

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA | CÍVEL

Acórdão

Processo

666/15.7T8AGH.L1-6

Data do documento

2 de junho de 2021

Relator

Adeodato Brotas

### DESCRITORES

Empreitadas de obras públicas > Aplicação supletiva > Vistoria > Recepção tácita > Denúncia dos defeitos

---

### SUMÁRIO

1-A realização oficiosa de diligências probatórias, pela 1ª instância ou pela Relação, para o esclarecimento da verdade, não se deve traduzir numa gratuita substituição das partes, antes devendo ser assumida com vista a obviar dificuldades insuperáveis ou assaz excessivas e após esgotados os meios de que a parte disponha para esse efeito. Trata-se, assim, de uma intervenção subsidiária por parte do tribunal, por isso, não é susceptível de despoletar esse poder assistencial do juiz uma qualquer falta de diligência ou de empenho no cumprimento de ónus de proposição de prova documental: só a dificuldade séria e justificada de obtenção de documento pela parte permite que o juiz a substitua.

2-Caso o dono da obra não seja nenhuma das entidades referidas no artº 3º nº 1 do Código dos Contratos Públicos, é aplicável à empreitada o regime dos artºs 1207º e segs do Código Civil, o que não obsta a que as partes, no âmbito da liberdade contratual, possam acordar na aplicação supletiva de normas do Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas, DL 55/99, ainda que revogado. Porém a aplicação supletiva dessas normas não retira à empreitada a natureza de empreitada de direito civil.

3-Se a dona da obra, apesar de ter sido estipulada a aplicação supletiva do DL 59/99, não procedeu, com a anuência do empreiteiro, à vistoria nem à recepção provisória da obra, entrando logo na respectiva posse e passando a utilizá-la para a finalidade para que foi construída, ocorre recepção tácita da obra pelo dono da obra, significando que, face a esse acordo posterior, ainda que verbal, as partes afastaram a aplicação do regime supletivo, do DL 59/99, que haviam estabelecido quanto à recepção provisória, à recepção definitiva e ao regime da denúncia dos defeitos, passando a aplicar-se o regime do CC estabelecido para o contrato de empreitada, o que é válido face ao que dispõe o artº 221º nº 2 do CC.

4-Assim, em face da aplicação do regime do CC, o dono da obra deve denunciar os defeitos da obra, ao empreiteiro, no prazo de um ano a contar da sua descoberta e, deve requerer a eliminação desses defeitos

no ano seguinte à denúncia, sob pena de caducidade do direito a essa eliminação dos defeitos (artº 1225º n.ºs 2 e 3, 1221º n.º 1 e 1224º n.º 1 do CC).

5- E o direito do dono da obra à eliminação dos defeitos, na falta de reparação voluntária pelo empreiteiro após a denúncia, deve ser exercido mediante instauração de acção judicial sob pena de caducidade dos seus direitos (artº 1224º n.º 1 do CC) e não mediante simples interpelação extrajudicial.

6-E o mesmo se diga em relação ao direito à redução do preço: está sujeito a prazo de caducidade se não for exercido dentro de um ano após a aceitação com reservas, ou da recusa de aceitação, ou da denúncia de defeitos. De resto, este prazo de um ano mantém-se também para a hipótese de empreitada de imóveis destinados a longa duração.

7-Invocados danos na imagem da autora, dona da obra, em consequência dos defeitos de execução da obra, integram esses danos responsabilidade contratual do empreiteiro e, por isso, o exercício do direito à respectiva indemnização está sujeito ao prazo de caducidade de um ano nos termos gerais do artº 1224º n.º 1 do CC.

(Sumário elaborado pelo Relator).

## TEXTO INTEGRAL

**Acordam na 6ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa:**

### **I-RELATÓRIO.**

**1-J - Apartamentos Turísticos, Lda instaurou acção declarativa, com processo comum, contra NMM e mulher, SLAM, pedindo:**

**A título principal:**

**1-A condenação dos réus a efectuarem no empreendimento JM, no prazo de 30 dias, todas as obras necessárias:**

**a)-Á eliminação e reparação dos defeitos referidos nos artigos 21º e 22º, da forma indicada no artigo 30º ou a que melhor for indicada pela peritagem a efectuar;**

**b)-Á substituição de toda a caixilharia exterior em alumínio por Technal com as características indicadas no projecto;**

**c)-Á substituição da telha de cobertura, caso se venha a apurar na peritagem que a mesma não**

é advance lusa ref<sup>a</sup> 030...10... do U... M..., com garantia de 35 anos;

**Subsidiariamente:**

**2-Caso não sejam eliminados os defeitos no prazo fixado, sejam os réus condenados a verem o preço da empreitada reduzido e a pagar à autora a quantia de 156 425,24€, valor acrescido do que vier a ser liquidado em execução de sentença para o caso de não ser suficiente para a eliminação dos defeitos referidos, bem como no caso de se provar que a telha da cobertura não é a que consta do projecto, devendo neste caso ser ainda condenados no pagamento do valor que se apurar como necessário para a substituição de toda a telha, tudo acrescido dos juros de mora, à taxa legal, até efectivo e integral pagamento;**

**Em qualquer dos casos, sejam os réus condenados a pagar à autora:**

**3-15 000 € a título de danos morais;**

**4-O que se vier a apurar em liquidação da sentença pelo tempo que o empreendimento estiver encerrado para a realização das obras.**

**Alegou, em síntese, que celebrou contrato de empreitada com o 1º réu para construção de um empreendimento turístico em 15/02/2009, pelo valor de € 699.612,91, obra que teria o fim previsto em 1/03/2010, mas que foi prorrogado até 30/07/2010, e que foi integralmente paga pela Autora.**

**Invocou que a obra em causa apresentou defeitos que foram reparados pelo 1º réu em 2012 e 2013, mantendo-se, ainda, a existência de defeitos no edifício da recepção e nos 10 apartamentos, os quais são resultantes do não cumprimento das regras de construção, atendendo à localização da obra, e da não aplicação das técnicas e materiais previstos no contrato.**

**Sustentou que a reparação dos defeitos existentes na área da recepção custará 18 000 €, que a reparação dos defeitos existentes em cada um dos apartamentos custará 4 500€, que a substituição dos alumínio instalados importará um custo de 93 425,24€ e que, caso se comprove a sua desconformidade com o contratado, poderá ser necessário proceder-se à substituição da telha, mais tendo a situação em causa provocado danos morais à autora, por estar em causa empreendimento turístico, que recebeu turistas que apresentaram inúmeras queixas derivadas dos defeitos existentes, danos cujo valor computa em 15 000€.**

**Alegou ainda que a 2ª ré é mulher do 1º réu e estar em causa a actividade comercial deste, exercida em proveito comum do casal, também é responsável pelo pagamento das quantias em causa.**

**2-Citados, os réus contestaram.**

**Além de impugnarem os factos, alegaram que a acção se encontra proposta intempestivamente, ocorrendo a prescrição, por a obra ter sido aceite sem reservas em 30/07/2010 e a acção ter dado entrada em 1/07/2015, verificando-se a citação dos réus apenas a 6/08/2015, por motivo imputável à autora que não fez qualquer pedido de citação prévia**

**urgente.**

**Sustentam, por outro lado, que a autora não invoca que denunciou os defeitos em discussão nos autos e pediu a sua eliminação, sendo que, de facto, houve comunicações da autora ao réu de alguns defeitos, os quais há muito são conhecidos, tendo, inclusive, havido troca de correspondência para esse efeito e nunca tendo o réu assumido que repararia quaisquer defeitos, sendo que, desde a última das comunicações existentes entre a autora e o réu, datada de 29/04/2014, passou mais de um ano até à propositura da acção, pelo que se verifica a excepção de caducidade.**

**Afirmam que não existem os defeitos apontados, que na construção que o réu marido levou a cabo foram observadas todas as regras e saberes técnicos e que a obra foi executada de acordo com o convencionado, tendo a autora feito uso da obra desde 30/07/2010, data em que lhe foi entregue e esta recebeu sem reserva, sendo que se existirem problemas de construção estes são originados pelo projecto de arquitectura, facto para o qual o réu alertou a autora, ou são relacionados com a má manutenção e limpeza do espaço. Invocam, ainda, que o réu marido reparou pequenas fissuras e pontos de humidade nos anos de 2012 e 2013, não tendo, contudo, desde então, efectuado mais trabalhos no local.**

**Mais referem que, apesar de existir uma subempreitada do réu tudo o que se relacionou com electricidade foi tratado directamente pela autora com o executante dos trabalhos JC, limitando-se o réu a facturar os trabalhos.**

**No que tange aos alumínios e telha utilizados, afirmam os réus que os primeiros não só foram aceites pelos representantes da autora, como são da marca Domal, equivalente ao convencionado, por se tratar de alumínio do mesmo grupo e feito na mesma fábrica, e que a segunda corresponde à telha convencionada.**

**Mais sustentam os Réus que a obra foi sempre fiscalizada e todos os materiais foram aprovados pelo Engenheiro da obra, pelo Arquitecto e pelos representantes da autora.**

**Concluem não ter de reparar ou substituir o que quer que seja e, conseqüentemente, não serem responsáveis pelo ressarcimento de quaisquer danos ou prejuízo sofridos pela autora, tanto mais que a obra está a ser utilizada para o fim a que se destinou e tem recebido elevadas avaliações no que tange à qualidade das instalações.**

**3-Nos termos do artº 3º nº 4 do CPC, veio a autora sustentar que está em causa nos autos uma empreitada de obra pública, nos termos do DL 59/99, não sendo, por via disso, aplicáveis as regras civis do contrato de empreitada, bem como que não lhe é imputável qualquer atraso ou demora na citação.**

**Mais sustentou que nunca aceitou provisoriamente a obra, porque não aceitou as caixilharias de alumínio, pinturas, revestimentos e cobertura, sendo que a obra foi recebida parcialmente, por ter os mencionados defeitos, alguns dos quais, inclusive, foram reparados, ainda que de forma insuficiente, pelo réu.**

**Invocou, por fim, só em 2015 ter descoberto a desconformidade nos alumínios, sendo os**

mesmos inadequados, e nunca tendo o Réu enviado à Autora o certificado destes.

4 - Realizada a audiência prévia, foi proferido despacho saneador, identificado o objecto do litígio, enunciados os temas da prova, bem como admitidos os meios de prova, tendo, após realização de perícia, sido designada datas para a realização da audiência final.

5- Procedeu-se à audiência final e foi proferida sentença, datada de 23/09/2020, com o seguinte teor decisório:

**“V.- DECISÃO**

Pelo exposto, em face das considerações expendidas e ao abrigo do disposto nas normas legais citadas, decide-se julgar totalmente improcedente a presente acção instaurada por J - APARTAMENTOS TURÍSTICOS, LDA., e, em consequência, absolver os Réus NMM e SLAM, relativamente aos pedidos formulados.

**Custas pela Autora.”**

6-Inconformada, a autora interpôs o presente recurso, formulando as seguintes CONCLUSÕES:

**A- DA IMPUGNAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO PROVADA NA SENTENÇA:**

1.-Os Apelantes impugnam, nos termos do art.º 640º do CPC, a decisão que recaiu sobre a matéria de facto constante dos pontos XXXI, XXXV, XLIV, XLVI, XLVII e XLVIII dos Factos Provados e a constante das alíneas g) e bb) dos Factos Não Provados, por os considerar, salvo o devido respeito por opinião contrária, incorretamente julgados, desajustados das regras da experiência comum e dos demais elementos de prova dos autos, que são suficientes para que, uma vez considerados, outra tivesse sido a decisão proferida sobre a matéria de facto e de direito.

**- Facto Provado XXXI:**

2.-Em relação ao FP XXXI o Tribunal nunca poderá dar como provado que a Autora recebeu a obra, pois nunca a recebeu nem aceitou. Afirmar que a Autora “começou a utilizá-la para receber turistas” não significa de todo que a tenha recebido. Aliás, a falta de receção da obra é a principal causa de pedir da Autora nesta acção. Como provado na sentença em XII “não foi elaborado auto de receção provisória nem de receção definitiva”.

3.-Neste investimento concreto, “a autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDER” (XLVIII), sendo o remanescente com empréstimo bancário, e nesta medida, tem que contratar os funcionários e iniciar a atividade logo que os apoios sejam concedidos, sob pena de ter que devolver os apoios concedidos.

Portanto tem mesmo que iniciar a atividade e receber turistas independentemente de ter aceite a obra ou não.

4.-Antes e após a Autora ter começado a receber turistas, pessoalmente, por telefone e por escrito solicitou por diversas vezes ao Réu os certificados dos equipamentos e materiais que instalou, nomeadamente relativos às caixilharias de alumínio, pinturas e revestimentos para

aferir da sua conformidade, sendo que o R nunca os entregou, como se confirma pelos múltiplos anexos juntos pelo Réu na contestação que em nada são relacionados com o equipamento e material instalado na obra.

**5.-Os documentos da DOMAL apenas faziam referência a certificados de vãos instalados em 01-06-2004 em qualquer outro local ou obra e com outras quaisquer dimensões, diferentes do fornecido (doc. 16 da contestação).**

**6.-A testemunha SS, minuto 20:00 e segs supra transcrito, não tem qualquer credibilidade, pois, para além de demasiado recordado e alinhado com o patrão (empresa dos RR), apenas indica o envio da documentação relativa às caixilharias de alumínio que consta dos anexos à contestação. Mas, concretamente em relação às caixilharias aplicadas na obra dos JM, no concelho da ..., nunca existiu nem existe qualquer documento.**

**7.-Perante a reclamação da A, o R dizia sempre que iria enviar outros documentos da caixilharia de alumínio, mas até hoje não apareceu este bilhete de identidade das caixilharias que a peritagem junta aos autos e Factos Provados XX, XXI, XXII, demonstram que é impossível a caixilharia instalada, mesmo que a DOMAL, emitir a certificação dos vãos, pois a espessura do perfil é inferior ao adequado e ao projectado (vide declarações de VM - Minuto 37:50 e segs - e anexos à contestação).**

**8.-Ora, a A não recebeu nem aceitou estes materiais e equipamentos, daí que não tenha havido a receção provisória ou definitiva prevista no contrato de empreitada, assinado pelo Réu.**

**9.-Pelo exposto, o Facto Provado XXXI deverá ter a seguinte redação:**

**“Após a conclusão da obra referida em X., a Autora começou a utilizá-la para receber turistas”.**

**- Facto Provado XXXV:**

**10.-Em relação ao FP XXXV o Tribunal nunca poderá dar como provado que “O Réu, por comunicação de 10 de Dezembro de 2013, comunicou ao Autor que não assumia qualquer responsabilidade pelas situações em causa”**

**11.-Este facto foi considerado provado tendo por base o artigo 36.º da Contestação, o qual junta um doc 3 (comunicação de 10 de Dezembro de 2013), do qual não se infirma tal conclusão. O Tribunal “a quo” retira uma conclusão de um documento, cujo conteúdo é que será factual. Aliás, no final da primeira página o R afirma “estou disponível naturalmente para resolver as questões de obra que são da minha responsabilidade”, pelo que poderia o conteúdo do facto provado ter apenas este excerto da carta do R.**

**12.-Aliás, a expressão utilizada pelo Réu na carta de 10 de Dezembro de 2013, que foi considerada pelo Tribunal, está relacionada apenas com atos de subempreiteiros, designadamente dos sistemas elétricos, de comunicações e TVs (subempreiteiros), sobre os quais o R afirma que “não assumia qualquer responsabilidade pelas situações em causa”, quando o caderno de encargos (doc 2 da resposta à contestação, pág 4/24) determina que “A responsabilidade de todos os trabalhos incluídos no contrato, seja qual for o executor, será sempre do empreiteiro...”.**

**13.-Entende a Autora que este FP deverá conter a transcrição integral do documento 3 da**

contestação do Réu, pelo que o Facto Provado XXXV deverá ter a seguinte redação: “O Réu, por comunicação de 10 de Dezembro de 2013, comunicou ao Autor o seguinte: “Como os sócios e gerência dessa empresa bem sabem, a garantia de uma obra de construção civil resulta da lei pelo que o empreiteiro não poderá desonerar-se unilateralmente da garantia.

A afirmação proferida na reunião de 30 de setembro de 2013 diz respeito a questões relacionadas com a obra que não são da minha responsabilidade. Uma coisa são defeitos que resultam da intervenção direta ou indireta de terceiros que não o empreiteiro. Como também, não sou responsável pela deficiente utilização que os clientes do empreendimento turístico fazem do equipamento nele instalado.

Estou disponível naturalmente para resolver as questões de obra que são da minha responsabilidade.

No que respeita à distribuição do sinal de televisão, a instalação realizada na obra para esse fim foi aquela que foi acordado instalar.

Assim, se a instalação não satisfaz o que essa empresa agora pretende, tal não resulta de culpa do empreiteiro””.

- Factos Provados XLIV:

14.-Em relação aos FP XLIV e o Tribunal nunca poderá dar como provado que “Todos os trabalhos de empreitada desde o seu início até findarem foram acompanhados em permanência pelo Engenheiro responsável pela obra indicado pela Autora, MJC, e pelos representantes da Autora, VM e FM, sendo que este último praticamente todos os dias se deslocava à obra (artigo 56.º, da Contestação)”

15.-Tudo o vertido no Facto Provado XLIV não corresponde à verdade.

Nunca existiu acompanhamento da obra em permanência por ninguém, muito menos pelo Engenheiro MJC, e pelos representantes da Autora, VM e FM. O empreiteiro tinha apenas que cumprir o previsto no caderno de encargos, peças desenhadas e escritas e contrato. Ninguém aceitou nada que não obedecesse a estes documentos, estando a Autora ainda a aguardar que o R apresente os certificados da conformidade das tintas e das caixilharias de alumínio. Em relação às coberturas, embora o R nunca tenha apresentado o respetivo certificado, só a peritagem veio confirmar ser a telha a mesma que está no projeto, pelo que esta questão ficou ultrapassada apenas por esta via.

16.-O próprio Réu NMM, na audiência de julgamento, no dia 24-04-2018, entre as 09:47H e as 10:59H, a partir do Minuto 02:46, afirma “Só tive uma reunião com o Sr V, com o Sr Arquiteto e com o Eng responsável pela obra, no primeiro dia de obra. Daí em frente só tive contatos com o Sr FM e o Sr Eng C. O Sr VM só apareceu no último mês de obra”

17.-O sócio gerente da Autora, VM, (gravação de 24-04-2018, das 11:00H até 12:01H), afirma no Minuto 03:50 e segs, após o Mº Juiz “a quo” ter questionado se, pelo facto do declarante ser da Horta (de outra ilha) era o irmão FM que acompanhava a obra todos os dias, VM responde: Todos dias não pode ser porque ele tem o seu trabalho e vive na ... (extremo oposto da ilha ...). Tenho a certeza que ele não ia lá todos os dias. Por ele não poder ir lá é que contratamos um

fiscal.

