmente, uma empreitada em segundo grau.

Não se trata de uma cessão de posição contratual, pois a posição jurídica do empreiteiro mantém-se no contrato de empreitada, e, por força da subempreitada, criam-se novas relações obrigacionais entre o empreiteiro e o subempreiteiro.

Na subempreitada não existe relação directa entre o dono da obra e o subempreiteiro: se a obra apresentar defeitos, por culpa do subempreiteiro, nem por isso o dono da obra lhe poderá exigir a reparação ou a eliminação desses defeitos, apenas o podendo reclamar do empreiteiro. Este é que poderá exigir do subempreiteiro a reparação ou a eliminação dos defeitos da obra (1).

Pressupõe, assim, a subempreitada a existência de um contrato prévio, nos termos do qual alguém (o empreiteiro) se obriga a realizar uma obra; e envolve a celebração de um segundo negócio jurídico, pelo qual um terceiro se obriga, para com o empreiteiro, a realizar a totalidade ou parte da mesma obra.

O subempreiteiro apresenta-se, pois, como «um empreiteiro do empreiteiro», também adstrito a uma obrigação de resultado(2).

Os contratos de subempreitada e de empreitada, embora prossigam o mesmo fim económico e assumam identidade de conteúdo e de objecto (pelo menos parcial), não se fundem num único negócio jurídico, antes se mantêm distintos e individualizados.

No caso em apreço, e como refere o acórdão recorrido, mostra-se provado que entre o Sub-empreiteiro e o Empreiteiro Geral foi acordado que aquele se obrigava a prestar a esta serviços de limpeza e conservação de zonas urbanas e jardins na Urbanização do Paço do Lumiar, mediante o pagamento de um preço por parte do Empreiteiro Geral, de acordo com orçamento junto aos autos.

Obrigou-se a autora, nos termos constantes de tal documento, a garantir um determinado resultado emergente dos serviços prestados, que consistiam na fertilização do terreno, plantação de determinado número e espécies de plantas, mantendo e conservando as mesmas pelo período de seis meses.

O acordo celebrado entre o Sub-empreiteiro e o Empreiteiro Geral foi estabelecido tendo por referência um contrato de empreitada (empreitada n.º 48/2001) que tinha por objecto a execução de arranjos exteriores aos edifícios P1, L1, L2 e L3, na dita Urbanização do Paço do Lumiar, e que fora celebrado entre a EPUL, dona da obra, e o Empreiteiro Geral.

Como bem refere o acórdão, o Sub-empreiteiro e o Empreiteiro Geral estabeleceram entre si um contrato de empreitada, tal como vem definido no art. 1207º, pelo qual a primeira se obrigou a realizar determinado resultado dos seus serviços de jardinagem, mediante o pagamento de um preço; e, porque esse contrato “foi estabelecido em subcontratação do empreiteiro principal relativamente a um resultado que lhe foi solicitado pelo dono da obra, estamos perante um contrato de subempreitada (art. 1213º do CC)”.

Relativamente a esse contrato, provado vem que o Sub-empreiteiro, alegando ter concluído a obra que se obrigou a realizar, emitiu e remeteu ao Empreiteiro Geral as facturas parcelares correspondentes, no seu conjunto, ao preço acordado, acrescido de IVA.

Desse montante global, o Sub-empreiteiro apenas recebeu do Empreiteiro Geral € 4.000,00, pelo que reclama desta a diferença em dívida, no montante de € 11.392,26.

A Relação, considerando que não se mostra ter sido estabelecido por escrito o modo de pagamento do preço, e que as partes não lograram provar o que, a tal respeito, alegaram – o Sub-empreiteiro, que o preço devia ser pago no prazo de 30 dias a contar da conclusão dos trabalhos; o Empreiteiro Geral, que o preço seria pago só depois da aceitação definitiva da obra pela EPUL – entendeu que se impõe lançar mão do disposto na norma supletiva do art. 1211º, n.º 2 do CC, que estatui que o preço deve ser pago, não havendo cláusula ou uso em contrário, no acto de aceitação da obra.

Mas logo precisou o sentido de tal asserção: o preço *“deve ser pago no acto de aceitação da obra, mas quando esta for efectivamente aceite, concluída em conformidade com o convencionado, sem vícios que excluam ou reduzam o valor da obra.*

Se o comitente, em razão dos vícios de que a obra padece, a não aceita, também não está adstrito ao pagamento do preço”.

E, por isso, porque a obra nunca foi aceite pelo Empreiteiro Geral (nem pela EPUL), em termos definitivos, concluiu que, *“enquanto não houver recepção definitiva da obra, em virtude de apresentar defeitos (art. 1211º n.º 2 do CC), não é exigível o pagamento integral do preço discriminado nas facturas juntas pela autora (art. 428º n.º 1 do CC)”.*

Na verdade, não houve cumprimento integral da prestação que estava a cargo do Sub-empregueiro, já que se provou que, pelo menos 50% das árvores por si plantadas pereceram antes de Setembro de 2003, pelo que a obra não está ainda em condições de ser recebida definitivamente.

Ponderou ainda a Relação que a denúncia dos defeitos da obra foi atempadamente efectuada pelo Empregueiro Geral, e não foi invocada, pelo Sub-empregueiro, a excepção de caducidade do direito do Empregueiro Geral à eliminação dos defeitos.

Por isso, porque a recusa do Empregueiro Geral a pagar ao Sub-empregueiro radica no não cumprimento, por parte desta, da obrigação, assumida no contrato de subempreitada, de conservação e manutenção das espécies que plantou, reputou legítima tal recusa, por entender que “a *exceptio non rite adimpleti contractus* é admissível em relação ao cumprimento defeituoso, ganhando especial relevância no contrato de empreitada”, e que, “uma vez invocada pelo Empregueiro Geral excipiente, obsta temporariamente a que o Sub-empregueiro possa obter o pagamento do preço devido pelo Empregueiro Geral, paralisando temporariamente esta pretensão do Sub-empregueiro”, mantendo-se a suspensão da exigibilidade do preço ao Empregueiro Geral “apenas enquanto a autora se recusar a cumprir o que foi acordado”.

Mas não se quedou por aí a análise operada no acórdão recorrido.

Entendeu-se ainda que a oponibilidade da excepção deve nortear-se pelos princípios da boa fé e da proporcionalidade, em termos de ser a defesa proporcional à gravidade da execução. Se o dono retirar algum proveito da obra defeituosa, é admissível que tenha de pagar ao empregueiro, não o preço acordado, mas o valor correspondente a esse proveito. E, atenta a gravidade do defeito da obra, o montante já pago pelo Empregueiro Geral e o facto de a dona da obra apenas ter retido a quantia de € 1.723,58, correspondente a 1/3 do valor dos trabalhos de conservação e manutenção das zonas verdes, até serem substituídas as árvores mortas, entendeu a Relação dever o Empregueiro Geral, desde já, pagar € 7.000,00 mais IVA, “com vista a que a sua recusa seja proporcional à gravidade da inexecução”, devendo satisfazer a parte restante do preço, ou seja, a diferença entre € 11.392,26 e € 7.000,00 + IVA, quando o Sub-empregueiro cumprir integralmente o que foi acordado.

Tudo “porque a invocação da dita excepção não obsta ao conhecimento de mérito nem à condenação do Empregueiro Geral, desde já, no pagamento da parte restante do preço contra o cumprimento prévio do Sub-empregueiro na contraprestação a que está adstrita, e que não cumpriu, ou seja, na replantação das árvores que pereceram em consonância com o indirecto pedido de cumprimento coenvolto na arguição da *exceptio*”.

Com base nas considerações que se deixam expressas, a Relação proferiu a decisão que já acima se deixou indicada.

O Empregueiro Geral imputa-lhe, porém, a violação de vários preceitos legais, que diz terem sido erradamente interpretados e aplicados.

Sustenta, antes de mais, que o acórdão recorrido não fez correcta interpretação dos arts. 428º, 763º, 1207º e 1211º do CC (3), pelas razões que constam das conclusões 1ª a 6ª, tal como indicadas *supra*.

No dizer do Empregueiro Geral, tendo-se a Relação socorrido do disposto no n.º 2 do art. 1211º, dele extraíndo que a obrigação de pagamento do preço só se vence com o acto de aceitação da obra, concluída em conformidade com o convencionado, sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor, e tendo também considerado que se acham provados defeitos, denunciados dentro dos prazos respectivos pelo Empregueiro Geral, que obstaram à aceitação da obra até hoje, e que era legítima a invocação da excepção de inadimplência, a decisão proferida, e, designadamente, a condenação do Empregueiro Geral, sem recurso a quaisquer regras, no pagamento imediato de € 7.000,00, acrescido, ademais, de juros de mora (desde quando?), envolve ofensa directa daqueles indicados preceitos, impondo a sua correcta aplicação que se

mantivesse a sentença da 1ª instância, nos seus exactos termos, tal como se expressa na conclusão 6ª, acima transcrita.

Vejamos, pois.

A subempreitada é, como resulta do já antes referido, um contrato do mesmo tipo da empreitada, ao qual se aplicam as mesmas regras.

No contrato de empreitada, não havendo convenção ou uso em contrário, deve o preço ser pago no acto de aceitação da obra (art. 1211º/2).

Trata-se, porém, de uma regra supletiva; e é frequente, nas empreitadas de coisas imóveis, estabelecer-se que o preço seja pago escalonadamente, por referência a datas determinadas ou em função do trabalho executado.

Também, sendo a obra executada e aceita por partes, deve o pagamento do preço ser fraccionado.

No caso em apreço, não obstante a emissão de várias facturas, com diferentes datas de vencimento, nada se apurou quanto ao modo e tempo de pagamento do preço, já que nem a versão do Sub-empreiteiro (preço a pagar no prazo de 30 dias a contar da conclusão dos trabalhos), nem o do Empreiteiro Geral (preço a pagar só depois da aceitação definitiva da obra pela EPUL) lograram guarida probatória.

Não provada, assim, convenção em contrário, nem a existência de algum uso aplicável, não merece censura o recurso à norma supletiva do n.º 2 do art. 1211º: o momento da aceitação da obra constitui o *timing* do pagamento do preço.

A aceitação da obra depois de concluída, desde que esta tenha sido executada sem defeito e nos termos acordados, constitui um dever do comitente – um dos seus deveres de colaboração necessária – cuja violação o faz incorrer em mora *accipiendi* (desrespeito de um dever de colaboração), e até em mora *solvendi*, se, por falta de aceitação culposa, a prestação do preço se vence na data em que a aceitação deveria ter-se verificado [arts. 1211º/2 e 805º/2.c)] (4)..

Antes de aceitar a obra, deve o comitente verificar se ela se encontra nas condições convencionadas e sem vícios (art. 1218º/1).

E, se em razão de vícios de que a obra padece, o comitente não a aceita, não fica, desde logo, vinculado à obrigação de pagar o preço.

Na verdade, o contrato de (sub)empreitada é bilateral e oneroso. E, nos contratos bilaterais, não havendo prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo (art. 428º/1). Nisto se traduz a excepção de não cumprimento do contrato.

Em tais contratos, o princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas surge como consequência directa da sua interdependência funcional.

No âmago da estrutura contratual, a obrigação principal de um dos contraentes é contrapartida da obrigação assumida pelo outro, pelo que a execução de uma é pressuposto da execução da outra, não tendo, assim, nenhum deles de cumprir enquanto o outro também não cumprir: as obrigações de um e outro têm de ser cumpridas simultaneamente.

O que significa que, se um dos contraentes, não cumprindo a sua obrigação na época do vencimento (sendo o cumprimento ainda possível), reclama, apesar disso, a contraprestação, pode o devedor desta, legitimamente, recusá-la enquanto subsistir este estado de coisas – subordinando a execução da sua prestação ao cumprimento da contraprestação pelo outro contraente: nisto consiste a exceptio non adimpleti contractus.

Esta visa, pois, sancionar esse tal dever de execução simultânea das obrigações sinalagmáticas que, para cada uma das partes, deriva da própria natureza do contrato bilateral, onde as prestações prometidas a título principal por cada uma das partes estão ligadas entre si por um nexo de corresponsabilidade, criado pela lei tendo em vista a realização da justiça comutativa e o respeito pela intenção das partes, que com o contrato pretendem efectuar uma troca de prestações, as quais (...) funcionam como causa (jurídica) uma da outra (5).

Os contratos bilaterais constituem, pois, o âmbito natural do instituto, cujo pressuposto, referido no n.º 1 do art. 428º, de que não sejam diferentes os prazos para o cumprimento das prestações, tem sido entendido, pela doutrina e pela jurisprudência, com o sentido de apenas impor que o excepcionante, o contraente que invoca a excepção, não esteja obrigado a cumprir antes da contraparte (6). O instituto em análise opera mesmo no caso de incumprimento parcial ou de cumprimento defeituoso – a chamada *exceptio non rite adimpleti contractus*. A doutrina e a jurisprudência são também concordes quanto a este ponto (7).

O cumprimento defeituoso do contrato de (sub)empreitada repousa na ideia de que a execução deste contrato vincula o (sub)empreiteiro a uma **obrigação de resultado**. Ele está obrigado a realizar a obra conforme o acordado e segundo os usos e as *leges artis*. Se a obra apresenta defeitos, não foi alcançado o resultado prometido.

No caso a que respeitam os autos verifica-se uma situação de cumprimento defeituoso, posto que a autora (subempreiteira) realizou com vícios a obra que contratou com a ré (empreiteira): o cumprimento efectuado não corresponde à conduta devida, pois que pelo menos metade das árvores que se obrigou a plantar pereceram antes de Setembro de 2003 – isto é, dentro do período dos seis meses seguintes à aceitação provisória, aludida em 3) dos factos provados, lapso temporal durante o qual a autora se obrigou a fazer a manutenção e conservação das plantações efectuadas (cfr. docs. de fls. 7 e 43) – tendo tal defeito sido denunciado antes do final desse mesmo mês.

O certo é que o Sub-empreiteiro não procedeu à substituição das espécies vegetais perecidas, não obstante a aceitação definitiva da obra ter ficado condicionada à substituição de todas as plantas mortas.

Estamos, pois, repete-se, perante uma situação de cumprimento defeituoso do contrato, por parte da subempreiteira. E, como assim, o Empreiteiro Geral pode validamente opor a excepção, recusando a prestação a que se acha obrigada até que a contraprestação do Sub-empreiteiro seja cumprida integralmente ou rectificadora nos termos devidos, com a eliminação dos defeitos.

Todavia, teremos, mais uma vez, de atentar nos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, concordes no entendimento de que a oponibilidade da excepção supõe – para além dos pressupostos enunciados no n.º 1 do art. 428º, ou seja, a existência de um contrato bilateral e sinalagmático, a não existência da obrigação de cumprimento prévio por parte do contraente que invoca a excepção, e o não cumprimento ou não oferecimento do cumprimento simultâneo da contraprestação – a **não contrariedade à boa fé**, que, além do mais, postula o respeito pela ideia, com lugar de relevo na temática dos contratos bilaterais, de preservação do equilíbrio entre as obrigações sinalagmáticas.

