

Proc. nº 630/2011

(Recurso Cível e Laboral)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 27 de Março de 2014

Descritores:

- Empreitada*
- Subempreitada*
- Defeitos da obra*
- Indemnização*

SUMÁRIO:

I - Perante uma obra construída com defeitos, o dono dela em relação ao empreiteiro, ou o empreiteiro em relação ao subempreiteiro, devem proceder da seguinte maneira por esta ordem:

- a) - Pedindo a *eliminação dos defeitos* (art. 1147º, nº1, 1ª parte, do CC);
- b)- No caso de não serem eliminados, pedindo uma *nova construção* (art. 1147º, nº1, “fine”, do CC);
- c)- Se não forem eliminados, nem sendo construída de novo a obra, pedindo a *redução do preço* ou a *resolução do contrato*, se os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que ela se destina (art. 1148º, nº1, do CC);
- d) - Subsidiariamente, isto é, para a hipótese de nenhum desses direitos puder ser levado a cabo, accionando o *direito de indemnização*, ficando, mesmo assim, fora de tal reparação indemnizatória os danos directa e

imediatamente provenientes do cumprimento defeituoso do contrato.

II - No caso de cumprimento defeituoso da empreitada, o *pedido de indemnização* não pode ser formulado de modo autónomo, por ser subsidiário relativamente aos pedidos de eliminação dos defeitos, de substituição da prestação e de redução do preço. O direito de *indemnização*, concedido nos *termos gerais*, tem por objecto os danos que não podem ser ressarcidos através da eliminação dos defeitos pelo construtor, pela exacta prestação, pela obra nova ou pela redução do preço.

III - Isto significa que o direito de indemnização nem surge autonomamente, nem serve para cobrir todos os danos. Por isso é que só *excepcionalmente* é de aceitar o seu uso imediato sem necessidade de accionar previamente os outros anteriores direitos previstos nos arts. 1147º e 1148º do C. E isso pode acontecer, por exemplo, quando o dono da obra insistiu com o empreiteiro variadíssimas vezes para a reparação, revelando incapacidade para resolver os problemas detectados, sendo que as restantes possibilidades legalmente previstas – realização de obra nova, redução do preço ou resolução do contrato – jamais ressarciriam o dono dos prejuízos reclamados.

IV - Por outro lado, o dono da obra só pode fazer as reparações por terceiro e exigir posteriormente o pagamento das despesas respectivas, substituindo-o ao empreiteiro, em caso de manifesta urgência.

Proc. n° 630/2011

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.

I - Relatório

“**Sociedade de Tecnologia BBB Limitada**”, com sede em Macau, na Av. da, n° ..., edif., ...° andar, intentou no TJB (Proc. n° CV2-08-0076-CAO) contra “**Companhia de Construção Civil CCC, Limitada**”, com sede em Macau, na Alameda do, n° ..., Edif., ...° andar, “...” e “...”, acção declarativa com processo ordinário pedindo a condenação desta no pagamento de HKD 950.037,50, valor em dívida de facturas correspondentes a materiais e trabalho de subempreitada consistente na colocação de 3 sistemas de portas nas instalações do casino “**ZZZ**”.

*

Houve contestação e, nesta, dedução de reconvenção, em termos que aqui damos por reproduzidos.

*

Foi proferida sentença, que julgou a acção parcialmente provada e procedente e, em consequência, condenou a ré a pagar à autora a quantia

de HK\$ 430.037,50 e juros respectivos e absolveu a autora do pedido reconvenicional formulado pela ré.

*

Inconformada, recorreu a ré, em cujas alegações formulou as seguintes conclusões:

«1. Por sentença judicial a Recorrente foi condenada a pagar a quantia de HKD\$430,037.50 acrescida de juros vencidos, e o pedido reconvenicional por si deduzido nesta acção foi julgado improcedente;

2. A Recorrente vem interpor recurso judicial da Sentença recorrida por não se conformar com o facto de não ter sido julgado procedente o pedido reconvenicional por si formulado;

3. A Recorrente e a Recorrida celebraram um contrato de subempreitada no dia 9 de Janeiro de 2006 através do qual esta se obrigou a instalar três sistemas de portas em três entradas no casino ZZZ, mediante o pagamento da quantia total de HKD\$2,651,285.00 (o Primeiro Contrato);

4. A Recorrida não concluiu as obras objecto do Primeiro Contrato de subempreitada no prazo acordado para a sua conclusão - dia 28 de Fevereiro de 2006, prorrogado até ao dia 1 e 2 de Outubro de 2006 - pelo que incorreu em mora contratual durante três dias;

5. Os trabalhos executados pela Recorrida apresentavam alguns defeitos que foram atempada mente denunciados pela Recorrente, conforme lista de defeitos que se encontra a folhas 132 dos autos;

6. A Recorrida não eliminou os defeitos da obra, em particular os defeitos com as “air-gate”, conforme lhe era legalmente exigido por força do artigo 1147º nº1 do Código Civil;

7. Em virtude de as portas apresentarem defeitos nas cortinas “air-gates”, a Recorrente contratou os técnicos da XXX para verificarem os defeitos que as portas apresentavam;

8. Através de relatório, os técnicos aconselharam a Recorrente a desmantelar e a remover as “air-gates”;

9. O ZZZ, dono da obra, preferiu ficar sem as “air-gates”, mediante reembolso da Ré, limitado apenas

ao custo daquelas e respectivos componentes (resposta ao quesito 30º);

10. *No preço a pagar pelo ZZZ à Recorrente, foi feito um abatimento devido à não instalação das “air-gates” (resposta ao quesito 31º);*

11. *A Recorrente pagou à empresa DDD 工程貿易(澳門)有限公司 a quantia de MOP\$30,000.00 pelo trabalho de desmantelamento e remoção das “air-gates” (resposta ao quesito 32º da base instrutória);*

12. *As quantias de HKD\$350.000,00 e de MOP\$30.000,00 são prejuízos que a Recorrente sofreu em virtude da não eliminação dos defeitos das “air-gates” por parte da Recorrida;*

13. *Tais prejuízos são indemnizáveis nos termos gerais do direito, conforme estipula o artigo 1149º do Código Civil, que remete para os artigos 787º, 556º e 557º do mesmo diploma legal;*

14. *A Recorrente pagou a quantia de MOP\$63,500.00 pelos serviços de ar condicionado como forma de compensação pelo dias de atraso na entrega da obra ao ZZZ;*

15. *Tal quantia também é indemnizável à luz do artigo 793º n.º1 do Código Civil, a título de prejuízos sofridos devido à mora em que a Recorrida incorreu na entrega das obras;*

16. *Da interpretação e aplicação dos artigos 793º n.º1, 1149º, 787º, 556º, 557º e 558º n.º1 do Código Civil aos factos acima referidos considerados como provados, a Recorrente tem direito a ser compensada pelos prejuízos sofridos em sede de responsabilidade civil contratual;*

17. *O pedido reconvenicional da Recorrente deveria ter sido julgado procedente por provado, pelo menos no que diz respeito às quantias que foram consideradas como provadas, visto que os prejuízos decorrem da mora e do incumprimento do Primeiro Contrato de subempreitada;*

18. *A Sentença Recorrida ao não ter julgado como procedente o pedido reconvenicional deduzido pela ora Recorrente violou o disposto nos artigos 1134º, 1147º, 1148º, 1149º, 787º, 793º, 556º, 557º e 558º, todos do Código Civil.*

Nestes termos e nos mais de direito, deverá a sentença recorrida ser revogada, julgando-se procedente por provado o pedido reconvenicional formulado pela Recorrente, no que toca aos seguintes pedidos de pagamento:

a) a quantia de HKD\$350,000.00, pelo abatimento no preço a pagar pelo ZZZ à Recorrente;

b) a quantia de MOP\$30.000,00 pela despesa que a Recorrente teve que pagar pelo desmantelamento e remoção das “air-gates”;

c) a quantia de MOP\$63.500,00 pelo serviços de ar condicionado pagos pela Recorrente como forma de compensar o ZZZ pelos dias de atraso na entrega da obra; assim se fazendo a acostumada **Justiça!**».

*

A autora da acção respondeu ao recurso nos seguintes termos conclusivos:

«I. A natureza dos contratos celebrados entre A. e R. é a de contratos de subempreitada, contratos dependentes do contrato principal de empreitada, sendo pois o regime legal o consagrado nos artigos 1133.º a 1156.º do C.C., assumindo o original empreiteiro a posição de dono da obra e o subempreiteiro a posição do empreiteiro.

