

Processo: 720/10.1TVPRT.PI
Nº Convencional: JTRP000
Relator: CURA MARIANO
Descritores: CONTRATOS COMBINADOS
CONTRATO MISTO DE COMPRA E VENDA E PERMUTA
GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA
ON FIRST DEMAND
CONTRATO DE EMPREITADA
ACORDO COMPLEMENTAR
DEFEITOS
ADQUIRENTE CONSUMIDOR
DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO
ABUSO DE DIREITO
Nº do Documento: RP20161215/720/10.1TVPRT.PI
Data do Acórdão: 15-12-2016
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: CONFIRMADA
Indicações Eventuais: 5ª SECÇÃO, (LIVRO DE REGISTOS N.º 639, FLS.104-126)
Área Temática: .
Sumário:

I - Um contrato através do qual uma parte declara transmitir para a contraparte a propriedade de um imóvel, enquanto esta, como contrapartida, declara transmitir para o primeiro a propriedade sobre outro imóvel e pagar-lhe uma quantia em dinheiro é um negócio misto de compra e venda e permuta, na modalidade de contratos combinados, ao qual são aplicáveis as regras estabelecidas para a compra e venda.

II – Num contrato de constituição de garantia autónoma *on first demand*, no caso da garantia ser acionada exigindo-se o pagamento do valor garantido ao garante e tendo este satisfeito o pedido, pode o banco garante exigir da pessoa garantida o reembolso do valor pago ao beneficiário. E, efetuado esse reembolso, o garantido poderá obter, por sua vez, do beneficiário o valor desembolsado, recaindo sobre si o ónus de provar que, nos termos que regem a relação-base, o pagamento efetuado não era devido.

III – O disposto nos artigos 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, e no artigo 16.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), apenas fere com a nulidade o acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor se excluam ou limitem os direitos do consumidor previstos nestes diplomas, não impedindo que, após a denúncia dos defeitos, as partes acordem na limitação ou exclusão de qualquer direito do consumidor, transacionando no conflito aberto com a denúncia dos defeitos.

IV – Numa relação de consumo, perante a existência de defeitos na coisa alienada, o adquirente desta pode exercer livremente qualquer um dos direitos conferidos pelo artigo 4.º, n.º 1, do D.L. n.º 67/2003, estando essa liberdade de escolha apenas limitada pela figura do abuso de direito.

V - Apesar do Decreto-Lei n.º 67/2003 não incluir no seu regime o direito de indemnização, isso não impede a sua utilização pelo adquirente consumidor, atenta a sua previsão no artigo 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor.

VI - A realização pelos compradores de obras de eliminação de defeitos no imóvel adquirido, sem que anteriormente a existência dessas deficiências tivesse sido comunicada ao vendedor-construtor, dando-lhe oportunidade para as eliminar, seguida do acionamento da garantia bancária que assegurava a boa e regular execução da obra de construção do imóvel, contraria a finalidade económico-social do direito exercido e atenta contra os ditames da boa-fé, pelo que estamos perante um exercício abusivo de um direito, nos termos do artigo 334.º do Código Civil, que determina a ilegitimidade do acionamento da garantia bancária pelos compradores.

Reclamações:
Decisão Texto Integral:

Processo n.º 720/10.1TVPRT – Comarca do Porto – Porto – Instância Central – 1.ª Secção Cível – J1
Relator: João Cura Mariano
Adjuntos: Maria José Simões
Augusto Carvalho

Autora: B..., S.A.

Réus: C...

D...

*

A Autora propôs a presente ação declarativa contra os Réus, alegando, em síntese, o seguinte:

- Os Réus acionaram abusivamente uma garantia bancária no valor de € 150.000,00, constituída pela Autora para assegurar a inexistência de qualquer obstáculo à obtenção da licença de utilização de uma moradia que havia alienado aos Réus, por permuta, vindo o valor da garantia a ser paga pela entidade bancária aos Réus, sem que a Autora, dada a natureza da garantia, tenha logrado impedir tal facto.
- Na altura da celebração do negócio de permuta, não estava pendente qualquer reclamação dos Réus (devidamente denunciada à Autora) por defeitos da construção da habitação, com exceção do que ficou acordado a respeito da realização pela Autora de correções ligeiras das caixilharias e depois da celebração do negócio de permuta, os Réus apenas denunciaram um defeito no telhado, em março de 2010, defeito que a Autora corrigiu.
- Assim, a carta de 13/07/2010 enviada pelos Réus, em que aqueles exigem da Autora o pagamento da quantia de € 178.950,00, verba que haviam despendido na eliminação de alegados defeitos, cuja enumeração levam a cabo na carta, comunicando também que as reparações já estavam efetuadas, constituiu uma verdadeira surpresa para a Autora, quer porque os defeitos aí alegados não correspondem à realidade, quer porque nunca antes os Réus haviam denunciado tais defeitos à Autora.

A Autora concluiu, pedindo:

- a) Condenação dos Réus no pagamento à Autora da quantia de € 150.000,00, acrescida de juros, à taxa legal, até efetivo pagamento, bem como do valor de todas as despesas que a Autora venha a suportar pelo uso indevido da garantia;
- b) Condenação dos Réus no pagamento à Autora da quantia de € 30.000,00, a título de danos morais;
- c) Condenação dos Réus no pagamento à Autora da quantia de € 585,81, relativa aos custos da garantia entre 28/04/2010 e 28/07/2010, acrescida de juros, à taxa legal, até efetivo pagamento.

Contestaram os Réus, alegando o seguinte:

- A garantia referida pela Autora foi constituída para acautelar a efetivação da responsabilidade da Autora por quaisquer vícios da construção, por erros na execução dos trabalhos ou por quaisquer outros defeitos e sua reparação da moradia permutada.
- Os Réus tiveram de eliminar ou reparar vários defeitos existentes nessa moradia previamente denunciadas à Autora e, face à recusa desta em proceder à sua eliminação, acionaram legitimamente a garantia bancária prestada pela Autora para poderem custear as despesas com os respetivos trabalhos
- Uma vez que o custo das obras de eliminação dos defeitos excedeu o valor recebido do Banco, têm direito a receber esse excedente.

Concluíram, pedindo, em reconvenção, a condenação da Autora a pagar-lhes a *quantia global de € 53.950,00, acrescida de juros até integral pagamento, a título de reembolso das despesas inerentes às reparações que cabia ab initio à Autora/ Reconvida custear e de compensação pelos danos morais causados aos Réus/ Reconvintes.*

Pediram ainda a condenação da Autora por litigância de má-fé, em multa e numa indemnização de valor não inferior a € 10.000,00.

Foram apresentadas réplica e tréplica.

Foi proferido despacho saneador que admitiu o pedido reconvenicional.

Realizou-se audiência de julgamento, tendo sido proferida sentença que julgou a ação parcialmente procedente e, em consequência, condenou os Réus no pagamento, à Autora, da quantia de € 150.585,81, acrescida de juros de mora, contados à taxa legal anual dos juros civis, desde a citação até efetivo e integral pagamento, tendo julgado a reconvenção improcedente e indeferido o pedido de condenação por litigância de má-fé.

Os Réus recorreram, tendo concluído as suas alegações do seguinte modo:

1. *No caso dos autos ocorreu errada decisão de diversos pontos da matéria de facto, a saber: O ponto 72. Dos factos provados deveria ter sido dado como PROVADO muito mais do que isso.*
2. *Esta matéria liga-se com os seguintes factos NÃO PROVADOS: 11. A caixilharia Vitrocsa é a que apresenta o mais estreito perfil no mercado, sendo, atenta a dimensão*

das portadas e a circunstância de estas serem de correr e com corte técnico, a mais ajustada à distância entre os pilares estruturais da casa e as paredes 12. Uma vez aberto o mesmo, ainda com a mão toda torta, entre a viga e a caixilharia, ter-se-ia que fazer força para puxar a mesma, iniciando com grande custo o seu movimento para o lado. 13. O desconforto e esforço que as ditas deficiências implicavam impediam que uma criança, uma pessoa idosa ou alguém com um mínimo problema numa mão conseguisse abrir as janelas colocadas pela Autora. 14. A posição ínvia em que se tinha que operar os fechos e fazer correr a caixilharia potenciava a contração de lesões ou ferimentos. 15. A solução que a Autora veio a propor com vista a solucionar estas anomalias da caixilharia foi a seguinte: tirar os fechos da caixilharia Extrusal instalada e, com uma adaptação, colocar um fecho de outra marca, a saber, da Schuco. 16. Esta proposta de solução não resolveria o problema de os fechos estarem escondidos atrás das vigas e pilares da estrutura da própria casa, nem o problema de as caixilharias abanarem e a proposta colocação de fechos de outra marca na caixilharia pré-existente conduziria a que quer a caixilharia, quer os fechos adaptados perdessem a garantia.