**18.-Vejamos então o que diz este fiscal, testemunha do Réu, Eng MJC (gravação de 24-04-2018, das 15:34H até 16:15H), que há largos anos presta serviços à empresa dos Réus: Minuto 7:50H e segs:**

**Adv dos Réus, Dr MGP (MGP): o senhor acompanhou a obra do início até ao fim?**

**MC: Exato.**

**MGP: com que frequência o Sr Eng ia à obra?**

**MC: Pelo menos 1 ou 2 vezes por mês. Não era um acompanhamento diário.**

**MGP: o que é que o senhor fazia?**

**MC: Ia lá ver a obra. Esclarecia o empreiteiro de algumas dúvidas.**

**19.-Ou seja, o próprio fiscal afirma que não faz um acompanhamento permanente da obra, nem sequer semanal, que apenas lá ia esclarecer alguma dúvida do empreiteiro, o qual nunca questionou previamente sobre os materiais que iria aplicar (vide declarações desta testemunha a Minuto 29:40H e segs) e vem o Tribunal, contra toda a prova produzida, dar como provado o seu contrário...**

**20.-O facto de FM (bancário que reside e trabalha no extremo oposto da ilha ...) e do VM (professor, que reside e trabalha na ilha ...) se deslocarem à obra, com mais ou menos frequência, não significa que estejam a fazer um acompanhamento técnico da obra, pois não têm quaisquer habilitações ou conhecimentos para o efeito. Daí que a A tenha contratado o fiscal Eng MC.**

**21.-Pelo exposto, FP XLIV deverá ser alterado e conter a seguinte redação:**

**“Os trabalhos de empreitada foram acompanhados pelo Engenheiro responsável pela obra indicado pela Autora, MJC, que passava na mesma pelo menos uma ou duas vezes por mês”.**

**- Factos Provados XLVI e XLVII:**

**22.-Em relação ao FP XLVI o Tribunal nunca poderá dar como provado que “A colocação de alumínios da marca Domal na obra foi autorizado pelos representantes da Autora (VM e FM) e pelo engenheiro da obra MC (artigo 96.º, da Contestação)”.**

**23.-Em relação ao FP XLVII o Tribunal nunca poderá dar como provado que “Nada foi colocado na obra sem autorização do dono da obra (artigo 112.º, da Contestação)”.**

**24.-Na impugnação destes pontos da matéria assente na sentença é válida a impugnação referida nos pontos 15 a 20 destas conclusões, pelo que aqui se consideram reproduzidas.**

**25.-O Engº MC (único que fez acompanhamento da obra) deslocava-se à obra esporadicamente, mas nunca foi para verificar qual o material que estava a ser colocado ou que iria ser colocado. Todo o material estava sobejamente descrito nas peças escritas e desenhadas do projeto e no caderno de encargos que estavam na posse do R.**

**26.-Recorde-se as declarações do Engº MC, a partir do Minuto 29:40H:**

**RV: conheceu o projeto de arquitetura e especialidades?**

**MC: sim.**

**RV: Pela experiência que tem, este projeto era dos mais pormenorizados ou**

era só um esboço?

**MC: o projeto tem pormenorização suficiente.**

**RV: o empreiteiro quando ia encomendar materiais, não ia perguntar a si?**

**MC: Não. Não precisa.**

**RV: Então, em relação aos alumínio, o Sr só soube que não era tecnal e que era de outra marca depois de eles estarem lá?**

**MC: Sim. Sim. E depois do Sr. VM ter levantado esse problema.**

**RV: Já eles estavam aplicados?**

**MC: Exato.**

**RV: E todas as explicações que o Sr passou ao Sr VM foram as explicações que o Sr NMM?**

**MC: Exato.**

**27.-A empreitada foi suportada por projetos de arquiteturas e especialidades que foram sempre do conhecimento do recorrido. Porque razão um empreiteiro carece de autorização do dono da obra para colocar nesta o que está previsto no caderno de encargos, projeto e contrato? “A etiologia de um contrato de empreitada está na obrigação assumida pelo empreiteiro de realizar - prestação de facere - uma obra, segundo um plano e com características previamente definidas no conteúdo contratual acordado com o dono da obra” - Ac STJ de 08-05-2012, Proc104/2002.L1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**

**28.-Em relação às caixilharias de alumínio, bem como em relação aos demais materiais e equipamentos instalados na obra, as suas características (espessuras das estruturas e dos vidros e acessórios) estavam definidas de forma clara no caderno de encargos e nas peças escritas e desenhadas (doc. 7 do PI), e seriam da marca Technal ou equivalente, competindo ao empreiteiro provar esta equivalência com a apresentação da ficha técnica do produto, o que nunca aconteceu e que apenas se veio a provar a desconformidade pela peritagem colegial (Factos Provados XIV.8, XV.7, XX, XXI e XXII).**

**29.-Depois das estruturas das caixilharias terem sido executadas em fábrica (um fornecedor do empreiteiro do continente português que já morreu, conforme declarado pelo R NMM), ninguém pode aferir em obra quais as características das mesmas. Tal só era possível serrando as caixilharias e vidros ou desaparafusando na zona de corte dos perfis, mas tal iria danificar o tratamento da zona de corte dos perfis (que afinal veio a peritagem destes autos confirmar a “falta de tratamento adequado na zona de corte dos perfis” (FP XVI.4).**

**30.-Recorde-se o referido pelo R NMM, em declarações de parte, Minuto 53:15 e segs:**

**RV: porque é que achava que a caixilharia de alumínio da Domal é equivalente ao que estava no projeto?**

**N: eu não acho nada. Tenho um fornecedor. Eu mandei para lá numa carta, mandei tudo certinho. Ele enviou fichas técnicas e enviei por e-mail para o Sr VM. Ele se não abriu foi porque não quis.**

**Minuto 54:13 e segs:**

**RV: Então, onde está essa aprovação do dono da obra?**

**N: E onde está a aprovação das outras coisas todas?**

**RV: Então não há aprovação?**

**N: Está aprovado por um engenheiro (está a referir-se ao Eng<sup>o</sup> C, mas este disse que só soube das caixilharias depois de estarem instaladas e depois da questão ter sido levantada pelo VM).**

**RV: Onde está essa aprovação?**

**N: O Sr que pergunte a ele. Minuto 55:30 e segs:**

**RV: Ninguém falou em trincos. Estamos a falar na espessura do alumínio, que a peritagem diz que é inferior ao que está no projeto?**

**N: Cortaram o alumínio para ver?**

**RV: os peritos foram lá ver.**

**N: a espessura do alumínio são as paredes do alumínio. Não há perito nenhum que veja isso. Só “esquengalhando”, cortando o alumínio. Em sítio nenhum está lá a amostra para se saber a espessura do alumínio... (contrariando a testemunha SS, que teve o desplante de afirmar que foi entregue amostra ao dono da obra)**

**31.-Errou a sentença quando refere que o depoimento da testemunha do Réu, SS, (gravação de 31-10-2018, das 09:14H até 10:20H) é credível. O depoimento desta testemunha é demasiado estudado e fluente para os longos anos já passados entre a obra e a audiência de julgamento, sendo que é prestado cerca de 4 meses depois do depoimento das restantes testemunhas e partes, pelo que esta questão deveria ter sido tomada em conta pelo Tribunal.**

**32.-O SS era o funcionário do escritório do R só durante uma parte da obra, sendo que inicialmente apenas foi lá “um ou dois fins-de-semana por mês” (decls SS Minuto 02:40H e segs) e no mais estava no escritório. “Deixei de trabalhar na primeira fase em maio de 2010. Depois voltei a trabalhar em 2014 para a empresa” (decls SS).**

**33.-A testemunha confirmou que enviou a documentação junta com a contestação, sendo que a mera leitura da mesma revela que se tratam de documentos que em nada estão relacionados com o material efetivamente aplicado na obra. Aliás, aquando do envio destes documentos falsos já os materiais estavam aplicados em obra.**

**34.-O depoimento da testemunha SS é falso e incrível quando afirma que tudo foi colocado na obra com autorização do dono da obra, mas tal é contrariado pelo Eng<sup>o</sup> C e pelas declarações de parte de VM e, principalmente, do próprio R NMM.**

**35.-Pelo exposto, os Factos Provados XLVI e XLVII, deverão conter a seguinte redação:**

**Facto Provado XLVI: “A colocação de alumínios da marca Domal na obra não foi autorizado pelos representantes da Autora (VM e FM) nem pelo engenheiro da obra MC, sendo da iniciativa do empreiteiro segundo orientação do seu fornecedor”.**

**Facto Provado XLVII: “Tudo foi colocado na obra pelo empreiteiro sem autorização do dono da obra” ou “Tudo foi colocado na obra pelo empreiteiro sem o conhecimento prévio do dono da obra”.**

**- Facto Provado XLVIII:**

**36.-Em relação ao FP XLVIII o Tribunal nunca poderá dar apenas como provado que “A autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDER” e depois dar como Não Provado, em bb), que “O apoio referido em XLVIII corresponde ao empreendimento turístico referido em II”.**

**37.-Este entendimento do juiz “a quo” é contrário às provas existentes nos autos, à lei e às regras da experiência comum, pois todas indicam que o apoio referido em XLVIII corresponde ao empreendimento turístico referido em II (empreitada de construção do empreendimento turístico “JM” da “J - Apartamentos Turísticos, Lda”, sito na ... - Facto Provado I), financiado pela Secretaria Regional da Economia do Governo Regional dos Açores no âmbito do Proc SIDETP 074-4/2006.**

**38.-Declarações do Réu NMM 01:57:**

**Juiz: Sr NMM sabe que obra estamos aqui a falar?**

**Nelson: sei sim senhor**

**Juiz: que obra é essa?**

**Nelson: JM.**

**Juiz: Foi o Sr que fez isso?**

**Nelson: Foi sim senhor.**

**Minuto 50:00 e segs:**

**RV: Estando isso tudo assente, disse que depois de concluída a obra a questão da faturação tinha que ser faturado por aquilo ser um projeto de investimento com apoios. Portanto os pagamentos tinham que ser feitos por causa dos prazos do projeto de investimento. Confirma isto?**

**N: Sim senhor.**

**39.-Declarações do sócio gerente da Autora, VM, Minuto 1:15H:**

**Juiz (J): sabe porque estamos aqui hoje? Por causa de uma empreitada?**

**VM (V): Sim. Sim**

**J: Uma obra que foi feita onde?**

**V: Na ....**

**40.-Os documentos 7, 8 e 9 anexos à resposta à contestação, os quais não foram impugnados pelos RR, são suficiente prova de que “o apoio referido em XLVIII corresponde ao empreendimento turístico referido em II”.**

**41.-O doc 7 é o despacho do Governo Regional (Secretaria Regional da Economia) nº 1258/2007, de 18 de dezembro, que concede o apoio à “J - Apartamentos Turísticos, Lda” (representada por VM e LM), no âmbito do processo de candidatura nº 074-4/2006, para execução na ..., para construção e instalação do alojamento turístico, num investimento de € 974.508,50, apoiado em 55% do investimento pelo “Sistema de Incentivos para o Desenvolvimento Regional dos Açores (SIDER)”;**

**42.-O doc 8 é o ofício de 23-03-2010 da Secretaria Regional da Economia que concede a “prorrogação do prazo para conclusão do investimento, relativo ao processo identificado em**

assunto (Processo SIDETP<sup>o</sup>074- 4/2006), para 30 de junho de 2010”;

43.-O doc. 9 são duas faturas emitidas pelo R NMM, dirigidas à A, com o carimbo de entrega na Secretaria Regional da Economia no âmbito do Processo de candidatura 074-4/2006;

44.-Acresce que o doc 1 da PI, o contrato de empreitada celebrado entre A (representada por VM e LM) e R NMM, é para a construção do empreendimento turístico “JM”, na ..., ilha...

45.-O Tribunal “a quo” ao considerar como Não Provado, em bb), que “O apoio referido em XLVIII corresponde ao empreendimento turístico referido em II”, para além de não considerar a prova acima referida, como devia por força do art 413<sup>o</sup> do CPC, está a violar o disposto nas alíneas a) e b) do n<sup>o</sup> 2 do artigo 5<sup>o</sup> do CPC, que atribuem ao tribunal um poder/dever de considerar dos factos instrumentais e complementares para concretização dos factos que as “partes hajam alegado e resultem da instrução da causa”.

46.-Aliás, nos termos do Artigo 411.<sup>o</sup> CPC, “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

47.-Ora, caso o Juiz “a quo” tivesse alguma dúvida, deveria solicitar os devidos esclarecimentos no próprio processo ou na audiência de julgamento, sob pena estar a violar um dos pilares da reforma do NCPC de 2013, pois o juiz passou a ter o dever de contribuir para a descoberta da verdade material.

48.-Aos poderes de cognição do tribunal, enunciados nos artigos 5<sup>o</sup> e 411<sup>o</sup> CPC, acresce o poder/dever de reabrir a audiência de julgamento se não se julgar suficientemente esclarecido” e ordenar “as demais diligências que entender” (art 607<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, do CPC), o que aliás também poderá ser realizado em sede de recurso (art 662, n<sup>o</sup> 1, CPC), tudo em nome da descoberta da verdade material.

49.-No caso concreto, se o juiz tivesse alguma dúvida (o que seria impossível considerando a prova existente nos autos) poderia solicitar a prova que entendesse, para a demonstração do alegado, sob pena de violar o disposto nos artigos 5<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 2, alíneas a) e b), 411<sup>o</sup>, 413<sup>o</sup> e 607<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, todos do CPC.

50.-Pelo exposto o facto bb) dos factos não provados deverá ser eliminado destes e apenas ser considerado provado o FP XLVIII, com a seguinte redação:

“No empreendimento turístico referido em I e II a autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDER”.

#### **FACTOS NÃO PROVADOS A IMPUGNAR:**

51.-Estando no ponto anterior tratada a questão do facto não provado bb), resta referir que não poderia a sentença considerar como não provado na totalidade que “g) Os rebocos, revestimentos, tintas, alumínio e coberturas aplicados não cumprem o definido para a execução da obra (artigo 24.<sup>o</sup>, da Petição Inicial)

52.-Se pode ser admissível que não se considere não provado que os rebocos, revestimentos, tintas e coberturas aplicados não cumprem o definido para a execução da obra, já não é de

todo admissível que o mesmo se diga em relação aos alumínio, pois os Factos Provados XX, XXI e XXII, bem como o relatório pericial (perícia colegial), provam precisamente o contrário, que as caixilharias de alumínio aplicadas são de qualidade e espessura inferiores aos previsto no projeto inicial.

53.-Pelo exposto, a alínea g) dos factos não provados deverá ter a seguinte redação: “g) Os rebocos, revestimentos, tintas e coberturas aplicados não cumprem o definido para a execução da obra (artigo 24.º, da Petição Inicial)

54.-Em suma, na feitura da sentença o Tribunal “a quo” não considerou todas as provas produzidas, deixando mesmo de se pronunciar sobre questões que deveria apreciar, pois se o tivesse feito teria fixado a matéria de facto constante dos pontos XXXI, XXXV, XLIV, XLVI, XLVII e XLVIII dos Factos Provados e a constante das alíneas g) e bb) dos Factos Não Provados, nos moldes acima requeridos, violando o disposto nos artigos 5º, nº 2, 411º e 413º, todos do CPC, pelo que a mesma deverá ser alterada em conformidade por esse Tribunal da Relação de Lisboa.

#### **B - RECURSO SOBRE A DECISÃO RELATIVA À MATÉRIA DE DIREITO:**

55.-Mesmo sem alteração da matéria de facto, O QUE NÃO SE ADMITE, a sentença recorrida deveria sempre considerar procedente a ação, condenando sempre os Réus nos pedidos formulados. Passamos a analisar as mesmas questões que a sentença identificou como “questões que ao Tribunal cumpre solucionar”:

I-Apurar qual o regime legal aplicável ao negócio jurídico celebrado entre a Autora e o 1.º Réu:

56.-A recorrente nem entende o motivo desta questão e muito menos compreende a resposta dada à mesma na sentença que, sem qualquer fundamento, e em contradição com os documentos juntos aos autos e com a Lei, conclui pela aplicação do regime jurídico da empreitada vertido no Código Civil (CC). A sentença errou porque:

57.-A empreitada foi precedida de concurso segundo as regras estabelecidas para os contratos de empreitadas de obras públicas nos termos do DL 59/99, de 2 de março, sendo este o diploma aplicado neste caso, mesmo que revogado (docs 1, 2 e 3 da resposta da Autora à contestação).

58.-Programa de concurso, caderno de encargos, anúncio do procedimento, esclarecimentos de dúvidas e omissões das peças do procedimento, adjudicação, aprovação da minuta do contrato, contrato e pedido do empreiteiro de prorrogação do prazo da execução da obra, foram todos determinados e celebrados entre as partes nos termos do DL 59/99, de 2 de março, sem qualquer objeção.

59.-O contrato de empreitada (FP II foi acordado, e assinado, entre as partes), nos seus pontos 7, 8 e 9 é claro que as partes se submetem ao DL 59/99, de 2 de março, mesmo que revogado (ponto 25 do programa do concurso - (doc 1 da resposta da Autora à contestação), “renunciando a todo o benefício ou direito que de qualquer modo os possa limitar, restringir ou anular”.

**60.-A interpretação do Tribunal “a quo” é uma verdadeira violação do princípio da liberdade contratual, prevista no artigo 405º do CC, que determina que “as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (nº 1 do artigo 405º CC). Aliás “as partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei” (nº 2 do artigo 405º CC).**

**61.-Acresce que, mesmo que as partes ou o Tribunal pretenda ou entenda aplicar o regime das empreitadas do Código Civil tal não é possível, pois nos termos do artigo 2º, nº 5, por remissão para o artigo 3º, nº 1, alínea e) deste diploma: “o regime do presente diploma aplica-se ainda às empreitadas que sejam financiadas directamente, em mais de**

**50%, por qualquer das entidades referidas no artigo seguinte” (Região Autónoma dos Açores).**

**62.-O empreendimento turístico objeto do contrato de empreitada, Jeirões- Apartamentos Turísticos, Lda, foi apoiado em 55% do investimento pelo “Sistema de Incentivos para o Desenvolvimento Regional dos Açores” (SIDER), nos termos do Decreto Legislativo Regional n.º 26/2000/A, de 10 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto Legislativo Regional n.º 13/2005/A, de 1 de Julho, que criou aquele sistema, e do Decreto Regulamentar Regional nº 4/2001/A, de 6 de Junho, com as alterações introduzidas pelo Decretos Regulamentares Regionais n.ºs 27/2002/A, de 16 de Setembro, 22/2003/A, de 27 de Maio, 27/2004/A, de 15 de Julho e 25/2005/A, de 6 de Dezembro, que regulamenta o Subsistema para o Desenvolvimento do Turismo**

**(SIDET), nos termos do proc 074-4/2006 da Secretaria Regional da Economia do Governo dos Açores, cujo do Despacho nº 1258/2007, de 18 de dezembro de 2007, fixou um apoio de 55% (VE) para um investimento total de € 974.508,50 (doc 1 da PI e docs. 7, 8 e 9 da resposta da Autora à contestação e ainda FP I e II e declarações de parte do Réu e de VM).**

**63.-As próprias faturas emitidas pelo Réu marido (doc. 9 da resposta à contestação) foram entregues na Secretaria da Economia no âmbito da candidatura proc 074-4/2006, aprovada pelo Despacho nº 1258/2007, de 18 de dezembro de 2007, publicado em Jornal Oficial (doc. 7 da resposta à contestação). Aliás, os Réus nunca impugnam ou puseram em causa esta questão.**

**64.-Pelo exposto, o regime de empreitada aplicado é o previsto para as empreitadas das obras públicas porque foi esta a vontade das partes vertida em contrato escrito e, mesmo que o contrato fosse celebrado ao abrigo do regime das empreitadas previsto no Código Civil, o que não aconteceu, sempre se aplicaria o regime previsto no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, nos termos do artigo 2º, nº 5, por remissão para o artigo 3º, nº 1, alínea e) deste diploma.**

**65.-Nos termos do artigo 200º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o dono da obra denunciou os defeitos e solicitou certificados das caixilharias e pinturas, solicitando ao empreiteiro para “eliminar os defeitos ou suprir os vícios da obra” (nº 1). Havendo defeitos que não podem ser comprovados por simples observação (v. g. alumínio e pinturas), “o dono da obra poderá, quer durante a execução dos trabalhos, quer depois da conclusão dos mesmos,**

mas dentro do prazo de garantia, ordenar as demolições necessárias, a fim de apurar se ocorrem ou não tais deficiências”.