II. O empreiteiro está obrigado a executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato, nos termos do art. 1134.º; e o não cumprimento de tais obrigações pode fazer incorrer o empreiteiro em diversas sanções como, ser compelido à eliminação dos defeitos ou, não podendo os mesmos ser eliminados, a construir de novo a obra (art. 1147.º do C.C.) OU a ficar sujeito à redução do preço (art. 1148.º do C.C.) OU à resolução do contrato, se os defeitos tomarem a obra inadequada ao fim a que se destina (art. 1148.º do C.C.) e, alternativa ou cumulativamente com essas sanções, a uma indemnização nos termos gerais (arts. 1149.º do C.C.)

III. A denúncia dos defeitos da obra dentro dos 30 dias posteriores ao seu descobrimento é pressuposto do exercício dos acima mencionados direitos conferidos ao empreiteiro, nos termos do art. 1146.º do C.C.

IV. Após a oportuna denúncia dos defeitos tem o dono da obra o prazo de um ano a contar da recusa de aceitação ou da aceitação com reserva para exercer os referidos direitos, declarando dos que lhe competem qual ou quais pretende exercer, nos termos do art. 1150.º

V. O dono da obra não tem o direito, por si ou por intermédio de terceiro, de eliminar os defeitos, ou reconstruir a obra à custa do empreiteiro, ou seja, não tem direito a execução específica, só em processo de execução, e após condenação prévia do empreiteiro a eliminar o defeito ou a fazer nova construção, pode pedir que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor - interpretação diversa

faz indevida aplicação do art. 1147.º do C.C.

VI. No caso dos autos, verifica-se que a recusa de aceitação da obra, data pelo menos, do dia 10 de Novembro de 2006, data em que após a obra haver sido entregue pela R. à disposição da A., em 05.10.2006, a mesma enviou e-mail instando-a a reparar uma lista de defeitos que anexava, havendo resultado provado que a A. só os reparou em parte; verifica-se ainda que os alegados defeitos constantes do relatório da inspecção da XXX de 08 e 09 de Julho de 2007 nunca foram denunciados à A., nem nessa data, nem nos 30 dias posteriores a essa data, nem sequer até à propositura da acção, só aparecendo pela primeira vez referenciados no pedido reconvenicional deduzido nesta acção pela A., pelo que:

- relativamente aos defeitos primeiramente referenciados, porque não totalmente eliminados pela R., caducaram os direitos da A à sua eliminação, como por ela exigido, e a eventual indemnização por quaisquer danos que tenham por causa os mesmos defeitos, no dia 10 de Novembro de 2007, nos termos do art. 1150.º do C.C.;

- e relativamente aos alegados defeitos constantes do relatório de inspecção da XXX de 08 e 09 de Julho, porque só denunciados pela A no pedido reconvenicional deduzido nos presentes autos, caducaram igualmente os direitos da A à sua eliminação [aliás, impossível, já que a A. em vez de exigir a sua eliminação ao empreiteiro, contratou terceiro à sua custa, para os remover, acto que lhe está vedado, nos termos do art. 1147.º do C.C.] e a eventual indemnização por quaisquer danos que tenham por causa os mesmos defeitos, por não terem sido denunciados nos trinta dias após o seu descobrimento, como impõe o art. 1146.º do C.C.

VII. Nos termos do 1.º contrato tinha a A. direito a que lhe fossem pagos 35% do preço inicial devido pela obra, equivalentes a HKD\$927,949.75, através de pagamentos de acordo com o progresso, 30 dias após a apresentação da nota de débito ou factura. A obra estava executada e foi posta à disposição da R. para verificação no dia 05.10.2006. Tal significa que a A. podia, após tal data, emitir a factura dos 5% do preço, no valor de HKD\$132,564.25, que estavam em falta desses 35% do preço devidos pelo progresso. A A. só emitiu e entregou tal factura, com o número de referência CCC-05-07, da última prestação do preço devida pelo progresso da obra, em 04.05.2007, que, se venceu assim, em 04.06.2007- interpretação diversa sobre a data do vencimento de tal prestação do preço, faz indevida aplicação do art. 1137.º do C.C..

VIII. Nos termos da alteração acordada pelas partes antes de 02.11.2006, a R. ficou obrigada a pagar à A. a quantia de HKD\$126,389.00, adicional ao preço devido no 1.º contrato, factura CCC-07-06 que a

A. emitiu e entregou à R. em 02.11.2006 e que era devida de imediato, por a obra já estar concluída.

IX. Não tem a R. direito a invocar a excepção de não cumprimento pela A. com fundamento em esta não haver entregue uma obra concluída isenta de vícios, para não pagar os referidos 5% do preço que eram devidos durante a fase de execução da obra ou, ainda, o preço adicional devido pela alteração contrato, pois estava obrigada a cumprir em primeiro lugar o pagamento de qualquer dessas facturas, para poder exigir a prestação que exigia da A. de remoção dos defeitos da obra do 1.º contrato interpretação diversa faz indevida aplicação do artigo 422.º do Código Civil

X. Mesmo entendendo que todos os defeitos da obra já haviam sido denunciados pela lista de 10.11.2006, como afirmado pela R./Recorrente nas suas alegações de recurso, verifica-se que o seu direito de acção, o direito de pedir indemnização pelos danos resultantes dos mesmos, que a R. só veio a exercer no pedido reconvenicional deduzido nos presentes autos, já havia caducado em 10.11.2007 - interpretação diversa faz indevida aplicação do art. 1150.º do C.C.

XI. A caducidade do direito de acção é uma excepção peremptória, de conhecimento officioso, pois a lei não faz depender a sua invocação da vontade do interessado, como na prescrição - interpretação diversa faz indevida aplicação do art. 415.º do CPC.

XII. Nos termos do contrato celebrado entre as partes, os pagamentos devidos pelo progresso da obra, deviam ser facturados e entregues à R., sendo devido o seu pagamento 30 dias após tal entrega. A obra foi dada por concluída e entregue à R. para verificação no dia 05.10.2006, e faltava ainda pagar 5%, equivalentes HKD\$132,564.25, dos 35% do preço devidos pelo progresso da obra. A A. emitiu e entregou à R. tal factura, com o número de referência CCC-05-07 em 04.05.2007, pelo que a R. estava obrigada a pagá-la à A. em 04.06.2007, havendo incorrido em mora e na obrigação de indemnizar a R. com juros à taxa legal sobre a referida quantia desde a data de tal vencimento - interpretação diversa faz indevida aplicação dos arts. 1137.º, 794.º e 795.º do C.C..

XII. Nos termos do contrato celebrado entre as partes, os 5% do preço, retidos a título de garantia, “só seriam liberados decorridos os 12 meses do Período de Responsabilidade pelos Defeitos a contar da Conclusão Prática da Obra”. A obra foi dada por concluída e entregue à R para verificação no dia 05.10.2006. O momento da conclusão da obra e o momento da remoção da totalidade dos defeitos, são momentos distintos, que se não equivalem nem nos termos da lei, nem nos termos do contrato. A A. só interpelou a R ao pagamento de tal quantia com a propositura desta acção, solicitando o pagamento de juros de mora só desde a data de 31.12.2007, mas o que é certo é que mesma tinha momento certo para ser paga, 12 meses a contar da data da Conclusão Prática da Obra, nos termos do contrato celebrado

entre as partes, havendo a R. incorrido em mora por falta de pagamento atempado dos referidos 5% do preço em 05.10.2007- interpretação diversa faz indevida aplicação dos arts. 1137.º, 794.º e 795.º do C.C..

Termos em que, deverá esse Venerando Tribunal revogar a decisão da 1.ª instância, substituindo-a por outra que dê acolhimento às conclusões da recorrida, Com o que se fará a HABITUAL JUSTIÇA!».

*

Cumpre decidir.

II - Os Factos

A sentença deu por assente a seguinte factualidade:

«Da Matéria de Facto Assente:

- A A. é uma sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada, registada sob o n.º(SO) na Conservatória dos Registos Comercial e Automóvel de Macau, tendo por objecto a prestação de consultadoria técnica sobre engenharia e o comércio geral de importação e exportação (alínea A) dos factos assentes).

- A R. é uma sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada, registada sob o n.º(SO) na Conservatória dos Registos Comercial e Automóvel de Macau, tendo por objecto a construção civil (alínea B) dos factos assentes).