Como salienta JOSÉ JOÃO ABRANTES, o *alcance do nosso meio de defesa deve ser proporcionado à gravidade da inexecução, ou seja, a parte da prestação recusada deve ser proporcional à parte ainda não executada pelo contraente faltoso. É, aliás, essa ideia que informa o regime contido nos arts. 793º, 802º e 1222º, o último dos quais precisamente em sede da regulação do contrato de empreitada. A excepção de cumprimento parcial ou defeituoso deve levar em conta essa ideia de proporcionalidade ou de adequação entre a violação do seu direito sofrida pelo excipiente e a resposta por ele desencadeada através daquela defesa (8).*

Isto acarreta a necessidade de uma apreciação, em face das circunstâncias concretas, da gravidade do cumprimento defeituoso, que não deve apresentar-se ou configurar-se como insignificante. Seria contrário à boa fé que um dos contraentes recusasse a sua inteira prestação, só porque a do outro enferma de uma falta mínima ou sem suficiente significado ou expressão.

Em contraponto, mas na mesma linha de raciocínio, surge a regra da adequação entre a ofensa do direito do contraente que invoca a excepção e o exercício desta. Uma prestação que padeça de significativo grau de incompletude ou de defeito justifica que o outro obrigado reduza a contraprestação a que se acha obrigado. Mas, em tal caso, só é razoável que recuse quanto se torne necessário para garantir o seu direito(9).. Dizendo de outro modo: o razoável é que, em tais casos, ao excipiente seja consentido apenas recusar uma parte da sua prestação, bastante para se garantir da parte não cumprida (10)..

Ora, a Relação, no caso em apreço, não se afastou do entendimento que vem de ser expresso, como se constata do apelo que faz aos princípios da boa fé e da proporcionalidade.

O Empreiteiro Geral está adstrito ao dever acessório de não accionar, de modo desproporcionado, a defesa da *exceptio*.

Existindo, como existe, a possibilidade de reparação dos defeitos pelo Sub-empreiteiro e desejando o Empreiteiro Geral, como deseja, a eliminação dos defeitos, esta só pode recusar, como frisou a Relação, “a parte (do preço) proporcional à parte (da obra) não executada”. Só pode, isto é, suspender, em medida proporcionada, o pagamento – não já deixar de satisfazê-lo na totalidade.

Na quantificação do *quantum meruit*, do valor correspondente ao proveito que, da obra, tal como executada, retirou o Empreiteiro Geral, a Relação guiou-se, não por uma equidade acientífica baseada na intuição ou na justiça do caso concreto, mas pela ponderação objectiva da matéria de facto apurada, tendo considerado a gravidade do defeito da obra, o montante já entregue pelo Empreiteiro Geral, e a quantia retida pela dona da obra, de tudo concluindo, suportada naquilo que entendeu ser uma regra de equivalência material, dever ao Empreiteiro Geral pagar desde já € 7.000,00 mais IVA, “com vista a que a sua recusa seja proporcional à gravidade da execução”.

É lícito aos tribunais de instância tirarem conclusões da matéria de facto dada como provada, desde que, sem a alterarem, se limitem a desenvolvê-la. Estas conclusões constituem matéria de facto alheia à competência deste Supremo Tribunal, e por este incensurável (arts. 722º/2 e 729º/2 do CPC).

Flui, assim, de tudo quanto se deixa exposto, que não se mostra que a decisão recorrida tenha feito errada interpretação e mau uso dos preceitos indicados pelo Empreiteiro Geral, improcedendo tudo quanto *ex adversu* vem por esta invocado.

Da decisão da Relação – que já vimos não merecer censura – resulta que a *exceptio non rite adimpleti contractus* só pode valer ao Empreiteiro na parte que, até ao valor do pedido (€ 11.392,26), excede o *quantum meruit* (€ 7.000,00 + IVA).

Tendo por escopo assegurar o princípio da execução simultânea das obrigações sinalagmáticas e a manutenção do equilíbrio das prestações, que é característico dos contratos bilaterais, a *exceptio* tem como principal efeito o diferimento do tempo de realização da prestação do excipiente para o momento da realização da contraprestação da outra. Com a invocação triunfante da *exceptio* o excipiente impõe esse diferimento ou dilação, subordinando a execução da obrigação a que se acha vinculado à simultaneidade de realização da correspondente contraprestação.

A *exceptio* não determina, pois, a extinção do direito da contraparte, apenas o paralisa temporariamente. Não destrói o vínculo contratual – e nisso se distingue da resolução – apenas suspende (temporariamente) os seus efeitos.

Como bem refere o acórdão recorrido, a excepção de não cumprimento é uma excepção dilatória de direito material que, uma vez invocada pelo Empreiteiro Geral excipiente, obsta temporariamente a que o Sub-empreiteiro possa obter o pagamento do preço devido pelo Empreiteiro Geral (na dimensão sobredita).

Trata-se, pois, de um contra-direito do Empreiteiro Geral, que lhe permite paralisar (na dimensão ajustada) o direito do Sub-empreiteiro.

Respigando, mais uma vez, de JOSÉ JOÃO ABRANTES, um dos juristas que mais profundamente estudou esta figura da excepção de não cumprimento do contrato, erigindo-a em tema da sua tese de mestrado:

É uma excepção material (ou de direito material) que se funda em razões de direito substantivo – o princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas – e se traduz na invocação de causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do demandante. O seu efeito pode ser, apenas, o de a acção não poder ser julgada desde logo procedente, por lhe faltar algum requisito de ordem substantiva, podendo, todavia, sê-lo mais tarde ou, até mesmo, desde já, embora só produzindo a condenação efeitos in futurum (11).

Assim, a Relação esteve bem na ponderação da eficácia, no caso em apreço, da arguição da *exceptio*: agiu com acerto ao condenar o Empreiteiro Geral nos moldes em que o fez.

Quanto aos juros de mora sobre a quantia de € 7.000,00 (de que, efectivamente, não vem indicado o *dies a quo*):

Os juros de mora estão ligados a uma situação de mora do devedor. Este considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido (art. 804º/2). Estando em causa obrigações pecuniárias, o art. 806º estabelece uma presunção *juris et de jure*, de que a indemnização corresponde aos juros contados a partir do dia da constituição em mora.

No pleito, o Sub-empreiteiro provou o seu direito a parte do preço acordado com o Empreiteiro Geral; e este, relativamente a essa parte, não provou um facto impeditivo desse direito, com virtualidade para o paralisar.

A data do vencimento das facturas não pode ser a tida em conta para o início da contagem dos juros moratórios, pois que o montante da condenação não se reporta a qualquer delas. Considerando o que consta do n.º 3) dos factos provados, entende-se – completando e precisando o sentido da decisão da Relação – que os juros de mora são devidos a partir de 1 de Outubro de 2003, entendida como a data-limite para o Empreiteiro Geral satisfazer o valor correspondente ao proveito retirado da obra.

Como acima deixámos referido, o Empreiteiro Geral sustenta ainda a nulidade do acórdão, que faz radicar no disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 668º do CPC (oposição entre os fundamentos e a decisão).

A oposição vislumbrada radicaria no facto de o acórdão recorrido, tendo embora condenado o Sub-empreiteiro a cumprir a prestação a que se acha adstrita (substituição das árvores perecidas), tal como o Empreiteiro Geral pedira em reconvenção, acaba por absolver o Sub-empreiteiro do pedido reconvenicional.

É, no entanto, seguro que o Empreiteiro Geral não tem razão, pois o acórdão não dá o flanco à crítica com que é visado.

Basta, para assim se concluir, atentar neste passo:

Porque a excepção do não cumprimento é assim um meio de defesa do Empreiteiro Geral para obter a execução do contrato nos termos que foram acordados, estando coenvolto na arguição da excepção, embora indirectamente, o pedido reconvenicional, improcede este pedido, pois com ele se pretende obter o mesmo resultado que se obtém com a excepção do não cumprimento.

Quer dizer: o acórdão, ao condenar o Empreiteiro Geral “a pagar a parte restante do preço, (...) e sem juros de mora, contra a plantação pela autora das mesmas árvores perecidas, em quantidade e espécie”, limita-se a dar

plena expressão aos efeitos que dimanam da verificação da *exceptio*, condicionando a condenação à reparação dos defeitos da obra. A reparação destes defeitos – é dizer, a plantação de igual número das espécies perecidas – é mera consequência do reconhecimento da validade da **defesa por excepção** deduzida pelo Empreiteiro Geral, não se tratando, pois, de condenação no pedido reconvenicional.

Ao emitir tal pronúncia, o acórdão não se situa ainda no plano da apreciação do pedido reconvenicional: está ainda a montante, na decisão do mérito do pedido do Sub-empreiteiro, já que, como também já vimos que nele se refere, *a invocação da dita excepção não obsta ao conhecimento de mérito nem à condenação do Empreiteiro Geral, desde já, no pagamento da parte restante do preço contra o cumprimento prévio do Sub-empreiteiro na contraprestação a que está adstrita, e que não cumpriu, ou seja, na replantação das árvores que pereceram, em consonância com o indirecto pedido de cumprimento coenvolto na arguição da exceptio* (nosso o sublinhado).

Não se verifica, destarte, a arguida nulidade. Esta ocorre quando os fundamentos invocados devessem, logicamente, conduzir a uma decisão diferente da que a sentença ou acórdão expressa, *i.e.*, quando existe uma real contradição entre os fundamentos e a decisão, apontando aqueles num sentido e esta num sentido diferente, o que, como vimos, não acontece no caso em apreço.

O STJ no presente caso confirmou a decisão do Tribunal da Relação obrigando a pagar desde logo uma parte do preço em dívida do Empreiteiro Geral ao Sub-empreiteiro e obrigou este último ao replantio das árvores mortas.

De referir numa análise deste conflito na óptica da prevenção do litígio, que seria fácil ter conseguido o consenso e evitado o tempo e o dispêndio dos custos do tribunal se as partes tivessem nomeado um negociador que traduzisse e conciliasse as razões de cada uma, ponderando a melhor situação **comum** em termos de custos.

(1) Isto não prejudica a possibilidade de o subempreiteiro responder perante o dono da obra e terceiros, por danos que culposamente causar, nos termos gerais da responsabilidade extracontratual.

(2) P. ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, Liv. Almedina, Coimbra – 1994, pág. 115.

(3) São do Cód. Civil as normas citadas na exposição subsequente sem indicação do diploma respectivo.

(4) Autor e ob. cit. na nota 2, pág. 82.

(5) JOSÉ JOÃO ABRANTES, em anotação ao Ac. Rel. Porto, de 19.09.2006, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18 Abril/Junho 2007, pág. 54.

(6) Cfr. VAZ SERRA, na *Rev. Leg. Jur.* ano 105º, pág. 283 e 108º, pág. 155, ALMEIDA COSTA, na mesma *Rev.*, ano 119º, pág. 143, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pág. 331, e Acs. STJ de 18.02.2003 e de 02.10.2007, *Col. Jur.* (Acs. do STJ), ano XI, tomo I, pág. 103, e ano XV, tomo III, pág. 71.

(7) Cfr. o citado acórdão de 18.02.2003, do Supremo Tribunal, e a vasta indicação doutrinal e jurisprudencial nele arrolada (pág. 105).

(8) Cfr. ALMEIDA COSTA, *loc. cit.*, pág. 144.

(9) Cfr. A. VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9ª ed., pág. 410 e VAZ SERRA, *Excepção de contrato não cumprido*, no *BMJ* 67, pág. 42.

5.8. CONTRATO DE EMPREITADA – RESOLUÇÃO DO CONTRATO, INVOCÇÃO DA EXCEPTIO

Após ter resolvido, *sponte sua*, o contrato de empreitada, não é lícito ao dono da obra a invocção da *exceptio*.

Resolvido o contrato de empreitada pelo dono da obra, não lhe é lícita a invocção da *exceptio*.

O Sub-empreiteiro formulou requerimento de injunção contra o Empreiteiro, pretendendo obter o pagamento da quantia de 34.904,99 €, sendo 32.879,14 de capital e 1.801,35 de juros à taxa anual de 9,09%.

Indicou como causa de pedir o preço de um contrato de sub-empreitada que firmou com o Empreiteiro.

Recebido, foi o mesmo objecto de opposição por parte do Empreiteiro que, em suma, invocou defeitos na obra realizada pela requerente, os quais foram atempadamente denunciados, sendo que esta se recusou a eliminá-los, o que a levou a resolver o contrato, nada lhe devendo, portanto.

O processo foi, depois, distribuído pelo Tribunal de Lisboa, onde seguiu a sua tramitação normal, como processo ordinário, até julgamento e, findo este, foi proferida sentença a julgar a acção parcialmente procedente e, consequentemente, a condenar o Empreiteiro a pagar ao Sub-empreiteiro a importância a apurar em sede de liquidação, após dedução do montante resultante da determinação do valor a liquidar ao valor de 25.370,92 €, mais juros.

Apelaram o Sub-empreiteiro e o Empreiteiro para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão de 05 de Junho de 2008, deu provimento à pretensão do Sub-empreiteiro, mas negou-o ao Empreiteiro e, em consequência, ficou esta condenada a pagar àquela a importância de 25.370,92 € e juros desde a citação até efectivo pagamento.

Continuando irrequieto, o Empreiteiro, ora, revista a coberto do seguinte quadro conclusivo com que fechou a sua minuta:

- Da facticidade alegada e provada resulta estarmos perante um contrato de empreitada em que a obra foi realizada com vícios, vícios esses prontamente denunciados pelo Empreiteiro e que o Sub-empreiteiro não logrou eliminar.
- Está assim pois verificado o circunstancialismo que deve levar à procedência da excepção de não cumprimento.
- Ficou igualmente provado que o Empreiteiro pagou ao Sub-empreiteiro, no âmbito do referido contrato de empreitada, a quantia de 12.000,00 €, e ainda que os serviços efectivamente prestados pelo Sub-empreiteiro ao Empreiteiro ascenderam a 32.879,14 €, pelo que, na determinação do preço a pagar, esta quantia deve retirada ao referido valor de 32.879,14 €, e não de 37.370,92 €, como o faz o acórdão recorrido.
- “Ao não considerar verificado o circunstancialismo que levaria à procedência da excepção de não cumprimento e ao considerar que é de € 25.370,92 (€ 37.370,92 - 12.000,00), e não de € 20.879,14 (32.879,14 € - € deduzir do montante de € 20.879,14 e não do montante de € 25.380,92, como, por erro, determina a ... decisão recorrida” (*sic*).

O Empreiteiro não contra-alegou.

Os Tribunais deram como provados os seguintes factos:

- 1 - Em meados de Dezembro de 2003, o Empreiteiro contratou o Sub-empreiteiro para elaboração do projecto, construção, instalação, testes e cadastro de uma rede de distribuição de sinais de rádio e televisão na obra que levava a cabo em Elvas – Urbanização das Caldeias e Dra. DD.
- 2 - O preço devido para a execução de tal obra – materiais e mão-de-obra – foi ajustado em 37.370,92€.