66.-No caso vertente, inexistiu vistoria [arts. 217.º e 218.º RJEOP/99] e/ou qualquer auto de receção provisória [art. 219.º RJEOP/99] da obra em questão, sendo que esta possui vários defeitos e que não se mostrará total e cabalmente executada [art. 218.º RJEOP/99], pelo que, em consequência, não operou o prazo da garantia [art. 226.º RJEOP/99 em articulação com as regras da receção definitiva da obra (vistoria e eventuais deficiências de execução) - arts. 227.º e 228.º do referido diploma.

67.- “O prazo de garantia de todos os trabalhos que constituem a presente empreitada é de cinco anos, contados a partir do último auto de receção provisória” - (ponto 7 do contrato - doc. 1 da PI - FP II)

68.-O último auto de receção provisória ainda não aconteceu porquanto a A nunca aceitou todas as caixilharias de alumínio instaladas, as pinturas, os revestimentos aplicados e a cobertura, conforme defeitos descritos na PI e considerados provados na sentença - FP XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII.

69.-Os defeitos, apesar das diversas intervenções dos RR, nunca foram debelados, sendo que, em relação às caixilharias de alumínio os defeitos apenas foram confirmados com a peritagem colegial dos presentes autos.

70.-Assim, em relação aos defeitos descritos FP XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, o prazo de garantia de 5 anos previsto no contrato ainda está a decorrer.

71.-Mesmo que se entenda que existiu receção provisória, com o início da atividade turística nos apartamentos turísticos “JM”, será necessária sempre a receção definitiva prevista no artigo 227.º RJEOP, mas para tal o empreiteiro terá que comparecer na obra para a necessária vistoria.

72.-Findo o prazo de garantia, que será de 5 anos é feita nova vistoria para efeito de receção definitiva. E se a obra não apresentar deficiências, deteriorações, indícios de ruína ou falta de solidez, pelos quais deva responder o empreiteiro, é lavrado o auto de receção definitiva (artigo 227.º RJEOP).

73.-Pelo exposto, o prazo de garantia da obra ainda está a decorrer, e caso os RR não procedam à reparação dos defeitos e substituição integral das caixilharias, deverão ser condenados no pagamento correspondente aos defeitos acima descritos, nas quantias fixadas nos seguintes Factos Provados da sentença recorrida:

“XXIII. A reparação dos defeitos do edifício da recepção tem um custo de pelo menos € 9.000,00.

XXIV. A reparação dos problemas de cada um dos apartamentos importa um custo de € 4.500,00, por cada um destes.

XXV. A substituição integral das caixilharias de alumínio dos vãos exteriores de todo o empreendimento, com as características do projectado (ao nível das espessuras das estruturas, acessórios e da marca Technal), importa um custo de € 61.400,00”.

**74.-A sentença recorrida ao aplicar o regime das empreitadas do Código Civil violou o disposto nos artigos 405º CC e artigo 2º, nº 5, por remissão para o artigo 3º, nº 1, alínea e) e artigos 200, 217, 218, 219, 227 e 228 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março.**

**II - Verificar se ocorre a caducidade do direito de agir da Autora e, em caso afirmativo, quais as respetivas consequências:**

**75.-A Autora discorda da decisão da sentença recorrida que decretou a procedência da exceção de caducidade ao abrigo do artigo 1125º, nº 2, CC, por o dono da obra não ter intentado a respetiva ação no prazo de 1 ano após a denúncia dos defeitos.**

**76.-Tal decisão é errada porque não se aplica o regime das empreitadas do CC, mas sim o das obras públicas, sendo que neste não se aplica de forma alguma o artigo 1125º, nº 2, CC.**

**77.-Não pode a sentença afirmar que as partes consensualmente deixaram de aplicar o regime das empreitadas de obras públicas a quando da receção da obra, pois tal acordo, expresso ou tácito, nunca existiu. Tal consenso nunca existiu. O único acordo que existia era o contrato escrito de doc 1 da PI e a exigência legal de aplicação e cumprimento das regras do DL 59/99, de 2 de Março (artigo 2º, nº 5, por remissão para o artigo 3º, nº 1, alínea e)).**

**78.-Aplicando-se o regime de empreitadas de obras públicas, o disposto no nº 2 do artigo 1125º CC, não é aplicável, como aliás reconhece o Tribunal “a quo” caso aquele regime se aplicasse. Mas também a jurisprudência é assente neste aspeto:**

**“I.-O regime normativo decorrente dos arts. 1220.º, 1224.º e 1225.º do CC vigora para os contratos de empreitada entre privados ou sujeitos a um regime privatístico, mas não é aplicável nem disciplina os contratos de empreitadas de obras públicas - Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte 11-10-2013, Procº 01552/08.2BEBRG, 1ª Secção.**

**79.-Pelo exposto, não se verifica a caducidade do direito da Autora de intentar a presente ação, pelo que a sentença recorrida violou o disposto no artigo 1125º CC e artigos 200, 217, 218, 219, 227 e 228 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março.**

**80.-Aliás, mesmo que fosse aplicável o regime das empreitadas do CC, o que não se admite, a caducidade invocada na sentença não se verifica.**

**81.-A denúncia prevista no art. 1125.º, n.º 2, do Código Civil, para efeitos da contagem deste prazo de um ano, terá que se traduzir num incumprimento definitivo por parte do empreiteiro, o qual nunca ocorreu.**

**82.-Nos termos do art. 808.º, 1 do CC e da jurisprudência assente (v.g. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-11-2004, Procº 04B3449) para se considerar a existência de incumprimento definitivo por parte do empreiteiro a denúncia do dono da obra teria que conter 3 elementos: 1 - a intimação para o cumprimento; 2 - a fixação de um termo peremptório para o cumprimento; 3 - admoção ou a cominação (declaração admoção) de que a obrigação se terá por definitivamente não cumprida se não se verificar o cumprimento dentro do prazo.**

**83.-No caso concreto apenas se verificou o primeiro requisito. O dono da obra fez diversas notificações para a reparação dos defeitos relacionados com as humidades das paredes, tomadas, central telefónica e reparação da porta da receção. Mas em relação às pinturas e caixilharias de alumínios a A ainda continua a aguardar que lhe seja entregue a ficha técnica da tinta e dos alumínios, sem a qual é impossível aferir da conformidade ou não do que lá foi aplicado com o projetado.**

**84.-Inexistindo a fixação de um termo perentório para o cumprimento e inexistindo declaração admonitória por parte do dono da obra, não se verifica a denúncia para efeitos do disposto no artigo 1125.º, n.º 2, do Código Civil.**

**85.-Aliás, nem sequer existiu por parte do empreiteiro abandono da obra nem comunicação a recusar a reparação dos defeitos, pois ele, mesmo depois de abandonar a reunião, comunicou que iria reparar os defeitos que fossem da sua responsabilidade, pois entendia, apenas em relação à central telefónica e rede de televisão, que tal era da responsabilidade do sub-empregado (o que não corresponde à verdade) - doc 3 da contestação dos RR.**

**86.-Pelo exposto, mesmo considerando aplicável o regime das empreitadas do CC, o que não se admite, nunca existiria a caducidade do direito de interposição da ação pela Autora, pois não se verificam os pressupostos estabelecidos nos artigos 808.º, nº 1, e 1125.º, n.º 2, do Código Civil, decidindo a sentença em clara violação destas normas.**

**III- Verificar se ocorre a prescrição do direito da Autora (que só ocorreria de fosse aplicado o regime do CC, o qual não se admite):**

**87.-Na sequência de tudo o acima referido, mesmo que, por mera hipótese, o que não se admite, se aplique o regime do Código Civil, o prazo para propositura da presente ação também não prescreveu.**

**88.-Mesmo aplicando o regime do CC, é de referir que a presente ação deu entrada em Tribunal no dia 1 de julho, precisamente 1 mês antes de terminar o prazo de 5 anos de garantia da obra previsto no nº 1 do artigo 1225º do CC.**

**89.-Demorando a citação mais de cinco dias por razões relacionadas com o do tribunal, não pode esse facto ser imputável à A - nº 2 do artigo 323º do CC, sendo assim a suposta prescrição interrompida no dia 6 de julho de 2015, dentro do prazo de garantia da obra acima referido (o qual entendemos que ainda está a decorrer).**

**90.-Assim, deverá improceder esta exceção da prescrição, sob pena de violação das normas acima referidas.**

**IV-Demonstrada a inexistência das exceções de caducidade e prescrição, há que apurar da existência de defeitos/desconformidades entre a obra negociada entre a Autora e o 1.º Réu e a obra executada pelo 1.º Réu, e, em caso afirmativo, qual a origem destes e eventual responsabilidade do Réu na sua reparação ou, caso não o faça, na devolução de valores pagos.**

**91.-A sentença deu como provados diversos factos que confirmam a existência de**

defeitos/desconformidades entre a obra negociada entre a Autora e o 1.º Réu e a obra executada pelo 1.º Réu, designadamente os descritos em XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI e XXII.

92.-Estes defeitos foram verificados e denunciados dentro do prazo de garantia da obra, o qual entendemos ainda estar a decorrer, pela falta de comparência do R para a vistoria prévia à receção definitiva - artigos 227 e 228 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março.

93.-Os defeitos são da responsabilidade exclusiva do Réu. Este não cumpriu as mais elementares artes de construção, não respeitou o projeto e nunca entregou à Autora a ficha técnica dos materiais e equipamentos que afetou à obra, nomeadamente das tintas e das caixilharias de alumínio, que a peritagem demonstrou que estes têm espessuras inferiores às projetadas, sendo que “A menor espessura das estruturas dos alumínio diminui a resistência do perfil, independentemente da marca aplicada” - FP XXI.

94.-Pelo que os RR deverão ser condenados nos pedidos vertidos na PI.

V-Danos não patrimoniais, tidos pela Autora, causados pela existência dos defeitos/desconformidades em causa, e, em caso afirmativo, apurar a respetiva indemnização

95.-Foi dado por provado na sentença que: “XXVI. O empreendimento da Autora recebe turistas; XXVII. Os cheiros a bolores referidos em XVII exigem, permanentemente, arejamento, limpeza e utilização excessiva do ar condicionado; XXVIII. Existem inúmeras as queixas de hóspedes, nacionais e estrangeiros, em relação ao cheiro a bolores e à existência de humidades nas paredes”.

96.-As pessoas coletivas têm direito a serem ressarcidas por danos de natureza não patrimonial quando, como foi o caso, for atingido o seu “bom nome, reputação, imagem, prestígio ou credibilidade” - Ac Relação Porto, de 10-03-2005 - procº 0530653 - in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

97.-Pelo que deverão os RR ser condenados a pagar à A, a título de danos morais, nos termos do artigo 496º do Código Civil, a quantia de € 15.000,00.

VI- No caso de resposta afirmativa aos pontos 4 e/ou 5, verificar se a 2.ª Ré, enquanto cônjuge do 1.º Réu, deve ser responsabilizada e em que medida.

98.-Atualmente os RR são ambos sócios da empresa de construção civil.

99.-Aquando do contrato de empreitada dos autos o R marido ainda exercia a atividade de construção civil a título individual.

100.-“XXIX. A empreitada objecto desta acção reporta-se à actividade comercial do 1.º R, que foi exercida em proveito da 2.ª Ré, pois com estes rendimentos o casal fazia face à sua subsistência e demais. XXX. Ambos residiam e residem na mesma casa, fazem refeições juntos e passam férias juntos, tudo com os rendimentos provenientes da actividade comercial do 1.º Réu”

101.-Daí que também a Ré mulher deva ser condenada, junto com o R marido, pelas dívidas que possam resultar do desfecho desta ação, nos termos do artigo 1691º, nº 1, alínea d) do CC.

102.-Nesta medida a sentença deverá revogada e substituída por outra que condene os RR nos termos peticionados, sob pena de violação das normas e jurisprudência acima identificadas.

**7-Os réus / apelados contra-alegaram, defendendo a improcedência do recurso, deduzindo as seguintes CONCLUSÕES:**

**1º-Os factos provados e os factos não provados (factos provados, sobre os pontos XXXI, XXXV, XLIV, XLVI, XLVII e XLVIII e os constantes das alíneas g) e bb) dos factos não provados) mostram-se correctamente valorados e fixados pelo Tribunal Recorrido, com fundamentação acertada, tendo o Tribunal analisado e ponderado no seu conjunto toda a prova produzida de modo correto (prova documental, testemunhal e declarações das partes), de acordo com o princípio da livre apreciação da prova e, ainda, de acordo com as regras da experiência, da lógica e da racionalidade.**

**2º-A prova que incidiu sobre cada facto não poderá era analisada de forma parcial como faz a Recorrente, mas sim nos termos referido em 1º ou seja, no seu conjunto e analisada criticamente. E não podemos esquecer que na análise da prova resultantes dos depoimentos testemunhais e das declarações de parte, os princípios da imediação e da oralidade têm um papel fundamental na convicção do Tribunal de 1ª Instância.**

**3º-É facto assente e não impugnado pela Autora que a obra terminou em 30 de julho de 2010 - facto provado X, tendo a Autora efetuado todos os pagamentos relacionados com a empreitada - facto provado XI.**

**3º-Dúvidas inexistem que a obra foi terminada e recebida pela Autora. O comportamento da Autora assim o revela uma vez que a mesma começou a utilizar o imóvel construído para o fim a que se destinava (ao turismo).**

**Em momento algum a Autora interpelou o empreiteiro para efeitos de verificação da obra ou para sua não aceitação e de eventuais desconformidades. Só em 2012/2013 é que o Réu realiza algumas reparações no edifício - facto provado XIII. Passados mais de 10 anos a obra continua a ser utilizada no turismo. Tal conclusão (de aceitação da obra) decorre ainda da presunção absoluta, inilidível, estabelecida no n.º 5 do artigo 1218.º do Código Civil, onde se prevê que “A falta da verificação ou da comunicação importa aceitação da obra”. E sempre assim se chegaria por força de presunção judicial - artº 349º do CC.**

**4º- A expressão “situações em causa” constante no facto provado XXXV, refere-se ao conteúdo que constituem dos docs. 1 e 2 da contestação, por se tratar de uma resposta às mesmas e na sequência da reunião identificada no facto provado XXXIV - vide ainda factos 34º a 36º da contestação.**

**5º-Da conjugação de toda a prova testemunhal, declarações de parte (identificados no corpo das presentes alegações) e documentos juntos aos autos, resulta com notoriedade que os representantes da Autora (VM e o irmão FM) e o técnico responsável pela obra, Eng. MC eram presença assídua no decurso da obra (no local da obra, em reuniões e trocas de correspondência).**

**6º-Não é do senso comum que sendo a dona da obra a mais interessada na edificação (atento até o tipo de obra em questão), não tivesse acompanhado a obra com bastante regularidade.**

**7º-Factos provados XLVI e XLVII: das declarações/depoimentos elencados no corpo da presentes alegações, constata-se com evidência que:**

- **Em abril/maio de 2010 data do início da colocação dos alumínio já o dono da obra sabia que os alumínio aplicados não eram da marca Tecnal;**
- **Que o dono da obra não obsteu à sua colocação, mesmo quando ainda faltavam colocar muitos mais alumínio;**
- **Foi enviada pelo empreiteiro ao dono da obra toda a informação sobre os alumínio da marca Domal e que tal questão foi falada em reuniões;**
- **Nunca houve por parte do empreiteiro uma oposição à colocação dos aludidos alumínio;**
- **No final e entrega da obra o dono da mesma nada declarou a este respeito;**
- **Só em 2014 (mais de quatro anos da sua colocação é que a questão dos alumínio é colocada pelo dono da obra) - vide ainda facto provado XXXVI;**
- **O que era realizado na obra (incluindo materiais) ou constava do projeto, ou era aprovado ou pelo menos era do conhecimento do Dono da Obra, que nunca se opôs à sua realização/inclusão.**

**8º-Os documentos que constituem os docs. 10 a 19 da contestação conjugados com a demais prova, revelam ainda inequivocamente que o empreiteiro dava a conhecer/comunicava ao dono da obra tudo o que a ela respeitava, incluído a questão dos alumínio da marca Domal, materiais a aplicar e quaisquer alterações à obra, etc.**

**9º-Atento o comportamento do dono da obra, mesmo sem existir uma aceitação expressa pela colocação os alumínio da marca Domal, tal comportamento (de não oposição, de silêncio) sempre corresponderia a uma aceitação tácita - vide artigo 217º do CC.**

**10º-Facto provado XLVIII e facto não provado bb): Atenta a pouca prova existente e a falta dela sobre aqueles factos, o Tribunal não poderia ter dado outra resposta senão a que firmou sobre aqueles factos.**

**11º-Competia à Autora (artº 342º, nº 1 do CC), a prova desses factos. O valor total da obra foi de € 699.612,91 (vide facto provado II), enquanto o facto provado XLVIII refere que o investimento foi de € 974.508,50. Não se sabe, pois se o apoio financeiro foi para a obra em causa. O valor de € 699.612,91 não corresponde a 55% (facto provado XLVIII).**

**12º-A prova das questões em causa faz-se por via documental e não por meio de declarações de parte. As declarações de parte previstas no artº 466º do CPC têm uma função eminentemente integrativa e subsidiária em relação às demais provas. Nos termos do artº 466º nº 3 do Código de Processo Civil, o Tribunal aprecia livremente as declarações das partes, salvo se as mesmas constituírem confissão. E o artº 414º do Código de Processo Civil dispõe que, a dúvida sobre a realidade de um facto resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.**

**13º-Deverá também improceder a impugnação ao facto não provado g), porquanto de toda a prova produzida, devidamente conjugada e acima já identificada não importa decisão diferente, sendo ainda certo que, a Recorrente não aponta nenhum meio de prova suscetível**

**de fundamentar qualquer alteração.**

**14º-No nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da liberdade de julgamento ou da livre convicção, face ao qual o Tribunal aprecia livremente as provas, sem qualquer grau de hierarquização e fixa a matéria de facto em sintonia com a convicção firmada acerca de cada facto controvertido.**

**15º-Foi, precisamente o que o Tribunal “a quo” fez. Apreciou livremente toda a prova, apreciação que se reflete nos factos considerados provados e não provados.**

**16º-Não se vislumbra qualquer vício na convicção firmada pelo Tribunal quanto aos factos impugnados pela Recorrente pelo que, deverá ser rejeitada totalmente toda a impugnação deduzida pela Autora por não violadora de nenhuma norma ou princípio.**

**17º-Embora exista um contrato assinado pelos Réus e Autora na sequência de um concurso público, em que se remete para o regime dos contratos de empreitadas de obras públicas, daí não resulta (por si só) a aplicação desse regime. Desde logo não resulta dos autos que as partes tenham seguido aquele regime, nem sequer na parte das candidaturas (vide declarações de NMM - minuto 00:44:00 a 00:46:19).**

**Nenhumas das partes, até hoje, promoveu qualquer acto no âmbito do DL nº 59/99, de 2 de março. Concretamente, a Recorrente nunca notificou os Réus para comparecerem a qualquer ato de vistoria e de receção provisória da obra ou outro e/ou de verificação dos trabalhos e de eventuais desconformidades.**

**18º-Chamar aqui à colação esse regime porque simplesmente convém agora à Autora, constitui um claro abuso de direito da mesma.**

**19º-Andou bem o Tribunal ao aplicar ao caso presente o regime da empreitada prevista no Código Civil.**

**20º-E nessa sequência, aplicar ao caso presente o prazo previsto no artº 1225º, nº 2 do CC.**

**21º-Mesmo que se considerasse que os alumínios colocados na obra não foram aceites pelo dono da obra, constituindo uma desconformidade, atento que já em abril/maio de 2010 tal situação era do total conhecimento da Autora, igualmente estaria prescrito qualquer direito sobre o Réu por aplicação dos preceitos indicado na sentença recorrida.**

**22º-Ademais, atenta a data da conclusão e entrega da obra (30.07.2010) e a citação de empreiteiro para a presente ação (06.08.2015), sempre se mostrariam extintos por prescrição os invocados direitos da Autora.**

**23º-O prazo máximo para exigir a resolução do contrato, redução do preço, reparação dos defeitos ou indemnização, no caso de venda com defeitos de imóvel, ou de construção com defeitos, no caso de o empreiteiro não ser o dono da obra (limite máximo da garantia legal) é de cinco anos sobre a data da entrega da coisa vendida, independentemente da data do conhecimento dos defeitos e da sua denúncia, como decorre dos artigos 916º, nº 3, parte final e 1225º, nº 4 do Código Civil (CC).**

**24º-O art.º 1225.º n.º 1 do CC estabelece um verdadeiro prazo prescricional para o exercício do direito contra o empreiteiro, a Autora, na qualidade de dona da obra, tinha que fazer valer os**

seus direitos junto do Réu, empreiteiro, no prazo de cinco anos a contar desde a entrega da obra.