3. Toda esta matéria radica essencialmente no ponto 46) da Base Instrutória no qual se perguntava o seguinte: A caixilharia que a Autora vendeu aos Réus com a casa apresentava as seguintes anomalias e desconformidades: a) Abanava imenso, com os inerentes e desagradáveis barulhos; b) Corria mal e não isolava devidamente nem o ruído nem mesmo a passagem de ar e c) Não era adaptada à casa, já que os fechos da mesma ficavam escondidos por detrás das vigas e pilares estruturais da edificação?

4. Ora, este quesito – ASSIM COMO OS QUESITOS 47º, 48º, 49º, 50º, 51º, 52º, 53º, 54º, e 55º da BASE INSTRUTÓRIA – todos eles relacionados com o deficiente funcionamento da caixilharia, deveriam ter merecido a resposta de INTEGRALMENTE PROVADOS.

5. Os meios de prova que determinam tal alteração são a prova documental, desde logo os registos fotográficos de fls. 145, 146, 147 e 148 a fatura junta a fls 162 dos autos assim como o orçamento da sociedade E..., junto a fls. 630 a 634 dos autos, os quais demonstram não só que foi efetivamente a caixilharia Vitrocsa a que os RR. colocaram na obra mas ainda que era a prevista pela própria A. para a habitação em apreço.

6. Impõem ainda a alteração da resposta ao quesito 46) da BI e, conseqüentemente, uma resposta muito mais abrangente no ponto 72 da decisão em crise e que se dê como provados estes pontos 11, 12, 13, 14, 15 e 16 dos factos não provados os depoimentos das testemunhas F..., e da testemunha G..., nos excertos invocados no corpo destas alegações.

7. Perante esta prova, é evidente que deve dar-se como PROVADO o quesito 46 da BI bem como os restantes quesitos relacionados com a caixilharia, a saber, os quesitos 47º, 48º, 49º, 50º, 51º, 52º, 53º, 54º, e 55º da BASE INSTRUTÓRIA e, como tal, o PONTO 72 DOS FACTOS PROVADOS deve ser muito mais abrangente, declarando-se no mesmo que a caixilharia que a Autora vendeu aos Réus com a casa apresentava as seguintes anomalias e desconformidades: alguns (concretamente quatro) dos fechos da mesma ficavam escondidos por detrás das vigas e pilares estruturais da edificação, provocando alguma dificuldade no manuseamento de tais fechos, agravada tal dificuldade pela colocação do revestimento de madeira das vigas e, atenta a dimensão das portadas e a circunstância de estas serem de correr e com corte técnico, não era – ao contrário da Vitrocsa - a mais ajustada à distância entre os pilares estruturais da casa e as paredes. Deve ainda dar-se como provados os pontos 11, 12, 13, 14, 15 e 16 dos factos não provados, ou seja, que ainda com a mão toda torta, entre a viga e a caixilharia, ter-se-ia que fazer força para puxar a mesma, iniciando com grande custo o seu movimento para o lado, que o desconforto e esforço que as ditas deficiências implicavam impediam que uma criança, uma pessoa idosa ou alguém com um mínimo problema numa mão conseguisse abrir as janelas colocadas pela Autora e que a posição ínvia em que se tinha que operar os fechos e fazer correr a caixilharia potenciava a contração de lesões ou ferimentos, sendo que a única solução proposta pela A. para estas deficiências foi tirar os fechos da caixilharia Extrusal instalada e, com uma adaptação, colocar um fecho de outra marca, a saber, da Schuco, o que não resolveria o problema de os fechos estarem escondidos atrás das vigas e pilares da estrutura da própria casa, nem o problema de as caixilharias abanarem e não terem corte térmico e acústico suficiente, para além de que implicaria que quer a caixilharia pré-existente quer os fechos adaptados perdessem a garantia.

8. Também deve alterar-se a decisão da matéria de facto no PONTO 42 dos factos PROVADOS, que devia ter sido dado como **NÃO PROVADO**, tal como os pontos 43 e 45 dos FACTOS PROVADOS (como os quesitos 2º, 3º e 5º) todos a dever ser dados

como NÃO PROVADOS, antes de se dando como PROVADOS, por estarem em sua oposição, os quesitos 23º, 25º, e 26º.

9. A determinar esta alteração da decisão destes concretos pontos da matéria de facto temos, desde logo, o depoimento do Eng.º G... nos excertos invocados no corpo destas alegações.

10. Ao dar como provados os pontos 42, 43 e 45 dos FCATOS PROVADOS NA SENTENÇA o Mmo. Juiz a quo entra em contradição com os também dados por si como PROVADOS sob os números 50 51 e 52.

11. É que, nestes pontos 50, 51 e 52 dos factos igualmente dados como PROVADOS consta o seguinte: - 50. Alguns dos defeitos a que os Réus aludiram na carta que em 13/07/2010 remeteram à Autora (fl. 63) – concretamente, os defeitos aí plasmados sob as alíneas a), b) (isolamento das tubagens de água quente), c), d) e h) – foram expostos, in loco, ao Eng. K..., tendo este tido oportunidade de reconhecer ou percecionar a realidade fáctica a que se referem os Réus ao aludir a tais situações. - 51. A deficiente construção da parede de alvenaria e a oxidação da estrutura metálica foram igualmente percecionadas pelo Dr. L..., in loco. - 52. **Estas anomalias e irregularidades (nºs 50 e 51), assim como as da caixilharia, foram-lhe comunicadas e foram do conhecimento da Autora antes de 27/11/2009.**

12. Se assim é, como é, ocorre uma contradição insanável, seja entre o que se deu, na mesma decisão, como provado em 42, 43 e 45 e o que se deu como provado em 50, 51 e 52.

13. O que torna a decisão perfeitamente ambígua e mesmo ininteligível neste ponto essencial da matéria de facto, o que acarreta a sua nulidade, a qual se invoca desde já para todos os efeitos legais – cfr. al. c) do nº 1 do Art. 615º CPCiv..

14. Assim, seja pelo supra invocado depoimento seja por serem os únicos compatíveis com os factos PROVADOS sob o nº 50, 51 e 52, seja porque é o que resulta claramente do depoimento do Eng. G... supra invocado, seja ainda porque se trata da única realidade compatível com a experiência normal de vida – numa casa de € 2.000.000,00 com mais de 7000 m2 de construção há, necessariamente, imensos defeitos e erros de construção – até pelo uso de uma presunção judicial mais que justificada, deve dar-se como NÃO PROVADOS os pontos 42, 43 e 45 da sentença.

15. Dito de outra forma, deve dar-se como não provados os quesitos 2º, 3º, 5º e como provados os quesitos 23º, 25º e 26º da BASE INSTRUTÓRIA.

16. Quanto ao **PONTO 57 DOS FACTOS PROVADOS** no que se refere à interferência da vontade dos Réus quanto ao refinamento e qualidade dos respetivos acabamentos para que o imóvel dos autos seja qualificado como destinado a habitação unifamiliar **do segmento alto do mercado** deve tal excerto ser eliminado, passando a dar-se uma resposta linear de **PROVADO ao ponto 15º da BASE INSTRUTÓRIA.**

17. Tal decisão é imposta não só pela restante matéria de facto - o imóvel dos autos é destinado a habitação unifamiliar, e que a sua situação é junto à Praça ..., na ..., e que as suas dimensões são de pelo menos 700 m2 de construção!!! – cfr. ponto 57 dos factos provados na sentença.

18. Acresce o ponto 8 dos factos provados na sentença a seguinte factualidade: Foi atribuído à habitação cujo direito de propriedade a Autora prometeu transmitir para os Réus **o valor de €2.000.000,00.**

19. Esta alteração da decisão da matéria de facto é ainda imposta pelo depoimento das testemunhas H..., e da testemunha Eng. G... nos excertos invocados nas alegações, o que também corroborou a testemunha F..., quando diz ao Minuto 12:53 – Esta casa é de segmento alto, médio ou baixo?