3 – O Sub-empregueiro procedeu à montagem de antenas, instalação de bastidor de recepção, configurou modeladores de recepção, instalou e alinhou amplificadores, procedeu à passagem de cabos, instalou repartidores e derivadores, procedendo também à respectiva conectorização, facturando tais serviços.

4 - Procedeu também à medição dos passivos.

5 – O Empregueiro assinou o auto de medição.

6 - Por conta do preço referido, o Empregueiro pagou ao Sub-empregueiro, em 15.12.2003, a quantia de 12.000,00 €.

7 - Logo após a execução dos trabalhos referidos, as pessoas residentes no local queixaram-se que a imagem dos respectivos aparelhos de televisão aparecia cheia de grão chuva e era pouco perceptível.

8 – O Empregueiro alertou de imediato o Sub-empregueiro para a existência daquelas anomalias.

9 – O Empregueiro deslocou-se várias vezes ao local a fim de eliminar tais anomalias.

10 – O Sub-empregueiro não conseguiu, apesar dos esforços, eliminar as anomalias verificadas.

O Empregueiro Geral recorre para o Supremo Tribunal e são duas as questões que o recorrente coloca à consideração para decisão: saber se, perante o circunstancialismo fáctico dado como provado deve proceder à invocação da *exceptio* e determinar o montante exacto da sua dívida para com o Sub-empregueiro, considerando ter entregue por conta do preço a importância de 12.000 €.

Com vista a obter a consagração da primeira das duas questões referidas, o Empregueiro enfatiza o facto de que a obra apresenta defeitos que não foram eliminados pelo Sub-empregueiro.

É um facto que a obra ficou com defeitos e que não foram eliminados pelo Sub-empregueiro, certo que, enquanto empregueira, a sua obrigação era eliminá-los logo que isso fosse pedido pela dona da obra, salvo se as despesas fossem desproporcionadas ao proveito, o que nem sequer foi alegado (artigo 1221º, nº s 1 e 2, do Código Civil).

O artigo 428º do Código Civil permite que, nos contratos bilaterais, como é o caso do contrato de empreitada, uma das partes recuse a sua prestação enquanto a outra não efectuar a que lhe cabe.

“O que legitima a *exceptio non adimpleti contratus* é a ausência de correspondência ou de reciprocidade que está na origem das obrigações (sinalagma genético) e que deve continuar a estar presente no seu cumprimento (sinalagma funcional)” (João Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, página 330).

A *exceptio* é, ainda, admitida quando a outra parte cumpriu, embora com defeitos (*exceptio non rite adimpleti contratus*). Mas, como observa Antunes Varela, “na falta de disposição específica, o problema terá de ser resolvido ... sem nunca perder de vista o princípio básico da boa fé”. Adverte, contudo, para o facto de o credor ter recebido a sua prestação, sem nenhuma reserva ou protesto, apesar dos vícios ou defeitos, quando em princípio não o deveria ter feito, não lhe ser lícito invocar a *exceptio*, pelo menos em relação à parte da prestação a que se encontra adscrito (Das Obrigações em Geral, Vol. I – 8ª edição –, página 399).

Luís Teles de Menezes Leitão defende que a solução deverá ser a de que a aceitação da prestação não deve precluir o recurso à *exceptio* “se os defeitos de que a prestação padece prejudicam a integral satisfação do interesse do credor”, mas já não será admissível o recurso à *exceptio* se os defeitos da prestação, atendendo ao interesse do credor, tiverem escassa importância”, por aplicação analógica do artigo 802º do Código Civil (Direito das Obrigações, Volume II – 3ª edição –, páginas 255 e 256).

Também Pedro Romano Martinez admite a *exceptio* após o credor ter não só denunciado os defeitos, como também exigido que os mesmos fossem eliminados, a prestação substituída ou realizada de novo, o preço reduzido, ou ainda o pagamento de uma indemnização por danos *circa rem*, sublinhando, no entanto, que a

sua invocação deve ter em linha de conta o princípio da boa fé (Cumprimento Defeituoso, Em Especial Na Compra E Venda e Na Empreitada, página 328 e 329).

No caso que nos ocupa foi o próprio Empreiteiro que, logo na sua oposição à injunção, informou ter resolvido o contrato.

Ora, a partir daí, o contrato deixou de ter validade, pois que com a declaração produzida o mesmo ficou destruído, sendo os seus efeitos equiparados aos da declaração de nulidade (artigo 433º, nº 1, do Código Civil). Isto equivale a dizer que, resolvido o contrato, o dono da obra fica exonerado da obrigação de pagar o preço.

Não foram trazidas a pretório as razões pelas quais o Empreiteiro resolveu o contrato nem muito menos os direitos que, por isso, lhe assistem eventualmente, pelo que apenas nos resta dizer que a argumentação do Empreiteiro a este respeito cai por terra pelo simples facto de ter sido ela própria que, *sponte sua*, deu o contrato por expirado.

Resolvido, destruído, dado sem efeito, o contrato, perde sentido a invocação da *exceptio*.

Improcede, pois, a primeira das duas questões colocadas.

O STJ virou a atenção para a segunda. Com ela pretende o Empreiteiro, reconhecendo estar em dívida para com o Sub-empreiteiro, que a dívida seja a resultante da diferença de 37.370,92 € e 12.000 € e não de 32.879,14 e 12.000 €.

Ora, acontece que o STJ está impedido de censurar o juízo probatório firmado pelas instâncias, excepto nos casos previstos no artigo 722º, nº 2, do Código de Processo Civil, que não têm aqui aplicação, pelo que lhe cumpre aceitar a factualidade que as instâncias deram como provadas para, depois, verificar da bondade da aplicação das normas substantivas pertinentes que aquelas fizeram.

Assim, o STJ negou a revista da pretensão do Empreiteiro Geral por este ter rescindido o contrato antes de ter exigido a reparação dos defeitos.

Neste caso verifica – se que o processo negocial teria sido o caminho correcto para a resolução do conflito e para o Empreiteiro Geral a posição de força negocial foi uma ilusão pois foi condenado a pagar e não obteve a reparação dos defeitos. A via jurídica na resolução destes conflitos normalmente beneficia a chamada “ parte fraca”.

Uma posição forte negocial deve servir para ajudar a resolver o conflito por acordo e não para gerar situações descontroladas em tribunal, pois que em matéria de direito as posições invertem – se, como no caso descrito.

5.9. CONTRATO DE EMPREITADA – TRABALHOS A MAIS – FIXAÇÃO DE NOVOS PREÇOS

A fixação de novos preços relativos a trabalhos a mais, no âmbito de um contrato de empreitada, deve conter a respectiva justificação ou fundamentação.

Se tal justificação não existir, não poderá falar-se em deferimento tácito ou em aceitação por parte do dono da obra, ao abrigo do artigo 29º nº 3 do Dec. Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro.

Acordam no 2º Juízo do TCA Sul

Um Empreiteiro, com sede no Entroncamento, intentou, no Tribunal Administrativo de Lisboa, acção administrativa comum, com forma ordinária, contra a Direcção Regional de Educação de Lisboa do Ministério da Educação, pedindo a condenação desta a pagar-lhe a quantia de 154.311.60 Euros, acrescida de juros legais desde a citação.

Por despacho foi declarado nulo o processado após a petição inicial e ordenada a citação do Ministério Público e do Ministério da Educação.

O Ministério Público apresentou contestação, na qual invocou a excepção peremptória de caducidade do direito de acção, tendo concluído pela absolvição do pedido.

Proferido despacho saneador, foi julgada improcedente a excepção peremptória de caducidade do direito de acção e organizados os factos assentes e a base instrutória, que não foram objecto de reclamação.

Por sentença de 22.11.2006, o Mmo. Juiz do Tribunal Administrativo de Lisboa, julgou a acção improcedente, absolvendo do pedido o Estado Português.

Inconformado, o Empreiteiro interpôs recurso jurisdicional para este TCA-Sul, em cujas alegações enunciou as conclusões, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

O Ministério Público contra alegou, em representação do Estado Português, pugnando pela manutenção do julgado.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

A sentença recorrida considerou provada a seguinte factualidade, com relevo para a decisão:

- a) Em 23.03.2001, o Empreiteiro e o Ministério da Educação celebraram contrato para execução da empreitada de “Ampliação do Edifício da Escola Secundária de Maria Lamas;
- b) Nos termos do artigo 5º do contrato referido na alínea antecedente, a referida empreitada era executada em regime de série de preços;
- c) O Ministério da Educação, em 19.07.2001, enviou ao Empreiteiro carta referente ao assunto: “Empreitada de ampliação da Escola Secundária Maria Lamas”, pelo qual a informou de que “o projecto do estaleiro para a realização da empreitada em título foi aprovado”;
- d) Em 24.07.2001, o Empreiteiro remeteu ao Ministério da Educação carta em que comunica: “Serve a presente para apresentar o preço de 96.267,99 €+IVA, cerca de 10% do valor do contrato para a Montagem e Desmontagem de Estaleiro na obra em epígrafe ...”
- e) Em 31.07.2001, o Ministério da Educação remeteu ao Empreiteiro carta em que refere o seguinte: “A fim de permitir a sua análise, solicita-se a discriminação do valor atribuído à montagem e desmontagem do estaleiro.
- f) Em 25.07.2001, o Empreiteiro apresentou ao Ministério da Educação a proposta orçamental que diz o seguinte:

“... vimos por este meio enviar à apreciação de V. Exa. a nossa proposta orçamental para execução dos trabalhos de movimentação de terras para obtenção das cotas de projecto para implantação da cave do edifício, conforme discriminado:

Escavação em terra branda para obtenção das cotas de projecto da cave do edifício, incluindo remoção dos produtos sobranes a vazadouro;

Preço Unitário 1.724\$00 + IVA

O valor apresentado é fundamentado com base no preço contratual referente ao Capítulo Pavimentos relativo à Arquitectura.

Artigo 1º “Abertura de Caixa para execução do pavimento térreo com 0,25m de profundidade, incluindo remoção dos produtos sobranes e vazadouro”, cujo valor é de 9,63 € por m2, acrescido de IVA à taxa legal em vigor;

g) Em 31.07.2001, o Ministério da Educação remeteu ao Empreiteiro carta com o seguinte teor: “Relativamente ao v/fax de 25.07.2001, sobre o valor a atribuir ao movimento de terras, é habitual separar este trabalho, em vários artigos. Nomeadamente escavação, aterro e transporte a vazadouro. Deste modo, com vista à análise e adequação do procedimento ao exposto no parágrafo anterior, solicitam-se os valores correspondentes à escavação e ao transporte a vazadouro, com a indicação da distância deste”;

h) Em 15.01.2002, o Ministério da Educação remeteu ao Empreiteiro carta a informar o seguinte: “Informa-se através do presente que foram aprovados os preços propostos pelos Serviços para a execução do movimento de terras da empreitada em título.

Escavação em terraplanagem para obtenção das cotas de implantação do edifício 7,48€/m³;

Aterro com produtos da escavação para obtenção das cotas de implantação do edifício 6,98€/m³;

Transporte de terras sobranse a vazadouro, até à distância de 5 Km, 10,97€/m³;

i) Relativamente aos valores dos trabalhos a mais, o Ministério da Educação liquidou a quantia de 49.741.65 Euros;

j) Em 23.10.2001, o Empreiteiro remeteu ao Ministério da Educação carta a solicitar o seguinte: “... vimos solicitar a V. Exa. se digne ordenar a elaboração do Auto de Medição dos Trabalhos a Mais (1 Montagem de Estaleiro, de 24.07.2001; 2 Escavação da Cave, de 25.07.01) e a respectiva liquidação dentro do prazo contratual, dado ter-se verificado a aceitação tácita dos preços propostos pelo empreiteiro ...”

k) O Ministério da Educação, em 14.11.2001, remeteu ao Empreiteiro carta a dizer o seguinte: “Em referência a V/carta de 23.10.01, sobre o assunto em título, venho comunicar a V. Exa. que, por despacho do Sr. Director Regional Adjunto, de 7.11.01, foi decidido não aceitar o deferimento tácito dos preços dos trabalhos referidos, uma vez que, implicitamente, esta Direcção, através dos “Faxes” nos 1437 de 2.08.2001 e 1441 de 2.08.01, não aceitou os mesmos, por ausência de fundamentação, continuando a aguardar a resposta;

l) Com data de 5 de Dezembro de 2001, o Empreiteiro remeteu ao Ministério da Educação carta a dizer o seguinte:

“... se digne nomear uma Comissão Arbitral para acordo definitivo do preço dos trabalhos “Montagem e Desmontagem do Estaleiro” e “Escavação da Cave”, (pese embora já tenha ocorrido o deferimento tácito dos preços oportunamente propostos pela empresa)...”

m) Com data de 11.12.2001, o Ministério da Educação remeteu ao Empreiteiro carta a dizer o seguinte:

“Em resposta aos v/requerimentos de 5.12.2001, sobre o assunto em título, venho comunicar a V. Exa:

1. Dado que a List, S.A. entendeu até à data não responder às solicitações efectuadas pela DREL, para que justificasse os preços propostos para a “Montagem e Desmontagem do Estaleiro” e “Escavação da Cave”, como seria natural, o que inviabilizou a análise e aprovação dos mesmos, vão a partir de agora estes serviços proceder a determinação dos que considera aceitáveis, colocá-los à aprovação superior e comunicar os mesmos a V. Exas., posto o que serão processados;

2. Só após e caso se verifique a não concordância da LIST, S.A. será dada resposta à questão da “Comissão Arbitral”;

n) Os trabalhos referidos na alínea l) foram processados no auto de medição nº 2, que não mereceu reserva por parte do Empreiteiro;

o) O valor da montagem e desmontagem do estaleiro foi aprovado por despacho do Director Regional da Educação de Lisboa, constante do 2º termo adicional ao contrato e que não mereceu qualquer reserva por parte do Empreiteiro.

Direito Aplicável

Na presente acção, o Empreiteiro pediu a condenação do Ministério da Educação a pagar quantias que lhe seriam devidas pela execução de trabalhos a mais, no âmbito do contrato de empreitada designada “Ampliação do Edifício da Escola Secundária de Maria Lamas Torres.

Tais trabalhos referem-se a montagem e desmontagem do estaleiro da obra e escavações para obtenções de cotas para a cave.

O Empreiteiro, invocando o disposto no artigo 29º nº 3 do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro (RJEOP), norma que em seu entender resolve a questão, considera que, não cumprindo o fiscal da obra com o ónus que lhe é imposto pela norma, a proposta de preços do empreiteiro é aceite, e é com base em tal proposta que o empreiteiro deve ser remunerado.

Na óptica do Empreiteiro, impende sobre o fiscal da obra o ónus de, não aceitando os preços propostos pelo empreiteiro, indicar aqueles que considera aplicáveis, para o que dispõe dos prazos consagrados na lei, com a cominação de, não o fazendo, se considerarem aceites os do empreiteiro.