25º-Como é sabido, a prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial de qualquer ato que exprima, direta ou indiretamente, a intenção de exercer o direito, como determina o art.º 323, n.º 1 do CC.

26º-Para evitar a prescrição e beneficiar da interrupção do prazo prescricional, devia a Autora ter requerido, nos termos do n.º 2 do citado artigo, antes de 5 dias do decurso do prazo prescricional, a citação prévia dos Réus.

27º- Decorre ainda do n.º 2 do mesmo preceito que se a citação se não fizesse dentro de 5 dias depois de ser requerida, por causa não imputável ao requerente tinha-se mesmo assim a prescrição por interrompida logo que decorram os cinco dias, desde que a citação prévia tivesse requerida nos tais 5 dias antes do decurso do prazo prescricional.

28º- A citação dos Réus ocorreu em 6 de agosto de 2015, ou seja, quando já se mostrava esgotado o referido prazo de prescrição e sem que a Autora tivesse formulado qualquer pedido de citação prévia da Ré, muito menos nos cinco dias anteriores ao desfecho do aludido prazo.

29º-Não tendo a Autora formulado qualquer pedido de citação prévia ou urgente, dentro desse prazo de cinco dias antes do decurso do prazo prescricional (artigo 323.º, n.º 2 do CC conjugado com o art.º 561.º CPC) ou antes, sujeitou-se a Autora a que o prazo se esgotasse antes que a citação tivesse lugar, o que de facto aconteceu.

30º-Mesmo que não estivessem caducados/prescritos o direito da Autora, não está demonstrado que os alegados defeitos resultam de uma má ou deficiente execução da obra por banda do empreiteiro. Aliás dos factos não provados a) a n) (e não impugnados pela Recorrente) assim o revelam pelo que, nada haveria que ser assacado ao empreiteiro nos termos peticionados pela Autora.

31º-Igualmente não tem Autora o direito a uma indemnização de € 15.000,00 por danos não patrimoniais. Para além da Autora não fazer prova de danos que, no caso, mereçam a tutela do direito, não demonstra a verificação dos requisitos da responsabilidade civil previstos no artº 483º do CC (por força da aplicação do artº 1223º do CC).

32º-O Tribunal Recorrido deu como não provado que o 1º Réu é casado com a 2ª Ré (facto t), porque não foi junta prova documental desse facto, a única capaz de valer como prova.

33º A Decisão Recorrida no caso sub judice mostra-se acertada em “toda a linha”, não lhe podendo ser assacada qualquer violação de lei.

Efetivamente, do raciocínio intelectual que o Julgador emprega na decisão e seus fundamentos não se vislumbram qualquer vício susceptível de colocar em causa a bondade da Decisão.

34º-A Decisão Recorrida fez uma correta interpretação e aplicação dos factos ao direito, não se mostrando violados nenhuma norma, nomeadamente as elencadas pela Recorrente.

\*\*\*

## **II- FUNDAMENTAÇÃO.**

## **1-Objecto do Recurso.**

É sabido que o objecto do recurso é balizado pelo teor do requerimento de interposição (artº 635º nº 2 do CPC) pelas conclusões (artºs 635º nº 4, 639º nº 1 e 640º do CPC) pelas questões suscitadas pelo recorrido nas contra-alegações em oposição àquelas, ou por ampliação (artº 636º CPC) e sem embargo de eventual recurso subordinado (artº 633º CPC) e ainda pelas questões de conhecimento officioso cuja apreciação ainda não se mostre precluída.

Assim, em face das conclusões apresentadas pela recorrente, são as seguintes as questões que importa analisar e decidir:

- a)- A Impugnação da Matéria de Facto;
- b)- A Revogação da sentença, com a conseqüente condenação dos réus no pedido.

Vejamos estas questões.

Previamente, importa verificar a factualidade decidida pela 1ª instância.

\*\*\*

## **2-Matéria de Facto decidida pela 1ª instância.**

### **A)-FACTOS PROVADOS**

I.-A Autora é uma sociedade comercial que se dedica à “exploração de apartamentos turísticos”, que se situam n..., denominados “J - Apartamentos turísticos” (artigo 1.º, da Petição Inicial).

II.- Após concurso efectuado para o efeito, Autora, como primeira outorgante, celebrou com o 1.º Réu, como segundo outorgante, em 12/02/2009, negócio jurídico para a construção deste empreendimento, designado de «Empreitada de Construção do Empreendimento Turístico “JM”» com o seguinte teor (artigos 2.º, 8.º, 9.º e 15.º, da Petição Inicial, e 1.º a 15.º, do contraditório da Autora à contestação):

“1 - Que a sua representada, J - Apartamentos turísticos, Lda, que adjudicou a obra de Construção do empreendimento turístico “JM”, à firma NMM, firma aqui representada pelo cidadão mencionado como segundo outorgante, de acordo com a sua proposta datada de 2006/11/30, e em conformidade com as cláusulas insertas no caderno de encargos que serviu de base ao respectivo concurso e lista contratual de preços unitários. Adjudicação essa pelo valor Euros: 699.612,91€ (seiscentos noventa e nove mil seiscentos e doze euros e noventa e um cêntimos), que não inclui o IVA.

2- Que esta empreitada deverá ficar concluída dentro de 365 (trezentos sessenta e cinco) dias, a contar a partir de 10 dias úteis de hoje, data esta que se conta efectuar a consignação da obra, e também se prevê sejam iniciados os trabalhos, tudo em conformidade com o programa

de trabalhos e referidos cadernos de encargos e proposta.

**3- O regime da empreitada quanto ao modo de retribuição ao empreiteiro é por preço global.**

**4- Que os pagamentos respeitantes ao presente contrato serão satisfeitos pelo dono da obra mensalmente, e de acordo com os autos de medição dos trabalhos realizados, até 60 ( sessenta ) dias da data da emissão da factura.**

**5- Os pagamentos ao empreiteiro de eventuais trabalhos a mais ou imprevistos serão efectuados em altura a acordar entre as partes, mas só depois da aprovação pela J - Apartamentos Turísticos, Lda, dos preços unitários de que tais trabalhos resultem.**

**6- Para efeitos de aplicação de multas por violação dos prazos contratuais, ou para a concessão de prémios por antecipação de prazos, estabelece-se o critério consagrado no art. 201º do Decreto - Lei n.º 59/99, de 2 de Março.**

**7- O prazo de garantia de todos os trabalhos que constituem a presente empreitada é de cinco anos, contados a partir do último auto de recepção provisória.**

**8- Que, na parte não especialmente prevista neste contrato, e no caderno e encargos se aplicarão as normas legais reguladoras do regime jurídico sobre fornecimento e empreitadas de obras públicas, previsto no Decreto - Lei número cinquenta e nove barra noventa e nove, e quanto às revisões de preços cumprir-se-ão as disposições legais aplicáveis, designadamente o Decreto- Lei n.º 6/2004, de 6 de Janeiro.**

**9- Pelo SEGUNDO OUTORGANTE foi dito: que aceita a adjudicação antes referenciada, com todas as obrigações que dela emergem, pela forma como ficou exarado neste contrato e documentos que dele fazem parte integrante e atrás citados, renunciando a todo o benefício ou direito que de qualquer modo os possa limitar, restringir ou anular;**

**Que apresenta no prazo de quarenta e cinco dias, pelo SEGUNDO OUTORGANTE a constituição de caução equivalente a cinco por cento do valor da adjudicação, de Euros: 34.980,65 € (trinta quatro mil, novecentos e oitenta euros e sessenta cinco cêntimos), como garantia do cumprimento do contrato por meio da garantia bancária.**

**Assim o disseram, outorgaram e reciprocamente aceitaram o presente contrato que foi lido em voz alta, na presença simultânea de todos os intervenientes, e explicado o seu conteúdo e efeitos, na forma legal, e vai ser assinado pelos outorgantes, pela mesma ordem que foram mencionados.”**

**III.- O 1.º Réu, na data da celebração do negócio em causa e da execução da obra, era construtor civil com o alvará n.º 47254, com sede na Zona Industrial ... (artigo 3.º, da Petição Inicial).**

**IV.- A celebração do contrato de empreitada foi antecedida de um concurso público, sendo entregue aos concorrentes, para apresentarem a respectiva proposta, todos os projectos de arquitectura e especialidades e caderno de encargos (artigo 4.º da Petição Inicial).**

**V.-A obra lançada a concurso foi para a construção de 10 apartamentos turísticos, tipologia T1, de um só piso, com a área bruta de cada apartamento de 66,60 m2, bem como uma recepção**

com 155 m2 de área bruta (artigo 5.º da Petição Inicial).

VI.- O projecto de arquitectura continha todas as peças escritas, com memória descritiva e justificativa, condições técnicas especiais, mapa de acabamentos e medições, bem como as peças desenhadas com a estrutura geral, os pormenores de todas as edificações e equipamentos e descrição dos materiais a aplicar (artigo 6.º da Petição Inicial).

VII.- O 1.º Réu, em 30/11/2006, apresentou proposta, nos termos do caderno de encargos que foi entregue (artigos 7.º, da Petição Inicial).

VIII.- Em 11/02/2010 o 1.º Réu solicitou a prorrogação do prazo de execução da obra pelo período de 6 meses (artigo 11.º, da Petição Inicial).

IX.-A Autora aceitou esta prorrogação de execução da empreitada até 30/07/2010 (artigo 12.º, da Petição Inicial).

X.-A obra terminou em 30/07/2010 (artigo 13.º, da Petição Inicial).

XI.-A Autora efectuou todos os pagamentos acordados, conforme autos de medição e facturas apresentadas pelo 1.º Réu (artigo 14.º, da Petição Inicial).

XII.- Não foi elaborado auto de recepção provisória ou de nem recepção definitiva (artigo 16.º, da Petição Inicial).

XIII.- Em 2012 e 2013 o 1.º Réu procedeu à reparação de diversos pontos de humidades nas paredes interiores dos 10 apartamentos e da recepção (artigo 18.º, da Petição Inicial).

XIV.- O edifício da recepção apresenta os seguintes problemas (artigo 21.º, da Petição Inicial):

XIV.-1 Empolamento de tintas em todas as paredes interiores e exteriores, sobretudo ao nível do pavimento/rodapé;

XIV.-2 Há rebocos das paredes interiores que estão a começar a empolar, o que indica que há humidade acentuada no interior das paredes, que levarão, no futuro, a empolamentos de maior dimensão, com os consequentes cheiros a bolor;

XIV.-3 Várias fissuras em rebocos exteriores;

XIV.-4 Há reparações de empolamentos das paredes que foram mal-executadas em 2013 e que estão a empolar novamente ou deixaram marcas inestéticas;

XIV.-5 O quadro eléctrico está por concluir, ao nível de identificação e falta de tampas de obturação/protecção do mesmo;

XIV.-6 O sistema de distribuição do sinal de TV não funciona, tendo, dada a urgência, sido instalado outro para resolver provisoriamente a situação;

XIV.7- Na instalação eléctrica, há 2 tomadas sem corrente;

XIV.8- Alguns perfis de alguns vãos de alumínio lacado estão a ficar oxidados, devendo ser reparados ou substituídos.

XV.- Os edifícios dos 10 apartamentos apresentam os seguintes problemas (artigo 22.º, da Petição Inicial):

XV.1- Empolamento de tintas em todas as paredes interiores e exteriores, sobretudo ao nível do pavimento/rodapé;

**XV.2- Há rebocos das paredes interiores que estão a começar a empolar, sobretudo ao nível do pavimento/rodapé, o que indica que há humidade acentuada no interior das paredes, que levarão no futuro a empolamentos de maior dimensão;**

**XV.3- Várias fissuras em rebocos exteriores;**

**XV.4- Várias fissuras em muretes exteriores;**

**XV.5- Algumas pedras serradas de revestimento das paredes exteriores estão a começar a descolar, devido a deficiente aplicação da pedra;**

**XV.-6 Na instalação eléctrica há oxidação em algumas tomadas e faltam tampas de obturação/protecção dos quadros eléctricos;**

**XV.7- Alguns perfis de alguns vãos de alumínio lacado têm oxidação ligeira, devendo ser reparados ou substituídos;**

**XV.8- Os azulejos das casas de banho dos apartamentos estão com excrescências nas juntas, o que demonstra presença de humidade e salitre no interior das paredes.**

**XVI.-Os problemas mencionados em XIV e XV têm, respectivamente, a seguinte origem (artigos 23.º, 24.º e 25.º, da Petição Inicial):**

**XVI.1- o empolamento de tintas, os rebocos empolados e os problemas nos azulejos, resultam de humidades no interior das paredes;**

**XVI.2- as fissuras em rebocos exteriores, resultam da qualidade do revestimento;**

**XVI.3- a pedra serrada descolada, resulta de deficiente aplicação da pedra;**

**XVI.4- os vãos exteriores em alumínio oxidados, resultam da falta de tratamento adequado na zona de corte dos perfis;**

**XVI.5- as fissuras em muretes, resultam da ausência de estrutura resistente.**

**XVII.- Os apartamentos e a recepção têm cheiro a humidade e bolores provenientes das paredes (artigo 28.º da Petição Inicial).**

**XVIII.- Para evitar a continuação da entrada de humidade para as paredes, é necessário (artigo 30.º da Petição Inicial): - Do lado exterior, reparação das fissuras, retirar e recolocar as pedras de basalto que estão a soltar-se ou que estão nesta iminência e aplicar produtos que evitem a penetração de humidade e voltar a colocar as pedras de basalto devidamente impermeabilizadas.**

**XIX.-Quer na recepção, quer nos 10 apartamentos, foi projectado que os alumínios seriam com caixilharias da marca “Technal” (artigo 31.º, da Petição Inicial).**

**XX.- O 1.º Réu não instalou caixilharias da marca referida em**

**XIX.- nem equivalentes (artigo 32.º, da Petição Inicial).**

**XXI.- A menor espessura das estruturas dos alumínios diminui a resistência do perfil, independentemente da marca aplicada (artigo 35.º, da Petição Inicial).**

**XXII.- Quanto aos alumínios instalados na obra ocorreu que (artigo 36.º da Petição Inicial):**

**XXII.1- o perfil utilizado na estrutura horizontal do vão fixo da recepção tem menos 3 cm de**

**espessura do que o projectado;**

**XXII.2- o perfil utilizado na estrutura vertical do vão fixo da recepção tem menos 3 cm de espessura do que o projectado;**

**XXII.3- o perfil utilizado nas portas de correr do vão dos terraços tem menos 1,5 cm de espessura do que o projectado;**

**XXII.4- o perfil utilizado nas janelas oscilo-basculantes dos quartos tem menos 0,5 cm de espessura do que o projectado.**

**XXIII.- A reparação dos defeitos do edifício da recepção tem um custo de pelo menos € 9.000,00 (artigo 38.º da Petição Inicial).**

**XXIV.- A reparação dos problemas de cada um dos apartamentos importa um custo de € 4.500,00, por cada um destes (artigo 39.º da Petição Inicial).**

**XXV.- A substituição integral das caixilharias de alumínio dos vãos exteriores de todo o empreendimento, com as características do projectado (ao nível das espessuras das estruturas, acessórios e da marca Technal), importa um custo de € 61.400,00 (artigo 40.º, da Petição Inicial).**

**XXVI.- O empreendimento da Autora recebe turistas (artigo 50.º, da Petição Inicial).**

**XXVII.-Os cheiros a bolores referidos em XVII exigem, permanentemente, arejamento, limpeza e utilização excessiva do ar condicionado (artigo 51.º, da Petição Inicial).**

**XXVIII.- Existem inúmeras as queixas de hóspedes, nacionais e estrangeiros, em relação ao cheiro a bolores e à existência de humidades nas paredes (artigo 52.º, da Petição Inicial).**

**XXIX.- A empreitada objecto desta acção reporta-se à actividade comercial do 1.º R, que foi exercida em proveito da 2.ª Ré, pois com estes rendimentos o casal fazia face à sua subsistência e demais encargos (artigo 63.º da Petição Inicial).**

**XXX.- Ambos residiam e residem na mesma casa, fazem refeições juntos e passam férias juntos, tudo com os rendimentos provenientes da actividade comercial do 1.º Réu (artigo 64.º da Petição Inicial).**

**XXXI.- Após a conclusão da obra referida em X., a Autora recebeu-a e começou a utilizá-la para receber turistas (artigos 3.º e 4.º, da Contestação).**

**XXXII.- A petição inicial dos presentes autos entrou em juízo a 1/07/2015 (artigo 5.º, da Contestação).**

**XXXIII.- Os Réus foram citados para a presente acção em 6/08/2015 (artigo 6.º, da Contestação).**

**XXXIV.- Em 30 de Setembro de 2013, realizou-se uma reunião entre o 1.º Réu e a Autora onde foi transmitido àquele que a porta principal da recepção não funcionava devidamente, a fissuração visível nas paredes e problemas relacionados com a captação e distribuição de sinal de televisão (artigo 34.º, da Contestação).**

**XXXV.- O Réu, por comunicação de 10 de Dezembro de 2013, comunicou ao Autor que não assumia qualquer responsabilidade pelas situações em causa (artigo 36.º, da Contestação).**

**XXXVI.-A Autora, por intermédio do Dr. AT, em 5/2/2014 remeteu ao 1.º Réu, comunicação, no que ora interessa, com o seguinte teor (artigo 39.º, da Contestação):**