T – Alto. Inquestionável.

20. Assim sendo, deve o ponto 15º da BI ser dado como PROVADO, tout court, eliminando-se do ponto 57 dos factos provados da sentença toda e qualquer referência à vontade dos Réus quanto ao refinamento e qualidade dos respetivo acabamentos e sua interferência na qualificação do imóvel como sendo do segmento alto do mercado.

21. O ponto 17 dos factos não provados deve passar a dar-se como PROVADO - “Em face da não aceitação desta proposta por parte dos Réus, a Autora nenhuma outra solução sugeriu ou aceitou.”

22. Esta matéria está, toda ela, refletida nos quesitos 55º e 56º da BI que deveriam ter sido dados como PROVADOS, o que determinaria que este ponto 17 dos factos não provados da sentença transitasse para os factos provados.

23. Alteração imposta pelos invocados excertos dos depoimentos da testemunha F..., e da testemunha G....

24. Perante esta prova, é evidente que deve dar-se como PROVADO o quesito 52 da BI) (o que supra já se requerera) e, conseqüentemente, os quesitos 55º e 56º da BASE INSTRUTÓRIA e, conseqüentemente, devem os pontos 15, 16 e 17 dos FACTOS NÃO PROVADOS na sentença passar para os FACTOS PROVADOS, pois que é indubitável

que a A. se recusou a oferecer outra solução que a alteração dos fechos (e meras afinações) o que os RR., legitimamente (porque, como supra visto, tal nunca resolveria os problemas de isolamento térmico e acústico, nunca deixariam de abanar e nunca se tornariam fáceis de manusear, como é imperativo numa casa como a dos autos) recusaram.

25. Também o ponto 18 dos FACTOS NÃO PROVADOS NA SENTENÇA (quesito 60º da BI) no qual se indagava se “A Autora recusou-se séria e definitivamente a proceder às reparações das anomalias e desconformidades existentes no imóvel.” deve passar a ser dado como provado.

26. Demonstra-o até a atuação processual da Apelada e toda a sua prova testemunhal maxime, os depoimentos das suas testemunhas, I..., J..., e K..., nos excertos invocados nas alegações.

27. Ressalta claramente de tais depoimentos, em especial nos excertos invocados, que os mesmos mais não fazem do que defender com toda a parcialidade os interesses da Apelada, negando em absoluto tudo quanto alegam os RR. quanto à existência de defeitos.

28. Sendo que, em sentido contrário, temos o depoimento do Eng.º G..., nos excertos invocados, testemunha que, salvo o devido respeito, deveria ter merecido muito mais credibilidade.

29. Como é bom de ver, face a estes elementos de prova, apelando ao um juízo de razoabilidade das coisas, ao que resulta da experiência comum, é bom de ver que também o QUESITO 60º DA BASE INSTRUTÓRIA DEVERIA SER DADO COMO PROVADO E, COMO TAL, DEVE O PONTO 18 DOS FACTOS NÃO PROVADOS DA SENTENÇA TRANSITAR PARA OS PONTOS PROVADOS.

30. Por fim, no que à alteração da decisão da matéria de facto respeita, temos que devem ser alterados os pontos 19, 20, 21 e 22 dos factos NÃO PROVADOS, passando os mesmos a dar-se como PROVADOS.

31. Trata-se aqui da factualidade relacionada com a urgência dos Apelantes em efetuar as reparações que, estava mais que visto, a A. jamais executaria, dado que nem sequer reconhecia estar-se perante quaisquer defeitos, ou seja da matéria quesitada sob os pontos 65º, 66º, 67º, 68º e 69º da BASE INSTRUTÓRIA que deveriam, todos eles, ser dados como PROVADOS.

32. Desde logo cabe dizer que se trata quase de factos que nem deveriam carecer de alegação e prova, pois que são do conhecimento comum.

33. É evidente para qualquer pessoa que uma coisa é efetuar reparações numa casa ainda em construção, ainda que tal implique, como atestado nos autos, algumas obras de demolição, e outra coisa é aguardar pela entrega da casa com todos os defeitos que se denunciou, deixando que se efetuassem todos os acabamentos, como colocação de madeiras, pinturas, envernizamentos, etc, ir habitar para tal casa e aguardar que o empreiteiro/vendedor viesse depois fazer as reparações necessárias, quando condenado a tal.

34. Tal implica muito mais demolições, implica destruição de pinturas e de madeiras, de mármore em coretes de casas de banho, cozinhas etc, o que necessariamente implica muito mais tempo de obra e muito maior despesa, seja para efetuar mais demolições seja para efetuar reparações nos acabamentos danificados.

35. Assim sendo, até por uso de uma presunção judicial que no caso se impunha, devia esta matéria ser dada como provada.

36. Ademais, assim o impõe o depoimento do Eng.º G..., técnico que acompanhou a obra de perto e denunciou os defeitos à A. nos excertos invocados no corpo das alegações.

37. Assim sendo, como é, deve passar a dar-se como **PROVADOS os pontos 65º, 66º, 67º, 68º e 69º da BI**, o mesmo é dizer, os pontos 19, 20, 21 e 22 dos FACTOS NÃO PROVADOS DA SENTENÇA devem transitar para os FACTOS PROVADOS.

38. Aqui chegados, com estas alterações da matéria de facto, a decisão a proferir tem que ser necessariamente outra.

39. Os Apelantes adquiriram à Autora um imóvel destinado a habitação unifamiliar do segmento mais alto do mercado, detetaram na habitação vários defeitos, resultantes (todos eles) da deficiente atuação da Autora até à data em que foi celebrado o “negócio de permuta” de novembro de 2009 (escritura pública e acordo complementar).

40. Os Apelantes tiveram de eliminar ou reparar tais defeitos e para o custeio dos respetivos trabalhos acionaram legitimamente a garantia bancária prestada pela Autora.

41. Os mencionados defeitos são, todos eles, imputáveis à A. e respeitam à deficiente execução de uma parede de alvenaria, à deficiente escolha das tubagens da rede de água quente e fria (incluindo a falta de isolamento da tubagem de água quente), à verificação de oxidação da estrutura metálica e pilares de suporte da casa, à

inexistência de isolamento acústico das linhas verticais de águas e saneamento, à inexistência de rede de drenagens técnicas, ao abatimento de pavimentos e lajes na garagem e noutras zonas do piso 0, ao corte indevido de um zona estrutural da laje da laje da cozinha e à deficiente escolha e execução da caixilharia.

42. Quanto à caixilharia instalada na habitação, o problema não se resumia à necessidade de ligeiras correções, afinações ou mudança de um ou outro fecho, mas sim a verdadeiras obras de correção (com condições definidas pelo arquiteto responsável e com o acordo dos Réus/Apelantes).

43. Ora, tendo constatado que a caixilharia apresentava gravíssimos defeitos e não era adaptada àquela casa (a caixilharia projetada para aquela casa era a Vitrocsa) e verificando ainda que a solução proposta pela Autora (colocação de fechos de outra marca) não podia ser aceite (por não ser solução), os Apelantes procederam à reparação do problema da caixilharia através da única solução cabal, i.e., a sua substituição por uma caixilharia adequada à casa e correspondente à que constava do projeto (Vitrocsa).

44. Os Apelantes tiveram de proceder à eliminação ou reparação dos defeitos (acionando depois a garantia bancária prestada pela Autora para serem ressarcidos dos respetivos custos), em face da recusa clara, absoluta e definitiva da Autora em proceder a tal reparação.

45. Por outro lado, para além de estarem a viver há 2 anos numa casa emprestada, por terem entregue à A. o seu andar, os custos e os danos que sofreriam os Apelantes se não procedessem de imediato à eliminação dos defeitos seriam muito superiores, o que determinou a urgência na realização das reparações reclamadas.

46. Ao contrário daquilo de que ficou convencido o Tribunal a quo, os Apelantes jamais quiseram dar um novo rumo à execução da obra (e até à conceção da obra), de acordo com os seus critérios de qualidade e refinamento tendo apenas procedido à eliminação dos defeitos que atempadamente denunciaram à Apelada.

47. Como bem decidiu o Mmo Juiz a quo, estamos perante um contrato de compra e venda, com algumas especificidades: (i) o preço tem uma componente de entrega de coisa (à qual foi atribuído um valor monetário) e (ii) foram introduzidas pelas partes contratantes, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art. 405º do C.C.), estipulações ou elementos acessórios (obrigações que constam do “Acordo Complementar”), sendo certo que estas especificidades não afastam a referência do negócio à figura contratual típica da compra e venda.