- A A. e a R. acordaram, em 09.01.2006, entre o mais, a instalação de três sistemas de portas nas instalações do Casino ZZZ (v. Doc. n.º 3), tendo-se A A. obrigado a instalar no “YYY ZZZ” (alínea C) dos factos assentes):

- um sistema de porta deslizante XXX, com cortinas “air-gate” na entrada do “Casino ZZZ”, junto do “MMM OOO” (também referida como entrada “MO”), cujos elementos integrantes constam melhor descritos no Doc. n.º 3, junto com a petição inicial;*

- *um sistema de portas curves deslizantes XXX, com cortinas air-gate na entrada VIP do “ZZZ” (também referida como entrada VIP), cujos elementos integrantes constam melhor descritos no referido Doc. n.º 3;*

- *um sistema de porta deslizante XXX, com cortinas air-gate, na entrada principal do Casino “ZZZ”, cujos elementos integrantes constam melhor descritos no dito Doc. n.º 3.*

No mesmo acordo ficou estipulado que a obra se iniciaria até 18.01.2006 e deveria ser executada até 28.02.2006 (alínea D) dos factos assentes).

A R. Comprometeu-se no mesmo acordo a pagar à A. o preço total de HKD\$2,651,285.00 (dois milhões seiscentos e cinquenta e um mil dólares de Hong Kong) (alínea E) dos factos assentes).

Que seria pago da seguinte forma (alínea F) dos factos assentes):

- *30% (trinta por cento), equivalentes a HKD\$795,385.50 (setecentos e noventa e cinco mil trezentos e oitenta e cinco dólares de Hong Kong), a título de depósito e adiantamento do preço no prazo de 7 (sete) dias a contar da data da recepção do contrato, assinado e carimbado pela A., como forma de demonstração da sua aceitação dos termos do contrato, acompanhado da nota de débito e/ou factura, da mesma prestação do preço;*

- *30% (trinta por cento), equivalentes a HKD\$795,385.50 (setecentos e noventa e cinco mil trezentos e oitenta e cinco dólares de Hong Kong) contra a apresentação de nota de débito e/ou factura após a saída dos materiais da fábrica;*

- *35% (trinta e cinco por cento), equivalentes a HKD\$927,949.75 (novecentos e vinte e sete mil novecentos e quarenta e nove dólares de Hong Kong e setenta e cinco cêntimos), através de pagamentos de acordo com o progresso, 30 dias após apresentação da nota de débito ou factura;*

- *os remanescentes 5%, equivalentes a HKD\$132,564.25 (cento e trinta e dois mil quinhentos e sessenta e quatro dólares de Hong Kong e vinte e cinco cêntimos) a pagar decorridos os 12 meses do prazo de garantia da obra contados da conclusão total da obra.*

- A factura referida na parte final do quesito 1º, com o número de referência CCC-07-06, foi submetida em 02.11.2006 pela A. à R. (alínea G) dos factos assentes).

- Em 18.03.2007 a A. solicitou à R. Que procedesse ao pagamento das facturas, ainda não pagas, n.ºs

CCC-07-06 no valor de HKD\$126,389.00 (cento e vinte e seis mil trezentos e oitenta e nove dólares de Hong Kong) e CCC-08-06 no valor de HKD\$38,520.00 (trinta e oito mil quinhentos e vinte dólares de Hong Kong), imediata e incondicionalmente, por cheque (alínea H) dos factos assentes).

- A A. concluiu a instalação e montagem do equipamento, contratada, nos inícios de Janeiro de 2007 (alínea I) dos factos assentes).

- E emitiu a factura n.º CCC-05-07 de 04.05.2007 no montante de HKD\$132,564.25 (cento e trinta e dois mil quinhentos e sessenta e quatro dólares de Hong Kong e vinte e cinco cêntimos) da última prestação do preço devida pelo progresso da obra (Doc. n.º 8, junto com a petição inicial), que nunca lhe foi paga (alínea J) dos factos assentes).

- Havendo assim, a R. pago à A. noventa por cento do preço total da obra, equivalente a HKD\$2,386,156.50 (dois milhões trezentos e oitenta e seis mil cento e cinquenta e seis dólares de Hong Kong e cinquenta cêntimos) do contrato n.º PI/0927/05/05-2079A01 de 06.01.2006 (alínea K) dos factos assentes).

- A R. não pagou as facturas n.ºs CCC-05-07 de 04.05.2007 no montante de HKD\$132,564.25 (cento e trinta e dois mil quinhentos e sessenta e quatro dólares de Hong Kong e vinte e cinco cêntimos), CCC-07-06 de 02.11.2006, no valor de HKD\$126,389.00 (cento e vinte seis mil trezentos e oitenta e nove dólares de Hong Kong) e CCC-08-06 de 09.12.2006, no valor de HKD\$38,520.00 (trinta e oito mil quinhentas e vinte dólares de Hong Kong) apesar das diversas interpelações feitas pela A. (alínea L) dos factos assentes).

- Em 14.06.2007, a R. dirigiu-se por carta enviada pelo correio, por fax e por e-mail à A. para que corrigisse defeitos de uma lista que anexava datada de 10.11.2006, que protestava haver enviado nesse mesmo mês de Novembro de 2006, sem que a A. houvesse providenciado pela correcção de todos os defeitos aí referenciados (Doc. n.º 9 junto com a petição inicial) (alínea M) dos factos assentes).

- No mesmo dia, 14.06.2007, pelas 18:06 a A. respondeu à R., por e-mail, que até que as facturas em dívida fossem pagas a A. não procederá a quaisquer reparações (Doc. n.º 10 junto com a p. i.) (alínea N) dos factos assentes).

- Alguns pequenos defeitos da obra comunicados pela R. à A. foram reparados (alínea O) dos factos assentes).

Da Base Instrutória:

- Antes de 2 de Novembro de 2006, a A. e a R. fizeram uma alteração ao contrato a fim de nele incluir (respostas aos quesitos das 1º e 15º-1) a 4) da base instrutória):

- O transporte aéreo do material da Bélgica para Macau, em vez do transporte por via marítima, o que importava um custo adicional para a A. de HKD\$54.639,00;

- A reaquisição de tinta, o que importava um custo adicional de HKD\$30.000,00;

- O fornecimento e instalação de caixas de vidro quebráveis e interruptores chave, o que importava um custo adicional de HKD\$8.750,00; e

- A substituição das molas térreas incluindo trabalho, o que importava um custo adicional de HKD\$33.000,00.

- Em 2 de Novembro de 2006, a solicitação da R. a A. apresentou à R. um orçamento, identificado com o n.º CCC-06-06, junto a fls. 34 e com uma validade até 31 de Dezembro de 2006, para a instalação de fechaduras no Casino ZZZ, com o preço total de HKD\$38.520,00 (resposta ao quesito da 2º da base instrutória).

- A pagar na totalidade no momento da encomenda, efectuando-se a entrega do material no local da obra uma semana após a recepção do pagamento e fazendo-se a sua instalação no prazo máximo de dois dias após tal data (resposta ao quesito da 3º da base instrutória).

- A R. aceitou o orçamento e, conseqüentemente, a A. emitiu a factura n.º CCC-08-06 de 9 de Dezembro de 2006, que constitui o documento junto a fls. 36, da totalidade do preço, no valor de HKD\$38.520,00 (respostas aos quesitos das 4º e 15º-5) e 6) da base instrutória).

- Em 18 de Março de 2007, em resposta à solicitação de pagamento feita pela Autora, mencionada em H) dos factos assentes, o representante da R. respondeu no mesmo dia, via e-mail, prometendo pagar de imediato as facturas CCC-07-06 e CCC-08-06 (resposta ao quesito da 5º da base instrutória).

- Em 14 de Junho de 2007, a R. informou a A. que o cheque para proceder ao pagamento já estava emitido, mas que nenhum pagamento seria efectuado até que estivesse convencido do trabalho da A. e que, se assim não fosse, providenciaria terceiros para prestarem os serviços e procederem às reparações (resposta ao quesito da r da base instrutória).

- Por carta datada de 3 de Julho de 2007, junta a fls. 56, a A. pediu à R. para a pagar as facturas CCC-07-06 e CCC-08-06 que a R. havia prometido pagar em 18 de Março de 2007 (resposta ao quesito da 8º da base instrutória).