Por outras palavras, para que os preços do empreiteiro não se considerem aceites, é necessário i) Que o fiscal da obra indique os preços que considera aplicáveis e ii) Que o faça no prazo de 15 dias a contar da apresentação, com a possibilidade de prorrogação por mais 15 dias se naquele primeiro prazo comunicar que não dispõe de elementos para decidir.

Não sendo cumpridos pelo fiscal da obra estes requisitos, segundo a recorrente, forma-se um acto tácito positivo, mediante o qual são aprovados os preços apresentados pelo empreiteiro.

Tal acto é constitutivo de direitos, conferindo ao empreiteiro o direito a ser remunerado pelo seu trabalho, de acordo com os preços que apresentou.

E tal acto não pode ser revogado, tácita ou expressamente, a não ser com fundamento em ilegalidade. Isto posto, a recorrente alega que “no dia 24.7.01 apresentou a lista de preços com a sua proposta de preços e que no dia 31.07.2001, o Ministério da Educação pediu esclarecimentos, ou melhor, a discriminação do valor apresentado”.

Tal proposta de preços dizia respeito à execução da montagem e desmontagem do estaleiro, no total de 96.267,99.

Seguidamente, o Empreiteiro escreve o seguinte:

“Destarte, e dando de barato que a comunicação de 31.07.2001 teve o efeito de inutilizar o decurso dos primeiros 15 dias, o fiscal da obra tinha até ao dia 15 de Agosto de 2001 para apresentar os preços que considerava aplicáveis.

Não o tendo feito, formou-se um acto de deferimento tácito positivo, segundo o qual foi aprovado o preço proposto pelo recorrente para a montagem e desmontagem do estaleiro, no valor de € 96.267.99.

No tocante aos trabalhos relativos ao movimento de terras o recorrente expendeu, “mutatis mutandis”, a mesma argumentação, invocando o artigo 29º nos. 3 e 4 do RJEOP.

Finalmente, o Empreiteiro alega que não colhe a tese de que, tendo aceite o pagamento dos trabalhos que realizou, aceitou implicitamente os novos preços, e que a resposta à matéria de facto deve ser corrigida no ponto de se considerar que o Empreiteiro não aceitou os preços a destempo fixados pelo Ministério da

Educação, não sendo também obstáculo o facto de o Empreiteiro ter solicitado a constituição da Comissão Arbitral para fixação de preços.

Concluindo, o Empreiteiro considera dever ser remunerada aos preços fixados pelo acto de deferimento tácito, segundo os quais tem a haver as quantias de € 96 267,99 e € 36 432,98, num total de € 132.700,97, acrescidos de juros vencidos e vincendos, nos termos do art. 213º nº 1 do RJEOP, tendo a sentença recorrida violado os artigos 17º, 29º e 227 nº 2 do Dec. Lei 405/93 de 10 de Dezembro e o artigo 140º do Código do Procedimento Administrativo.

É esta a questão a apreciar.

No caso dos autos está em discussão o pagamento de trabalhos a mais no âmbito de um contrato de empreitada celebrado entre o Empreiteiro e o Ministério da Educação, trabalho esses relativos à montagem e desmontagem do estaleiro e nas escavações para obtenção de cotas de projecto da cave do edifício e movimento de terras (“Ampliação do Edifício da Escola Secundária de Maria Lamas”).

Como observou a decisão recorrida, ficou demonstrado que o Ministério da Educação pagou os trabalhos a mais, embora tal pagamento tenha ficado além do peticionado pelo Empreiteiro.

Como é sabido, são considerados trabalhos a mais aqueles, cuja espécie ou quantidade, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista à realização da obra.

No caso concreto, como se disse, os trabalhos a mais dizem respeito a montagem e desmontagem do estaleiro da obra e escavações para obtenção de cotas para a cave.

A fixação dos novos preços está prevista no artigo 29º do Dec. Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, de acordo com o qual o Empreiteiro apresentou os preços em causa.

Sucedo, porém, que o Ministério da Educação, por despacho do Director Regional Adjunto de 7.11. .01 dos factos assentes, decidiu não aceitar o deferimento tácito dos preços dos trabalhos referidos (...) por **ausência de fundamentação**, após o que o Empreiteiro solicitou a nomeação de uma Comissão Arbitral para acordo definitivo do preço dos trabalhos “Montagem do Estaleiro” e “Escavação na Cave”, pelo que, a nosso ver, não se pode falar em deferimento tácito.

Na verdade, não estando **fundamentados, ou justificados** os preços propostos, o acto da respectiva comunicação é nulo, e inviabiliza a respectiva análise e aprovação, obrigando os serviços do Ministério da Educação a proceder à determinação dos que considera aplicáveis (artigo 29 nº 4 do D.L. 405/93).

Numa situação deste tipo não pode falar-se em aceitação dos preços por parte do Ministério da Educação, como decorre da factualidade assente no ponto 13, alínea K., sendo certo que os actos nulos não produzem deferimento tácito.

Acresce que os trabalhos referidos na alínea H) foram processados no auto de medição nº 7, que não mereceu reserva por parte do Empreiteiro, e a fixação do preço por Despacho do Director Regional de Educação de Lisboa, constante do 2º termo adicional ao contrato, não mereceu também qualquer reserva por parte do Empreiteiro e dos factos assentes.

Neste contexto, e devidamente interpretada a vontade contratual das partes, é de concluir que não pode operar automaticamente o pretenso deferimento tácito, invocado pelo Empreiteiro ao abrigo do nº 3 do artigo 29º do Dec. Lei nº 405/93.

Pode concluir-se, em suma, que tendo o Empreiteiro apresentado à DREL, por carta de 24 de Julho de 2001, o preço de desmontagem do estaleiro da obra, sem justificação do valor, a DREL desde logo reagiu a tal falta de justificação, por fax de 31 de Julho de 2001, solicitando a discriminação do valor, sendo certo que nunca

houve resposta a tal fax. Não houve, portanto, nem aceitação por parte da DREL nem deferimento tácito, pelo que a sentença recorrida não violou quaisquer normas.

Em face do exposto, acordam em negar provimento ao recurso e em confirmar a sentença recorrida.

Neste caso verifica – se que a negociação de preços é sempre um assunto em que há que justificar muito bem os valores apresentando a discriminação e os factores de formação dos preços por forma a que não haja interpretações erradas e se consiga o consenso.

5.10. RESOLUÇÃO DE CONTRATO – FORMA – EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO

A resolução é uma forma de extinção dos contratos a qual ocorre sempre que - seja por vontade unilateral de uma das partes, fundamentada na lei ou em convenção, seja por acordo das partes - se põe fim à relação contratual.

Nada impede, pois, que as partes envolvidas num contrato decidam, livremente e por acordo, pôr-lhe termo.

Esse modo de extinção contratual não está sujeito a nenhum formalismo especial nem, tão pouco, tem de efectuar-se por via judicial, já que pode fazer-se mediante declaração de uma parte à outra.

Todavia, quando está em causa um contrato de empreitada de obra pública rege o disposto no DL 48.871, de 19/02/69, que, no n.º 2 do seu art.º 214.º, prescreve que "os efeitos da resolução convencional do contrato serão fixados no acordo."

Tal não significa, porém, que a resolução só possa operar se as partes chegarem a acordo sobre todos os efeitos dela decorrentes, designadamente os relativos à regularização das contas pendentes, e, correspondentemente, que se não considera resolvido o contrato se tal matéria não constar do acordo.

Resolvido o contrato sem que os efeitos dessa resolução, tenham sido acordados cabe ao Tribunal, em acção proposta por qualquer uma das partes, decidir quem é credor e quem é devedor, no momento em que, a resolução operou e condenar ou absolver em conformidade.

Só é lícito reclamar os créditos que se encontrem vencidos na data em que ocorreu o acordo que pôs termo ao contrato.

Um Empreiteiro interpôs, no Tribunal Administrativo de Círculo do Porto, acção contra o Estado Português (Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais do Norte) e a Câmara Municipal de Castelo de Paiva (doravante CMCP) pedindo, com fundamento em responsabilidade civil emergente de contrato administrativo, a sua condenação no pagamento da quantia de € 112.079,93, acrescida de juros de mora, à taxa legal, vencidos desde a citação (ocorrida em 19/09/96) até efectivo e integral pagamento.

Em resumo, alegou:

- Que em 25/05/82 - na sequência de adjudicação feita em concurso público - celebrou com a CMCP um contrato de empreitada tendo como objecto a construção da "Barragem do Seixo" sobre o leito do rio Sardoura, a qual deveria ser concluída em 450 dias, contados a partir de então.
- Que os trabalhos, imediatamente iniciados, tiveram de ser suspensos no mês de Setembro seguinte devido ao embargo judicial requerido pela Direcção-Geral dos Recursos e Aproveitamentos Hidráulicos.
- Este embargo originou uma lide judicial entre a CMCP e a Direcção Regional dos Serviços Hidráulicos do Douro a qual veio a ser decidida a favor daquela em finais de 1994.

- Por isso, em 08/02/95, notificou judicialmente o Presidente da CMCP para que este o informasse sobre a data em que deveria reiniciar os trabalhos ou se a edilidade pretendia a resolução amigável do contrato. Mas até hoje não recebeu qualquer resposta.

- O Empreiteiro, no âmbito do citado contrato de empreitada, fez diversos trabalhos, alguns incluídos nesse contrato e outros imprevistos, e deixou na obra material que nela havia de ser aplicado.

- Por outro lado, em função da celebração do dito contrato, ficou impedido de se apresentar a outros concursos públicos o que, naturalmente, lhe causou prejuízos.

- O comportamento da DRA e CMCP é o único responsável pela produção de todos esses prejuízos, os quais atingem o valor peticionado.

O Estado Português e a Câmara Municipal de Castelo de Paiva contestaram e esta, além disso, deduziu pedido reconvenional.

Tal acção foi julgada parcialmente procedente no tocante à CMCP e improcedente no tocante ao Estado e a reconvenção foi julgada improcedente, pelo que o Estado foi absolvido do pedido e aquela condenada a pagar ao Empreiteiro a quantia de 14.599,17 euros.

Inconformado com essa decisão, o Empreiteiro recorreu para este Tribunal rematando as suas alegações do seguinte modo:

1. A decisão proferida nos presentes autos toma por pressuposto que o contrato de empreitada celebrado entre o Empreiteiro e a CMCP foi rescindido por acordo, na sequência da deliberação da AMCP de 23/03/1983 que deliberou "mandar suspender ou rescindir o contrato de empreitada".

2. Porém, não há qualquer documento ou foram trazidos por qualquer das partes quaisquer elementos que caracterizem, enquadrem, e regulem esse "hipotético" acordo de rescisão amigável, ou seja, das condições concretas e objectivas deste. E, não foram trazidos, porque efectivamente tal acordo não foi concretizado.

3. Do alegado pelas partes e documentos juntos aos autos nada há que evidencie ou indicie os termos e condições de um acordo de rescisão contratual. Esta é, apenas, afirmada existir pela CMCP que, contudo, nunca refere em que termos e sob condições a mesma se verificou ou concretizou.

4. A suspensão dos trabalhos (no dizer do Empreiteiro) ou a rescisão do contrato de empreitada (no entendimento da CMCP, com acolhimento na sentença recorrida) tem a sua origem primeira nos embargos judiciais com incidência na obra da Barragem do Seixo, que vieram a ser impugnados judicialmente pela CMCP, cujo processo judicial findou apenas em 1994. Porque as acções judiciais complexas não terminam de forma rápida e expedita, naturalmente, a suspensão dos trabalhos na obra teria de ter o tempo da pendência do processo judicial de impugnação, desconhecendo-se à partida o respectivo termo.

5. Da correspondência trocada entre o Empreiteiro e a CMCP, documentada nos autos, ressalta com clareza que o recorrente recebeu da CMCP uma ordem expressa de suspensão imediata dos trabalhos, mas já não quanto à rescisão do contrato.

6. No tocante à hipotética rescisão do contrato constata-se o seguinte:

- A CMCP notificou o Empreiteiro para o estudo da possibilidade de acordo sobre as condições da rescisão, o que é revelado pelo teor dos ofícios de 20/04/1983 e 13/05/1983; - A proposta que o Empreiteiro pudesse apresentar seria objecto de apreciação da Câmara, sendo de considerar que este ao referir que "só depois da contabilização de todos estes custos me será possível apresentar o pedido de indemnização a que tenho direito", o Empreiteiro só após tal contabilização de custos poderia apresentar a sua proposta para ser submetida a apreciação camarária e tal contabilização de custos prévia constituiu uma verdadeira condição suspensiva;

- Nos arquivos camarários, para além da acta contendo a deliberação da AM de 23/03/1983 e a notificação ao Empreiteiro de 20/04/1983, nada mais existe que respeite a uma rescisão do contrato, ou seja, não houve qualquer deliberação camarária a apreciar e aprovar os termos e condições de uma rescisão, sendo que, nos termos da notificação de 13/05/83, se indica que a rescisão (seus termos e condições) teria que ser alvo de deliberação camarária.

7. Na data de 20/04/1983, apenas se iniciaram os contactos para uma eventual rescisão e a aceitação da rescisão por parte do Empreiteiro é feita condicionalmente, pois este faz depender a apresentação de proposta, com a indicação dos seus termos e condições, à realização da medição total da obra por uma equipa técnica e contabilização de todos os custos.

Medição essa que os autos revelam nunca ter ocorrido. Ora, dado o teor dos ofícios de 20/04/1983 e o de 13/05/1983, a rescisão pretendida pela própria CMCP resultaria de acordo e pelo teor do ofício de 13/06/1984 da CMCP, a rescisão é dada como um facto consumado, o que veio a ser recepcionado na sentença recorrida.

8. A ter havido uma rescisão do contrato de empreitada celebrado entre o recorrente e a CMCP, tal rescisão só poderia ter resultado de um acordo, de uma convergência de vontades.

9. Os elementos carreados para os autos, não revelam ter existido qualquer concerto entre as partes com vista a uma rescisão, nem dos mesmos se fica a conhecer eventuais termos e condições dessa rescisão. Tais elementos revelam que, como pressuposto e essencial idade da mesma rescisão se impunha o ajuste das respectivas condições - o Empreiteiro, para apresentar a sua proposta impôs como condição prévia a contabilização de todos os custos que dependia de uma medição técnica que nunca terá havido e a CMCP exigiu a apresentação de uma proposta para a submeter a deliberação camarária.

10. De todos os elementos constantes dos autos principais e do apenso, da respectiva conjugação e contexto, resulta não ter existido um qualquer acordo de rescisão entre as partes que celebraram o contrato de empreitada relativo à Construção da Barragem do Seixo.

11. Também, nada há nos autos que revele ter existido uma rescisão unilateral por parte da CMCP, como dona da obra. Inclusive, os factos trazidos aos autos (designadamente a deliberação da Assembleia Municipal e ofícios notificação subsequentes dirigidos ao Empreiteiro) indicam que a própria CMCP pretendia que a rescisão do contrato ocorresse por acordo, pelo que a sua actuação nunca pode ser vista como resultante de uma rescisão unilateral.