**“O Senhor VM denunciou várias deficiências, ainda existentes na empreitada e cujo valor total estima em € 59.280,00.**

**Algumas das deficiências resultam de mau isolamento dos alicerces, que acaba por se repercutir nos quartos do alojamento, pois alguns quartos, já apresentam fissuras (...).**

**Por outro lado, no caderno de encargos foi estipulado que se colocaria apenas alumínio da TECNAL - facto que não se verificou e os alumínio colocados sofrem de graves deficiências.**

**Em Maio último, a fechadura de uma porta de correr partiu-se - e, até á data, não foi possível proceder-se à sua substituição (...).”.**

**XXXVII.- Em resposta, o 1.º Réu, por comunicação de 25/02/2014, respondeu do seguinte modo (artigo 39.º, da Contestação):**

**“Acusando a receção da sua comunicação sobre o assunto acima identificado, sou a dizer o seguinte:**

**Como já comuniquei ao gerente da empresa sua Cliente, a obra foi feita de acordo com o acordado pelas partes, quer no que concerne à construção em si quer no que respeita aos materiais utilizados.**

**Também já referi que estou disponível naturalmente para resolver as questões de obra que são da minha responsabilidade.**

**As questões que o Sr. VM tem levantado quanto à obra não resultam e minha responsabilidade, logo não as poderei assumir.”.**

**XXXVIII.- Em 22/04/2014, a Autora enviou ao 1.º Réu escrito em que refere que se mantêm os efeitos negativos na estrutura e nas paredes de alvenaria, que falta promover a realização de acções que produzem efeitos ao nível das deficiências evidenciadas no isolamento e no acabamento das aplicações em pedra serrada (artigo 40.º, da Contestação).**

**XXXIX.- A Autora remeteu ao 1.º Réu comunicação, em 29/04/2014, na qual refere que as benfeitorias realizadas no ano de 2012 e 2013 pelo Autor “...não resolveram cabalmente as iniciais deficiências de construção, mantendo-se os efeitos negativos na estrutura e nas paredes de alvenaria” e que o 1.º Réu “... não responde agora à necessidade de corrigir as falhas iniciais, promovendo a realização das acções que produzam efeitos ao nível das deficiências evidenciadas nas paredes interiores de todos os apartamentos e da receção.” (artigo 41.º, da Contestação).**

**XL.- Em 16/07/2013, a Autora, por intermédio do seu sócio e gerente VM, enviou e-mail ao 1.º Réu em que diz que “a central telefónica instalada na receção do empreendimento turístico JM, continua a apresentar os problemas de funcionamento que foram detetados e comunicados a quando da receção da obra.” (artigo 43.º, da Contestação).**

**XLI.- Em 24/07/2013, a Autora, por intermédio do seu sócio e gerente VM, enviou e-mail ao 1.º Réu em que diz que “o equipamento da Televés instalada na receção do empreendimento turístico JM, continua a apresentar os problemas de funcionamento que foram detetados e**

comunicados a quando da receção da obra.” (artigo 44.º, da Contestação).

**XLII.-** Em 29/07/2013, a Autora, por intermédio do seu sócio e gerente VM, enviou e-mail ao 1.º Réu em que diz que “o equipamento da central de deteção de incêndios instalada na receção do empreendimento turístico JM, continua a apresentar os problemas de funcionamento que foram detetados e comunicados aquando da receção da obra.” (artigo 45.º, da Contestação).

**XLIII.-** Em 22/08/2013, a Autora, por intermédio do seu sócio e gerente VM, enviou e-mail ao 1.º Réu, com a seguinte enunciação de questões tratadas na reunião de 20/08/2013: “1- Não funcionamento da central telefónica; 2- Não funcionamento da central de deteção de incêndios; 3- Não funcionamento da central de deteção de intrusos; 4- Não funcionamento do sistema receção e distribuição de sinal de televisão; 5- Funcionamento deficiente do sistema de ar condicionado instalado nos quartos; 6- Fissuras nas alvenarias; 7- Desconformidade dos vãos da receção e dificuldades evidentes na sua normal utilização.” (artigo 46.º, da Contestação).

**XLIV.-** Todos os trabalhos de empreitada desde o seu início até findarem foram acompanhados em permanência pelo Engenheiro responsável pela obra indicado pela Autora, MC, e pelos representantes da Autora, VM e FM, sendo que este último praticamente todos os dias se deslocava à obra (artigo 56.º, da Contestação).

**XLV.-** Nos anos de 2012 e 2013 o Autor procedeu à reparação de torneiras, fechaduras, portas partidas, desentupimento de sanitas (artigo 82.º, da Contestação).

**XLVI.-** A colocação de alumínio da marca Domal na obra foi autorizado pelos representantes da Autora (VM e FM) e pelo engenheiro da obra MC (artigo 96.º, da Contestação).

**XLVII.-** Nada foi colocado na obra sem autorização do dono da obra (artigo 112.º, da Contestação).

**XLVIII.- (\*)-** No empreendimento turístico referido no contrato de empreitada mencionado em I e II, a autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDET”.. (Redacção dada em consequência da impugnação da decisão sobre a matéria de facto analisada em 3.1.5 infra).

## **B)-FACTOS NÃO PROVADOS**

**a)-**As reparações mencionadas em XIII. apenas ocultaram a maioria dos problemas, os quais, no final do Inverno de 2015, apareceram de forma grave, praticamente inviabilizando o alojamento e serviço de qualidade pretendido pelo empreendimento (artigo 19.º, da Petição Inicial).

**b)-**A mais do dado como provado em XIV, que, no edifício da recepção (artigo 21.º, da Petição Inicial): - a pedra serrada de revestimento das paredes exteriores está a começar a descolar, devido essencialmente a falta de isolamento adequado na parte superior das paredes e das juntas; - na central telefónica 7 das 10 linhas de ligação aos apartamentos não conseguem fazer ligação telefónica, sendo que dada a urgência deste serviço no empreendimento turístico, a Autora procedeu de imediato à sua reparação; - a central de deteção de incêndios não

funciona; - o quadro eléctrico esteja sem identificação e sem segurança; - as fechaduras e dobradiças da porta da recepção, não funcionam por oxidação ou falta de qualidade do material.

c)-A mais do dado como provado em XV.5 que o descolamento em causa se deva essencialmente a falta de isolamento adequado da entrada de humidades na parte superior das paredes e das juntas (artigo 22.º, da Petição Inicial).

d)-A mais do dado como provado em XV, que (artigo 22.º, da Petição Inicial): - maioria dos apartamentos ficaram sem ligação telefónica com a central da recepção, situação resolvida provisoriamente pela Autora; - o sistema de alarme de incêndios dos apartamentos não funciona; - o sistema de detecção de intrusos não funciona; - na instalação eléctrica, há algumas tomadas sem corrente, os quadros eléctricos sem identificação e não há luzes de emergência que que acendem quando se faz o corte geral do cartão.

e)-A mais do dado como provado em XVI. que os problemas em causa resultam de falta de cumprimento das regras de construção e da construção não ter tido em consideração que a obra encontra-se junto ao mar, sujeita a ventos fortes, humidade e salinidade (artigo 23.º, da Petição Inicial).

f)-A mais do dado como provado em XVI. que os rebocos, revestimentos, tintas, alumínios e coberturas aplicados pelo 1.º Réu em todo o empreendimento não tinham qualidades mínimas para garantir a sua durabilidade e funcionalidade (artigo 24.º, da Petição Inicial).

g)-Os rebocos, revestimentos, tintas, (alumínios \*) e coberturas aplicados não cumprem o definido para a execução da obra (artigo 24.º, da Petição Inicial). (\*eliminada a referência a alumínios em consequência da impugnação da decisão da matéria de facto analisada no ponto 3.1.6 infra)

h)-O 1.º Réu não impermeabilizou as paredes exteriores adequadamente antes de as revestir com pedra de basalto ou de proceder à pintura final (artigo 25.º, da Petição Inicial).

i)-A tinta utilizada foi de qualidade muito inferior ao previsto no projecto (artigo 25.º, da Petição Inicial).

j)-A telha de cobertura não é a prevista no projecto (artigo 26.º e 41.º, da Petição Inicial).

k)-Para evitar a continuação da entrada de humidade para as paredes, é necessário (artigo 30.º da Petição Inicial): - do lado interior, as paredes terão de ser picadas até ao bloco, aplicando-se um novo revestimento hidrófugo.

l)-Em abril de 2015 a Autora procedeu à inspecção das características dos alumínios aplicados e confirmou que os mesmos não são sequer equivalentes aos Technal projectados (artigo 34.º, da Petição Inicial).

m)-A mais do dado como provado em XXII, que o perfil utilizado nas portas de entrada dos apartamentos tem menos 0,5 cm de espessura do que o projectado (artigo 36.º, da Petição Inicial).

n)-Pelo referido em XXII. as portas da recepção arrastam ao abrir e começam a surgir algumas situações de oxidação dos alumínios (artigo 37.º, da Petição Inicial)

- o)-A mais do dado como provado em XXIII, que a reparação dos defeitos do edifício da recepção importe um custo de € 18.000,00 (artigo 38.º, da Petição Inicial).
- p)-A mais do dado como provado em XXV, que o custo em causa ascenda a € 93.425,24 (artigo 40.º, da Petição Inicial).
- q)-A correcção dos problemas mencionados em XIV e XV implica que o empreendimento da Autora seja encerrado (artigo 46.º, da Petição Inicial).
- r)-O empreendimento turístico da Autora está situado numa zona nobre da vila ..., apresentando-se como uma unidade que qualidade média alta, com a classificação de 4 estrelas (artigo 49.º, da Petição Inicial).
- s)-Os turistas mencionados em XXVI são de quase todos os países do mundo (artigo 50.º, da Petição Inicial).
- t)-O 1.º Réu é casado com a 2.ª Ré em regime que não é o de separação de bens (artigo 62 .º, da Petição Inicial).
- u)-A Autora não denunciou ao 1.º Réu os problemas mencionados em XIV e XV (artigo 27.º, da Contestação).
- v)-No decorrer da obra, o 1.º Réu advertiu o arquitecto responsável pela elaboração do projecto e a Autora para a má elaboração do projecto, uma vez que da forma como estava a ser projectado, as paredes iriam fissurar e, mais tarde, entrar humidade, tendo o arquitecto respondido ao Réu “Eu é que sei, porque já projectei o hospital da ...”, pelo que o Réu seguiu o que estava projectado (artigos 89.º e 90.º, da Contestação).
- w)-Os vícios existentes derivam de deficiente elaboração do projecto de arquitectura que não teve em conta o clima e local de instalação da obra, de acção de terceiros e/ou de pouca manutenção e limpeza por parte do Autor (artigo 91.º, da Contestação).
- x)-O “aldeamento turístico” em causa não foi projectado tendo em conta a sua situação geográfica (junto ao mar-salinidade, ventos fortes e humidades) (artigo 105.º, da Contestação).
- y)-Na realização da obra, o Réu NMM advertiu o Arquitecto e os Srs. FM e VM que a obra iria fissurar e entrar humidade no futuro, devido ao facto de estar a ser projectada uma parede exterior de blocos de 10, interrompida com blocos de 5 e interrompida novamente com blocos de 10, sendo que, quando confrontado com isto, o Arquitecto do projecto respondeu “Eu é que sei, porque já projectei o hospital ...” (artigos 106.º e 107.º, da Contestação).
- z)-O Autor não cumpriu com o plano de manutenção e limpeza dos alumínio (artigo 133º, da Contestação).
- aa)- Antes da instalação da porta da recepção, o 1.º Réu advertiu o dono da obra, para do facto de ser uma porta muito larga, com muitos vidros, tornando-se pesada para o vão projectado, tendo este dito que “Se a porta arrastar, colocam-se umas rodas” (artigo 143.º e 144 .º, da Contestação).
- bb)\* (\*eliminado em consequência da impugnação da decisão da matéria de facto analisada no ponto 3.1.5 infra).

\*\*\*

### **3- As Questões Enunciadas.**

#### **3.1- A Impugnação da Matéria de Facto.**

**A apelante impugna os pontos XXXI, XXXV, XLIV, XLVI, XLVII e XLVIII dos factos provados e, os pontos g) e bb) dos factos não provados.**

**Vejamos cada um deles.**

##### **3.1.1- O ponto XXXI dos factos provados.**

**A apelante pretende que seja eliminada do ponto XXXI a expressão “recebeu” porque diz que não pode considerar-se essa expressão como provada.**

**Alega para o efeito que nunca recebeu ou aceitou a obra e, que do ponto XII dos factos provados consta que não foi elaborado auto de recepção provisória ou definitiva e que o réu ficou de remeter ficheiros técnicos dos materiais aplicados e nunca o fez, como decorre do depoimento de VM. Diz que a testemunha SS não tem credibilidade; que os perfis de alumínio instalados não têm a espessura prevista como decorre dos pontos XX, XXI, XXII. Reitera que nunca houve recepção provisória ou definitiva da obra.**

**Vejamos.**

**Recordemos o ponto XXXI:**

**“XXXI. Após a conclusão da obra referida em X., a Autora recebeu-a e começou a utilizá-la para receber turistas (artigos 3.º e 4.º, da Contestação).”**

**A apelante pretende que (apenas) se elimine o trecho “recebeu-a”.**

**Haverá fundamento para isso?**

**Adiantando a resposta, diremos que não.**

**Na verdade, a 1ª instância considerou esse facto como provado - que corresponde, parcialmente, ao que foi alegado nos pontos 3º e 4º da contestação, invocados a propósito da excepção de prescrição - dizendo que foi um dos factos que foram expressamente aceites ou não impugnados pela autora.**

**Ora, nos pontos 3º e 4º da contestação foi alegado pelos réus que:**

**“3º- O autor aceitou a obra sem manifestar quaisquer reservas.**

**4º- Após a conclusão da obra, o autor começou a usar a obra na actividade a que se destina - o turismo.”**

**A autora, jamais impugnou, antes tendo aceitado, expressamente, que após a conclusão da obra a começou a utilizar recebendo turistas.**

O que a autora impugnou foi que tenha feito a aceitação da obra. Na verdade, no ponto 20 da resposta às excepções, a autora escreveu/alegou:

**“20- O último auto de recepção provisória ainda não aconteceu porquanto a A nunca aceitou todas as caixilharias de alumínio instaladas, as pinturas, os revestimentos aplicados e a cobertura, conforme defeitos descritos na PI.”**

Ora, a aceitação da obra constitui um dever do dono da obra a par dos deveres de verificação e de comunicação da conformidade ou não conformidade da obra com o que foi convencionado.

E não se pode confundir a aceitação da obra, enquanto manifestação, expressa ou tácita, de verificação da conformidade da obra e que tem significação jurídica, com o seu recebimento enquanto entrada física/detenção da obra.

O que no ponto XXXI se considera como provado é que a autora, finda a obra, a recebeu, rectius, entrou na sua detenção e começou a utilizá-la para receber turistas. E isso não se confunde com aceitação da obra nem com a sua recepção, provisória ou definitiva (o que constitui uma questão essencialmente jurídica que, adiante, se analisará).

Os meios de prova invocados pela autora/apelante não infirmam que ela entrou na detenção física da obra, o que de resto não foi sequer por ela impugnado.

Note-se, de resto, quem em pelo menos três e-mail enviados pelo gerente da autora ao réu ele reconhece a “recepção da obra”, como resulta do e-mail de 16/07/2013, referido no ponto XL, do e-mail de 24/07/2013, referido no ponto XLI e no e-mail de 29/07/2013, referido no ponto XLII.

Em suma, não existe fundamento para eliminar do ponto XXXI a expressão “recebeu-a”, pelo que se mantém a redacção desse ponto de facto dada pela 1ª instância.

### **3.1.2- O ponto XXXV dos factos provados.**

Entende a apelante que a 1ª instância nunca poderia dar como provado o ponto XXXV nos termos em que o fez, porque esse facto tem por base o ponto 36º da contestação e o documento 3, do qual não se pode retirar a conclusão referida no ponto XXXV. O tribunal retira desse documento uma conclusão cujo conteúdo é que será factual, pelo que apenas poderia ser dado como provado o conteúdo dessa carta. Além disso, a carta refere-se e está relacionada com os actos dos subempreiteiros. Propõe que se dê como provado o conteúdo da carta, nos seguintes termos:

**“O Réu, por comunicação de 10 de Dezembro de 2013, comunicou ao Autor o seguinte: “Como os sócios e gerência dessa empresa bem sabem, a garantia de uma obra de construção civil resulta da lei pelo que o empreiteiro não poderá desonerar-se unilateralmente da garantia.**

**A afirmação proferida na reunião de 30 de setembro de 2013 diz respeito a questões relacionadas com a obra que não são da minha responsabilidade. Uma coisa são defeitos que resultam da intervenção direta ou indireta de terceiros que não o empreiteiro. Como também, não sou responsável pela deficiente utilização que os clientes do empreendimento turístico**

fazem do equipamento nele instalado.

Estou disponível naturalmente para resolver as questões de obra que são da minha responsabilidade.

No que respeita à distribuição do sinal de televisão, a instalação realizada na obra para esse fim foi aquela que foi acordado instalar.

Assim, se a instalação não satisfaz o que essa empresa agora pretende, tal não resulta de culpa do empreiteiro.”

Vejamos.

A primeira instância deu como provado o ponto XXXV fundamentando essa decisão dizendo que sobre esse facto (além de outros) houve acordo nos articulados, por aceitação expressa ou não impugnação.

Ora, o ponto XXXV provém do que foi alegado no ponto 36º da contestação, no qual foi dito:

“36- O réu, por comunicação de 10 de dezembro de 2013 e em resposta às duas cartas supra referidas comunicou ao autor que não assumia qualquer responsabilidade pelas situações nelas identificadas - junta-se comunicação como doc. 3 e cujo conteúdo se dá por totalmente reproduzido para todos os efeitos legais.”

O facto dado como provado no ponto XXXV corresponde ao que foi alegado no citado ponto 36 da contestação. A alegação feita pelo réu não corresponde, na íntegra, ao teor literal do documento que a autora/apelante agora quer ver dada como provada. Além disso, não se pode confundir o facto alegado com o documento que é invocado como meio de prova desse facto: o documento não é um meio de alegação mas um meio de prova, rectius, de demonstração da realidade de um facto. O tribunal, seja a 1ª instância seja a Relação, não tem de dar como provado o teor integral literal do conteúdo do documento escrito, mas apenas ajuizar se esse documento suporta/demonstra o facto alegado.

Por conseguinte e em síntese: não há fundamento para alterar o ponto XXXV dos factos provados em termos de reproduzir o teor/contéudo do documento 3 junto com a contestação a fls 116 e 117.

### **3.1.3- O ponto XLIV dos factos provados.**

Pretende a apelante que o ponto XLIV dos factos provados tenha outra redacção em termos de dela se eliminar a referência a que o acompanhamento da obra era feito “praticamente todos os dias”. Propõe que esse ponto de facto passe a ter a seguinte redacção:

“Os trabalhos de empreitada foram acompanhados pelo Engenheiro responsável pela obra indicado pela Autora, MC, que passava na mesma pelo menos uma ou duas vezes por mês.”

Para tanto, invoca as declarações do réu NMM, as declarações do representante da autora, VM e, o depoimento da testemunha MC, dos quais resulta, segundo ela, que quem

acompanhava/fiscalizava a obra era o Eng. MC que disse que a ela (obra) se deslocava um ou duas vezes por mês.