- Em 28 de Fevereiro de 2006, esgotado o prazo de conclusão das obras a A. ainda não tinha instalado nem recebido da Europa o sistema das portas XXX (resposta ao quesito da 14º da base instrutória).

- Os serviços prestados pela A. apresentavam alguns defeitos referidos na lista junta a fls. 132 (resposta ao quesito da 16º da base instrutória).

- A R. emitiu um cheque no valor de HKD\$122.397,00 para pagar os bens e serviços a que se referem as facturas CCC-07-06 e CCC-08-06 (resposta ao quesito da 17º da base instrutória).

- A A. recusou-se a receber o cheque (resposta ao quesito da 18º da base instrutória).

- Mas exigindo mediante facturas CCC-07-06 (\$126.389,00) e CCC-08-06 (\$38.520,00) o montante de Hkd\$164.909,00 em vez daquele (resposta ao quesito da 19º da base instrutória),

- Face ao atraso na conclusão das obras, em 29 de Setembro de 2006, a R. alertou a A. por e-mail da necessidade de completar as entradas do Hotel Casino ZZZ, sendo a entrada VIP até 1 de Outubro e a entrada principal até 2 de Outubro (resposta ao quesito da 20º da base instrutória),

- Porém, em 2 de Outubro de 2006 a R. voltou a alertar a A. que a instalação do sistema de portas de deslizar se encontrava incompleto, instalação da porta de vaivém incompleta bem como outros trabalhos incompletos e alertou-a para a responsabilidade pelos prejuízos no atraso (resposta ao quesito da 22º da base instrutória).

- Mediante e-mail de 03.Outubro.2006 a R. voltou a queixar-se à A. para o facto de ainda não ter completado os trabalhos da entrada VIP (incluindo o sistema de portas deslizantes, as cortinas de ar ou "air gate" e revestimento) (resposta ao quesito da 23º da base instrutória).

- A A. foi diversas vezes instada para reparar os defeitos, nomeadamente por e-mail de 10 de Novembro de 2006, inspecção de 27 e 30 de Abril de 2007, e-mail de 9 de Maio de 2007, email de 22 de Maio de 2007 e carta de 14 de Junho de 2007, não os tendo reparado (resposta ao quesito da 25º da base instrutória).

- A R. recorreu à empresa fornecedora do material, a XXX, para inspeccionar o local (resposta ao

quesito da 26º da base instrutória).

- A XXX procedeu a inspecção em 8 e 9 de Julho de 2007, tendo esta emitido o relatório e recomendação de desmantelamento das air-gates (resposta ao quesito da Z? da base instrutória).

- Face aos defeitos detectados pela XXX nas air-gates e face às soluções recomendadas, a reparação das air-gates obrigava ao seu desmantelamento por não serem uma aplicação correcta (resposta ao quesito da 28º da base instrutória),

- O dono da obra preferiu ficar sem as air-gates, mediante reembolso da R. limitado apenas ao custo daquelas e respectivos componentes (resposta ao quesito da 30º da base instrutória).

- Que a R. pagou, no montante total de Hkd\$350.000,00 mediante abatimento no preço global (resposta ao quesito da 31º da base instrutória).

- Pelo trabalho de desmantelamento e remoção das air-gates, que a R. efectuou mediante contratação em 11 de Janeiro de 2008 da empresa DDD工程貿易(澳門)有限公司, a Ré pagou Mop\$30.000,00 (resposta ao quesito da 32º da base instrutória).

- E teve a R. que indemnizar o ZZZ pelo atraso no completamento das portas com serviços compensatórios no ar condicionado prestados à ZZZ para o que contratou empresa EEE工程(澳門)有限公司, a quem pagou MOP\$63.500,00 (\$54.000,00+9.500,00) (respostas aos quesitos das 34º, 35º e 36º da base instrutória).

- A eliminação definitiva dos defeitos só ocorreu com a remoção das air gates em meados de 2008 (respostas aos quesitos das 37º e 40º da base instrutória).

- Em 7 de Março de 2006 já os materiais estavam prontos e à espera na fábrica para ser transportados para Macau, havendo a A. emitido e entregue à R. factura solicitando o pagamento de trinta por cento do preço da empreitada, equivalente a HKD\$530.527,00, prestação do preço (resposta ao quesito da 43º da base instrutória).

- O cheque para esse pagamento só foi emitido em 15 de Agosto de 2006 (resposta ao quesito da 44º da base instrutória).

- Por email de 29 de Setembro de 2006, a A. fixou o período entre 30 de Setembro e 4 de Outubro de 2006 para a A. finalizar a obra, mais precisamente, como datas limite o dia 3 de Outubro para a porta

traseira VIP e o dia 4 de Outubro, para a porta principal (resposta ao quesito da 46A ° da base instrutória)».

III - O Direito

1 - Da acção

A Ré da acção, que havia sido contratada pela “ZZZ” para a realização de uma empreitada, subcontratou com a autora a realização de certos serviços que foram desenvolvidos no âmbito de dois contratos.

Sendo assim, está mais do que visto que a relação contratual entre A e R da acção foi de subempreitada (art. 1139º, nº1, do CC).

*

Estes contratos sofreram várias vicissitudes e foram causa de alegado incumprimento contratual e cumprimento defeituoso.

São estes incumprimentos e cumprimento defeituoso que servem de causa de pedir à acção e à reconvenção.

Os factos são densos, muitos e nebulosos, mas ainda assim tentaremos fazer um esforço de condensação suficiente de modo a se perceber os contornos do caso em toda a sua plenitude.

O primeiro contrato:

- Instalação de um sistema de porta deslizante XXX, com cortinas

“air-gate” na *entrada* do “Casino ZZZ”, junto do MMM OOO

- Instalação de um sistema de portas curvas deslizantes XXX, com cortinas “air-gate” na *entrada VIP* do “ZZZ”;
- Instalação de um sistema de porta deslizante XXX, com cortinas “air-gate” na *entrada principal* do “Casino ZZZ”.

Alteração ao contrato

Antes de 2/11/2006, as partes procederam à alteração deste contrato, com um custo adicional em relação ao previsto inicialmente de HKD 126.389,00.

O segundo contrato

Teve lugar em 02/11/2006 e tinha por objecto a instalação de fechaduras no Casino “ZZZ”, no valor de HKD \$ 38.520,00.

*

2 - Vejamos agora os desenvolvimentos.

Quanto ao primeiro contrato

- Ele ocorreu em 9/01/2006 (*al. C*), *dos factos assentes*);
- O preço seria de HKD\$ 2.651,285,00 (*al. E*));
- O pagamento seria faseado (*al. F*));

- A sua execução deveria iniciar-se até 18/01/2006 e haveria que estar terminada até ao dia 28/02/2006 (*al. D*);
- Todavia, nesta data a obra não tinha sido executada, pois nem sequer a A. tinha recebido da Europa os materiais (*facto 14º da BI*);
- Em 29/09/2006 a ré alertou a A. por e-mail para a necessidade de completar as entradas no Hotel Casino ZZZ, sendo a entrada VIP até ao dia 1/10/2006 e a entrada principal até ao dia 2/10/2006 (*facto 20º da BI*);
- Na mesma data (29/09/2006) a ré fixou o período de entre 30/09/2006 e 4/10/2006 para a A. finalizar as obras, mais precisamente, fixando como datas limite o dia 3/10/2006 para a porta traseira VIP e o dia 4/10/2006, para a porta principal (*facto 46º-A da BI*);

Nota: Há aqui alguma discrepância entre estas duas respostas, já que no facto 20 são apontados dias diferentes para a conclusão das entradas VIP e principal.