48. Aplica-se ao mesmo, desde logo o regime da compra e venda de coisa defeituosa (em ligação com a garantia bancária prestada pela Autora a favor dos Réus) dos Arts. 913º ss. do Código Civil.

49. mais, os Apelantes beneficiam da tutela legal conferida ao consumidor (Lei de Defesa do Consumidor [Lei nº 24/96, de 31-07] e Regime Jurídico da Venda de Bens de Consumo [DL nº 67/2003, de 08-04]).

50. Regime este em que inexistente a presunção de renúncia do comprador à responsabilização do vendedor pelos defeitos conhecidos - Art. 10º, nº 2, do DL nº 67/2003 e Art. 16º, nº 1, da Lei de Defesa do Consumidor.

51. O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue – trata-se de uma responsabilidade objetiva do vendedor Arts. 3º e 4º do DL nº 67/2003.

52. E, o certo é que os Apelantes efetuaram a denúncia dos defeitos cuja reparação depois operaram.

53. Não sem antes exigir a sua reparação à Apelada, a qual jamais reconheceu sequer os defeitos enquanto tal, limitando-se a sugerir retificações que, manifestamente, não eram solução.

54. E, atenta a posição da Apelada, ao recusar uma verdadeira solução para os defeitos denunciados, a sua mora enquanto vendedor, no cumprimento da obrigação de reparação/eliminação dos defeitos da coisa (ou não substituição da coisa), converteu-se incumprimento definitivo.

55. E o incumprimento definitivo de uma obrigação confere ao credor o direito a ser indemnizado pelos prejuízos causados por esse incumprimento (art.º 798º do CC), o que, neste caso, corresponde ao custo das obras de reparação/eliminação dos defeitos (ou ao custo da substituição da coisa), entretanto efetuadas ou a realizar pelo comprador (ou por terceiro por si contratado).

56. Que foi precisamente o que fizeram os Apelantes, já que denunciaram ao vendedor a existência dos defeitos, (ii) exigiram a sua reparação (iii) a Apelada entrou em mora quanto ao cumprimento da obrigação de reparação/eliminação (ou substituição) e (iv) tal mora converteu-se em incumprimento definitivo, atenta a posição firme e inequívoca da A. de que nada arranjava.

57. Além disso, havia uma situação de incumprimento definitivo da obrigação de

reparação/eliminação dos defeitos ou de substituição da coisa e uma manifesta urgência nessa reparação, seja para obviar aos custos acrescidos que daí adviriam seja para obviar ao facto de os Apelantes terem que continuar a viver em casa de terceiros, por terem entretanto entregue à Apelada a sua habitação.

58. Tratou-se de um verdadeiro estado de necessidade (art. 339º, nº 1, do CC).

59. Assim sendo, como efetivamente é, tem que se concluir que, ao contrário do decidido, a atuação dos Apelantes foi totalmente legítima, pelo que lhes assiste o direito de embolsar a verba que foi paga pelo acionar da garantia bancária assim como aquela que, em sede de execução de sentença, se venha a apurar terem despendido com a eliminação de todos os defeitos denunciados à Apelada e que esta se recusou a reparar.

Nestes termos, nos mais de Direito e sempre com o mui Douto suprimento de V. Exas., deve a Douta Sentença ser substituída por outra que altere a decisão da matéria de facto e, conseqüentemente, absolva a R. de todos os pedidos, antes julgando provados e procedentes os pedidos que, por via de exceção e reconvenção deduziu contra a Apelada.

A Autora contra-alegou, defendendo a manutenção do decidido.

*

1. Do objeto do recurso

Encontrando-se o objeto do recurso delimitado pelas conclusões das alegações dos Recorrentes, cumpre apreciar as seguintes questões:

- *A sentença é nula porque tem por fundamento factos provados contraditórios, o que origina a sua ambiguidade e mesmo ininteligibilidade?*
- *Os quesitos 46.º a 55.º devem ser julgados integralmente provados?*
- *A matéria dos pontos 42, 43 e 45 dos factos provados deve ser julgada não provada e o conteúdo do ponto 1 dos factos não provados deve ser julgado provado?*
- *Deve ser alterada a redação do ponto 57 dos factos provados considerando-se provado o que constava do quesito 15.º?*
- *Deve a matéria constante dos pontos 15, 16 e 17 dos factos não provados ser considerada provada?*
- *A matéria que consta do ponto 18 da lista de factos não provados deve ser considerado provada?*
- *Os factos constantes dos pontos 19 a 22 da lista dos factos não provados devem ser considerados provados?*
- *Os Réus tinham direito a serem reembolsados pela Autora dos gastos que tiveram com a realização das obras de eliminação de diversos defeitos imputáveis à Autora?*

2. Da nulidade da sentença

Os Recorrentes vêm arguir a nulidade da sentença recorrida, alegando que a mesma é ambígua e mesmo ininteligível (artigo 615.º, n.º 1, c), do Código de Processo Civil), quando considera provados os factos constantes dos pontos 42, 43 e 45 e também considera provados os factos constantes dos pontos 50, 51 e 52, sendo estes dois grupos de factos contraditórios entre si.

É o seguinte o conteúdo destes pontos:

42. Na data da celebração da escritura pública de “Permuta” e do acordo complementar aludidos nos Factos Assentes, com exceção da necessidade de proceder a afinações e à mudança de um ou de outro fecho na caixilharia de todos os pisos do imóvel, não estava pendente qualquer reclamação dos Réus por “defeitos” na construção da habitação (resposta ao quesito 2.º).

43. Até à data da celebração da escritura de “Permuta” aludida nos Factos Assentes e do acordo complementar acima referido os Réus não informaram a Autora da existência dos seguintes “defeitos”, referidos na carta de fls. 63 dos autos: substituição integral de todas as tubagens da rede de água quente e fria, substituição integral de toda a caixilharia aplicada, execução da rede de drenagens técnicas e execução de pavimentos e lajes que não estavam devidamente suportadas, nomeadamente na garagem e no piso 0 (resposta ao quesito 3.º).

45. Depois da celebração da escritura de “permuta” referida nos Factos Assentes os Réus apenas informaram a Autora de uma anomalia no telhado, que havia sido por esta executado, através de mensagem eletrónica de 05/03/10, anomalia a cuja correção a Autora procedeu (resposta aos quesitos 5.º e 6.º).

50. Alguns dos defeitos a que os Réus aludiram na carta que em 13/07/2010 remeteram à Autora (fl. 63) – concretamente, os defeitos aí plasmados sob as alíneas a), b) (isolamento das tubagens de água quente), c), d) e h) – foram expostos, in loco, ao Eng. K..., tendo este tido oportunidade de reconhecer ou percecionar a realidade fáctica a que se referem os Réus ao aludir a tais situações (resposta ao quesito 23.º).

51. *A deficiente construção da parede de alvenaria e a oxidação da estrutura metálica foram igualmente percecionadas pelo Dr. L..., in loco (resposta ao quesito 24.º).*

52. *Estas anomalias e irregularidades (n.ºs 50 e 51), assim como as da caixilharia, foram-lhe comunicadas e foram do conhecimento da Autora antes de 27/11/2009 (resposta ao quesito 25.º).*

Contrariamente ao que os Recorrentes afirmam, não há qualquer contradição entre os dois grupos de respostas aos quesitos 2.º, 3.º, 5.º e 6.º e aos quesitos 23.º, 24.º e 25.º. O facto de neste último grupo de respostas aos quesitos se constatar que houve uma série de defeitos que foram comunicados à Autora antes da celebração da escritura de “Permuta”, não é inconciliável com o facto de no primeiro grupo de respostas aos quesitos se constatar que com a celebração da escritura pública de “Permuta” e do acordo complementar, com exceção da necessidade de proceder a afinações e à mudança de um ou de outro fecho na caixilharia de todos os pisos do imóvel, não estava pendente qualquer reclamação dos Réus por “defeitos”.

Na verdade, apesar de anteriormente à escritura terem sido comunicados os defeitos referidos nas respostas aos quesitos 50.º e 51.º, nada impede que na data em que foi celebrada essa escritura já não estivesse pendente nenhuma reclamação por esses defeitos, em resultado da ocorrência de qualquer facto extintivo.