**Vejamos.**

**Recorde-se o teor do ponto XLIV:**

**“Todos os trabalhos de empreitada desde o seu início até findarem foram acompanhados em permanência pelo Engenheiro responsável pela obra indicado pela Autora, MC, e pelos representantes da Autora, VM e FM, sendo que este último praticamente todos os dias se deslocava à obra.”**

**A 1ª instância deu o ponto XLIV como provado fundamentando a sua convicção nos depoimentos das testemunhas MC e SS.**

**Pois bem, analisando as partes transcritas das declarações do réu, NMM, e do representante da autora, VM e os depoimentos das testemunhas MC e SS decorre que nas declarações do réu transcritas pela apelante, ele mencionou que os contactos que tinha na obra eram com o FM e com o Eng. MC. Das declarações do representante da autora, VM, decorre que quem acompanhava a obra era o fiscal, Eng. MC, bem como o FM e que ele contactava com eles; e, esclareceu ainda o representante da autora que, por o seu irmão, FM, não poder ir à obra todos os dias, contrataram o fiscal, Eng. MC. Ora, o Eng. MC disse que acompanhou a obra desde “...o início até ao fim...”; e, embora tenha referido/respondido à pergunta “Com que frequência ia à obra” disse que “Pelo menos 1 ou 2 vezes por mês. Não era um acompanhamento diário.” Não parece verosímil que alguém contratado especificamente para fiscalizar a execução de uma obra a ela se deslocasse apenas uma ou duas vezes por mês. Por outro lado, a testemunha SS disse que o FM se deslocava praticamente todos os dias à obra. E o mesmo referiu o réu nas suas declarações (00:32:02)**

**Acresce ainda que o ponto XLIV dos factos provados teve origem no ponto 56º da contestação que se insere na parte dessa peça processual destinada à impugnação dos factos alegados pela autora na petição inicial. E afigura-se-nos mesmo que este facto não tem qualquer relevância para a apreciação e decisão das questões que se colocam nos autos: é indiferente e irrelevante que a fiscalização da obra tenha periodicidade quase diária ou periodicidade quinzenal ou mensal. Ora, como é sabido, que não há lugar à reapreciação da matéria de facto quando o facto concreto objecto da impugnação ou da pretendida ampliação ou modificação não seja susceptível de, face às circunstâncias próprias do caso em apreciação, ter relevância jurídica, sob pena de ser levada a cabo uma actividade processual que se sabe, de antemão, ser inconsequente, o que contrariaria os princípios da celeridade e da economia processual consagrados nos artigos 2º nº 1, 137º e 138º. (Cf. Ac. Relação de Guimarães, de 11/07/2017, Maria João Matos; Ac. da RC, de 24.04.2012, Beça Pereira; Ac. da RC, de 14.01.2014, Henrique Antunes; Ac. R Lisboa, de 26/09/2019, Carlos Castelo Branco, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).**

**Por conseguinte, entendemos não alterar a redacção do ponto XLIV dos factos provados.**

#### **3.1.4- Os pontos XLVI e XLVII dos factos provados.**

**A apelante pretende se alterem as redacções dos pontos XLVI e XLVII.**

**Esses dois pontos de facto têm as seguintes redacções:**

**“XLVI. A colocação de alumínios da marca Domal na obra foi autorizado pelos representantes da Autora (VM e FM) e pelo engenheiro da obra MC (artigo 96.º, da Contestação).**

**XLVII. Nada foi colocado na obra sem autorização do dono da obra (artigo 112.º, da Contestação).**

**A apelante defende que estes pontos de factos passem a ter as seguintes redacções:**

**XLVI: “A colocação de alumínios da marca Domal na obra não foi autorizado pelos representantes da Autora (VM e FM) nem pelo engenheiro da obra MC, sendo da iniciativa do empreiteiro segundo orientação do seu fornecedor”.**

**XLVII: “Tudo foi colocado na obra pelo empreiteiro sem autorização do dono da obra” ou “Tudo foi colocado na obra pelo empreiteiro sem o conhecimento prévio do dono da obra”.**

**Para fundamentarem esta pretendida alteração destes dois pontos da matéria de facto, a autora/apelante invoca o depoimento de MC, fiscal da obra que, segundo a autora/apelante, disse que só se apercebeu que os alumínios não eram Technal depois do gerente da autora, VM, ter levantado esse problema; mais invoca a apelante que a obra tinha a suportá-la projecto de arquitectura e de especialidade em que estavam definida as características dos produtos e das peças; afirma ainda que a testemunha SS não é credível; e diz que os documentos que o réu enviou relativos aos alumínios não correspondem ao material aplicado; mais afirma que o réu não demonstrou ter obtido aprovação para a aplicação daqueles alumínios.**

**Vejamos.**

**Das declarações do réu decorre que ele disse que propôs a aplicação de alumínios da Domal e que o engenheiro da obra, MC, o mandou avançar; e que só após é que o VM levantou problema por causa desse alumínio e que ele lhe explicou que se tratava de alumínio equivalente; acrescentou que o gerente da autora sabia que estavam a aplicar alumínio Domal.**

**Das declarações do gerente da autora, VM, decorre, além do mais, que ele disse que numa visita que fez à obra detectou que os alumínios não eram os mesmos.**

**Do depoimento de VT decorre, além do mais, que ele foi à obra quando tinham começado a aplicar os alumínios (estaria um apartamento aplicado, segundo disse) estaria lá também o VM e ele reparou logo que não se tratava de alumínios Technal e chamou a atenção para isso e que o empreiteiro (o réu) explicou que se tratava de material do mesmo grupo da Technal.**

**Do depoimento de MC decorre que ele, além do mais, disse que depois de se terem apercebido, também o gerente da autora (VM) que não se tratava de alumínios da Technal e depois da explicação dada pelo empreiteiro pensou que a coisa ficou resolvida e que os alumínios**

aplicados são adequados à obra. Mais afirmou esta testemunha que o Sr. NMM não fazia qualquer alteração sem ser autorizado pelo dono da obra.

Pois bem, destes depoimentos decorre que não há fundamento para alterar a factualidade dos pontos XLVI e XLVII. Na verdade, pode retirar-se desses depoimentos e declarações que o gerente da obra, o VM, soube, logo após o início da aplicação dos alumínio que se tratava de material não Technal e, pelo menos tacitamente, após a explicação do réu/empreiteiro, aceitou a aplicação desses alumínio.

E o mesmo se diga em relação aos materiais aplicados, como resulta do depoimento do Eng. MC.

Assim, não se alteram os pontos XLVI e XLVII dos factos provados.

### **3.1.5- O Ponto XLVIII dos factos provados e o ponto bb) dos factos não provados.**

A apelante pretende que não pode ser dado como provado o que consta do ponto XLVIII - XLVIII. A autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDER (artigo 17.º, do contraditório da Autora à contestação) - e, simultaneamente, dar como não provado o facto bb) - bb) O apoio referido em XLVIII corresponde ao empreendimento turístico referido em II. (artigo 17.º, do contraditório da Autora à contestação).

Isto porque, segundo invoca, todas as provas indicam que o apoio referido em XLVIII corresponde ao empreendimento turístico referido em II dos factos provados. Invoca as declarações do próprio réu, as declarações do VM e o teor dos documentos 7, 8 e 9 juntos com a resposta à contestação e o documento 1 da petição e o próprio contrato de empreitada. Diz ainda que se o tribunal tinha dúvidas sobre o facto, nos termos do artº 411º do CPC, deveria ter solicitado os esclarecimentos dessas dúvidas e até reabrir a audiência e ordenar as diligências que entendesse necessárias nos termos do artº 607º nº 1 do CPC; e o mesmo, segundo a apelante, sucede com a Relação: se tiver dúvidas sobre um facto pode ordenar a produção de novos meios de prova de acordo com o artº 662º nº 2, al.s a) e b) do CPC. Conclui que a alínea bb) dos factos não provados deve ser eliminada e o ponto XLVIII passar a ter a seguinte redacção:

**“XLVIII- No empreendimento turístico referido em I e II a autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDER”.**

**Vejamos.**

A 1ª instância fundamentou a sua decisão relativamente ao ponto XLVIII dos factos provados e, bb) dos factos não provados, do seguinte modo:

**“Quanto ao facto provado constante do n.º XLVIII e ao facto não provado constante da alínea bb), no teor do despacho constante de fls. 370, do qual resulta o apoio em causa à Autora e sua percentagem do valor do investimento, mas não que diga respeito à obra em causa e objecto dos autos, tanto mais que não coincide o valor do investimento apoiado e o valor do negócio**

**em apreço nestes autos.”**

**Haverá fundamento para proceder à pretendida alteração à matéria de facto?**

**Em primeiro lugar, está fora de dúvida que a empreitada em causa teve por objecto a construção do empreendimento turístico “JM”, sendo dono da obra a autora “J - Apartamentos Turísticos, Lda”; e que o preço da empreitada foi acordado em 699 912,91€, sem IVA (é o que resulta da cláusula 1ª do contrato de empreitada, a fls 17).**

**Em segundo lugar, decorre do despacho do Secretário Regional da Economia nº 1258/2007, de 09/12/2007 (publicado no Jornal Oficial, II, nº 128 e consultável online na página do Jornal Oficial dos Açores) que o Governo Regional dos Açores, através do Orçamento Privativo do Fundo Regional de Apoio à Coesão e ao Desenvolvimento Económico, procedeu à concessão de incentivo ao projecto apresentado pela autora, “J - Apartamentos Turísticos, Lda” no âmbito do SIDET.**

**Mais consta, da Tabela Anexa a esse Despacho, que a “Tipologia” do investimento é “Meios Complementares alojamento turístico”; que o “Investimento” é de 974 508,50€; com um “VE” de 55,00; “Juros do empréstimo”: 221 956,76€; e, “Incentivo não reembolsável”: 150 000,00€.**

**Ora, da conjugação do texto do contrato de empreitada com o Despacho do Secretário Regional da Economia, decorre que, efectivamente, o apoio concedido pelo Governo Regional diz respeito ao empreendimento turístico referido no contrato de empreitada.**

**No entanto, é importante salientar que o apoio foi concedido ao empreendimento turístico, como um todo, e não, exclusiva ou directamente, à construção dos edifícios desse empreendimento, esta sim objecto do contrato de empreitada. Quer dizer, não se pode confundir a concessão de incentivos ao empreendimento, com a construção dos edifícios porque, como é normal, o custo total do empreendimento comportou/incluiu outras realidades: bastará pensar em equipamentos, mobiliário e demais elementos corpóreos (e não só, v.g., licenciamentos) que compõem o empreendimento turístico enquanto estabelecimento.**

**Ora, relativamente à empreitada de construção dos edifícios do empreendimento, desconhece-se qual foi a percentagem concreta do preço (699 612,91€ a que acresce IVA) que foi apoiada pelo Governo Regional. Nem a autora/apelante, de resto, invoca essa percentagem do apoio concedido pelo Governo Regional à construção dos edifícios - no ponto 17 do articulado de resposta às excepções refere/alega: “...o empreendimento turístico objecto do contrato de empreitada foi apoiado em 55% do investimento pelo “Sistema de Incentivos para o Desenvolvimento Regional (SIDER)...”. Portanto, temos de concluir que a percentagem mencionada, de 55%, foi concedida ao empreendimento e não directamente à empreitada de construção.**

**Por conseguinte, deve ser alterada a decisão da 1ª instância quanto aos pontos XLVIII dos factos provados e bb) dos factos não provados, decidindo-se que essa factualidade passa a um único ponto de facto com a seguinte redacção:**

**“XLVIII- No empreendimento turístico referido no contrato de empreitada mencionado em I e II, a autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDET”.**

**O que implica a eliminação do ponto bb) dos factos não provados e a nova redacção do ponto XLVIII (o que foi implementado no local próprio da matéria de facto).**

**Importa ainda apreciar outra questão suscitada pela apelante na impugnação dos pontos XLVIII dos factos provados e bb) dos factos não provados.**

**Concretamente, na sua alegação a apelante menciona que, se a 1ª instância ou esta Relação tiverem dúvidas sobre a percentagem do apoio, deverá ser lançada mão do princípio do inquisitório vertido nos artºs 411º e 662º nº 2 do CPC.**

**Não no parece que tenha razão.**

**Na verdade, o princípio do inquisitório ou da oficiosidade informa o campo de iniciativa processual do juiz, designadamente, no âmbito da instrução do processo, determinando a amplitude dos seus poderes nessa matéria. E estende-se em duas vertentes: os poderes de cognição do tribunal quanto à matéria de facto, enunciado no artº 5º do CPC, de que resulta que o juiz deve considerar os factos essenciais - que constituem a causa de pedir ou fundam as excepções - desde que alegados pelas partes (aliás, se a parte não alega os factos essenciais constitutivos da sua pretensão, corre o risco de a ver indeferida por falta de causa de pedir) e ainda os factos instrumentais que resultem da instrução da causa e os factos complementares e os factos concretizadores dos que as partes tenham alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido oportunidade de se pronunciar.**

**Considerar factos não se confunde com instruir factos: a consideração de factos coloca-se por ocasião da sentença e/ou acórdão e reporta-se à factualidade que é permitida ao juiz tomar em consideração. A instrução dos factos coloca-se em momento anterior e reporta-se às diligências de prova que ao juiz é permitido realizar de modo a demonstrar os factos de que lhe é lícito conhecer (artº 411º do CPC).**

**Note-se que este artº 411º do CPC tem redacção igual ao artº 265º nº 3 do CPC/95 e, no âmbito deste código, da conjugação deste preceito com o artº 264º, decorria que o juiz tinha poder de indagação oficiosa dos factos instrumentais que resultassem da instrução da causa (artº 264º nº 2 do CPC/95).**

**No que toca ao âmbito da intervenção oficiosa do juiz, é necessário não esquecer que são as partes que assumem o risco pela condução do processo (princípio da auto-responsabilidade) o que decorre, como vimos, do princípio do dispositivo e do contraditório e da igualdade das partes.**

**É neste quadro, de tensão dialéctica, que poderá ocorrer a iniciativa do juiz, que se deve pautar por uma intervenção dirigida ao andamento regular do processo e à boa resolução da causa, sem perturbar o equilíbrio das partes, antes garantindo-o. Deste modo, a realização oficiosa de diligências probatórias para o esclarecimento da verdade, não se deverá traduzir numa gratuita substituição das partes, mas deverá ser assumida com vista a obviar dificuldades insuperáveis ou assaz excessivas e após esgotados os meios de que a parte disponha para esse efeito. Trata-se, assim, de uma intervenção subsidiária por parte do**

tribunal.

O princípio do inquisitório, ao longo dos tempos e das diversas opções legislativas, não tem sido estático. Antes, tem visto evoluções e modificações das quais decorre que o poder inquisitório do juiz não é absoluto. Está limitado, no seu âmbito, pelas diversas regras de direito probatório estabelecidas no código de processo civil relativas à prova documental, confissão judicial provocada, prova pericial, inspeção judicial e prova testemunhal. Ou seja, quando no artº 411º do CPC se diz que o juiz ordena, oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade, não significa que ele tenha poder ilimitado de instrução. Tem de interpreta-se que esse poder do juiz está limitado pelas normas processuais que o concretizam, balizando, esse poder instrutório judicial.

Assim, no que à prova por documentos diz respeito, importa considerar o artº 7º nº 4 do CPC que é expressão do poder assistencial do juiz: sempre que alguma parte justificar dificuldade séria em obter documento que condicione o eficaz exercício de ónus processual, deve o juiz, se lhe for possível, providenciar pela remoção do obstáculo. Portanto, não é susceptível de despoletar esse poder assistencial do juiz uma qualquer falta de diligência ou de empenho no cumprimento de ónus de proposição de prova documental. Só a dificuldade séria e justificada de obtenção de documento pela parte permite que o juiz a substitua.

Há ainda a situação de documento em poder da parte contrária ou em poder de terceiro e a intervenção do juiz com vista a que eles sejam juntos ao processo (artºs 429º a 436º do CPC). Finalmente, o regime relativo à requisição de documentos, previsto no artº 436º do CPC, trata-se de um meio subsidiário, que só deve ser utilizado por iniciativa oficiosa ou a requerimento da parte quando esta não tenha possibilidade ou encontre dificuldade apreciável na sua obtenção (Cf. Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, CPC Anotado, vol. 2º, 3ª edição, Almedina, pág. 255).

Veja-se, neste sentido diversa jurisprudência, de que se saliente “...a regra do poder inquisitório do juiz não pode deixar de estar associada ao princípio da responsabilidade das partes sobre as quais a lei faz recair alguns ónus, inclusive no domínio probatório, que se repercutem em vantagens ou desvantagens para as mesmas e que, por isso mesmo, aquelas têm interesse directo em cumprir. Até porque, no limite, em sede probatória, a dúvida sobre a realidade de um facto resolve-se contra a parte a quem o mesmo aproveita (artigo 414º). Daí que as partes tenham natural interesse em concorrer activamente para o processo de instrução da causa”. (Ac. TRG, de 20/03/2018, João Diogo Rodrigues, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Ou “...o princípio do inquisitório não pode ser utilizado para, objectivamente, auxiliar uma das partes, prejudicando a outra, permitindo àquela introduzir no processo documentos que não apresentou atempadamente nos termos do artº 423º do CPC/13” (Ac. TRP, de 18/02/2016, Pedro Martins). Ou, ainda “...o dever de gestão processual e inquisitório que subjaz ao disposto nos artºs 6º, 411º e 436º do CPC não pode servir para remediar a inércia da parte, a quem incumbe a alegação e prova dos factos (a que está inerente a junção/indicação dos respectivos meios

probatórios) em que assenta a sua pretensão, só se justificando quando a parte não tem facilidade em os obter ou os não pode obter, devendo esta justificar a dificuldade de, ela própria, os obter” (TRC, de 06/06/2017, Arlindo Oliveira, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Ora, no caso dos autos, como se referiu, a autora/apelante nem sequer alegou qual a percentagem do preço da empreitada que terá sido apoiada pelo Governo Regional.

Portanto, em face do que fica exposto, conclui-se que não tem esta Relação de produzir prova relativamente à percentagem do financiamento relativa à empreitada propriamente dita.

### **3.1.6- O ponto g) dos factos não provados.**

A apelante entende que deve ser alterada a redacção do ponto g) dos factos não provados em termos de eliminar a referência aos alumínios.

Para o efeito, invoca a factualidade dada como provada nos pontos XX, XXI e XXII.

Propõe que o ponto g) dos factos não provados passe a ter a seguinte redacção:

“g)-Os rebocos, revestimentos, tintas e coberturas aplicados não correspondem ao definido para a execução da obra.”

**Vejamos então.**

Pois bem, da factualidade dada como provada nos pontos XX, XXI e XXII decorre, necessariamente, que os alumínios aplicados não correspondem ao definido no projecto para a execução da obra.

Assim, sem necessidade de mais considerandos, conclui-se que o ponto g) dos factos não provados passa a ter a seguinte redacção:

“g)-Os rebocos, revestimentos, tintas e coberturas aplicados não correspondem ao definido para a execução da obra”. (o que foi introduzido no local próprio relativo à matéria de facto).

**Em suma: procede parcialmente a impugnação da decisão sobre a matéria de facto.**

\*\*\*

## **3.2- A Revogação da sentença, com a conseqüente condenação dos réus no pedido.**

A apelante pugna pela revogação da sentença em termos de os réus serem condenados conforme peticionou. Invoca diversos argumentos que, segundo ela, levam à revogação da sentença.