- No dia 2/10/2006 a ré voltou a alertar a Autora no sentido de que a instalação do sistema de portas de deslizar se encontrava incompleto, como incompleta estava a instalação de porta vaivém, alertando-a para a responsabilidade pelos respectivos prejuízos (*Facto 22º, BI*);
- No dia 3/10/2006 a Ré voltou a queixar-se à autora para o facto de ainda não ter completado os trabalhos de entrada VIP (*facto 23º*);
- Os serviços prestados apresentavam os defeitos da lista de fls. 132 (*facto*

16º);

- Antes de 2/11/2006 A. e R. acordaram na alteração do contrato de modo a poder ser feito o *transporte do material da Bélgica pela via aérea*, em vez da via marítima, o que implicava ainda a *reaquisição da tinta, o fornecimento e instalação de caixas de vidro quebráveis e interruptores chave e a substituição das molas térreas*, tudo num custo adicional de HK\$ 126.389,00 (*facto 1º e 15º da BI*):

No dia 2/11/2006 a A. apresentou a factura CCC-07-06 referente a essa alteração no valor de HK\$ 126.389,00 (*facto da alínea G*);

- No dia 2/11/2006 A. e R. acordaram na celebração de um segundo contrato, tendo em vista a instalação de *fechaduras* no Casino ZZZ pelo preço adicional de HK\$ 38.520,00 (*facto 2º da BI*), a pagar no acto da encomenda, com entrega do material no local da obra uma semana após o pagamento e com instalação no prazo máximo de dois dias após essa data (*facto 3º da BI*);

- Por e-mail de 10/11/2006 a autora foi instada a reparar os defeitos (*facto 25º da BI*);

- Em 9/12/2006 a autora emitiu a factura CCC-08-06, no valor de HK\$ 38.520,00 (*facto 4º e 15º da BI*).

- A ré emitiu um cheque para pagamento de HK\$ 122.397,00 para pagamento dos serviços da factura CCC-07-06 e CCC-08-06 (*facto 17º da BI*);

- Mas a autora não aceitou o cheque nessas condições (facto 18º, da BI);
- Em 4/05/2007 a A. emitiu a **factura nº CCC-05-07**, no valor de HK\$132.564,25 correspondente à *última prestação do preço da obra* conforme aliena F) dos factos assentes (*facto J*)).
- Face aos defeitos detectados pela própria XXX (*facto 26º e 27º da BI*), foi procedido ao desmantelamento das “air-gates” porque o dono da obra preferiu ficar sem elas, abatendo o custo à ré, no montante de HK\$ 350.000,00 (facto 28º, 29º a 31º, da BI), tendo o encargo desse desmantelamento sido suportado pela Ré no valor de HK\$ 30.000,00 (facto 32ª, da BI).
- A Ré teve ainda que indemnizar a “ZZZ” pelo atraso na obra de colocação das portas no valor de HK\$ 63.500,00 (facto 34º, 35º e 36º, da BI);
- A eliminação dos defeitos só ocorreu com a remoção das air-gates em meados de 2008 (factos dos art.s 37º e 40º da BI).

*

3 - Desta resenha fáctica, resulta que do 1º contrato a ré não chegou a pagar:

a) - A quantia de HK\$132.564,25 da totalidade do preço, face ao reconhecimento de que apenas pagou 90% do preço acordado (*al. K*) dos factos assentes e confissão feita no art. 13º e art. 30º, ambos da

contestação), correspondente à factura n° CCC-05-07, datada de 4/05/2007

b) - A quantia de HK\$ 132.564,25, relativa à última tranche do pagamento acordado inicialmente, isto a 5% do valor da subempreitada (facto F));

c) - A quantia de HK\$ 126.389,00, referente à factura CCC-07-06, datada de 2/11/2006, reportada aos trabalhos de *alteração* do 1º contrato (facto 1º da BI);

d) - A quantia de HK\$ 38.520,00, relativa à factura CCC-08-06, correspondente ao valor do 2º contrato tendente à colocação das *fechaduras* no Casino.

*

4 - Se lermos com atenção a sentença e as alegações de recurso jurisdicional, logo nos daremos conta que o objecto deste é a parte daquela que julgou improcedente o pedido reconvenicional (cfr. art. 589º, nº3, do CPC).

Na verdade, assim vem consignado a fls. 438 dos autos: “*Acontece que o Tribunal a quo, pelas razões abaixo indicadas, decidiu julgar não procedentes os pedidos reconvenicionais da ora recorrente. É exactamente contra esta decisão que a Recorrente se rebela*”.

Posto que assim é, nada do que a sentença julgou sobre os pedidos da autora está aqui em discussão (art. 589º, nº4, do CPC) e nenhuma

pronúncia faremos sobre a decisão ou sobre os seus fundamentos. Temos, pois que a aceitar nos seus exactos termos (salvo o que mais adiante diremos a propósito da mora).

Isto equivale a dizer que a ré da acção está definitivamente condenada no pagamento à autora da importância total de HKD\$ 430.037,50.

*

5 - Da reconvenção

Importa agora tão-somente averiguar se a sentença sob censura andou bem em julgar improcedente a *reconvenção*.

A este respeito, a sentença considerou que a mora e o incumprimento só podem imputar-se à autora no que concerne ao primeiro contrato antes da alteração. E as consequências disso seriam que a indemnização reclamada pela ré (ora recorrente) deveria estar devidamente discriminada pelo devido destaque dos danos. Sucede que – na perspectiva da sentença – “...*face aos factos provados acima elencados não se afigura possível afirmar quais foram os danos resultantes da mora e incumprimento da Autora de que esta é responsável*”. E por isso, caberia “...*à Ré provar os factos constitutivos do seu direito. Não tendo a mesma logrado fazer a exigida destrição, nada resta senão julgar improcedentes os pedidos reconventionais*” (fls. 418vº e 419 dos autos).

Ou seja, a sentença, apesar de reconhecer que haveria lugar a indemnização, não a atribuiu por ter entendido que não ficaram

discriminados os danos emergentes da mora e do incumprimento do 1º contrato antes da alteração.

Ora, nós podemos dizer que:

1º - A autora deveria ter cumprido o 1º contrato até 28/02/2006.

Não cumpriu. Em vez disso, a autora foi atrasando os trabalhos o que motivou alertas de atraso por parte da ré. Todavia, a ré, segundo cremos, foi anuindo e concedeu um prazo final para a conclusão. Efectivamente, relativamente, às entradas do Hotel Casino ZZZ, foi dado à autora o prazo de 1/10 e 2/20 de 2006 para a conclusão da entrada VIP e para a entrada principal, respectivamente (resposta ao art. 20º da BI). E mesmo que se note alguma incongruência na resposta ao art. 46º-A, pois aí se fala em datas limite para a conclusão dessas duas entradas (VIP e principal) como sendo os dias 3/10 e 4/10 de 2006, a verdade é que, mesmo dando de barato essa inconsistência fáctica, a autora não cumpriu o limite temporal concedido. Ou seja, mesmo que se considere que o acerto está na resposta ao art. 46º-A, então sempre haveria de se considerar que a autora entrou em mora se se tiver em conta que, face à posição das partes nos processo, a conclusão dessas duas entradas apenas se deu no dia 5/10/2006¹ (logo aí já haveria mora). De qualquer maneira, a conclusão de toda a obra, com a instalação e montagem do equipamento só ocorreu nos inícios de 2007 /facto da alínea I). E isto, sem dúvida, revela o atraso na conclusão da subempreitada.

¹ Facto invocado pelas partes (art. 37º da contestação e 50º da réplica), mas de que a ré não extrai um valor confessório (ver fls. 263).

2º- Em 2/11/2006 ambas as partes procederam à alteração do 1º contrato

Essa alteração explicou-se em parte devido ao facto de os materiais passarem a vir de avião, em vez de o respectivo transporte ser por via marítima.

Ora, também este facto levaria ao arrastamento da duração das obras, por facto que parece não imputável á ré da acção (ora recorrente). Realmente, qual o motivo para só nessa altura (muitos meses depois do termo inicialmente previsto para a conclusão das obras) é que a autora se propôs mandar vir os materiais pela via aérea?! À ré pouco importaria que os materiais viessem de barco ou de avião; o que queria era que a obra fosse pontualmente executada. E não foi, pois nessa altura já ela levava meses de atraso, só tendo sido concluída em princípios de Janeiro de 2007 (alínea I).

Repare-se, no entanto, que a indemnização reclamada pela reconvinte (aqui recorrente) se deveu sobretudo aos defeitos que a autora não eliminou.

E quanto a isso, sim, nós podemos dizer que, segundo o art. 1134º do CC, “ *O empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário previsto no contrato*”. Circunstâncias que, *mutatis mutandis*, se aplica ao contrato de subempreitada (art. 1139º do CC).

Claro está que o dono da obra deve verificar o estado e as condições (sem vícios) antes de a aceitar (art. 1144º, nº1, do CC).

Ora, não está demonstrada nenhuma aceitação por parte da ré/reconvinte. O que se sabe é que, antes mesmo de a obra ser dada por concluída em inícios de Janeiro de 2007 (*facto I*)), já a ré alertava para os defeitos em 10/11/2006 (*resposta ao quesito 25*º), sem esquecer que a inspeção de Abril de 2007, e-mail de 9 e 22 de Maio e carta de Junho de 2007 também os denunciaram (*resposta ao quesito 25*º).