12. A CMCP deu ao Empreiteiro uma ordem de suspensão imediata dos trabalhos, inicialmente pelo prazo de um ano, mas cujo termo na verdade à data da propositura desta acção ainda não estava determinado. Tal ordem resultou do facto de a obra de Construção da Barragem do Seixo ter sido embargada e de ter existido um litígio judicial que opôs a Câmara Municipal ao Estado (Serviços Hidráulicos), cujo termo ocorreu em 1994, tendo sido dada decisão favorável à pretensão da CMCP.

13. Na sentença recorrida dá-se como certa a existência da rescisão do contrato de empreitada que unia o Empreiteiro e a CMCP e toda a decisão respeitante ao pedido formulado pelo Empreiteiro, toma tal rescisão como pressuposto. Sucede que, face à matéria dada por provada e teor dos documentos constantes dos autos, não ocorreu qualquer rescisão contratual, pois esta a ter havido só o poderia ter sido por mútuo acordo.

14. Por rescisão entende-se a destruição de uma relação contratual e com ela pretende-se fazer com que as partes regressem à situação em que estariam caso o contrato não tivesse sido celebrado - a mesma pode ser feita unilateralmente ou por acordo. No caso em apreço, através da matéria factual que os autos revelam, a rescisão que pudesse ter havido entre o Empreiteiro e a CMCP teria que ser uma rescisão por acordo.

Portanto, um novo contrato, visando a extinção da relação contratual, tinha que ser celebrado entre o Empreiteiro e a CMCP.

15 - Por contrato entende-se o acordo de vontades entre as partes, obrigando-se cada uma a cumprir o que foi entre elas combinado sob determinadas condições e tendo em vista um determinado fim. In casu, o acordo de vontades tinha em vista a extinção da anterior relação contratual, sendo que cada uma das partes assumiria determinadas obrigações e condições tendo em vista o fim pretendido. Isto é, para que haja um acordo/contrato não basta que as partes manifestem as suas intenções, nem que se fixe o fim do mesmo. Toma-se necessário que se ajustem as condições a que cada uma das partes fica obrigada por forma a ser atingido o fim pretendido. Pela factualidade provada e documentada nos autos, o entendimento entre o Empreiteiro e a CMCP ficou-se apenas pelas declarações de vontade. Do teor dos ofícios trocados entre as partes tal se conclui, à evidência. E, tendo sido feitas declarações de vontade para a celebração de um acordo ou contrato e tais declarações foram recepcionadas (como o foram no caso), então, verifica-se que nunca poderia ter sido concluída alguma rescisão pelo confronto dessas declarações de vontade (expressas nas notificações e ofícios trocados entre a CMCP e o Empreiteiro), face ao disposto nos art.ºs 217º, 224º, 230º e 232º do CC., entre outros.

16 - O pagamento das garantias bancárias por parte do Empreiteiro são também um elemento probatório da manutenção do contrato de empreitada, para além de 1983 e 1984 - conforme o n.º 54 dos factos provados constantes da sentença recorrida e sendo os pagamentos feitos pelo Empreiteiro ao longo dos anos, mesmo após a data da entrada em juízo da presente acção. Também, nos termos do disposto no art.º 97.º, n.º 1, do D.L. 48.471, de 19/02/1969 "O adjudicatário garantirá por caução definitiva o exacto e pontual cumprimento das obrigações que assume com a celebração do contrato da empreitada". Desta disposição se retira que a caução prestada pelo empreiteiro tem de perdurar enquanto vigora o contrato. Pois que, no caso sub judice, não se pode esquecer que a obra não tendo sido concluída não se considera aquele período de vigência posterior à conclusão da obra.

17 - De acordo com o n.º 1 do art.º 114.º do D.L. 48.471, de 19/02/1969 " As notificações das resoluções do dono da obra ... serão sempre feitas por escrito ... ao empreiteiro ou seu representante - como já foi referido e ressalta dos notificações feitas em 20/04/1983 e 13/05/1983, a CMCP não procedeu a nenhuma notificação dirigida ao Empreiteiro na qual constasse uma qualquer resolução (em termos absolutos e conclusivos) no sentido da rescisão do contrato, pelo que não se pode tê-la por existente, já que a lei obrigava à sua notificação por escrito.

18. Nos termos do art.º 160.º do mesmo diploma "O dono da obra terá direito de rescindir o contrato se o empreiteiro suspender a execução dos trabalhos por mais de dez dias". Porém, este direito de rescisão só opera nos casos em que não se tenha verificado nenhuma das situações previstas nas alíneas da mesma norma. No caso presente, pelas razões subjacentes à suspensão dos trabalhos, é inegável que a suspensão dos trabalhos pelo Empreiteiro, se ficou a dever a facto imputável à CMCP e de uma ordem desta. Na verdade, através das notificações datadas de 20/04/1983 e 13/05/1983 o Empreiteiro foi notificado para suspender de imediato os trabalhos e que a suspensão seria pelo prazo de um ano, pelo que na situação não se pode aplicar a presunção prevista no art.º 163.º do mesmo diploma legal.

19. A origem da suspensão dos trabalhos da empreitada efectuada pela CMCP reside no facto da obra ter sido embargada judicialmente e, à data, encontrar-se pendente pleito judicial sobre o assunto. Por via deste facto - embargo judicial - e dado o disposto no artigo 160.º do D.L. 48.871, à CMCP não lhe assistia o direito de rescindir o contrato, pelo que ao caso não tem aplicação o disposto no art.º 209.º do D.L. já referido.

20. De acordo com o disposto no artigo 214º do D.L. 48.871, por acordo, o dono da obra e o empreiteiro podem em qualquer momento resolver o contrato. No entanto, o n.º 2 deste art.º determina que "os efeitos da resolução convencional do contrato serão fixadas no acordo", o que obriga ao estabelecimento de um clausulado com vista à fixação dos efeitos da resolução e indicia que tal resolução tem de revestir a forma

escrita, o que é, até, compreensível, visto estar-se em sede de empreitadas públicas, o que obriga na maioria dos casos que a vontade do dono da obra resulta de deliberação de um órgão colegial.

21. Não houve, assim, qualquer rescisão ou resolução contratual que se tenha operado em 1983 ou mesmo em 1984, pelo que a sentença recorrida decidindo com base no pressuposto da existência dessa rescisão, violou, entre outros, o disposto nos art.ºs 217º, 224º, 230º, 232º, 405º e 406º do C.C., aplicáveis por força do disposto no artigo 224º do D.L. 48.871 e artigos 97º, 114º, 160º e 214º do D.L. 48.871, de 19/02/1969.

22. Os trabalhos da empreitada da Barragem do Seixo foram suspensos pelo prazo de um ano, período esse que se veio a prolongar no tempo, em virtude de, apenas, ter ocorrido em finais de 1994 a decisão do litígio judicial relativo à impugnação do embargo judicial sobre a obra. Nunca o Empreiteiro requereu a rescisão do contrato. Durante o período de suspensão da obra e até após a interposição em juízo da presente acção, foram mantidas em vigor e pagas as cauções bancárias para garantia do exacto e pontual cumprimento do contrato de empreitada. A suspensão dos trabalhos da empreitada foi ordenada pela CMCP, por facto a esta imputável ou, pelo menos, o facto que está na origem da suspensão (embargo judicial) não pode ser tido como um facto de força maior.

Consequentemente, tem o Empreiteiro direito a ser indemnizado dos danos emergentes, bem como dos lucros cessantes, tal como prescreve o art.º 164º/ 3 do D.L. 48.871.

23. Quanto aos danos emergentes, no que toca à primeira tranche da sua reclamação, o Empreiteiro tem a haver as quantias respeitantes aos serviços prestados e material de trabalhos previstos, aos serviços prestados e material de trabalhos imprevidos, às respectivas revisões de preços, na sua global idade, ao valor do material destinado e colocado na obra para nela ser incorporado, bem como ao montante do quantitativo global pago pelo Empreiteiro relativo ao preço das cauções bancárias prestadas para a obra.

24. Para tal, basta atentar no seguinte:

- Os factos provados in sentença;

- Na sentença recorrida, não se consideram os valores de 14.011,88 € e 10.966,81 €, por estes valores se referirem a uma revisão de preços que teve lugar após a rescisão do contrato. Ora, não houve qualquer rescisão ou resolução do contrato de empreitada celebrado entre o Empreiteiro e a CMCP, tendo a presente acção sido proposta ainda com o contrato válido. Daí que caia por terra toda a argumentação expressa na sentença recorrida, pois que, a revisão de preços foi efectuada ao abrigo do disposto no artigo 173.º do D.L. 48871, revisão essa que é feita para compensar a inflação e se proceder à actualização dos preços.

- Como resulta da "história" da qual emerge a presente acção e que nos autos se encontra retratada, o contrato de empreitada relativo à construção da Barragem do Seixo perdeu no tempo, muito, muitíssimo para além dos 450 dias previstos na cláusula sétima do contrato, sem que para tal o Empreiteiro, enquanto empreiteiro, a tal tivesse dado azo. O conjunto dos factos revelados e provados nos autos demonstram, até, uma certa omissão ou negligência da CMCP, para não se dizer desleixo, na resolução da questão, face à sua pretensão de rescindir ou resolver o contrato. De notar que a CMCP nem sequer se dignou dar qualquer resposta à notificação judicial que o Empreiteiro lhe endereçou, por forma a ser definida a situação dos factos provados in sentença.

- Perdurando este, sem que a CMCP haja pago ou feito o encontro de contas com o empreiteiro dos trabalhos efectuados, a este é lícito a apresentação de revisões de preços, porque a lei o permite e é sabido que as revisões de preços se fazem em conformidade com critérios legais fixados em Portaria.

Não tinha, pois, que alegar quaisquer factos, para além dos que alegou, para que estas verbas sejam consideradas em decisão do pleito.

- Negar-se o direito a estas quantias e o exercício do direito de revisão de preços, constituirá a validação da actuação da CMCP reveladora de um total desrespeito pelos direitos e legítimos interesses da contraparte, impondo-lhe o seu querer caprichoso e prepotente no uso indevido do seu poder de autoridade, isto é, validar-se-ia uma conduta imposta à contra parte ser o elo mais fraco e que se afasta dos limites da boa fé e bons costumes e, por isso, uma conduta ilegítima (artigo 334.º do CC.).

- o Direito e a Justiça não admitem tal validação e, portanto, terá de se alterar a concepção inserta na sentença recorrida, reconhecendo-se ao Empreiteiro o direito às quantias referidas, porque são fruto do exercício de uma prerrogativa legal.

25. Nos autos, igualmente foi dado por provado que: o Empreiteiro deixou material na obra e que neste iria ser aplicado, no valor de 19.127,05 (dos factos provados na sentença); desde o início do contrato que o autor tem pago ao Banco várias quantias relativas às garantias bancárias prestadas no âmbito do contrato de empreitada (dos factos provados na sentença); O Empreiteiro, na audiência de julgamento, requereu a junção aos autos de documentos bancários comprovativos dos gastos suportados com as garantias bancárias - no que respeita a estas verbas reclamadas pelo Empreiteiro, na sentença recorrida são improcedentes, argumentando-se que quanto aos materiais, os mesmos enquanto não incorporados na obra são pertença do empreiteiro e quanto às garantias bancárias, as mesmas têm de perdurar enquanto não se proceder à liquidação do contrato. Com esta argumentação, aparentemente lógica e em conformidade, foge-se do Direito e da Justiça.

26. Enquanto não são incorporados na obra, os materiais são pertença do empreiteiro. Porém, se tais materiais são comprados expressamente para uma determinada obra e não são aplicados por facto imputável ao dono da obra, deles não se utilizando mais o empreiteiro, o valor desses materiais representa para este (empreiteiro) um prejuízo emergente do contrato e provocado por acção do dono da obra. Com efeito, o material a aplicar na construção de uma Barragem não é um material de uso comum e apropriado a qualquer tipo de obra em construção civil. Esta circunstância, porque adquirida pelo senso comum, de conhecimento geral, não necessita de ser alegada.

27. In casu, provado está que o material se destinava à obra da construção da Barragem e que foi deixado no local desta. Não mais foi utilizada pelo Empreiteiro, dado o seu destino exclusivo. Provado também foi que ao Empreiteiro foi ordenada a suspensão dos trabalhos na obra, ordem essa dada pelo dono da obra. Resulta também dos autos que a suspensão tem origem em facto imputável ao dono da obra e este faz perdurar no tempo a suspensão.

Aproveitando-se do facto do processo judicial respeitante à impugnação do embargo judicial ter tido um percurso de vários anos, deu a ilusão que o impasse não era da sua responsabilidade e, depois, após ter sido instado para a definição da situação remeteu-se ao silêncio.

28. O valor do material colocado no local da obra e com destino a esta, mesmo que ainda não incorporado, é um prejuízo para o Empreiteiro emergente do contrato, resultando do disposto no artigo 1227º do C.C. o direito do Empreiteiro ser indemnizado pela CMCP no montante do valor dos materiais reclamado, visto a obra ter começado, a despesa ter sido realizada e a não incorporação na obra se ficar a dever a facto imputável ao dono da obra.

Este direito à indemnização resulta também do preceituado nos artigos 795º, n.º 2 do 801º, 804º, 813º, 814º e 816º do C.C., quer se entenda que, na situação, o Empreiteiro, está na posição de devedor ou de credor.

29. O mesmo se fundamenta o ressarcimento das quantias gastas no pagamento das cauções bancárias, durante este período tão longo. É certo que as garantias bancárias se constituíram para garantir o cumprimento do contrato.

Sucedendo, porém, o contrato perdurou no tempo, para além do razoável, por facto imputável à CMCP, não desenvolvendo esta as acções que se impunham para a definição e minimização dos danos ao A/recorrente.

Esta postura da R/recorrida gerou prejuízos ao Empreiteiro que no caso correspondem ao quantitativo por ele despendido na manutenção das garantias bancárias. Por conseguinte, tal quantitativo gasto no pagamento das garantias bancárias corresponde a um prejuízo indemnizável ao Empreiteiro, por emergente do contrato.

30. O Empreiteiro pediu também que lhe fosse paga a quantia de 9.587,45 a título de lucro cessante. Tal como se faz referência na sentença recorrida, logrou-se provar os factos integradores do ressarcimento por lucros cessantes. Este pedido do Empreiteiro não mereceu provimento por se ter entendido que houve rescisão do contrato, que esta se ficou a dever a facto não imputável a qualquer uma das partes, antes ficou a dever-se a facto de força maior, por força do art.º 164.º do D.L. 48871.

31. Na situação em apreço não se afigura ter existido um caso de força maior determinante da suspensão da empreitada. Com efeito, pelo Tribunal Judicial de Castelo de Paiva foi determinado o embargo judicial à obra. No entanto, esta determinação judicial, em termos práticos, não impôs a suspensão, porquanto por ofício datado de 08/09/82, a CMCP, de acordo com deliberação sua, notificou o autor para prosseguir com as obras que estavam projectadas, assumindo ela a responsabilidade desta atitude, sob pena de aquele empreiteiro ficar responsável por todos os prejuízos que venham a resultar da paralisação das ditas obras; em cumprimento do decidido pela CMCP o autor veio a prosseguir os trabalhos, no caso concreto, na relação entre as partes (Empreiteiro e CMCP), a decisão de embargos não pode constituir caso de força maior, em virtude da CMCP ter dado a ordem ao Empreiteiro para que este prosseguisse com os trabalhos e tendo estes prosseguido. Por deliberação da CMCP, esta afastou (não se discutindo se legítima ou ilegitimamente) a natureza de poder mais forte ou causa inarredável da decisão judicial de embargo.