**Cumpramos apreciar esses argumentos.**

### **3.2.1- A natureza do contrato de empreitada celebrado entre autora e réu.**

Começa a apelante por defender que se trata de empreitada de obra pública a que se aplica o

regime do DL 59/99. Invoca, essencialmente dois argumentos para a aplicação do regime previsto no DL 59/99:

- (i) - Por se tratar de empreendimento apoiado em 55% pelo Governo Regional do Açores, nos termos dos artºs 2º nº 5 e 3º nº 1, al. a) do DL 59/99, trata-se de empreitada de obra pública;
- (ii) - Invoca o concurso público, o caderno de encargos e as cláusulas 7ª, 8ª e 9ª do contrato de empreitada.

Será assim?

Vejamos.

Quanto à pretendida aplicação dos artºs 2º nº 5 e 3º nº 1, al. a) do DL 59/99.

Estabelecia o artº 5º nº 2 do referido DL 59/99 de 02/05, com epígrafe “Âmbito de aplicação objectiva”:

“5-O regime do presente diploma aplica-se ainda às empreitadas que sejam financiadas directamente, em mais de 50%, por qualquer das entidades referidas no artigo seguinte.”

E o artº 3º, com epígrafe “Âmbito de aplicação subjectiva” determinada no seu nº 1, al. e) que:

“1-Para efeitos do disposto no presente diploma são considerados donos de obras públicas:

...

e)- As Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira;”

Pois bem, como se verificou acima em sede de impugnação da matéria de facto, foi considerada parcialmente procedente a impugnação relativa ao ponto XLVIII e, em consequência, esse ponto de facto passou a ter a seguinte redacção:

“XLVIII- No empreendimento turístico referido no contrato de empreitada mencionado em I e II, a autora foi apoiada em 55% de investimento de € 974.508,50 pelo SIDET.”

Portanto, à primeira vista, pareceria que a autora/apelante teria razão ao invocar tratar-se de empreitada de obra pública por força dos mencionados artºs 2º nº 5 e 3º nº 1, al. e) do DL 59/99.

Somente sucede que, como bem salienta a sentença da 1ª instância, o DL 59/99, de 02/05, foi revogado pelo DL 18/2008, de 29/01, Código dos Contratos Públicos, concretamente pelo artº 14º nº 1, al. d) deste diploma legal.

Significa isso que, à data da celebração do contrato de empreitada, 15/01/2009, aquele DL 59/99, de 02/05, já não se encontrava em vigor e, por isso, era insusceptível de ver aplicados ao contrato de empreitada em apreço os mencionados artº 2º nº 5 e 3º nº 1, al. d) desse DL 59/99. Portanto e concluindo quanto a este argumento: não é possível considerar tratar-se de

**contrato de empreitada de obra pública por força da aplicação dos referidos artºs 2º nº 5 e 3º nº 1, al. d) do DL 59/99.**

**E à mesma conclusão se chegaria pela aplicação do regime decorrente do DL 18/2008, de 29/01, relativo Código dos Contratos Públicos, em vigor à data da celebração do contrato de empreitada em causa nos autos. Na verdade, a autora não pode ser considerada “Entidade Adjudicante” para efeitos do artº 2º do mencionado DL 18/2008, nem pode considerar-se “Contraente Público” para os efeitos do artº 3º desse diploma legal, nem o contrato de empreitada pode ser tido como “Contrato no Âmbito do Sector Público” (artº 5º-A do mesmo Código). Como refere Menezes Leitão (Direito das Obrigações, vol. II, 6ª edição, pág. 509) “Caso o dono da obra não seja nenhuma das entidades referidas no artº 3º nº 1 do Código dos Contratos Públicos, é aplicável à empreitada o regime dos artºs 1207º e segs do Código Civil.” (sublinhado nosso).**

**Além disso, também não pode aplicar-se ao contrato de empreitada em questão a previsão do artº 275º nº 1, al. a) do mesmo Código - Contratos de empreitada de obras subsidiados directamente em mais de 50% do respectivo preço contratual (realce nosso) - porque, como vimos acima, não se apurou qual a percentagem de financiamento concedida pelo Governo Regional directamente ao preço da empreitada.**

**Quanto ao segundo argumento.**

**Entende também a apelante que da circunstância de, previamente à celebração do contrato de empreitada, ter sido feito concurso público bem como a referência, no Caderno de Encargos, ao DL 59/99 e ainda, do teor de diversas cláusulas do contrato de empreitada em que as partes remeteram para o regime jurídico desse DL 59/99, torna a empreitada em causa como empreitada de obra pública sujeita ao regime jurídico do mencionado DL 59/99.**

**Será assim?**

**No que respeita ao procedimento concursal, prévio à celebração do contrato de empreitada, contrariamente ao que menciona a autora/apelante, não se tratou de “Concurso Público”. Na verdade, consta do texto desse concurso tratar-se de “Concurso Privado” (conforme documento nº 1 junto com a resposta às excepções, a fls 330). É certo que nesse Programa de Concurso consta que a proposta de preço é elaborada em conformidade com os modelos 1 e 2 do anexo III ao DL 59/99 e, existirem diversos outros pontos desse Programa de Concurso que remetem para o regime do DL 59/99. Além disso, também nas cláusulas gerais do Caderno de Encargos (Doc. 2 junto com a resposta às excepções, a fls 344 e segs) é dito tratar-se de “Concurso Privado”, embora em diversas “Cláusulas” desse Cadernos de Encargos se remeta para o DL 59/99 em alguns aspectos.**

**Por sua vez, no contrato em apreço constam, entre outras, as seguintes cláusulas:**

**“6- Para efeitos de aplicação de multas por violação dos prazos contratuais, ou para a**

concessão de prémios por antecipação de prazos, estabelece-se o critério consagrado no art. 201º do Decreto - Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

**7- O prazo de garantia de todos os trabalhos que constituem a presente empreitada é de cinco anos, contados a partir do último auto de recepção provisória.**

**8- Que, na parte não especialmente prevista neste contrato, e no caderno e encargos se aplicarão as normas legais reguladoras do regime jurídico sobre fornecimento e empreitadas de obras públicas, previsto no Decreto - Lei número cinquenta e nove barra noventa e nove, e quanto às revisões de preços cumprir-se-ão as disposições legais aplicáveis, designadamente o Decreto- Lei n.º 6/2004, de 6 de Janeiro.”**

**Ou seja, por estas cláusulas do contrato de empreitada as partes acordaram a aplicação do Regime do DL 59/99 relativamente a:**

**i)- Aplicação de multas e prémios;**

**ii)- Aplicação supletiva do regime do DL 59/99.**

**Ora a questão que se coloca, desde logo, é a de saber se este acordo de aplicação subsidiária do DL 59/99 tem por efeito a transformação do contrato de empreita em Empreitada de Obra Pública.**

**Entendemos que a resposta é negativa.**

**Vejam os porquê. Para o efeito, socorramo-nos da lição de Pedro Romano Martinez (Direito das Obrigações, Parte Especial, Contratos, 2ª edição, pág. 322) “...não raras vezes, em contratos de empreitada regulados pelo Direito Privado, as partes remetem para regras de Direito Público, designadamente o Decreto-Lei respeitante ao regime das empreitadas de obras públicas. (...) Sempre que tal ocorra, as referidas normas não se aplicam por imposição legal, mas em virtude da disposição contratual que para elas remete.”**

**Por conseguinte, trata-se portanto de uma empreitada de Direito Privado em que as partes acordaram na aplicação supletiva de normas do DL 59/99 ainda que revogado. (sobre a questão onde numa empreitada de Direito Privado as partes acordaram a remissão para certos aspectos do regime estabelecido para as empreitadas de Direito Público, ver Ac. do STJ, de 03/05/1990, (Cura Mariano) BMJ 397. Pág. 473 e segs).**

**3.2.2- A caducidade do direito da autora à reparação dos defeitos.**

**A apelante insurge-se contra a decisão da 1ª instância que julgou procedente a excepção de caducidade do direito da autora/apelante à reparação dos defeitos e à indemnização que peticionou.**

**Alega que a 1ª instância não podia aplicar ao contrato em questão o regime do artº 1125º nº 2**

do CC, porque, segundo defende, trata-se de contrato de empreitada de obra pública a que se aplica o DL 59/99, e, por isso, o prazo de garantia da obra é de cinco anos a contar do auto de recepção provisória e, que essa recepção provisória ainda não aconteceu porque não aceitou as caixilharias de alumínio instaladas, as pinturas, os revestimentos e a cobertura e, esses defeitos, apesar de comunicados, não foram reparados; invoca o disposto nos artºs 217º, 218º, 219º e 227º do DL 59/99; daí, conclui, que não caducou o direito de exigir a eliminação dos defeitos, ou a redução do preço, e a indemnização.

Subsidiariamente, diz que mesmo que se aplicasse ao contrato de empreitada em causa o regime do Código Civil, ainda assim não se verificaria a invocada caducidade prevista no artº 1125º n.º 2 porque, defende, essa caducidade exige o incumprimento definitivo pelo empreiteiro, incumprimento esse que depende de uma interpelação admonitória que, no caso não ocorreu, não se verificando assim a denúncia para efeitos do disposto no artº 1125º n.º 2 do CC.

Será assim?

Vejamos, na parte que releva, a fundamentação da sentença da 1ª instância:

“...socorrendo-nos do convencionado pelas partes, para a recepção da obra prevê o mencionado DL 59/99, de 2 de Março, nos arts. 217.º e seguintes, um conjunto de procedimentos concomitante à entrega da obra e destinado ao apuramento e resolução imediata das deficiências de execução e de eventuais divergências que surjam relativamente às mesmas e sua responsabilidade.

Não obstante, as partes, consensualmente, não levaram a cabo o procedimento em causa (cfr. o facto XII, dado como provado) limitando-se, o 1.º Réu, a entregar a obra e a Autora a explorar, de imediato, o empreendimento em causa (cfr. o facto XXXI, dado como provado).

Tal procedimento previsto nos arts. 217.º e seguintes, DL 59/99, de 2 de Março, quando observado, afastaria e deixaria sem sentido a aplicação do regime de caducidade previsto no art. 1225.º, do Código Civil.

Não é isto que sucede no caso dos autos.

Isto é, o que ocorreu foi que, apesar da remissão expressa para o mencionado DL 59/99, de 2 de Março, as partes acordaram, na entrega da obra e actuação posterior, afastar o regime de tal diploma, pois ambas deixaram de o observar (sendo inclusive abusiva a invocação pela Autora de um regime convencionado que também não observou).

Se assim o fizeram, à falta de regime legal ou convencional específico, o disposto no art. 1125.º, n.º 2, do Código Civil, mostra-se aplicável à empreitada objecto dos presentes autos.

Por conseguinte, nos termos do disposto no art. 1125.º, n.º 2, do Código Civil, o dono da obra (isto é, a Autora) teria 1 ano para denunciar os defeitos após o seu conhecimento e, após a denúncia, 1 ano para intentar a respectiva acção.

Apliquemos tais considerandos ao caso dos autos.

Antes de mais, cumpre, desde logo, dizer que, quanto à alegada desconformidade da telha e respectivos pedidos, tem, a presente acção, sem mais, de improceder, nos termos do art. 342.º, n.º 1, do Código Civil, na medida em que não se demonstrou o mencionado vício (cfr. o facto j), dado como provado), sendo a telha aplicada a convencionada.

Há, assim, apenas, que equacionar a questão da caducidade quanto aos demais vícios de obra dados como provados nos factos XIV (XIV.1 a XIV.8), XV (XV.1 a XV.8) e XX, XXI e XXII (XXII.1 a XXII.4).

Tais vícios, todos eles, foram objecto de várias trocas de correspondência entre a Autora e o 1.º Réu, nos anos de 2013 e 2014, e de reparações pelo primeiro Réu nos anos de 2012 e 2013 (cfr. os factos XIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII e XLIII).

Nesse âmbito, a última missiva comprovada nos autos e enviada pela Autora ao 1.º Réu é de 29/04/2014 (cfr. o facto XXXIX, dado como provado) e a última resposta do 1.º Réu, declinando responsabilidades, é até anterior, pois data de 25/02/2014.

De tal factualidade resulta que todos os defeitos em causa foram conhecidos e denunciados pela Autora ao 1.º Réu em momento anterior a 25/02/2014.

Ora, não havendo qualquer acto de reconhecimento por parte do 1.º Réu desde 25/02/2014 (art. 331.º, n.º 2, do Código Civil), nos termos do disposto no art. 1225.º, n.º 2, do Código Civil, a presente acção (para eliminação de defeitos e/ou indemnização por dano decorrente dos vícios em causa) deveria ter sido proposta até 25/02/2015 (cfr., ainda, os arts. 331.º, do Código Civil, e 259.º, do CPC).

Não o foi, pois conforme resulta do facto XXXII, dado como provado, a presente acção deu entrada a 1/07/2015, não tendo, por via disso, atempadamente, a Autora, impedido a caducidade, nos termos do art. 331.º, do Código Civil.

Tem, assim, sem mais, de proceder a invocada excepção peremptória de caducidade, e, conseqüentemente, a presente acção de ser julgada improcedente também no demais.”

Pois bem, como acima se concluiu, no caso dos autos, estamos perante uma empreitada de Direito Privado em que as partes acordaram, aquando da celebração do contrato, na aplicação supletiva de normas do DL 59/99 ainda que revogado.

De acordo com o artº 217º deste DL 59/99 (RJEOP), logo que a obra esteja concluída, deve proceder-se, por iniciativa do dono da obra ou a pedido do empreiteiro, à vistoria da obra para o efeito da recepção provisória (artº 217º nº 1); por outro lado, de acordo com o nº 5 do mesmo preceito legal, se o dono da obra não proceder à vistoria nos 22 dias subsequentes ao pedido do empreiteiro, considera-se que a obra foi recebida no termo desse prazo. Ou seja, do artº 217º do RJEOP decorre que o dono da obra deve promover a vistoria da obra no mais curto prazo que lhe for possível após a respectiva conclusão. A razão de ser desta norma e do dever que dela decorre reside no facto de não se considerar razoável retardar a recepção da obra e o início do prazo de garantia por facto imputável ao dono da obra (Cf. Jorge Andrade da Silva, Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, 1ª edição, 2006, pág. 636). De resto, esta

norma apresenta-se semelhante ao que dispõe o artº 1218º nº 5 do CC que estabelece que a falta de verificação da obra ou da comunicação dos defeitos importa a aceitação da obra.

A efectivação da vistoria constitui, simultaneamente, um direito do dono da obra e um ónus para o dono da obra. Um direito porque, por essa forma, pode verificar se a obra foi realizada nos termos que foram contratados; um ónus porque, se não proceder à vistoria, será considerada como tacitamente aceita (Pedro Romano Martinez, Contrato de Empreitada, 1994, pág. 149, apud Jorge Andrade da Silva, Regime Jurídico das Empreitadas..., cit., pág. 636, nota 611).

No caso dos autos apurou-se que não foi elaborado auto de recepção provisória (nem definitiva) (ponto XII dos factos provados). Mas apurou-se, igualmente, que a obra terminou a 30/07/2010 (ponto X) e que após a conclusão da obra a autora recebeu-a e começou a utilizá-la para receber turistas (ponto XXXI). Ora, destes dois factos retira-se que ocorreu uma recepção tácita da obra pelo dono da obra, visto que tomou definitivamente posse dela e a colocou ao serviço da finalidade para que foi construída. (Neste sentido, Staphane Branconnier, apud Jorge Andrade da Silva, Regime Jurídico das Empreitadas..., cit., pág. 636, nota 615; no mesmo sentido, Vaz Serra, BMJ 145, pág. 168). Recorde-se que o gerente da autora/dona da obra, em pelo menos três e-mails por ele enviados ao réu reconhece a “recepção da obra”, como resulta dos e-mail de 16/07/2013, de 24/07/2013, e de 29/07/2013 (pontos XL, XLI e XLII dos factos provados).

**Qual a consequência dessa recepção tácita da obra por parte do dono dela?**

A primeira instância entendeu que com a entrega/recebimento da obra pela autora e actuação posterior das partes, elas “... acordaram (...) afastar o regime de tal diploma...”; isto é, o regime supletivo que havia acordado pela remissão para o DL 59/99.

Pois bem, segundo entendemos, o recebimento da obra pela respectiva dona, ora apelante, implicou a aceitação da obra. Ao receber a obra, a dona da obra e o réu, empreiteiro, prescindiram da realização da vistoria a que se reporta o artº 217º do RJEOP e, conseqüentemente tem de considerar-se que ocorreu recepção de toda a obra, visto que, com aquela aceitação, não foram indicadas quaisquer deficiências. É o que decorre do artº 219º nº 1 do RJEOP: considera-se aceita a totalidade da obra quando não seja objecto indicação de deficiências.

Assim, sendo, temos de concluir que as partes por estipulação verbal posterior à celebração do contrato, afastaram a aplicação do regime supletivo, do DL 59/99, que haviam estabelecido quanto à recepção provisória, recepção definitiva e regime da denúncia dos defeitos. Aliás, posteriormente à recepção da obra, a autora foi “denunciando” defeitos da obra ao réu empreiteiro. E nem mesmo após o decurso do prazo de cinco anos contados após a

recepção/aceitação da obra, a autora promoveu a respectiva “recepção definitiva”.

Aqui chegados, coloca-se a questão de saber se as partes podem afastar, por acordo posterior ao contrato escrito, as regras relativas à vistoria e recepção provisória da obra e recepção definitiva a que se referem os artºs 217º e 219º do RJEOP.

Parece-nos que sim.

Na verdade, estabelece o artº 221º nº 2 do CC que “As estipulações posteriores ao documento só estão sujeitas à forma legal prescrita para a declaração se as razões da exigência especial da lei lhe forem aplicáveis”.

Da norma resulta que o critério para aferir da validade a cláusula posterior é o da aplicabilidade das exigências de forma. Quer dizer, verificar se a razão de exigência de forma (escritura pública ou documento escrito) se estende a todas as cláusulas do contrato mesmo que não sejam essenciais ou típicas.

Recorde-se que elementos essenciais do negócio jurídico são, por um lado, os relativos à capacidade, à vontade e à idoneidade do objecto; por outro lado, são elementos essenciais de um contrato as cláusulas ou elementos que caracterizam e distinguem cada tipo de contrato nominado ou típico e que o permitem distinguir dos restantes tipos de contratos. No fundo, são os elementos que imprimem as características próprias de cada modalidade e os distinguem dos tipos contratuais vizinhos.

Ora, relativamente ao contrato de empreitada, são seus elementos essenciais a (i) especificação da obra a realizar e (ii) a determinação do preço, como decorre do artº 1207º do CC. As cláusulas relativas à verificação e reparação dos eventuais defeitos, não são elementos essenciais da empreitada. Na verdade, os elementos ou cláusulas acessórias do negócio jurídico são as estipulações que não caracterizam o tipo negocial abstracto, mas que se tornam imprescindíveis para que o negócio concreto produza os efeitos que a elas tendem. É o caso da cláusula contratual supletiva relativa à aplicação do regime do DL 59/99 na parte respeitante à recepção provisória e recepção definitiva e ao regime de denúncia dos defeitos da obra.