Temos assim que, apesar de alguns defeitos terem sido reparados (*alínea O*), *dos factos assentes*), outros o não foram.

Mas, de acordo com o art. 1146º, nº1 do CC. “...o dono da obra...deve, sob pena de caducidade dos direitos conferidos nos artigos seguintes, denunciar ao empreiteiro os defeitos da obra dentro dos 30 dias seguintes ao seu descobrimento”.

Com o devido respeito, iremos agora transcrever parte de um aresto deste TSI lavrado em 31/05/2012, Proc. nº 167/2012, dado o seu interesse para o caso em presença.

«Tanto quanto decorre de uma interpretação literal do *art. 1150º* citado, este prazo de caducidade está submetido a um pressuposto normativo, que percorre toda a Secção III, do Capítulo X, do Livro II, subjugada à epígrafe “*Defeitos da Obra*”. Isto significa, portanto, que se deva estar ante uma obra completa, ainda que *imperfeita* ou *defeituosa*.

E perante a obra entregue, o dono, ou, neste caso, o empreiteiro², pode fazer a denúncia dos defeitos que nela encontrar nos 30 dias após o seu descobrimento (*art. 1146º*). Nessas circunstâncias, ele pode exigir do construtor a eliminação dos defeitos ou, se tal se mostrar impossível, nova construção (*art. 1147º, do CC*).

E se os defeitos não forem eliminados, nem a obra for construída de novo, o dono pode exigir a *redução do preço* ou a *resolução do contrato*, se os defeitos tornarem a obra “inadequada ao fim a que se destina” (*art. 1148º, do CC*).

Num caso ou noutro, como vimos, tudo se passa sem prejuízo do direito de indemnização (*art. 1149º, do CC*).

Portanto, sempre e em todos os casos, estamos em presença de uma *fattispecie* caracterizada por uma situação factual de obra completa e defeituosa. E porque é assim, para que se possa apelar ao *art. 1150º do C.C.*, importa que as obras tenham sido acabadas e entregues e recebidas já prontas³. Por isso é tão importante que o dono da obra proceda à “verificação da obra” (*art. 1144º, do CC*) antes de a aceitar».

Se voltarmos ao *art. 1146º do CC*, parece estarmos confrontados com uma dificuldade: o do prazo de 30 dias para o exercício da denúncia. Ora, se a obra foi concluída em princípios de Janeiro de 2007⁴, a denúncia deveria ter lugar até princípios de Fevereiro de 2007. E isso não ocorreu: Na

² “Na subempreitada o empreiteiro definitivo figura como comitente, transferindo para terceiro (subempreiteiro) a execução da obra. Assim sendo, são aplicáveis a tal contrato, definido pelo artigo 1213º do Código Civil, com as devidas adaptações, as regras do contrato de empreitada, tudo se passando, ao fim e ao cabo, como se o empreiteiro assumisse perante o subempreiteiro a qualidade de dono da obra”: **Ac. Relação de Évora, Portugal, de 20/05/1993, BMK nº 427/611**. No mesmo sentido, o **Ac. R.P., de 17/1/2012, Proc. nº 8609/06.2TBVNG.P1**

³ Neste sentido, entre outros, **Ac. STJ, de 25/07/1985, Proc. nº 072792**.

⁴ A alínea I) refere-se a toda a obra a executar e nada nos autos leva a concluir que se trate apenas da obra do 2º contrato referente à colocação das fechaduras, ao contrário do que a recorrente argui nas suas alegações do recurso a fls. 449 dos autos.

verdade a primeira denúncia de defeitos após a conclusão da instalação e montagem do equipamento apenas ocorreu em 27 de Abril (*resposta ao quesito 25*).

Isso, contudo, poderia não revelar no caso concreto, uma vez que os efeitos da caducidade decorrem de uma *recepção da obra*. E não se sabe se e quando teve lugar a recepção. Ou seja, nada se sabe nos autos sobre o momento da recepção da obra, se ela chegou efectivamente a existir antes de 27/04/2007. Pode bem ter acontecido que, apesar de concluída em princípios de Janeiro de 2007, ela só tenha sido entregue em Fevereiro, em Março ou mesmo Abril ou até posteriormente. E então seria tempestiva a denúncia. De qualquer maneira, cremos que essa circunstância deveria ter sido alegada pela autora da acção, porque impeditiva do direito da ré reconvincente (cfr. art. 407º, nº2, al. b), do CPC), tal como também foi decidido no citado aresto deste TSI nº 167/2012.

Assim, sem invocação e prova dessa matéria exceptiva, o tribunal é obrigado a admitir que aquela denúncia e interpelação não foram extemporâneas.

.

Todavia, ainda subsiste uma dificuldade. É que o Código Civil estabelece nos arts. 1147º a 1150º uma série de preceitos que o dono da obra (neste caso, também o empreiteiro) deve observar e que consignam outros tantos passos que ele deve percorrer. E esse percurso não é alternativo. Isto é, ele não tem o poder de escolher um ou outro, aquele que bem lhe aprouver.

Não. O seu uso é *subsidiário*, no sentido de que o dono da obra tem que acatar a ordem de *prioridade* ali definida de forma a exercer os respectivos direitos *sucessiva*⁵ e *escalonadamente*⁶.

E aqui, de novo voltamos ao acórdão do TSI que temos vindo a citar:

«...para se poder extrair algum efeito da denúncia, seria preciso observar as regras de actuação previstas no Código segundo a ordem de prioridade ali estabelecidas: em primeiro lugar, a eliminação dos defeitos, se estes pudessem ser eliminados; em segundo lugar, uma nova construção, se os defeitos não pudessem ser eliminados; em terceiro lugar, na hipótese de não serem eliminados os defeitos ou construída de novo a obra, o exercício do direito de exigir a redução do preço ou, em alternativa, a resolução do contrato⁷.

Com efeito, «*Detectado o defeito pelo dono da obra e denunciado dentro dos prazos legais, o empreiteiro é responsável por todos aqueles, relativos à qualidade dos materiais aplicados (se não forem fornecidos pelo dono da obra), podendo o dono exigir a sua eliminação, ou, no caso de não puderem ser eliminados, nova construção, salvo se as despesas forem desproporcionadas em relação ao proveito – art. 1221.º do CC. Não sendo eliminados os defeitos ou construída nova obra, o dono da obra pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, se os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina – art. 1222.º do CC –, tudo sem prejuízo de exigir cumulativamente uma indemnização nos termos gerais – art. 1223.º do CC. Os direitos conferidos ao dono da obra pelos arts. 1221.º e 1222.º do CC não podem ser exercidos arbitrariamente, nem existe entre eles uma relação de alternatividade; existe, sim, uma sequência de prioridades que o dono da*

⁵ Por exemplo, na jurisprudência comparada Ac. do STJ, de 13/12/2007, Proc. nº 07A4040; Ac. STJ, de 13/10/2009, Proc. nº 08A4106.

⁶ Neste sentido, o Ac. do STJ português, de 10/12/2013, Proc. nº 12865/02.

⁷ Na jurisprudência comparada, ver Ac. STJ de 5/03/1999, Proc. nº 09B0262; também Ac. STJ de 10/09/2009, Proc. nº 08B3689.

obra terá de respeitar»⁸ (sublinhado nosso)».

Ou seja, conforme toda a jurisprudência afirma, o dono da obra em relação ao empreiteiro (ou o empreiteiro em relação ao subempreiteiro) deve percorrer a ordem dos arts. 1147º, 1148º e 1149º:

1º- Pedindo a *eliminação dos defeitos* (art. 1147º, nº1, 1ª parte, do CC);

2º- Após, no caso de não serem eliminados, pedindo uma *nova construção* (art. 1147º, nº1, “fine”, do CC);

3º- Se não forem eliminados e se não for construída de novo a obra, pedindo a *redução do preço* ou a *resolução do contrato*, se os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que ela se destina (art. 1148º, nº1, do CC);

4º - Subsidiariamente, isto é, para a hipótese de nenhum desses direitos puder ser levado a cabo, accionando o *direito de indemnização*, ficando, mesmo assim, fora de tal reparação indemnizatória os danos directa e imediatamente provenientes do cumprimento defeituoso do contrato⁹.