Não existindo, pois, uma contradição nas respostas dadas aos dois grupos de quesitos, não se verifica a ambiguidade ou ininteligibilidade alegadas, não sendo a sentença nula, nos termos do artigo 615.º, n.º 1, c), do Código de Processo Civil.

3. Os factos

3.1. Da impugnação da decisão sobre a matéria de facto

Os Recorrentes impugnaram a decisão da matéria de facto, pedindo, em primeiro lugar, que o conteúdo dos quesitos 46.º a 55.º sejam julgados integralmente provados. É a seguinte a redação destes quesitos:

46º) *A caixilharia que a Autora vendeu aos Réus com a casa apresentava as seguintes anomalias e desconformidades:*

a) *Abanava imenso, com os inerentes e desagradáveis barulhos;*

b) *Corria mal e não isolava devidamente nem o ruído nem mesmo a passagem de ar e*

c) *Não era adaptada à casa, já que os fechos da mesma ficavam escondidos por detrás das vigas e pilares estruturais da edificação?*

47º) *.... o que implicava que, para abrir ou fechar uma porta de correr, se tivesse que enfiar a mão no exíguo espaço que mediava entre as vigas de metal e a caixilharia e, sem ver, apenas pelo tato, conseguir abrir ou trancar o fecho?*

48º) *Uma vez aberto o mesmo, ainda com a mão toda torta, entre a viga e a caixilharia, ter-se-ia que fazer força para puxar a mesma, iniciando com grande custo o seu movimento para o lado?*

49º) *O desconforto e esforço que as ditas deficiências implicavam impediam que uma criança, uma pessoa idosa ou alguém com um mínimo problema numa mão conseguisse abrir as janelas colocadas pela Autora?*

50º) *A posição ínvia em que se tinha que operar os fechos e fazer correr a caixilharia potenciava a contração de lesões ou ferimentos?*

51º) *O espaço para enfiar a mão entre a viga e o fecho da caixilharia ainda iria ficar mais exíguo no futuro, agravando todas as dificuldades referidas, com a conclusão dos acabamentos, nomeadamente com a colocação do revestimento de madeira das vigas?*

52º) *A solução que a Autora veio a propor com vista a solucionar estas anomalias da caixilharia foi a seguinte: tirar os fechos da caixilharia Extrusal instalada e, com uma adaptação, colocar um fecho de outra marca, a saber, da Schuco?*

53º) *Esta proposta de solução não resolveria o problema de os fechos estarem escondidos atrás das vigas e pilares da estrutura da própria casa?*

54º) *...nem o problema de as caixilharias abanarem?*

55º) *.... e a proposta colocação de fechos de outra marca na caixilharia pré-existente conduziria a que quer a caixilharia, quer os fechos adaptados perdessem a garantia?*

Da decisão sobre a matéria de facto nesta matéria resultou o seguinte:

Provou-se apenas que a caixilharia que a Autora vendeu aos Réus com a casa apresentava as seguintes anomalias e desconformidades: alguns (concretamente quatro) dos fechos da mesma ficavam escondidos por detrás das vigas e pilares estruturais da edificação, provocando alguma dificuldade no manuseamento de tais fechos, agravada tal dificuldade pela colocação do revestimento de madeira das vigas (ponto 72 da matéria de facto provada).

Não se provaram os demais factos (pontos 11 a 16 da matéria de facto não provada).

Os Recorrentes justificam a ampliação da matéria de facto provada com os registos fotográficos de fls. 145 a 148, os documentos de fls. 162, 630 a 634, e os depoimentos

de F... e G....

As fotografias não revelam mais do que aquilo que foi considerado provado, o documento de fls. 162 é a cópia da fatura relativa à substituição da caixilharia instalada pela Autora por uma nova caixilharia *Vitrocsa* por determinação dos Réus, e o documento de fls. 630 a 634 é a cópia de um orçamento, datado de 1/7/2008, elaborado por E... e M... para a N... para fornecimento e montagem de uma caixilharia VITROCSA numa moradia na ..., no Porto, nada revelando, pois, sobre a verificação dos factos considerados não provados, até porque, como referiu a testemunha O..., foram pedidos, na altura, vários orçamentos para a realização das obras de caixilharia. É certo que nos seus depoimentos, as testemunhas F..., legal representante da E..., empresa que havia sido consultada pela Autora para orçar a obra de caixilharia, e G..., técnico escolhido pelos Réus para acompanhar as obras de construção da moradia, referiram que a caixilharia colocada pela Autora tinha problemas de funcionamento e não era eficaz do ponto de vista acústico, sendo sua opinião que a única solução para resolver esses problemas era a que veio a ser adotada pelos Réus, não sendo suficiente a realização de trabalhos de afinação e de substituição de fechos. Contudo, outra foi a versão trazida pelas testemunhas O..., J... e K..., para quem a opção feita pela caixilharia da marca Extrusal, não era desaconselhada para aquela casa, podendo os problemas existentes serem resolvidos através duma simples afinação do material colocado e da substituição dos fechos.

Não só esta versão oferece maior credibilidade por estar suportada em depoimentos como os de O..., o arquiteto que projetou a obra e que após o negócio de permuta continuou a ela ligado, a solicitação dos Réus, e de K... que, apesar de ter sido inicialmente contratado para a obra pela Autora, após a celebração do negócio de permuta, continuou na obra como projetista, agora pago pelo arquiteto O..., que, por sua vez, era pago pelos Réus, tendo tais depoimentos se revelado mais precisos, pormenorizados e assertivos do que os das testemunhas referidas pelos Réus, como também aquela versão é a que melhor se compatibiliza com o teor do denominado acordo complementar em que Autora e Réus falam na necessidade de realizar obras de correção e não de substituição da caixilharia, tal como também consta da ata da reunião de 28-10-2009 que constitui o documento junto a fls. 752 a 756 dos autos (datada de 28/10/2009).

Não há, pois, razões que justifiquem a alteração do ponto 72 da matéria de facto provada e dos pontos 11 a 16 da matéria de facto não provada.

Em segundo lugar, os Recorrentes pedem que a matéria dos pontos 42, 43 e 45 dos factos provados seja considerada não provada e o conteúdo do ponto 1 dos factos não provados seja julgado provado.

Consta o seguinte dos referidos pontos:

42. Na data da celebração da escritura pública de “Permuta” e do acordo complementar aludidos nos Factos Assentes, com exceção da necessidade de proceder a afinações e à mudança de um ou de outro fecho na caixilharia de todos os pisos do imóvel, não estava pendente qualquer reclamação dos Réus por “defeitos” na construção da habitação (resposta ao quesito 2.º).

43. Até à data da celebração da escritura de “Permuta” aludida nos Factos Assentes e do acordo complementar acima referido os Réus não informaram a Autora da existência dos seguintes “defeitos”, referidos na carta de fls. 63 dos autos: substituição integral de todas as tubagens da rede de água quente e fria, substituição integral de toda a caixilharia aplicada, execução da rede de drenagens técnicas e execução de pavimentos e lajes que não estavam devidamente suportadas, nomeadamente na garagem e no piso 0 (resposta ao quesito 3.º).

45. Depois da celebração da escritura de “permuta” referida nos Factos Assentes os Réus apenas informaram a Autora de uma anomalia no telhado, que havia sido por esta executado, através de mensagem eletrónica de 05/03/10, anomalia a cuja correção a Autora procedeu (resposta aos quesitos 5.º e 6.º).

1. As restantes (além das referidas nos quesitos 23.º, 24.º e 25.º) anomalias e irregularidades referidas na Contestação destes autos apenas se verificaram ou foram detetadas depois de tal data e foram comunicadas à Autora entre dezembro de 2009 e finais de fevereiro de 2010 (resposta ao quesito 26.º).

Os Recorrentes justificam tal alteração com o depoimento da testemunha G....

Conforme já acima se explicou, aquando da análise da arguição de nulidade da sentença, no ponto 42 não se dá como provado que apenas o defeito aí referido havia sido comunicado à Autora, mas sim que, com a celebração da escritura de permuta, apenas a reclamação daquele defeito ficou pendente, sendo esse facto confirmado pelo teor do acordo complementar celebrado entre as partes e pela ata da reunião de 28-10-2009, junta a fls. 752 a 756, e pelos depoimentos de O..., J... e K.... O

depoimento de G... não é suscetível de infirmar o sentido daqueles meios de prova, até porque o mesmo se revela demasiado vago e impreciso, relatando a sua versão desta matéria “por alto”.