32. Mais tarde, por deliberação da Assembleia Municipal de 23/03/1983 veio a determinar a suspensão dos trabalhos ou a rescisão do contrato e que por notificações feitas ao Empreiteiro, foi ordenada a suspensão imediata dos trabalhos. Compreende-se esta ordem, como consequência de uma ponderação mais aprofundada da situação e face à existência do processo judicial, cujo termo só ocorreu em 1994. Porém, em face da conduta anterior da CMCP esta determinação de suspensão dos trabalhos só poderá ir buscar à decisão judicial de embargo o seu fundamento lógico para um acto ou facto imputável ao dono da obra, mas nunca a razão de irresistibilidade impeditiva (característica intrínseca de uma situação de caso de força maior). Por isso, não pode a CMCP, agora, beneficiar do entendimento de que, na situação em apreço, a decisão de embargo da obra constituiu um caso de força maior.

33. Consequentemente, a suspensão dos trabalhos ordenada ao Empreiteiro, não resultando de caso de força maior e face à demais factualidade dada por provada, a situação do Empreiteiro insere-se no disposto no n.º 3 do art.º 164.º do D.L. 48871, pelo que este tem o direito de ser indemnizado pelos lucros cessantes, ou seja, pela quantia de 9.587,45 €.

34. Por tudo quanto supra vai alegado, por força e em consequência da relação contratual estabelecida entre o Empreiteiro e a CMCP, advinda do Contrato de Empreitada de Construção da Barragem do Seixo, o Empreiteiro tem direito a receber da CMCP a soma das quantias provadas e reveladas nos autos, devidas a título de serviços prestados e materiais por trabalhos previstos e trabalhos não previstos, respectivas revisões de preços, o valor do material deixado no local da obra, encargos pagos com as garantias bancárias inerentes ao contrato, encargo bancário com declaração de dívida, lucros cessantes, a qual será acrescida dos juros de mora, à taxa legal desde a data de citação.

O Ilustre Magistrado do Ministério Público, assumindo a representação do Estado, contra alegou para concluir o seguinte:

1. A douda decisão recorrida fez correcta aplicação dos preceitos legais ao caso aplicáveis na parte referente ao Estado.

2. O Empreiteiro não impugna tal sentença na parte correspondente ao Estado.

3. Assim sendo, a douta decisão recorrida deverá ser mantida na parte em que absolveu o Estado do pedido.

A CMCP contra alegou para formular as seguintes conclusões:

1. A Douta decisão recorrida fez correcta explicação dos preceitos legais ao caso aplicáveis na parte referente à Câmara Municipal de Castelo de Paiva.

2. Atenta a matéria atrás referida e dada como assente não pode ser outra a decisão que não seja ser considerado como rescindido, por mutuo acordo, livremente aceite pelo Empreiteiro desde Maio de 1983.

3. E, desde Junho de 1984 - a rescisão é dada como facto consumado.

4. Daí a justeza da decisão recorrida, nesta matéria.

5. Quanto aos juros moratórios que a Câmara Municipal foi condenada não são devidos.

6. A obrigação - crédito - em causa não é líquida embora certa.

7. Assim sendo atento o disposto no n.º 3 (1.ª parte) do artigo 805.º do Código Civil não são devidos os juros de mora.

8. Assim sendo, a douta decisão recorrida deverá ser mantida na parte em que decide pela resolução amigável do contrato e desta extrai as consequências inerentes.

9. Não são devidos juros de mora, na medida em que a dívida - obrigação - embora certa, não era líquida e atento o disposto no n.º 3 (1ª parte) do art.º 805 do CC que se aplica ao caso "sub judice" não são devidos desde a citação.

Colhidos os vistos cumpre decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

I. MATÉRIA DE FACTO.

A decisão recorrida julgou provados os seguintes factos:

1. No dia 10 de Agosto de 1981, a CMCP abriu concurso público para adjudicação da empreitada da "Construção da Barragem do Seixo", com o preço base de 204.507,14 € e depósito provisório de 5.112,68 €;

2. No dia 20 de Setembro de 1981, o Empreiteiro apresentou na CMCP proposta para execução dessa empreitada pela quantia de 198.638,36 €;

3. Em 18 de Maio de 1982, a CMCP adjudicou a dita empreitada ao Empreiteiro;

4. Em 25 de Maio de 1982, foi celebrado entre o Empreiteiro e a CMCP o respectivo contrato de empreitada, nos termos de folhas 15 a 18 da acção ordinária, em apenso, dadas por reproduzidas;

5. O Empreiteiro deu de imediato início aos trabalhos, em conformidade com o contrato;

6. A obra de "Construção da Barragem do Seixo", apesar de ter sido aprovada pela CMCP, foi embargada por decisão do Tribunal Judicial de Castelo de Paiva (TJCP);

7. Em 2 de Setembro de 1982, foi lavrado o competente "Auto de Ratificação de Embargo de Obra Nova" e foi notificado o Empreiteiro de "que não pode continuar esta construção por virtude do embargo realizado e ora ratificado";

8. Por ofício datado de 8 de Setembro de 1982, a CMCP, de acordo com deliberação sua, notificou o Empreiteiro para prosseguir com as obras que estavam projectadas, assumindo ela a responsabilidade desta atitude;

9. Desde o "auto judicial de embargo" da obra, a CMCP mantém em seu poder as cauções bancárias apresentadas pelo Empreiteiro, nunca as tendo cancelado, restituído, declarado extintas ou de qualquer forma libertado;
10. Desde então, o Empreiteiro tem vindo a pagar os encargos inerentes a tais cauções;
11. Ainda em 1982, a CMCP impugnou judicialmente a decisão de "Embargo Extrajudicial de Obra Nova";
12. Este litígio entre a CMCP e o Estado Português - Direcção Regional dos Serviços Hidráulicos do Douro - terminou em finais de 1994, mediante acórdão proferido pelo STA no recurso jurisdicional, que deu provimento à impugnação deduzida pela CMCP;
13. Até hoje, a CMCP não comunicou ao Empreiteiro para recomeçar os trabalhos da empreitada;
14. Em 30 de Janeiro de 1995, o Empreiteiro solicitou a notificação judicial avulsa da CMCP para o informar, por escrito, da data que pretendia fixar para o reinício dos trabalhos ou se pretendia a resolução amigável do contrato, procedendo-se previamente ao acerto de contas de acordo com documento a elaborar;
15. A CMCP foi notificada, na pessoa do seu presidente, em 8/02/1995;
16. Até à presente data, o Empreiteiro não recebeu qualquer resposta a essa notificação;
17. O Empreiteiro, para retomar os trabalhos, necessita de levar máquinas e homens para o local da obra;
18. Em Dezembro de 1993, o Empreiteiro enviou à CMCP a última revisão de preços relativa à empreitada, solicitando que lhe fossem apresentadas propostas viáveis para a solução do problema;
19. Até hoje a CMCP não deu qualquer resposta ao Empreiteiro;
20. O Empreiteiro efectuou os seguintes trabalhos no âmbito do contrato de empreitada: - até à 5.ª situação de trabalhos previstos, em 14/12/83, foram prestados serviços e material no valor de 102.763,83 € - até à 5.ª situação de trabalhos imprevistos, em 14/12/83, foram prestados serviços e material no valor de 76.749,99 €;
21. Em 13 de Setembro de 1996, o Empreiteiro intentou neste tribunal uma acção ordinária contra os mesmos réus, formulando o mesmo pedido e utilizando a mesma causa de pedir da presente acção;
22. Nessa acção ordinária, os réus foram absolvidos da instância com fundamento na falta de "Tentativa Obrigatória de Conciliação Extrajudicial", tendo tal decisão - confirmada por acórdão do STA - transitado em julgado a 15 de Outubro de 2001;
23. Em 13 de Novembro de 2001, e ao abrigo do artigo 289º do CPC, o Empreiteiro intentou a presente demanda;
24. Em 11 de Dezembro de 2001, foi lavrado no Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes (CSOPT) "Auto de Não Conciliação" entre o Empreiteiro e a CMCP, relativo ao objecto desta acção;
25. A Assembleia Municipal de Castelo de Paiva (AMCP), em reunião de 23 de Março de 1983, deliberou "mandar suspender ou rescindir o contrato de empreitada referente à obra da Barragem do Seixo";
26. Esta deliberação foi comunicada ao Empreiteiro por ofício do Presidente da CMCP datado de 20 de Abril de 1983;
27. Por ofício de 17 de Maio de 1983, a CMCP propôs ao Empreiteiro a alternativa de suspensão da empreitada pelo prazo de um ano ou a rescisão do contrato;
28. Em resposta datada de 24 de Maio de 1983, o Empreiteiro, invocando que a suspensão dos trabalhos lhe acarretaria graves prejuízos, declarou "aceitar a rescisão do contrato";

29. Por escrito datado de 3 de Setembro de 1982, o Empreiteiro manifestou a intenção de suspender os trabalhos em obediência ao embargo decretado;
30. A CMCP deliberou "oficiar ao empreiteiro (...) que deve continuar as obras que estavam projectadas, assumindo a Câmara a responsabilidade desta atitude, sob pena de aquele empreiteiro ficar responsável por todos os prejuízos que venham a resultar da paralisação das ditas obras";
31. Pela empreitada, a CMCP pagou e o Empreiteiro recebeu - a título de trabalhos previstos e prestados, de trabalhos não previstos e adiantamentos - as seguintes quantias: em 23.06.82 - 34.915,85€; em 03.08.82 - 14.963,94€; em 03.09.82 - 14.963,94€; em 27.09.82 - 19.951,92€; em 18.10.82 - 14.963,94€; em 26.10.82 - 14.963,94€; em 02.02.83 - 30.925,47€; em 16.03.83 - 16.709,73€; em 04.04.83 - 14.963,94€; em 04.07.83 - 12.469,95€; em 04.08.83 - 4.987,98; em 12.08.83 - 7.481,97€;
32. Em 17/08/82, e na sequência de determinação da Direcção-Geral, o então chefe da "Secção Hidráulica do Porto" prestou informação sobre o estado da obra, a qual veio a merecer o despacho de se proceder ao embargo da mesma, o que ocorreu em 18.08.82;
- 33.A Divisão de Projectos de Aproveitamentos Hidráulicos da Direcção Geral dos Recursos e Aproveitamentos Hidráulicos (DGRAH) que apreciou o ante-projecto da obra, fez alguns reparos;
34. Solicitando à Direcção Geral de Geologia e Minas (DGGM) que se pronunciasse sobre a obra, uma vez que colidia com área concessionada para exploração de carvão pelas Minas do Pejão;
35. Os reparos atrás referidos foram transmitidos à CMCP para que na elaboração do projecto rectificativo e definitivo fossem tidos em atenção;
36. A CMCP, por ofício datado de 16.11.82, enviou o projecto rectificativo face às observações que lhe haviam sido feitas, o qual veio a ser submetido à aprovação da DGRAH, cujos técnicos visitaram a obra em 10.12.82;
37. Em 10.02.83, a DGGM respondeu à DGRAH nos termos constantes do documento junto dos autos, e onde expressamente refere que já em 1980 havia dado à CMCP parecer desfavorável quanto à implantação daquela obra, mantendo o parecer de impedir a respectiva construção;
- 38.Em 04.02.83, a Divisão de Projectos de Aproveitamentos Hidráulicos reprovou o projecto que lhe foi apresentado, posição essa que foi transmitida à CMCP;
39. Em 1986, aquela Divisão de Projectos de Aproveitamentos Hidráulicos propôs-se realizar um projecto alternativo da obra com vista ao respectivo aproveitamento, mediante os condicionamentos também indicados pela DGGM, tendo, contudo, a CMCP informado que tinha desistido de utilizar as águas naquele local e captá-las no rio Paiva;
- 40.Respeitando a ordem dada pelo TJCP, o Empreiteiro suspendeu os trabalhos da empreitada;
41. E comunicou esta suspensão à CMCP;
- 42.Em cumprimento do decidido pela CMCP o Empreiteiro veio a prosseguir os trabalhos;
- 43.Em Junho de 1984 o Presidente da CMCP enviou ao Empreiteiro o ofício n.º 1258;
44. E promoveu o inventário do material por aplicar existente no local da obra;
45. O Empreiteiro deixou material na obra - ferros, tubos de fibrocimento e outros acessórios - e que nesta iria ser aplicado, no valor de 19.127,05 €;
- 46.Tais materiais nunca foram entregues à CMCP pelo Empreiteiro, que nem sequer facultou as chaves das instalações onde os mesmos foram guardados;

47. Entre o Empreiteiro e a CMCP nunca foi assinada qualquer rescisão do contrato de empreitada em causa;
48. Relativas a trabalhos previstos ao longo do contrato, foram efectuadas as seguintes revisões de preços: - em 21/01/83, revisão relativa ao 1.º, 2.º e 3.º autos, no valor de 15.834,39€, em 27/06/83, revisão referente ao 4.º auto, no valor de 3.562,85€, em 09/12/93, revisão referente ao 5.º auto e material existente na obra, no valor de 14.011,88 €;
49. Relativas a trabalhos imprevistos, foram efectuadas as seguintes revisões de preços: - em 21/01/83, revisão relativa ao 1.º, 2.º e 3.º autos, no valor de 12.834,15 €, em 27/06/83, revisão referente ao 4.º auto, no valor de 1.177,22 €, em 09/12/93, revisão referente ao 5.º auto, no valor de 10.966,81€;
50. Estes trabalhos a mais correspondem a excesso de fundações na execução da barragem consistentes na decapagem do terreno para limpeza de lodo, na construção de aterro no local da decapagem, na abertura da vala de assentamento da conduta de fundo em rocha dura e betão armado para cortina no eixo da barragem;
51. A diferença de valores apontada pela CMCP deriva do facto de que enquanto o Empreiteiro procedeu à medição dos trabalhos de acordo com a realidade e com o que efectivamente teve de ser feito, a CMCP limitou-se a confiar nos valores previstos no projecto, os quais se veio a constatar não corresponderem à realidade;
52. O Empreiteiro viu-se obrigado a construir acessos para o local da obra, acessos esses que não estavam previstos no caderno de encargos;
53. Relativamente a trabalhos a mais realizados pelo Empreiteiro, foram apresentadas à CMCP cinco "Notas de Trabalhos Imprevistos" no montante global de 76.749,99€;
54. Desde o início do contrato que o Empreiteiro tem pago ao banco várias quantias relativas às garantias bancárias prestadas no âmbito deste contrato de empreitada;
55. A CMCP, para pagamento dos trabalhos em débito, fez uma declaração de dívida pela qual o Empreiteiro teve de pagar o encargo bancário de 1.195,88€;
56. No âmbito do contrato de empreitada em causa, a margem de lucro do Empreiteiro era, no mínimo, de 10%;
57. Para executar o contrato aqui em causa, o Empreiteiro teve de contratar pessoal e adquirir e alugar máquinas.