Realmente, no caso de cumprimento defeituoso da empreitada, o *pedido de indemnização* não pode ser formulado de modo autónomo, por ser subsidiário relativamente aos pedidos de eliminação dos defeitos, de substituição da prestação e de redução do preço¹⁰. O direito de *indemnização* é concedido nos *termos gerais* e tem por objecto os danos

⁸ Na jurisprudência comparada, ver Ac. STJ, 13/10/2009, Proc. nº 08A4106.

⁹ Na jurisprudência comparada, ver Ac. STJ, de 13/12/2007, Proc. nº 07A4040.

¹⁰ Na jurisprudência comparada, ver Ac. RP, de 7/07/1998, in BMJ nº 479/711.

que não podem ser ressarcidos através da eliminação dos defeitos pelo construtor, pela exacta prestação, pela obra nova ou pela redução do preço¹¹.

Isto significa que o direito de indemnização nem surge autonomamente, nem serve para cobrir todos os danos. Por isso é que só excepcionalmente é de aceitar o seu uso imediato sem necessidade de accionar previamente os outros anteriores direitos previstos nos arts. 1147º e 1148º do C. E isso pode acontecer, por exemplo, quando o dono da obra insistiu com o empreiteiro variadíssimas vezes para a reparação, revelando incapacidade para resolver os problemas detectados, sendo que as restantes possibilidades legalmente previstas – realização de obra nova, redução do preço ou resolução do contrato – jamais ressarciriam o dono dos prejuízos reclamados¹².

Por outro lado, o dono da obra só pode fazer as reparações por terceiro e exigir posteriormente o pagamento das despesas respectivas, substituindo-o ao empreiteiro, em caso de manifesta urgência¹³.

E o que sucedeu aqui?

Mesmo que a obra tenha sido entregue (recebida) e a denúncia dos defeitos e interpelação para os suprimir tenham sido tempestivas em

¹¹ Cit. Ac. de 13/12/2007.

¹² Cit. Ac. de 10/12/2013.

¹³ Neste sentido, na jurisprudência comparada, ver por exemplo, os Acs. do STJ 27/05/2010, Proc. nº 69/06 e de 19/04/2012, Proc. nº 453/06.

9/05/2007 (*resposta ao quesito 25º e doc. fls. 133,134*), em 22/05/2007 (*cit. resposta e doc. fls. 137*), em 14/06/2007 (*cit. resposta e doc. fls. 141*), o certo é que não se vê que tenha sido feito o percurso estabelecido naqueles preceitos legais. E isso obstará, portanto, ao accionamento do direito de indemnização a que alude o art. 1149º.

Com efeito, sabemos que a ré pediu a eliminação dos defeitos naquelas datas e sabemos também que a autora não os reparou (resposta ao quesito 25º da BI). Logo, a partir daí, haveria que proceder ao pedido de nova construção. E se nada fosse de novo construído, então caberia à ré o direito de pedir a resolução do preço ou a resolução do contrato, no caso de entender que os defeitos tornariam inadequada a obra ao fim a que se destinou (art. 1148º, do CC). Então, sim, poderia pedir indemnização, subsidiariamente, nos casos em que o exercício daqueles direitos, e pela ordem indicada (exceptuando os de redução do preço e de resolução, na condição da parte final do art. 1148º), não fosse capaz de eliminar os danos.

Ora, acontece que não foi feito aquele percurso e, em vez disso, face à não eliminação dos defeitos, preferiu a ré avançar para uma inspecção feita pela XXX, que os confirmou, os quais, de acordo com a conclusão inspectiva, obrigariam ao seu desmantelamento. Mas, então, perante esse cenário de defeitos irreparáveis, deveria a ré ter exigido obra nova ou, no mínimo, impôr ao próprio subempreiteiro o desmantelamento. E só em caso de recusa comprovada é que eventualmente poderia partir para a sua realização por terceiro. A ré limitou-se a fazer o desmantelamento por

assim o ter preferido o dono da obra. Todavia, isso já é uma combinação entre os contratantes iniciais, que deixaram de fora o subempreiteiro. Este podia, caso fosse interpelado para o efeito, realizar obra nova ou até mesmo proceder ao desmantelamento a suas expensas. Em vez disso, surge agora a reconvenção pedindo o ressarcimento pelos danos decorrentes desse desmantelamento.

.

Ora, assim sendo, temos aqui vários obstáculos à indemnização. Vejamo-los.

Em primeiro lugar, o valor dos danos reportados às respostas aos arts. 31º e 32º da B.I. só ocorre por causa da não remoção ou eliminação dos defeitos e pela não realização de nova obra. Vale isto por dizer que só existem porque a ré não exigiu o 2º passo do percurso sequencial definido na lei a que já nos referimos ao não pedir a realização de “nova obra” (falamos das “air-gates”). Se essa obra nova tivesse tido lugar, por certo esses danos não estariam agora a ser objecto de pedido ressarcitório. E, como se sabe, nesta sede só podem ser considerados os danos que não possam ser ressarcidos através da eliminação dos defeitos ou da construção de obra nova¹⁴ (cfr. tb. art. 557º do CC).

Portanto, aquelas parcelas não podem ser consideradas.

Em segundo lugar, tais danos decorrem de uma iniciativa conjugada do

¹⁴ *Cit. Ac. de 13/12/2007.*

dono da obra e da empreiteira ré/recorrente. Ao que resulta da prova efectuada, o desmantelamento só ocorreu porque assim o preferiu a “ZZZ” (dono da obra). Ao abater o valor das “air-gates” e respectivos componentes de H\$ 350.000,00 ao preço acordado, estabeleceu-se entre ambos um consenso que não pode ser reflectido na esfera do subempreiteiro, uma vez que nunca este foi colocado expressamente perante a imposição do dever de construir nova obra de colocação das “air-gates”.

O mesmo se dirá, conseqüentemente, do custo de desmantelamento (cfr. resposta ao quesito 32º).

Ambos são danos que não podem ser tidos em consideração no âmbito da reconvenção, uma vez que não havia motivo de *urgência* que a levasse a proceder ao desmantelamento das “air-gates” por interposta pessoa, como se o facto tivesse um carácter absoluta e necessariamente fungível.

Ora, tanto não era urgente, nem necessária a colocação das “air-gates” que o dono da obra preferiu ver-se livre delas, para fugir a mais problemas.

Em terceiro lugar, importa tomar atenção a data de entrada do pedido reconvenicional.

Quando dá entrada a contestação/reconvenção? Em 8/01/2009.

Então, ainda que nada do que atrás se disse sobre o percurso a empreender pela ré de acordo com aqueles preceitos legais, e portanto, mesmo que fosse possível aceitar que o direito de indemnização é independente e

autónomo de todos os outros (mas não é, de acordo com a jurisprudência referida, para além de outra não citada), mesmo assim ele deveria ter sido exercido no prazo de um ano a contar da denúncia, face ao art. 1150º do CC. E esta denúncia teve lugar pela primeira vez, após a conclusão da obra, em 27/04/2007, como se viu. E ainda que se aceitasse a última data da interpelação (14/06/2007: *resposta ao quesito 25*º), nem assim o prazo de um ano estaria respeitado.

Consequentemente, quando a recorrente pretendeu exercer o direito de indemnização (mesmo supondo-o possível), já ele estava fora do limite temporal estabelecido na lei. E portanto, a caducidade estaria já verificada.

.

Uma coisa, porém, parece certa. Se tais valores não podem ser imputados à autora da acção, nos moldes e fundamentos já vistos concernentes aos *defeitos da obra*, o mesmo se não pode já dizer em relação ao dano relativo à *mora e incumprimento* da autora. Na verdade, tendo a obra de colocação das portas nas entradas VIP e principal sido concluída em 5 de Outubro de 2006 (admitindo confessada essa data), houve mora da autora, independentemente da resposta aos arts. 20º e 46º-A. E a prova da mora acaba por ser reforçada pelo facto constante da alínea I dos factos assentes, pois aí se consigna que a conclusão da instalação e montagem do equipamento só se verificou no início de Janeiro de 2007.

Mas, por ser assim, então não estamos de acordo com a justificação da sentença para não condenar a autora no pagamento do valor

indemnizatório reclamado de MOP\$ 63.500,00 (resposta aos quesitos 34º, 35º e 36º da BI). A sentença, apesar de reconhecer a mora da autora, entendeu que não estava identificado ou destacado o dano da ré a este título de mora e incumprimento do contrato. E por entender que não podia a sentença proceder à liquidação do dano, concluiu pela improcedência do pedido reconvenicional.