Já o depoimento isento preciso e pormenorizado da testemunha K... também se revela decisivo para efetuar a distinção entre os defeitos enumerados na carta de fls. 63 que foram comunicados à Autora antes da realização do negócio de “Permuta”, daqueles que só foram comunicados em momento posterior, o que foi feito pela decisão recorrida nos pontos 43 e 45 da matéria de facto provada, não sendo o depoimento pouco claro, nesta matéria, de G... também suscetível de infirmar o decidido.

Quanto ao que constava do ponto 1 da matéria de facto considerada não provada, refira-se que, os defeitos mencionados nos quesitos 23.º a 25.º (os que constam da carta de 13/07/2010) esgotam o universo dos defeitos que os Réus entendiam existir na habitação. Assim, não se percebe a referência às “restantes anomalias e irregularidades referidas na Contestação destes autos”, levada a cabo no quesito 26.º, na medida em que não foram alegadas outras anomalias.

Não há, pois, razões que justifiquem a alteração dos pontos 42, 43 e 45 dos factos provados e do ponto 1 dos factos não provados.

Em terceiro lugar, os Recorrentes pedem que seja alterada a redação do ponto 57 dos factos provados considerando-se provado o que constava do quesito 15.º.

No quesito 15.º perguntava-se:

O imóvel dos autos é destinado a habitação unifamiliar do segmento mais alto do mercado, pela sua situação junto à Praça ..., na ..., pelas suas dimensões de pelo menos 700 m2 de construção e pelo refinamento e qualidade dos respetivos acabamentos.

A decisão recorrida considerou provado no seu ponto 57:

O imóvel dos autos é destinado a habitação unifamiliar do segmento alto do mercado, pela sua situação junto à Praça ..., na ..., pelas suas dimensões de pelo menos 700 m2 de construção e pela vontade dos Réus quanto ao refinamento e qualidade dos respetivos acabamentos.

O Tribunal recorrido justificou as alterações efetuadas (substituiu a expressão “segmento mais alto do mercado” por “segmento alto do mercado” e substituiu a expressão “pelo refinamento e qualidade dos respetivos acabamentos” por “pela vontade dos Réus quanto ao refinamento e qualidade dos respetivos acabamentos”) do seguinte modo: *na questão de facto agora em análise existe uma componente de subjetividade na apreciação do segmento de mercado (“as coisas são o que alguém pretende que elas sejam”), a par de uma componente objetiva. O tribunal procurou conciliar estas duas vertentes na resposta que deu ao quesito em causa (retirando a adjetivação que aí existia e introduzindo a vontade dos Réus quanto ao refinamento e qualidade dos acabamentos).*

O juízo do tribunal nesta matéria tem de ser objetivo, pelo que, se concordamos com a retirada do termo “mais”, discorda-se da introdução de uma perspetiva subjetiva de um dos elementos que caracterizam a qualificação de uma habitação no respetivo mercado, devendo, por isso, nessa parte, manter-se a redação do quesito 15.º, por ela corresponder ao que se apurou em julgamento, designadamente o conteúdo dos depoimentos testemunhais prestados a esta matéria.

Assim, deve ser alterada a redação do ponto 57 da matéria de facto provada, dele passando a constar o seguinte:

O imóvel dos autos é destinado a habitação unifamiliar do segmento alto do mercado, pela sua situação junto à Praça ..., na ..., pelas suas dimensões de pelo menos 700 m2 de construção e pelo refinamento e qualidade dos respetivos acabamentos.

Em quarto lugar, os Recorrentes pedem que a matéria constante dos pontos 15, 16 e 17 dos factos não provados passe a ser considerada provada.

É a seguinte a redação destes pontos:

15. A solução que a Autora veio a propor com vista a solucionar estas anomalias da caixilharia foi a seguinte: tirar os fechos da caixilharia Extrusal instalada e, com uma adaptação, colocar um fecho de outra marca, a saber, da Schuco (resposta ao quesito 52.º).

16. Esta proposta de solução não resolveria o problema de os fechos estarem escondidos atrás das vigas e pilares da estrutura da própria casa, nem o problema de as caixilharias abanarem e a proposta colocação de fechos de outra marca na caixilharia pré-existente conduziria a que quer a caixilharia, quer os fechos adaptados perdessem a garantia (resposta aos quesitos 53.º, 54.º e 55.º).

17. Em face da não aceitação desta proposta por parte dos Réus, a Autora nenhuma outra solução sugeriu ou aceitou (resposta ao quesito 56.º).

Conforme já acima se referiu, provou-se apenas que *a caixilharia que a Autora vendeu aos Réus com a casa apresentava as seguintes anomalias e desconformidades: alguns (concretamente quatro) dos fechos da mesma ficavam escondidos por detrás das vigas e pilares estruturais da edificação, provocando alguma dificuldade no manuseamento de tais fechos, agravada tal dificuldade pela colocação do revestimento de madeira das vigas* (ponto 72 da matéria de facto provada).

Os factos que constam como não provados nos números 15, 16 e 17, integravam a versão dos Réus, o qual alegou a existência de outros defeitos da caixilharia, além da deficiente colocação de quatro fechos, pelo que, não se tendo provado as restantes deficiências, tais factos deixam de fazer sentido, sendo correta a opção de também considerá-los não provados.

Em quinto lugar, os Recorrentes pretendem que a matéria que consta do ponto 18 da lista de factos não provados da decisão recorrida seja considerado provado.

É a seguinte a redação deste ponto que correspondia ao quesito 60.º:

A Autora recusou-se séria e definitivamente a proceder às reparações das anomalias e desconformidades existentes no imóvel.

Os Recorrentes fundamentam a sua posição no facto de algumas testemunhas arroladas pela Autora negarem a existência de defeitos ou a responsabilidade da Autora em repará-los e no depoimento da testemunha G....

Desde logo, a recusa que se encontrava sob apreciação no quesito 60.º era a alegada pelos Réus nos articulados e que teria antecedido a realização das obras de eliminação dos defeitos efetuadas pelos Réus, pelo que é totalmente irrelevante o sentido dos depoimentos das testemunhas da Autora.

Por outro lado, o depoimento da testemunha G... também neste aspeto não reúne a precisão necessária para que se possa verificar como e quando ocorreu a alegada recusa "séria e definitiva".

Um ato com esta relevância e dotada destas características, para que se considerasse, com o mínimo de certeza, a sua existência, teria que estar suficientemente individualizado, descrito e localizado no tempo.

A testemunha G... limitou-se a descrever os defeitos que verificou na construção da moradia e referindo de forma imprecisa que esses defeitos foram comunicados à Autora e que esta não atendia essas denúncias.

Tal depoimento é manifestamente insuficiente para que o facto que constava do quesito 60.º pudesse ser considerado provado, pelo que não há, pois, razões que justifiquem a alteração do ponto 18 dos factos não provados.

Em sexto lugar, os Recorrentes solicitam que os factos constantes dos pontos 19 a 22 da lista dos factos não provados constante da decisão recorrida sejam considerados provados.

São os seguintes estes factos, que correspondiam aos quesitos 65.º a 69.º da base instrutória:

19. Esperar pela realização das obras e retificações necessárias no imóvel por parte da Autora teria conduzido a um acumular de despesas com a obra parada ou atrasada.

20. As destruições e demolições que se teriam de efetuar com a casa já totalmente preparada fariam com que o seu custo global orçasse a, pelo menos, mais € 150.000,00 do que aquilo que os Réus despenderam.

21. A efetivação das reparações após a conclusão da obra obrigaria a que no futuro os Réus tivessem que abandonar o seu lar, com os incómodos daí inerentes para os Réus e seus filhos menores, desorganizando em absoluto a vida familiar.

22. Tais obras durariam um mínimo de três meses, o que implicaria um dispêndio de cerca de € 20.000,00 com o custo de uma renda mensal de uma casa análoga à dos autos.

Na parte em que estes factos pressupõem uma recusa da Autora ou uma demora desta na realização dos trabalhos de eliminação dos defeitos, o que não se provou, não podem consequencialmente também os mesmos serem considerados provados. Já na parte em que se refere que a realização de tais trabalhos após a conclusão da construção da causa iria trazer maiores custos, devem tais factos serem considerados provados, com exceção dos valores aí mencionados, sendo para isso suficiente o depoimento de G... que afirma aquilo que também se atingiria pelo funcionamento de presunções judiciais, com base em regras da experiência.