Ora bem, costumam apontar-se diversas razões justificativas da exigência da forma, designadamente a legal. Avultam, entre outras, (i) a ponderação da decisão em ordem a evitar soluções irreflectidas; (ii) a clareza acerca do momento exacto da conclusão do negócio e do respectivo conteúdo; (iii) a segurança da prova; (iv) a cognoscibilidade por terceiros; (v) o controlo para preservar interesses da comunidade e de terceiros (Cf. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª reimpressão, 2014, pág. 444; Mota Pinto, *Teoria Geral...cit.*, pág. 428 e seg.).

**Portanto, as exigências de forma estão relacionadas com razões sociais e de segurança. Mas em todas as matérias onde essas razões sociais e de segurança não se coloquem, designadamente as abrangidas pelos regimes supletivos do contrato, não se justifica que estejam sujeitas à forma legal exigida.**

**Daqui decorre que nada impede as partes de, por acordo, ainda que verbal, posterior à celebração do contrato, afastarem a aplicação do regime supletivo, do DL 59/99, que haviam estabelecido quanto à recepção provisória, recepção definitiva e regime da denúncia dos defeitos.**

**E uma vez afastada a aplicação do regime do DL 59/99, temos de concluir, como fez a 1ª instância, que tem de aplicar-se o regime relativo à empreitada de Direito Civil previsto no Código Civil.**

**Assim sendo, chegamos à questão da caducidade do direito da autora à reparação/eliminação dos defeitos, à indemnização e redução do preço, que deve ser aferida à luz do regime previsto no Código Civil.**

**Vejamos.**

**Em primeiro lugar importa considerar que o Código Civil, nos artºs 1220º nº 1, 1224º e 1225º estabeleceu prazos de caducidade para a denúncia dos defeitos da obra e para o exercício dos direitos que são conferidos ao dono da obra. Não se trata de prazos de prescrição (Cf. Pedro Romano Martinez, Direito das Obrigações..., cit., pág. 493). Se assim não fosse, os direitos do dono da obra poder-se-iam protelar no tempo, com o inconveniente da insegurança jurídica que adviria para o empreiteiro. Aliás, esses prazos de caducidade, curtos, foram estabelecidos no interesse do empreiteiro, a fim de os desvincular das responsabilidades emergentes dos defeitos da obra no caso de inércia do dono da obra.**

**Decorre do artº 1225º nº 2 do CC que se após a aceitação se o dono da obra nela detectar defeitos deve denunciá-los ao empreiteiro no prazo de um ano a contar da sua descoberta. E embora a lei não determine a partir de que momento se inicia esse prazo de um ano, deve entender-se, por analogia com o disposto no artº 1220º nº 1, que ele se inicia com o seu descobrimento (Pedro Romano Martinez, Direito das Obrigações..., cit., pág. 494).**

**Para além desse prazo de um ano para a denúncia dos defeitos, estabelece a lei, no artº 1225º nº 2 do CC que "...a indemnização deve ser pedida no ano seguinte à denúncia." A doutrina vem entendendo que esse prazo de um ano, para o exercício do direito à indemnização, é igualmente aplicável ao direito à eliminação dos defeitos, por força do artº 1225º nº 3 que determina: "Os prazos previstos no número anterior são igualmente aplicáveis ao direito à eliminação dos defeitos, previsto no artº 1221º". (Cf., entre outros, Menezes Leitão, Direito das**

Obrigações, Vol. III, 6ª edição, pág. 555 e seg.).

Temos assim que por força do artº 1225º nºs 2 e 3, a lei estabelece um primeiro prazo de caducidade de um ano para a denúncia dos defeitos (contado após a respectiva descoberta) e um prazo de caducidade de um ano para o exercício do direito à eliminação dos defeitos contado após a respectiva denúncia.

O exercício do direito à eliminação dos defeitos.

Ora, a questão que se coloca é a de saber se o direito à eliminação dos defeitos deve ser efectuado através de acção judicial ou se se basta com mera notificação extrajudicial ao empreiteiro.

Pois bem, há divergência quer na doutrina quer na jurisprudência quanto a esta questão.

Assim, de um lado, uma corrente que entende que efectuada a denúncia do(s) defeito(s) dentro do prazo de um ano após o seu descobrimento, “...o dono da obra dispõe de um ano para instaurar a acção correspondente, sob pena de caducidade dos seus direitos.” (Cf. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações...*, cit., pág. 555; Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações...*, cit., pág. 496; Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Colecção Teses, 1994, pág. 412 e segs., onde o autor expressamente refere “No direito português, ao contrário do que se verifica em outros sistemas jurídicos, foi autonomizado um prazo para ser intentada a acção judicial”; João Serras de Sousa, *CC anotado, AAVV*, coord. Ana Prata, vol. I, 2017, pág. 1523, anotação 3). Na jurisprudência, entre outros, vejam-se, entre outros, Acs. do STJ, de 01/10/1996 (Aragão Seia); de 13/01/2009 (Urbano Dias); de 29/11/2011 (Gabriel Catarino); da R Lisboa, de 04/11/2008 (Rui Vouga); R Porto, de 16/05/2017 (Márcia Portela).

De outro lado, uma corrente que entende que os direitos do dono da obra a que se reportam os artºs 1224º e 1225º do CC, não têm de ser exercidos através de acção judicial. (Cf., entre outros, Ac. Rel. Porto, de 15/10/2012 (Anabela Luna de Carvalho); Ac. Rel. Guimarães, de 16/06/2011 (Manso Rainho); Ac. Rel. Coimbra, de 24/04/2012 (Arlindo Oliveira); o recente acórdão da Rel. Coimbra, de 22/06/2020, relatado por Maria João Areias, com voto de vencido da relatora inicial, Catarina Gonçalves). Esta posição da jurisprudência baseia-se na opinião de Cura Mariano (*Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra - versão consultada: 5ª edição, 2013, pág. 150 e seg.*) que defende: “Podendo os direitos do dono da obra serem exercidos extrajudicialmente, a simples declaração de redução do preço ou de resolução do contrato, ou mesmo a interpelação extrajudicial do empreiteiro para a eliminação dos defeitos, realização de nova obra ou pagamento de indemnização, impedem a caducidade destes direitos. “Em nenhum lado a lei exige que o acto impeditivo da caducidade deva ser a propositura de acção judicial, nomeadamente o disposto no artº 1224º do CC. Daí que a invocação destes direitos, posteriormente às mencionadas declarações de exercício, em acção judicial...já não está sujeita a qualquer prazo de caducidade... (mas) sujeitos ao prazo de

prescrição geral.”.

**Pois bem, cumpre tomar posição sobre a questão.**

**Como se referiu acima, o legislador, nos artºs 1220º nº 1, 1224º e 1225º estabeleceu prazos de caducidade para a denúncia dos defeitos da obra e para o exercício dos direitos que são conferidos ao dono da obra. Não se trata de prazos de prescrição. Se assim não fosse, os direitos do dono da obra poder-se-iam protelar no tempo, com o inconveniente da insegurança jurídica que adviria para o empreiteiro. De resto, esses prazos de caducidade, curtos, foram estabelecidos no interesse do empreiteiro, a fim de os desvincular das responsabilidades emergentes dos defeitos da obra no caso de inércia do dono da obra.**

**Ora, a tese que, na linha do entendimento de Cura Mariano, defende que o exercício dos direitos do dono da obra, mormente o direito à reparação dos defeitos, pode ser exercido extrajudicialmente no ano seguinte à denúncia dos defeitos e que a posterior acção de condenação do empreiteiro à reparação dos defeitos pode ser exercida no prazo geral da prescrição, ou seja no prazo de 20 anos após a interpelação extrajudicial para eliminação dos defeitos (conforme artº309º do CC) redundante, salvo o devido respeito, numa subversão da ratio que levou o legislador a estabelecer prazos curtos para que o dono da obra compelsse o empreiteiro à reparar/eliminar os defeitos da obra. Note-se que o Legislador optou por prazos de caducidade e não de prescrição por se entender que os institutos da suspensão e da interrupção da prescrição não se harmonizavam com as razões que justificavam o estabelecimento de prazos curtos para o exercício dos direitos resultando do descobrimento de defeitos (Cf. Pires de Lima e Antunes Varela CC anotado, vol. II, 3ª edição, 1986, pág. 824).**

**Por conseguinte, somos a entender que o dono da obra dispõe de um ano, contado a partir da denúncia dos defeitos, para instaurar a acção correspondente, sob pena de caducidade dos seus direitos.**

**Dito isto, vejamos o caso dos autos.**

**Pois bem, conforme decorre da factualidade apurada e de resto é referido pela sentença da 1ª instância, a última denúncia de defeitos - de resto já repetição de denúncias anteriores - foi através de carta do mandatário da autora, Dr. AT, em 05/02/2014 (ponto XXXVI). As comunicações posteriores (e-mails de 22/04/2014; 29/04/2014, respectivamente, pontos XXXIX e XL) limitam-se a reiterar denúncias anteriores.**

**Ora, assim sendo e tendo a autora, como vimos, o prazo de um ano a partir dessa denúncia de defeitos, para instaurar a acção para condenação do réu a eliminar os defeitos, teria de tê-la instaurado até 05/02/2015. Porém, não o fez e apenas instaurou esta acção em 30/06/2015. Por conseguinte, resta concluir que caducou o direito da autora à eliminação dos defeitos.**

**A pretendida redução do preço.**

A autora peticiona, subsidiariamente, a condenação do réu na redução do preço da empreitada, na quantia de 156 425,24€, acrescida da quantia que se liquidar posteriormente. Chega a este valor dizendo que a “reparação dos defeitos” do edifício da recepção importa em 18 000€, a “reparação dos defeitos” nos 10 apartamentos importa em 45 000€ (4 500€ por cada apartamento) e, a substituição dos alumínio custará 93 425,24€ - pretendia ainda, a redução na quantia que se viesse a liquidar posteriormente se se apurasse que a telha de cobertura não é a que constava do projecto, o que, como vimos, provou-se que a telha aplicada corresponde à do projecto.

Ora bem, desde já, uma primeira observação: em rigor, a autora, com este pedido que apresenta como subsidiário, pretende obter o mesmo efeito material que obteria com a eliminação dos defeitos em questão. Como bem menciona Pedro Romano Martinez (Cumprimento Defeituoso..., cit., pág. 405) “...a redução do preço...não pode corresponder ao custo da eliminação dos defeitos, porque, se assim fosse, haveria uma sobreposição de meios jurídicos.”. Portanto, não seria admissível a redução do preço nos valores peticionados.

De resto, a diminuição do preço está relacionada com a diminuição do valor mercantil da obra e, para o determinar, têm sido seguidos quatro métodos: A)- Diferença entre o preço acordado e o valor objectivo da coisa com defeito; ou B)- A diferença entre o valor ideal do bem sem defeito e o seu verdadeiro valor real; ou C)- A diferença entre o preço acordado e o valor que as partes teriam estabelecido se soubessem que o bem era defeituoso; ou D)- Uma ponderação entre os três factores: o preço acordado; o valor objectivo da coisa com defeito e o valor ideal do bem (para outros desenvolvimentos, cf. Pedro Romano Martinez, Cumprimento Defeituoso..., cit., pág. 408 e segs.).

Por outro lado, o direito à redução do preço não se apresenta subsidiário relativamente ao direito à eliminação dos defeitos: em relação a estas pretensões há um concurso alternativo, respectivamente, à escolha do devedor e à escolha do credor (Pedro Romano Martinez, Cumprimento Defeituoso...cit., pág. 441).

Ora, independentemente desta questão, a verdade é que, conforme decorre da regra geral do artº 1224º nº 1 do CC, o direito à redução do preço - a par do direito à eliminação dos defeitos, à resolução do contrato e à indemnização - está sujeito a prazo de caducidade se não for exercido dentro de um ano após a aceitação com reservas, ou da recusa de aceitação, ou da denúncia de defeitos. Este prazo de um ano “...mantém-se também para a hipótese de empreitada de imóveis destinados a longa duração...” (Pedro Romano Martinez, Cumprimento Defeituoso...cit., pág. 412)

No caso, já vimos que a autora deixou decorrer mais de um ano após a denúncia de defeitos.

Por conseguinte, temos de considerar que caducou, igualmente, o direito da autora à redução do preço.

**O pedido de indemnização.**

A apelante pretende se condenem os réus a pagarem-lhe indemnização, por danos morais, no valor de 15 000€. Invoca que em consequência dos defeitos da obra são “inúmeras” as queixas de hóspedes em relação ao cheiro a bolores e existência de humidades nas paredes, o que atinge a o bom nome e a imagem e credibilidade da autora.

**Vejamos então.**

Paralelamente aos diversos remédios que o legislador estabeleceu para o regime do não cumprimento do contrato de empreitada, decidiu ainda acrescentar o direito de indemnização para ressarcir o dono da obra dos prejuízos que sofra resultantes do cumprimento defeituoso da prestação do empreiteiro. Esse direito de indemnização é residual relativamente ao direito à eliminação dos defeitos, ou de realização de nova obra, de redução do preço ou de resolução do contrato. Isto é, o dono da obra só tem direito de indemnização, nos termos do artº 1223º do CC, relativamente aos prejuízos que não obtiveram reparação através daqueles outros direitos. Ou dito de outro modo: no contrato de empreitada vigora o princípio de que a indemnização é subsidiária relativamente ao pedido de eliminação dos defeitos, substituição da obra e de redução do preço. (Cf. Pedro Romano Martinez, Cumprimento Defeituoso...cit., pág. 347).

Por outro lado, importa ter presente que o artº 1223º refere que o dono da obra tem direito a ser indemnizado nos termos gerais, isto é, a ser ressarcido pelos danos que sofrer em consequência do não cumprimento do contrato de empreitada.

Em termos gerais, coloca-se a questão de qualificação dos danos sofridos pelo dono da obra em consequência do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato e, por consequência, a qualificação do tipo de responsabilidade do empreiteiro: se responsabilidade contratual, se responsabilidade extracontratual.

Esta qualificação não é despicienda na medida em que, se se tratar de responsabilidade contratual, o exercício do direito à indemnização está sujeito ao prazo de caducidade de um ano nos termos gerais do artº 1224º nº 1 do CC. Já se se tratar de responsabilidade extracontratual, o exercício do direito á indemnização está sujeito ao prazo de prescrição geral do artº 498º do CC.

**Vejamos então.**

Na responsabilidade civil do empreiteiro por defeitos da obra podem verificar-se os dois tipos de responsabilidade: se do defeito resultarem danos para a integridade física ou património de terceiros, estamos perante responsabilidade extracontratual dado que não têm por fundamento qualquer incumprimento do contrato; já todos os prejuízos sofridos pelo dono da obra em consequência da prestação defeituoso, integram a responsabilidade contratual dado que tem origem na violação do contrato, isto é, violação do direito do dono da obra a que esta seja executada em conformidade com o que foi estabelecido. Os prejuízos que normalmente estão associados à execução da obra com defeitos são, além da desvalorização da obra, danos

sequenciais no objecto da obra, em outros bens do seu dono, ou mesmo na sua pessoa, despesas com vista a definir a sua localização, prejuízos inerentes à realização de obras de reparação e danos não patrimoniais que o dono da obra possa ter sofrido em consequência do cumprimento defeituoso da prestação a que tinha direito (Cf. Cura Mariano, Responsabilidade Contratual..., cit., pág. 81).

É certo que muitos dos danos sofridos pelo dono da obra, como os danos na sua integridade física, além de terem origem numa violação positiva do contrato de empreitada são também consequência da violação dos chamados direitos absolutos, pelo que o mesmo dano tem simultaneamente origem contratual e extracontratual. “Nestes casos, em que ocorre um concurso ideal dos dois regimes de responsabilidade, consideramos que o da responsabilidade contratual consome a responsabilidade extracontratual, sendo ele o aplicável, uma vez que entre lesante e lesado existe uma relação obrigacional na qual ocorreu o facto lesivo, justificando-se, pois, a sobre posição da responsabilidade adequada à violação dos contratos.” (Cura Mariano, Responsabilidade Contratual..., cit., pág. 81).

De resto, Almeida Costa (Concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual, Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora, AAVV, 1998, pág. 555 a 565 ) esclarece a situação: “Pode acontecer, na verdade, que o dano se mostre consequência de um facto que simultaneamente viole uma relação de crédito e um dos chamados direitos absolutos (...) melhor dizendo, que exista uma situação susceptível de preencher os requisitos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e extracontratual...” (pág. 559). Trata-se de “...um concurso aparente das duas modalidades da responsabilidade civil...” (pág. 560). “...o sistema que exclui o cúmulo consiste na aplicação do regime da responsabilidade contratual, em decorrência do princípio da consunção.” (pág. 561). “...adere-se à ideia da exclusão do cúmulo. Se de um vínculo negocial, resultam danos para uma das partes, o pedido de indemnização deve alicerçar-se nas regras da responsabilidade contratual. A mesma directriz se impõe quando o facto que produz a violação do negócio jurídico - ou melhor, da relação que dele deriva - simultaneamente preenche os requisitos da responsabilidade aquiliana.” (...) “...as hipóteses de concurso da responsabilidade contratual e da extracontratual...reconduzem-se à figura do concurso aparente, legal de normas. Quer dizer, trata-se de situações em que só “aparentemente” se pode falar de um concurso, já que nos deparamos com uma única conduta ilícita, a merecer, portanto, uma só indemnização.” (págs. 562 e 563). “Sintetizando: de um prisma dogmático, o regime da responsabilidade contratual “consome” o da extracontratual. Nisto se traduz o princípio da consunção.” (pág. 564).

No caso dos autos, à luz do que referimos, os invocados danos na imagem da autora em consequência dos defeitos de execução da obra, integram responsabilidade contratual.

A ser assim, como referimos acima, o exercício do direito à indemnização está sujeito ao prazo

**de caducidade de um ano nos termos gerais do artº 1224º nº 1 do CC.**

**E, porque a autora não instaurou a acção no prazo de uma ano, resta concluir que caducou o seu direito à indemnização que peticiona pelos alegados danos na imagem.**

**A responsabilidade da ré mulher.**

**Pretende a autora/apelante se considere que a ré mulher responda também pelo pagamento das quantias que peticionou, argumentando com o regime das dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges, nos termos do artº 1691º nº 1, al. d) do CC, dizendo que essas dívidas foram contraídas pelo réu marido no exercício do seu comércio.**

**Ora bem, independentemente de se saber se o facto dado como não provado em t) foi correctamente decidido - o facto alegado na petição inicial não foi contestado e, o regime de bens do casamento não constitui o cerne da acção e não se trata de acção de estado - a verdade é que a aplicação do artº 1691º do CC pressupõe que existam dívidas.**

**Porém, no caso dos autos, não se apurou que existam essas “dívidas” peticionadas.**

**Assim, sem necessidade de outros argumentos, resta concluir que não há fundamento para co-responsabilizar a ré mulher.**

**Em suma: o recurso improcede.**

**\*\*\***

### **III-DECISÃO.**

**Em face do exposto, acordam na 6ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa:**

- a)-Julgar parcialmente procedente a impugnação da matéria de facto, embora sem relevância para a decisão do mérito do recurso;**
- b)- Julgar improcedente o recurso e, por consequência, mantém a sentença recorrida.**

**Custas no recurso, pela apelante.**

**Lisboa, 02/06/2021**

**(Adeodato Brotas)**

**(Vera Antunes)**

**(Aguiar Pereira)**

**Fonte:** <http://www.dgsi.pt>