I. O DIREITO

Resulta do antecedente relato que o Empreiteiro intentou, no TAC do Porto, contra o Estado Português e a Câmara Municipal de Castelo de Paiva acção de indemnização pedindo a sua condenação no pagamento da quantia de 112.079,93€, alegando que tinha celebrado com esta última contrato de empreitada para construção de uma barragem e que as respectivas obras não chegaram a ser concluídas por a sua execução ter sido judicialmente embargada a pedido da Direcção-Geral dos Recursos e Aproveitamentos Hidráulicos e não terem sido retomadas apesar de, em Janeiro de 1995 – na sequência do provimento do recurso interposto pela CMCP contra aquela Direcção Geral relativo à legalidade dessa construção - ter notificado judicialmente o Presidente daquela Câmara para que informasse o Empreiteiro da data em que deveria reiniciar os trabalhos ou se, ao contrário, pretendia a resolução amigável do contrato e o correspondente acerto de contas. Acrescentou que, no âmbito desse contrato e por causa dele, realizou diversos trabalhos, deixou na obra material que nela haveria de ser aplicado, ficou impedido de se apresentar a outros concursos e tem pago as garantias bancárias resultantes da sua celebração, o que lhe provocou os prejuízos ora peticionados.

Realizado o respectivo julgamento o Sr. Juiz a quo concluiu que a factualidade dele resultante evidenciava que o Empreiteiro e CMCP tinham rescindido o citado contrato por acordo e que, sendo assim, na falta de

acordo sobre a liquidação final, restava apurar se o Empreiteiro, em consequência das vicissitudes ocorridas no decurso desse contrato, tinha sofrido os prejuízos alegados e, sendo esse o caso, condenar os réus no respectivo pagamento. E procedendo a esse apuramento concluiu que o Empreiteiro tinha, efectivamente, direito a parte da indemnização peticionada, pelo que condenou a CMCP a pagar-lhe uma parcela do pedido indemnizatório.

O Empreiteiro não se conforma com esta decisão e, daí a interposição do presente recurso, por considerar que a factualidade levada ao probatório não permite concluir que as partes tenham rescindido o contrato por acordo mas, apenas e tão só, que se iniciaram os contactos para essa eventual rescisão e que, sendo assim, e encontrando-se provado que a situação retratada nos autos lhe causou múltiplos prejuízos tem direito a ser indemnizado por todos eles.

Vejamos, pois, se litiga com razão.

1. O probatório evidencia que o Empreiteiro e a CMCP celebraram, em 25/05/1982, um contrato de empreitada para construção da Barragem do Seixo e que os respectivos trabalhos, imediatamente iniciados, foram suspensos em 2 de Setembro seguinte em resultado de embargo judicial promovido pela DRARN.

Todavia, essa execução não foi logo suspensa pois, nesse mesmo mês de Setembro, a CMCP intimou o Empreiteiro a prosseguir as obras, responsabilizando-se pelas consequências que daí pudessem advir, pelo que este prosseguiu a execução daquela obra.

Certo é que, em 17/05/1983, na sequência de deliberação da Assembleia Municipal de Castelo de Paiva, a CMCP propôs ao Empreiteiro, em alternativa, a suspensão da obra pelo prazo de um ano ou a rescisão do contrato e este, em 24 desse mês, respondeu declarando aceitar a rescisão do contrato já que aquela suspensão lhe acarretaria graves prejuízos.

E, na sequência desta correspondência, em Junho de 1984, o Presidente da CMCP, enviou ao Empreiteiro um ofício comunicando-lhe o seguinte: "Tendo sido rescindido o contrato de empreitada em epígrafe, haverá que, feita que seja a recepção da obra - provisória ou definitiva - prevista no art.º 191.º e seguintes do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, proceder à liquidação da empreitada. Os trabalhos preparatórios para elaboração da conta a que se refere o art.º 194.º daquele mesmo Regime, foi possível verificar que, contrariamente ao que V. Ex.^a afirma, a dita conta apresenta, neste momento, um saldo favorável a esta Câmara de 17.791,68€. Efectivamente, como V. Ex.cia tomou conhecimento na devida oportunidade, foram debitados a mais ou erradamente as seguintes importâncias de acordo com a análise feita pelo GAT (...). Tem V. Ex.cia facturado trabalhos no valor de 233.515,58€, a que deverão ser deduzidos, por terem sido facturados a mais, com erro ou indevidamente, 49.044,71€, e tendo em conta que esta Câmara já fez pagamentos no montante de 202.262,55 €, as contas, contrariamente ao que V. Ex.cia refere, apresentam um saldo a favor desta Câmara da importância de 17.791,68€. Tem V. Ex.cia à disposição toda a documentação referente às incorrecções de facturação, a que acima se alude. E esta Câmara aceita, desde já, indicar um Perito para fazer a análise da questão em conjunto com qualquer outro que V. Ex.cia queira oferecer."

No entanto, e apesar dessa troca de correspondência, nada mais foi diligenciado no sentido do apuramento do saldo dos trabalhos realizados pelo Autor, pelo que não só não foi formalizado qualquer acordo de resolução daquela empreitada como também se não procedeu à respectiva liquidação final, sendo certo que a sua execução continuou suspensa.

E, em 8 de Fevereiro de 1995, isto é, mais de 10 anos depois do início da paralisação das obras - resolvido (em finais de 1984) o litígio judicial que opôs a CMCP e a DRARN relativo à construção da referida Barragem com vencimento para aquela - o Empreiteiro notificou a CMCP para que esta o informasse, por escrito, da data do reinício dos trabalhos ou se optava pela resolução amigável do contrato, procedendo-se ao respectivo acerto de contas. Mas sem êxito já que a CMCP nunca respondeu a essa solicitação.

Descrita, sumariamente, a factualidade relevante importa resolver a primeira questão que se nos apresenta que é a de saber se, como se decidiu da sentença recorrida, o contrato de empreitada que ligava o Empreiteiro e a CMCP foi resolvido por acordo.

2. A resolução é uma forma de extinção dos contratos a qual ocorre sempre que - seja por vontade unilateral de uma das partes, fundamentada na lei ou em convenção, seja por acordo das partes - se põe fim à relação contratual.

A resolução de um contrato pode, assim, resultar tanto da vontade de uma das partes que, unilateralmente e no exercício de um poder vinculado, decide pôr-lhe termo como da vontade conjugada de ambas as partes em que estas, no exercício da mesma autonomia que as levou a celebrá-lo, deliberam fazer cessar todos os seus efeitos.

Sendo certo que, em qualquer dos casos, esse modo de extinção do contrato não está sujeito a nenhum formalismo especial nem, tão pouco, tem de efectuar-se por via judicial, já que pode fazer-se mediante declaração de uma parte à outra.

Nada impede, pois, que as partes envolvidas num contrato decidam, livremente e por acordo, pôr-lhe termo.

Todavia, quando - como in casu - está em causa um contrato de empreitada de obra pública rege o disposto no DL 48.871, de 19/02/69, que no seu art.º 214.º prescreve: "1. - O dono da obra e o empreiteiro podem, por acordo e em qualquer momento, resolver o contrato. 2. - Os efeitos da resolução convencional do contrato serão fixados no acordo."

O que significa que - à semelhança do contrato de empreitada regido pelo CC (art.ºs 1207.º/1231.º) - também aqui prevalece o princípio da autonomia da vontade e, portanto, também aqui as partes são livres de, por qualquer forma, decidir pôr termo à relação contratual.

Todavia, neste tipo de contrato a lei é mais precisa e, por isso, depois de conceder às partes a referida liberdade, prescreve que "os efeitos da resolução convencional do contrato serão fixados no acordo".

O que poderá levar a pensar que, nestes casos, a resolução só poderá operar se as partes chegarem a acordo sobre todos os efeitos que dela decorrem, designadamente sobre os relativos à regularização das contas pendentes e, correspondentemente, que se não considera resolvido o contrato se tal matéria não constar do acordo. Ou seja, e dito de outro modo, poderá pensar-se - tal como o Empreiteiro defende que o legislador quis obrigar as partes a um entendimento global sobre os termos da resolução contratual forçando-as a regularizar todas as suas divergências sob pena de, se tal não for feito, a considerar inválida.

O que significaria que, neste aspecto, as partes estariam condicionadas na sua liberdade de resolver de forma convencional a empreitada.

Será assim? Não nos parece.

Vejamos porquê.

2. 1. Com efeito, e desde logo, a liberdade contratual - consagrada no art.º 405.º do CC - é um princípio basilar da teoria dos contratos aplicável não só aos que estão submetidos ao regime comum como também aos contratos administrativos, o qual tem de prevalecer tanto no momento em que o mesmo é celebrado como no momento em que, por acordo, as partes decidem pôr-lhe termo.

Ou seja, o princípio da liberdade contratual manifesta-se, não só quando o contrato é celebrado, mas também quando, por acordo, se decide pôr-lhe termo. E, porque assim, à semelhança do que acontece para a validade do contrato, pode afirmar-se que a sua resolução só é inválida quando não respeite os limites da lei ou quando lhe falte os seus elementos essenciais. E se assim é a obrigação decorrente do transcrito n.º 2 do art.º 214 do

DL 48.871 só condicionará a legalidade da rescisão se for de entender que a não fixação dos referidos efeitos constituiu violação de lei ou ofende os seus elementos essenciais.

Ora, essa conclusão não é aceitável.

Desde logo porque a lei não obriga a que as partes fixem os efeitos da resolução no momento em que a declaram. O que ela diz é que havendo acordo sobre os efeitos da resolução os mesmos devem constar do acordo.

Depois, porque a fixação dos mesmos não constitui um elemento essencial da resolução do contrato.

Daí que nada impeça que as partes, num primeiro momento, rescindam o contrato e, mais tarde, discutam os seus efeitos – se necessário nos tribunais.

E tanto assim é que logo o art.º 215 do mesmo DL 48.871 estatui:

"1. - Em todos os casos de rescisão, resolução convencional ou caducidade do contrato se procederá a liquidação final, reportada à data em que se verificarem.

2. - Havendo danos a indemnizar que não possam determinar-se desde logo com segurança, **far-se-á a respectiva liquidação em separado** Sublinhados nossos., logo que o seu montante for tornado certo por acordo ou por decisão judicial ou arbitral.

3. - A prescrição contida no n.º 2 do transcrito art.º 214.º deve ser, pois, entendida no sentido de que, havendo acordo sobre os efeitos da resolução, estes terão, necessariamente, de constar da mesma e não no sentido de que só existirá resolução válida se os seus efeitos forem previamente fixados e constarem do acordo. O que vale por dizer que os n.ºs 1 e 2 deste normativo ainda que complementares não são indissociáveis e, porque assim, a resolução será legal mesmo que as partes não tenham acordado os seus efeitos e deixem esta matéria para futura decisão.

Acresce que - como já se disse - nem o regime privado - art.ºs 432.º a 436.º e 1207.º a 1230.º do CC - nem o regime público sujeitam a resolução do contrato de empreitada a um formalismo próprio e especial, designadamente quanto à sua forma, e, se assim é, a simples declaração de aceitação da proposta da sua resolução amigável valerá como declaração de vontade e, como tal, deve ser entendida e valorizada.

É certo que - como bem se afirma na sentença recorrida - "a natureza pública do contrato, bem como a segurança e a transparência daquilo que no seu âmbito é decidido, aconselham à formalização do acordo de resolução convencional com a fixação dos respectivos efeitos. Só que não se trata de uma forma ad substantiam mas antes ad probationem." E, porque assim, a "formalização da resolução convencional do contrato de empreitada e a fixação dos seus efeitos, sendo de todo inconveniente - até traduzindo a prática normal - não é requisito indispensável para a validade dessa convenção."

A não ser assim estar-se-ia a violar, sem fundamento razoável, o princípio da liberdade contratual.

2. 1. Analisando o caso sub judicio à luz dos princípios acabados de descrever a primeira constatação a fazer é a de que o Recorrente e a CMCP manifestaram vontade de, por acordo, resolver o contrato que os ligava e que esse propósito foi claramente expresso na correspondência trocada entre eles, em Maio de 1983, quando aquela Câmara, na sequência de deliberação da respectiva Assembleia Municipal, a propôs ao Empreiteiro e este declarou "aceitar a rescisão do contrato". E no seguimento dessa recíproca aceitação cada um indicou o volume dos trabalhos que considerava incorporado na obra na data em que esta foi suspensa e o seu correspondente valor monetário. Mas as dificuldades surgidas no tocante à regularização dessas contas, frustraram que esta matéria fosse acordada.

O que significa que a referida correspondência evidencia que ambas as partes, acordaram pôr termo ao contrato e que só as posturas contraditórias relativas à regularização das contas inviabilizaram que este aspecto fosse acordado.

Aliás, se bem repararmos, constatamos que o Empreiteiro estruturou a sua petição inicial no pressuposto que tinha havido resolução do contrato, pois que, não só não pede que se declare o contrato em vigor, como a descrição dos montantes peticionados - quer os que se referem ao pagamento trabalhos e serviços já prestados, quer os que se relacionam com o lucro que o Empreiteiro previsivelmente teria, se o contrato fosse integralmente cumprido; quer os que resultam da paralisação dos trabalhos - revela que se considera que essa rescisão ocorreu e, portanto, que já não haverá lugar ao seu cumprimento e que tudo findará com o seu ressarcimento pelos prejuízos sofridos decretado nesta acção.

Sendo assim, a conclusão a que se chega é que o Empreiteiro se colocou numa posição contraditória pois que, por um lado, fundamenta o seu pedido na resolução do contrato e sustenta que tem direito a ser indemnizado nos termos do art.º 164.º/3 do DL 48.871, norma que prevê a indemnização do empreiteiro no caso de rescisão do contrato - e, por outro, defende - sobretudo neste recurso - que a resolução não ocorreu e que o contrato se mantém válido. Ora, não é possível pedir a revogação do julgado com o fundamento na validade do contrato e de que este se mantém em vigor e, ao mesmo tempo, reclamar o pagamento da descrita indemnização com o fundamento na sua rescisão.

Tanto mais quanto é certo que se o contrato estivesse em vigor e se a sua execução fosse, ainda, possível a consequência natural e lógica dessa situação era a de que, o mesmo, devia ser cumprido.

Daí que, nesta matéria, faleça razão ao Empreiteiro.

3. Resta analisar se o Sr. Juiz a quo fez correcto julgamento quando considerou que o Empreiteiro tinha apenas direito a uma indemnização de 14.599,17 euros e, nesse convencimento, condenou a CMCP no seu pagamento.

O Empreiteiro reclamou o pagamento de uma indemnização no montante de 112.079,93 €, a qual é o somatório dos seguintes pagamentos parcelares:

- 59.766,25€ - correspondente ao saldo em seu favor relativo a trabalhos previstos e não previstos, revisão de preços desses trabalhos, materiais deixados na obra, despesas com garantias bancárias e encargo bancário decorrente de uma declaração de dívida.