Ora, salvo o devido respeito, esta posição não pode colher o nosso aplauso. Ainda que se entendesse que não estava liquidado o dano, que não estava devidamente retalhado o prejuízo resultante da mora e incumprimento, haveria que proceder como manda o art. 564º, nº2, do CPC (remeter a liquidação para execução de sentença).

Mas, ainda assim, a resposta aos arts. 34º, 35º e 36º da base instrutória servem como modo perfeito de fazer a relativização do valor ali referido ao “*atraso no completamento das portas*”. Ou seja, foi por causa do atraso na conclusão dos trabalhos nas portas, imputável à autora da acção, que a “ZZZ” exigiu ao empreiteiro (ré/reconvinte) uma compensação no fornecimento de alguns serviços de ar condicionado que à ré acabaram por custar o preço de MOP\$ 63.500,00. Melhor nexo de causalidade entre dano e mora da autora não podemos encontrar.

Portanto, tem a autora que pagar à ré a referida quantia e, nessa parte, a reconvenção tem que ser julgada procedente, nos termos dos arts. 477º, 556, 557º e 793 do CC.

Os juros de mora, esses, contar-se-ão desde a notificação da autora da

reconvenção nos termos do art. 794º, nº1, do CC.

*

6 - Da ampliação do recurso

6.1 - Nos termos do art. 590º do CPC, a autora veio pedir a ampliação do objecto do recurso.

E vê-se nos arts. 52º a 56º da sua alegação de resposta ao recurso (fls. 479vº e 480º) que a sua atenção é orientada para a invocação da caducidade a que se refere o art. 1150º do CC. Isto é, entende a autora da acção que o direito de a recorrente/reconvinte pedir a indemnização já estava caducado no momento em que formulou o correspondente pedido no quadro da reconvenção dos presentes autos.

Ora, essa questão, em boa verdade não faz parte dos fundamentos em que a autora (vencedora) decaiu na acção. E, por isso, não preenche o requisito do nº1 do art. 590º do CPC. É, antes, matéria que faz naturalmente parte dos fundamentos da defesa que, enquanto recorrida, pode esgrimir nas suas alegações de resposta ao recurso.

Em todo o caso, no presente aresto já demos resposta a essa específica questão.

.

6.2 - Depois, insurge-se contra a decisão da 1ª instância no que se refere à parte dispositiva em que condena a ré no pagamento da quantia de HK\$

132.654,25 correspondente a 5% do primeiro contrato antes da alteração, acrescida de juros apenas a partir de 31 de Agosto de 2008.

Aquela verba é a mesma que se descreve em 3.a) supra.

O que está em causa é, simplesmente, a data precisa a partir da qual os juros deverão ser contados. A sentença considerou que o vencimento da factura CCC-05-07 deveria ser paga 30 dias após a sua emissão, ocorrida em 4/05/2007 (*al. F) e J) dos Factos assentes*).

Todavia, considerou que a ré podia excepcionar o seu pagamento nos termos do art. 422º do CC, face aos defeitos verificados. E como os defeitos apenas foram eliminados em meados de 2008, computou os juros a partir 31 de Agosto de 2008.

Ora, o que está em causa é saber se deve manter-se essa data (31/08/2008) ou se, como defende a autora, deve antes ser considerada a data de 31 de Junho nos termos do art. 272º, al a), do CC.

Bem, se é somente isso que está em discussão – e a posição da sentença neste aspecto decorre da forma como foi dada a resposta aos arts. 37º, 40º da BI) – isto é, se a 1ª instância partiu desse acontecimento ocorrido em “*meados de 2008*”, deveria servir-se do referido normativo para precisar o dia certo a partir do qual a ré teria entrado em mora. Logo, 30/06/2008.

Nesta óptica, tem razão a autora.

6.3 - Finalmente, também entende ter havido erro de julgamento de direito na sentença recorrida, na parte em que fixou a data de 31 de Agosto de 2009 a partir da qual os juros devem ser contados no que respeita à verba atrás fixada em 3.b).

Também essa importância não foi paga, apesar de constar no contrato que o seu pagamento deveria ter lugar 12 meses após a conclusão da obra (*facto F*). Ora, tendo a obra referente ao 1º contrato sido concluída nos inícios de Janeiro de 2007 (*facto da alínea I*), o prazo de 12 meses iniciar-se-ia nessa altura e terminaria no início de 2008.

É verdade que a ré denunciou os defeitos acima identificados nas “air-gates” ou cortinas de ar (cfr. respostas aos quesitos 16º, 25º, 28º, 37º e 40º, da base instrutória).

E facto é que, sendo embora certo que a eliminação dos defeitos só teve lugar em meados de 2008 (factos dos arts. 37º e 40º da BI), certo é, por outro lado, que essa eliminação nem sequer foi feita pela autora da acção, mas antes derivou da remoção dessas cortinas de ar que foi levada a cabo pelo dono da obra e pela ré/recorrente (factos 27º, 28º, 30º).

Todavia, pensamos que a circunstância de a obra ter sido concluída em inícios de Janeiro de 2007 é suficiente para se dever contar o prazo de 12 meses a partir desse momento, tal como consta do contrato. Porquê? Porque, pese embora o facto de terem sido denunciados defeitos em Abril desse ano, no momento em que o prazo de 12 meses decorreu (Janeiro de 2008) já a obra não os apresentava (não importa quem os eliminou ou qual

a causa para a sua eliminação). Portanto, nada mais justificava que essa importância em dinheiro não fosse paga nessa ocasião (inícios de Janeiro de 2008).

Neste sentido, não concordamos inteiramente com a autora no sentido de que o prazo de 12 meses terminava em 5/10/2007. Na verdade, esse seria o limite do prazo de 12 meses contados desde 5/10/2006, se essa fosse a data da conclusão das obras. Mas, acontece que a obra (instalação e montagem do equipamento) só foi dada por concluída em Janeiro de 2007 (se fosse possível extrair alguma ilação da conjugação do art. 37º da contestação com art. 50º da réplica, seria apenas a de que as entradas principal e VIP no Hotel Casino ZZZ teriam sido acabadas nessa data; todavia, essa matéria não foi levada à factualidade assente, tal como decorre da fundamentação utilizada no despacho de fls. 265, em termos que não foram postos em causa).

Ora, de acordo com o disposto no art. 794º, do CC, o devedor só fica constituído em mora a partir da interpelação judicial ou extrajudicial para o respectivo cumprimento (nº1), a não ser nos casos em que a obrigação tiver prazo certo (nº2, al. a)), excepção verificada no caso vertente e cujo prazo de pagamento correspondia ao período de 12 meses de vista contados da conclusão da obra /alínea E), dos factos assentes).

Para dizer, em suma, que a mora ocorre a partir dessa data, ou seja, de 1 de Janeiro de 2008, nos termos do art. 272º, al. a), do CC.

Nesta parte, portanto, verifica-se deferimento parcial do pedido de

ampliação do objecto do recurso.

IV - Decidindo

Face ao exposto, acordam em:

a) – Do recurso jurisdicional

Julgar parcialmente procedente o recurso jurisdicional interposto pela ré/reconvinte e,

em consequência, revogando a sentença nessa parte,

a).1 - Condenam a autora “*Sociedade de Tecnologia BBB Limitada*” a pagar a “Companhia de Construção Civil, CCC, Limitada” a importância de MOP\$ 63.500,00, e juros legais contados desde a notificação da reconvenção até integral pagamento;

b) – Da ampliação do objecto do recurso

Julga-se parcialmente procedente a ampliação e,

em consequência, revogando a sentença nessa parte,

b).1 – Determina-se que, relativamente à 1ª parte do dispositivo da sentença recorrida, a condenação da ré em HK\$ 132.564,25 vença juros a contar de 30/06/2008;

b).2 – Determina-se que, relativamente à 2ª parte do dispositivo da sentença recorrida, a condenação da ré em HK\$ 132.564,25 vença juros a contar de 1/01/2008.

c) – Quanto ao mais, porque não impugnada, mantém-se inalterada a sentença recorrida.

Custas pelas partes em ambas as instâncias em razão do decaimento.

TSI, 27 de Março de 2014

(Relator)

José Cândido de Pinho

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Tong Hio Fong

(Segundo Juiz-Adjunto)

Lai Kin Hong