Assim, de tais factos, deve considerar-se apenas provado o seguinte:

As destruições e demolições que se teriam de efetuar com a casa já totalmente preparada para proceder às obras e retificações necessárias no imóvel fariam com que o seu custo global aumentasse.

A efetivação das reparações após a conclusão da obra obrigaria a que no futuro os

Réus tivessem que abandonar o seu lar, com os incómodos e despesas daí inerentes para os Réus e seus filhos menores, desorganizando em absoluto a vida familiar.

Pelas razões expostas procede parcialmente a impugnação da decisão da matéria de facto, devendo proceder-se às alterações acima mencionadas.

3.2. Os factos provados

São, pois, os seguintes os factos provados neste processo:

1. A Autora é uma sociedade comercial que se dedica, designadamente, à reparação, à construção e à compra e venda de imóveis com intuito lucrativo.
2. Atividade profissional e escopo lucrativo que estiveram presentes, por parte da Autora, nos negócios outorgados entre as aqui partes.
3. Em finais de 2008, os Réus, através de imobiliária, contactaram a Autora manifestando-lhe interesse na aquisição de uma habitação que esta tinha em construção na .../Porto, habitação que estava em adiantado estado de construção.
4. Nas negociações estabelecidas, sempre os Réus apresentaram como condição para a celebração do negócio, condição que veio a ser aceite pela Autora, que uma das contrapartidas da aquisição da habitação fosse a entrega de um apartamento de que eram proprietários.
5. No dia 23/01/2009, Autora e Réus celebraram contrato que denominaram de "Contrato-Promessa de Permuta", com o teor de fls. 22 e ss., que aqui se dá por integralmente reproduzido.
6. Pelo referido contrato, a Autora obrigou-se a transmitir para os Réus o direito de propriedade sobre uma habitação, em construção, em fase de acabamento, numa parcela de terreno de que era proprietária, sita na Rua ..., ..., Porto, inscrita na matriz no art.º 3283 e descrita na Conservatória sob o n.º 1169.
7. Por sua vez, os Réus, como contrapartida, prometeram transmitir para a Autora o direito de propriedade sobre a fração autónoma designada pela letra "O", de um prédio em regime de propriedade horizontal, sito na Av. ..., ..., Porto, inscrito na matriz no art.º 8010 e descrito na Conservatória sob o n.º 1481.
8. Foi atribuído à habitação cujo direito de propriedade a Autora prometeu transmitir para os Réus o valor de €2.000.000,00, valor que implicava para a Autora o respetivo acabamento nos termos do projeto que se encontrava aprovado e do respetivo caderno de encargos que os Réus conheciam.
9. Tendo sido atribuído ao apartamento cujo direito de propriedade os Réus prometeram transmitir para a Autora o valor de €650.000,00.
10. Daí que os Réus, também como contrapartida, tivessem ficado obrigados a pagar à Autora a quantia de €1.350.000,00.
11. Os Réus obrigaram-se também a pagar o custo de eventuais alterações ao projeto inicial que viessem a ser acordadas.
12. As partes consignaram na Cláusula Décima Primeira deste acordo que «Para garantia do pontual e integral cumprimento das obrigações que decorrem para a Primeira Contraente deste Contrato, esta obriga-se a prestar a favor dos Segundos Contraentes, no prazo máximo de 5 dias úteis a contar da presente data, uma garantia bancária, on first demand ou à primeira solicitação, emitida por um banco de primeira linha sediado em Portugal e aceite pelos Segundos Outorgantes, no montante de € 150.000,00 (cento e cinquenta mil euros), nos termos da minuta que se junta ao presente contrato como Anexo XII», minuta esta com o teor de fls. 52 dos autos e que aqui se dá por integralmente reproduzido.
13. Garantia que a Autora prestou através do "P...".
14. Do teor da Garantia Bancária de fls. 61 e 62 retira-se – entre o mais – os seguintes dizeres: «O Banco P..., S.A.,vem pelo presente documento, a pedido de B..., S.A.,prestar uma garantia bancária a favor de D... E C..., até ao montante de € 150.000,00 (cento e cinquenta mil euros), autónoma, à primeira solicitação, destinada a garantir a boa e regular execução da obra de construção da Moradia Unifamiliar,».
15. Em 27 de novembro de 2009, Autora e Réus acordaram em alterar os termos do negócio consubstanciado no denominado contrato-promessa de permuta.
16. Por um lado, Autora e Réus acordaram em que a prometida "permuta" seria concretizada de imediato, recebendo os Réus o direito de propriedade sobre a parcela de terreno com as benfeitorias aí implantadas: a habitação no estado em que, então, se encontrava.
17. Por outro lado, Autora e Réus acordaram as responsabilidades que a cada um deles cabia quanto ao acabamento da habitação implantada na parcela de terreno.
18. As partes efetuaram a transmissão recíproca do direito de propriedade sobre os imóveis acima referidos – a referida fração "O" e a parcela de terreno para construção,

com as benfeitorias nela existentes (a habitação inacabada) – através da celebração de escritura pública de “Permuta”, de 27/11/2009, no Primeiro Cartório Notarial do Porto, com o teor de fls. 54 e ss. que aqui se dá aqui por reproduzido.

19. Com a celebração da escritura de “Permuta”, os Réus, para lá da transmissão para a Autora do direito de propriedade sobre a fração “O” antes referida, pagaram-lhe, ainda, a quantia de €1.050.000,00.

20. Autora e Réus, em complemento do estabelecido na escritura de “Permuta”, formalizaram, em documento particular autónomo (datado de 25/11/09), as obrigações que cada uma das partes assumia quanto à habitação e quanto ao seu acabamento, nos termos constantes de fls. 57 e ss. que aqui se dá por reproduzido.

21. Nos termos desse acordo complementar, a conclusão da habitação ficou a cargo dos Réus, que também se obrigaram a suportar o respetivo custo.

22. Por isso, foi reduzida em € 300.000,00 a quantia em dinheiro que no contrato-promessa os Réus se tinham obrigado a pagar à Autora.

23. Ainda nos termos deste acordo complementar, determinou-se que a aqui Autora «(...) manter-se-á responsável pela gestão e custos legais de todos os processos burocráticos necessários à legalização do imóvel dado em permuta pela Primeira Outorgante (...) será igualmente responsável pela execução dos ramais de água, saneamento, ITED, eletricidades e gás, sem prejuízo do estabelecido no número 2.3 seguinte.» – Cláusula 2.2. Bem como que «(...) é responsável pela entrega, junto das autoridades competentes, dos pedidos correspondentes aos processos e instruções necessários à obtenção da licença de habitabilidade, solicitando a todas as entidades envolvidas as ações e os autos necessários à obtenção das respetivas licenças e certificados. Os custos legais associados à obtenção dos mencionados certificados e licenças serão suportados pela Primeira Outorgante (...)» - Cláusula 2.3.

24. Determinou-se sequencialmente que «Serão igualmente da responsabilidade da Primeira Outorgante: a) as obras a executar ao nível da caixilharia do piso 1 do imóvel dado de permuta pela representada da Primeira Outorgante aos Segundos Outorgantes (custo incluído) decorrente do acrescento da sala; b) as obras de correção das caixilharias em todos os pisos do imóvel, devendo umas e outras ser executadas de acordo com as condições definidas pelo Arquiteto O... e aprovadas pelos Segundos Outorgantes.» – Cláusula 2.4.

25. Igualmente nos termos do mesmo acordo complementar, as partes estipularam «Fica perfeitamente entendido entre as Partes que, apesar dos acabamentos (e, sendo esse o caso, das obras de construção civil da responsabilidade dos Segundos Outorgantes nos termos no número 1.1 supra) do imóvel dado em permuta pela Primeira Outorgante serem custeados pelos Segundos Outorgantes e executados por entidades por eles escolhidas e aceites de comum acordo, a Primeira Outorgante mantém-se integralmente responsável pela obra executada nesse imóvel, com exceção do previsto no parágrafo único infra, pelo que responderá sempre, dentro dos prazos de garantia legalmente fixados, por quaisquer vícios do solo ou da construção, modificação ou reparação, por erros na execução dos trabalhos ou por quaisquer outros defeitos, sendo consequentemente responsável pela reparação dos mesmos e por todos os prejuízos que causar aos Segundos Outorgantes.» - Cláusula 2.1.