- 9.587,45€ - correspondente ao lucro líquido que deixou de ganhar com a realização da empreitada;

- 42.726,23€ - referente a prejuízos com equipamento e sua manutenção e despesas com operários.

A sentença recorrida, no tocante ao primeiro daqueles montantes (59.766,25€) considerou que falecia razão ao Empreiteiro relativamente à revisão de preços - não tinha provado o direito às verbas peticionadas - aos materiais deixados na obra - já que estes continuavam a pertencer-lhe e só se consideravam adquiridos pelo dono da obra se tivessem sido nela integrados - às despesas resultantes da manutenção das garantias bancárias - apesar da resolução do contrato faltava proceder à liquidação final da obra executada e daí que assistisse ao dono desta interesse em manter a caução prestada pelo empreiteiro - mas que as suas queixas procediam parcialmente no tocante aos trabalhos imprevistos e totalmente ao encargo bancário de 1.195,88€ - decorrente da declaração de dívida efectuada pela CMCP - e, consequentemente, concluiu que ele tinha direito a ser indemnizado pelo montante de 14.459,17€ e condenou a CMCP a pagá-lo.

Relativamente à verba 9.587,45€ - correspondente ao lucro líquido que o Empreiteiro deixou de ganhar na obra - a sentença considerou que a rescisão foi feita por acordo, e que, sendo assim, e sendo que a lei nega ao empreiteiro o direito a ser indemnizado por lucros cessantes nos casos em que a rescisão decorre de caso de força maior por maioria de razão, esse direito deve ser negado ao empreiteiro quando houver rescisão por

acordo mas que este não envolva os seus efeitos. E, por isso, considerou improcedente o pedido de pagamento desta verba.

Finalmente, a sentença entendeu que não se tinham provado os quesitos relacionados com a peticionada verba de 42.726,23€ - referente a prejuízos com equipamento e sua manutenção e despesas com operários - pelo que, também nesta parte, julgou improcedente a acção.

Vejamos se ao assim decidir decidiu bem.

4. 1. No tocante ao primeiro dos pontos de divergência assinalados neste recurso - relativo à não condenação da CMCP ao pagamento das quantias de 14.011,88€ e de 10.966,81€, referentes à revisão de preços de trabalhos previstos e trabalhos imprevistos apresentadas em Dezembro de 1993 - o Sr. Juiz a quo justificou a sua decisão do seguinte modo:

"Suscita alguma estranheza que a revisão de preços referente ao 5.º auto de trabalhos previstos e de trabalhos imprevistos tenha sido efectuada apenas em Dezembro de 1993, ou seja, decorridos mais de dez anos sobre a resolução convencional do contrato. Mesmo enquadrando este facto na situação anómala de a liquidação final da empreitada se arrastar todos estes anos, o certo é que se impunha, neste caso ao empreiteiro, que tornasse certos, o mais rapidamente possível, os dados concretos da sua reclamação perante o dono da obra, de forma a permitir delimitar os contornos da divergência e abrir janelas à sua resolução. A estranheza subsiste, pois, e deveria ter sido desfeita mediante a articulação e prova de factos que nos permitissem concluir pelo direito do empreiteiro a essas verbas. Tal articulação e prova competiam ao autor - artigo 342º, n.º 1, do CC - que não as fez. Deverá, pois, e em nosso entender, improceder esta sua reclamação de pagamento".

O Empreiteiro não se conforma com este julgamento por considerar que não tendo sido feito atempadamente o encontro de contas e, portanto, perdurando a dívida da CMCP, lhe é "lícita a apresentação de revisões de preços, porque a lei o permite e é sabido que as revisões de preços se fazem em conformidade com critérios legais fixados em Portaria. Não tinha, pois, que alegar quaisquer factos, para além dos que alegou, para que estas verbas sejam consideradas em decisão do pleito."

A leitura do que se acaba de transcrever logo evidencia que o Empreiteiro litiga sem razão.

Com efeito, e muito embora seja certo que, enquanto não estiver concluída a regularização das contas, assiste ao credor o direito de apresentar as revisões de preços que considere justas e reclame o seu pagamento, também o é que a esse direito corresponde o dever de demonstrar a justiça da sua reivindicação. - art.º 342.º do CC.

Ora, o Empreiteiro limitou-se a reivindicar o direito a ser pago sem cuidar de cumprir o dever correspondente de demonstrar que, de facto, havia fundamento para a revisão de preços apresentada, isto é, sem provar os factos constitutivos do direito alegado. E, porque assim, este não lhe pode ser reconhecido.

Nenhuma censura merece, pois, o decidido nesta matéria.

4.2. Sustenta o Empreiteiro que a sentença recorrida errou quando absolveu a CMCP do pedido de pagamento da quantia de 19.127,05€, a qual se refere a materiais adquiridos para serem incorporados na obra, que nela ainda se encontram por não terem sido aplicados e que não têm outro aproveitamento senão aquele para que foram adquiridos.

Mas também aqui sem razão.

Com efeito, o Empreiteiro só poderia reivindicar o pagamento desta verba se tivesse provado que aqueles materiais foram adquiridos, exclusivamente, para a realização da obra e que, atentas as suas características, nenhum outro aproveitamento lhe podia ser dado. Se tal prova tivesse sido feita, haveria que ponderar se, nas circunstâncias dos autos, seria justo que essa verba fosse suportada unicamente pelo Empreiteiro, tanto mais

quanto era certo não ter sido ele a dar causa aos problemas surgidos na execução da empreitada e, consequentemente, a provocar a perda desses materiais.

Só que, uma vez mais, o Recorrente nada provou para além de que tais materiais - ferros, tubos de fibrocimento e outros acessórios - ainda se encontram na obra.

E era essencial demonstrar que os mesmos foram adquiridos exclusivamente para a obra e não tinham possibilidade de terem qualquer outro tipo aproveitamento, pois que só assim haveria prejuízo para ele.

Ora, isso não foi demonstrado, pelo que também aqui o Empreiteiro não conseguiu provar os factos de que dependia o êxito do seu pedido.

E se assim é, nenhuma censura merecem as considerações desenvolvidas na sentença recorrida. Isto é, de que tais materiais continuam a pertencer ao Empreiteiro, já que os mesmos só se consideram adquiridos pelo dono da obra à medida que nela vão sendo incorporados.

Improcede, também nesta parte, o recurso.

4.3. O Empreiteiro pede, ainda, que a CMCP lhe pague as quantias relativas aos encargos com as garantias bancárias que prestou no âmbito do referido contrato.

O Sr. Juiz a quo indeferiu este pedido com a seguinte fundamentação:

"Conforme se retira do conteúdo do contrato de empreitada essas garantias bancárias foram prestadas a título de caução, sendo que a função da caução é garantir o cumprimento do contrato ponto por ponto e nos prazos estabelecidos, e a sua extinção ocorrerá, em princípio, com a recepção definitiva da obra, ou seja, com a constatação, por parte do dono da mesma, de que o contrato celebrado se encontra devidamente cumprido - ver artigos 97º e 203º do DL n.º 48 871 de 19 de Fevereiro de 1969.

Ora, no presente caso, apesar de as partes terem manifestado, livremente, a vontade de "rescindir" o contrato que celebraram, o certo é que até hoje não procederam à liquidação final da obra executada. E assim sendo, continua a assistir ao dono da obra interesse legítimo em manter a caução prestada pelo empreiteiro, sendo que este seu interesse é tutelado, a nosso ver, pelas normas legais acabadas de referir."

Relativamente a esta matéria encontra-se provado que "desde o "auto judicial de embargo" da obra, a CMCP mantém em seu poder as cauções bancárias apresentadas pelo Empreiteiro, nunca as tendo cancelado, restituído, declarado extintas ou de qualquer forma libertado" e que "desde então o Empreiteiro tem vindo a pagar os encargos inerentes a tais cauções."

A prestação de caução destina-se a garantir "o exacto e pontual cumprimento das obrigações" que o empreiteiro assume no respectivo contrato - art.º 97.º/1 do DL 48.871 - sendo certo também que "feita a recepção definitiva de toda a obra, serão restituídas ao empreiteiro as quantias retidas como garantia ou a qualquer outro título a que tiver direito, e promover-se-á, pela forma própria, a extinção da caução prestada."

É sabido que, a obra que motivou a celebração do contrato de empreitada, não foi concluída e que o Empreiteiro não contribuiu para esse facto e, além disso, que, resolvido aquele, restava o acerto de contas final.

Daí que estivesse por concluir um aspecto essencial dessa resolução convencional do contrato.

E, se assim era, assistia à CMCP interesse legítimo em manter a caução prestada, uma vez que esta destinava-se a garantir o exacto cumprimento das obrigações contraídas pelo Empreiteiro e, portanto, a garantir que a Câmara, sendo credora, pudesse ver o seu crédito satisfeito. E, correspondentemente, continuou a impender sobre o Recorrente a obrigação de suportar os encargos bancários relacionados com essa.

É certo que a resolução contratual ocorreu em Maio de 1983 e até ao presente, o Empreiteiro vem suportando esses encargos. Só que nada indicia que esse facto seja da responsabilidade da CMCP.

Com efeito, o Empreiteiro litigaria com razão se tivesse alegado e provado que a não regularização das contas em tempo oportuno tivesse ficado a dever-se a comportamento obstrutivo da CMCP e, portanto, tivesse sido esta que, de má fé, tivesse contribuído para suportar mais encargos do que aqueles que, normal e razoavelmente, lhe caberiam.

Ora, tal não foi alegado.

E, porque assim também aqui falece razão ao Empreiteiro.

4. 4. Finalmente, o Empreiteiro continua a reclamar que lhe seja paga a quantia de 9.587,45€ correspondente ao lucro líquido que deixou de ganhar na obra.

Tal quantia corresponderia a um lucro mínimo de 10% sobre o saldo da diferença entre o preço da empreitada – 198.638,36€ - e o valor dos trabalhos previstos e realizados – 102.763,83€.

Neste caso ilustra-se que mesmo na rescisão amigável do contrato há que haver formalização de modo a que fiquem todos os aspectos contratuais saldados, nomeadamente as obrigações decorrentes do contrato como garantias e contas finais.

6

CONCLUSÕES FINAIS

Este trabalho não ficaria completo se não se fizesse um saldo dos assuntos que foram abordados nas páginas anteriores e que constituem no fundo a síntese da Gestão de Risco de Conflito Contratual na prestação de serviços no sector da construção.

Sabemos que a via negocial muitas vezes não é possível porque, nomeadamente quando estão em campo entidades públicas, o funcionário prefere a via do tribunal por forma a assegurar desde logo a legalidade e legitimidade das posições que assume ou porque existem incompatibilidades pessoais, porque os mandatários envolvidos não conseguem manter um diálogo positivo, ou então porque os mandatários envolvidos preferem a via litigiosa que para eles é mais rentável, pensando muitas vezes nos seus próprios interesses (o que é legítimo) e não nos interesses das entidades que representam.

Muitas vezes a mudança de interlocutor pode ser uma forma simples e eficaz de obrigar a desactivar tais fenómenos de conflito pessoal e pode também ser englobada num sentido ascendente, passando a lidar com um interlocutor mais habilitado ou com alguém que tenha mais poder ou mais importância no seio da parte negocial (upgrading) ou então num sentido descendente, passando a lidar com um interlocutor vocacionado para assuntos mais simples ou alguém que até então tenha mostrado mais relevo no seio da parte negocial (downgrading).

Quando a importância das emoções humanas influi no processo negocial, dificultando – o, é sempre um momento sensível que exige muita atenção. Uma das técnicas muito usadas é a do recurso a várias salas de negociação para manter o diálogo paralelo e, ao criar ambientes separados, os mandatários podem conseguir o consenso.

No caso de se decidir pela via litigiosa, há que manter sempre uma atitude positiva e estar preparado para o acordo, em qualquer momento do Processo.

Em Portugal tem vindo a ganhar terreno a institucionalização no seio do próprio Estado, de centros de arbitragem de conflitos, sendo cada vez mais frequente o recurso das empresas e dos particulares à mediação e à arbitragem, institucionalizados por meio de reconhecimento legal de tais atribuições a entidades diversas, muitas de âmbito associativo.

A desjudicialização da solução de litígios veio para ficar, pela presença cada vez mais frequente das figuras de mediação, conciliação ou arbitragem.

Para além destas figuras, surge também a figura dos Provedores, que são consultores que prestam aconselhamento privilegiado a uma dada instituição, no domínio de questões do âmbito técnico, no sentido de dar resposta às exposições e queixas dos particulares e ainda, sempre que possível, no sentido de levar tal instituição a dar retrospecção voluntária às pretensões dos particulares.

Um dos exemplos mediáticos é o provedor da televisão.

Na óptica empresarial existem também procedimentos que levam à minimização das conflitualidades na relação com os clientes, nomeadamente a formação do pessoal, os planos de control de qualidade, a certificação dos serviços, os planos de marketing, o estudo da concorrência, a existência de planos de satisfação – cliente, a atenção ao detalhe e desenvolvendo um sistema de informação e recompensa que lhe permitam antecipar os problemas.

É da experiência, que quanto mais cedo se resolver um conflito, mais barato ele custa às organizações, pois normalmente, o “passar do tempo” avoluma o prejuízo.

A gestão de conflito é, no seio das organizações, um trabalho a tempo inteiro, que deve ser levado com profissionalismo de modo a maximizar a rentabilidade das organizações e a sobrevida destas, no mercado altamente competitivo dos nossos dias.

Junho de 2009

7

BIBLIOGRAFIA

- [1] André Bonhomme, *Guide pour l'établissement des projets de Bâtiments*. Editions Le Moniteur, Paris, 1992.
- [2] Associação Portuguesa de Arbitragem, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Almedina, Coimbra, 2008.
- [3] Bill Scott, *A arte de negociar*. Biblioteca de Gestão Moderna, Lisboa, 1990.
- [4] Christine Mérot, *Le Montage d' opérations immobilières*. Le Moniteur, Paris, 1992.
- [5] Diogo Freitas do Amaral et al , *Aspectos Jurídicos de Empreitada de Obras Públicas*. Almedina, Coimbra, 2002.
- [6] Jacques Armand, *Guide Construction*. Le Moniteur, Paris, 1993.
- [7] James R. Franklin, *Architect's Praticice Manual*. McGraw – Hill, Quebec, 2000.
- [8] Jorge Andrade Silva, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*. Almedina, Coimbra, 2006.
- [9] José Crespo de Carvalho, *Negociação*. Edições Sílabo, Lisboa, 2008.
- [10] Philippe Bloch, *Serviço Incluído*. Monitor, Paris, Março 1990.
- [11] Roger Fisher e Danny Ertel-, *Como Conduzir uma Negociação*. Lua de Papel, Alfragide, 2008.
- [12] Vieira de Almeida e Associados, *Código dos Contratos Públicos*. Almedina, Coimbra, 2008.