E «Parágrafo Único: a escolha das entidades responsáveis pela execução dos acabamentos e das obras de construção civil previstas no número 1.1, bem como a definição das condições dos contratos a celebrar com as mesmas, ficará a cargo dos Segundos Outorgantes, ficando, no entanto, estes últimos obrigados a comunicar a escolha dessas entidades à Primeira Outorgante, por forma a que esta dê anuência à sua contratação, no prazo de 3 dias a contar da respetiva comunicação. Os Segundos Outorgantes apenas poderão escolher entidades já contratadas pela Primeira Outorgante ou outras entidades devidamente certificadas e que prestem à Primeira Outorgante as garantias de boa execução habituais para esse efeito, nomeadamente garantias bancárias. Caso a Primeira Outorgante não esteja de acordo com as entidades indicadas pelos Segundos Outorgantes, com os termos e condições contratuais ou com as garantias prestadas pelas mesmas, os Segundos Outorgantes são livres de contratá-las diretamente, mas, nesse caso, os Segundos Outorgantes não poderão responsabilizar a Primeira Outorgante pelos vícios os defeitos dos acabamentos realizados por essas mesmas entidades.».

26. A Autora ficou responsável por eventuais defeitos que a obra viesse a revelar no prazo de 5 anos.

27. Aquando da negociação das condições do acordo complementar da escritura pública de “Permuta”, foi decidido manter a garantia já prestada no âmbito do denominado contrato-promessa (e aludida nos pontos 12. a 14.).

28. Consignando-se, porém, expressamente, no texto desse acordo complementar que «Enquanto subsistirem obrigações da Primeira Contraente decorrentes do presente

contrato, esta fica obrigada a renovar a garantia bancária nº (*), emitida pelo Banco (*) em (*), por períodos mínimos, iguais e sucessivos de um ano ou, em alternativa, a entregar aos Segundos Outorgantes uma ou mais novas garantias bancárias, *on first demand* ou à primeira solicitação, emitidas por um banco de primeira linha sediado em Portugal e aceite pelos Segundos Outorgantes, no montante de € 150.000,00 e válida(s) até 30 de setembro de 2010. A partir de 31 de dezembro de 2009, os custos desta garantia, até ao limite de seiscentos e cinquenta euros por trimestre, passarão a ser suportados pelos Segundos Outorgantes.» – Cláusula 2.5.

E «Para efeitos do disposto no número 2.5 supra, fica perfeitamente entendido que a referida obrigação de a Primeira Outorgante prestar a mencionada garantia bancária manter-se-á apenas até à data em que for emitida a competente licença de habitabilidade do imóvel dado de permuta pela Primeira Outorgante aos Segundos Outorgantes ou até 30 de setembro de 2010, consoante o que ocorrer primeiro, momento a partir do qual estes últimos deverão devolver a referida garantia bancária àquela.» – Cláusula 2.6.

29. Com data de 13 de julho de 2010, os Réus escreveram à Autora uma carta com o teor de fls. 63, que aqui se dá por integralmente reproduzido.

30. Os Réus, quando escreveram esta carta, já tinham procedido à eliminação dos aí alegados defeitos.

31. A Autora respondeu aos Réus nos termos constantes da carta, datada de 15/07/2010, com o teor de fls. 64, que aqui se dá por integralmente reproduzida.

32. Os Réus não tiveram de eliminar ou reparar qualquer defeito ou irregularidade decorrente do trabalho de terceiros executado após a outorga da escritura pública de “Permuta” acima referida e atribuem todos os “defeitos” invocados nestes autos à obra executada pela Autora.

33. A caixilharia é um elemento essencial no desenho e arranjo estético da casa dos autos, constituindo a maior parte das suas fachadas.

34. A caixilharia funcionar na perfeição é essencial para que a vivência na casa tenha um mínimo de conforto e qualidade.

35. Todas as divisões da casa, aqui se incluindo todos os quartos e as salas, só dispõem de enormes portadas de correr, que compõem a totalidade dos alçados da casa.

36. É expectável que um processo judicial, com o seu curso e ritmo normais, levasse pelo menos dois anos até que os Réus tivessem sentença condenatória transitada em julgado.

37. A Autora não instalou o isolamento acústico das linhas verticais de águas e saneamento.

38. A Autora não executou a rede de drenagens técnicas.

39. Os Réus contrataram as empresas que estão, ainda hoje, a proceder ao acabamento da habitação dos autos sem dar a conhecer à Autora os termos e condições dos contratos celebrados com estas e sem lhe dar a possibilidade de exigir quaisquer garantias bancárias de tais empresas.

40. Os Réus comunicaram à Autora antes da sua entrada em obra a identificação dos terceiros que executaram os acabamentos em falta: as sociedades “T..., S.A.”, “U..., Lda”, “V..., Lda” e “W..., Lda”, nos termos constantes do documento de fls. 139 e 140, que aqui se dá por integralmente reproduzido.

41. Nada tendo objetado a Autora, na sequência do recebimento de tal comunicação.

42. Na data da celebração da escritura pública de “Permuta” e do acordo complementar aludidos nos Factos Assentes, com exceção da necessidade de proceder a afinações e à mudança de um ou de outro fecho na caixilharia de todos os pisos do imóvel, não estava pendente qualquer reclamação dos Réus por “defeitos” na construção da habitação.

43. Até à data da celebração da escritura de “Permuta” aludida nos Factos Assentes e do acordo complementar acima referido os Réus não informaram a Autora da existência dos seguintes “defeitos”, referidos na carta de fls. 63 dos autos: substituição integral de todas as tubagens da rede de água quente e fria, substituição integral de toda a caixilharia aplicada, execução da rede de drenagens técnicas e execução de pavimentos e lajes que não estavam devidamente suportadas, nomeadamente na garagem e no piso 0.

44. Os Réus mantinham, por sua conta, um técnico que fiscalizava a execução da obra.

45. Depois da celebração da escritura de “permuta” referida nos Factos Assentes os Réus apenas informaram a Autora de uma anomalia no telhado, que havia sido por esta executado, através de mensagem eletrónica de 05/03/10, anomalia a cuja correção a Autora procedeu.

46. Os Réus nunca interpelaram a Autora para a execução da rede de drenagens

técnicas, referida em f) na carta de fls. 63.

47. A Autora sempre acompanhou e se fez representar na obra dos autos através da pessoa do Eng. K... (seu projetista), sendo este a pessoa que dirigia os trabalhos, decidia procedimentos, ordenava o que deveria ser ou não feito e em que momento e transmitia o entendimento e vontade da Autora acerca das mais variadas questões.

48. Por sua vez, o Dr. L... sempre atuou na mesma obra como dono da Autora, sendo ele a pessoa que discutia e acertava preços, condições negociais, e dava ordens e/ou instruções a todo o pessoal que se encontrasse no imóvel, na sede da Autora e mesmo ao Sr. Eng. K....

49. Estas duas pessoas sempre atuaram perante os Réus e perante terceiros, como sejam fornecedores, prestadores de serviços ou operários, como verdadeiros representantes da Autora, tomando decisões e dando ordens em seu nome.

50. Alguns dos defeitos a que os Réus aludiram na carta que em 13/07/2010 remeteram à Autora (fl. 63) – concretamente, os defeitos aí plasmados sob as alíneas a), b) (isolamento das tubagens de água quente), c), d) e h) – foram expostos, in loco, ao Eng. K..., tendo este tido oportunidade de reconhecer ou percecionar a realidade fáctica a que se referem os Réus ao aludir a tais situações.

51. A deficiente construção da parede de alvenaria e a oxidação da estrutura metálica foram igualmente percecionadas pelo Dr. L..., in loco.

52. Estas anomalias e irregularidades (nºs 50 e 51), assim como as da caixilharia, foram-lhe comunicadas e foram do conhecimento da Autora antes de 27/11/2009.

53. Na manhã do dia imediato ao da receção da carta dos Réus, de fls. 63, a Autora teve conhecimento, através do “P...”, de que aqueles tinham já acionado a garantia de € 150.000,00 emitida por esse banco.

54. A Autora solicitou ao “P...” que não pagasse aos Réus o valor da garantia € 150.000,00, nos termos constantes do doc. de fls. 65.

55. O “P...” pagou aos Réus o respetivo valor e, por sua vez, pagou-se de tal valor, fazendo sua a quantia de € 150.000,00 que a Autora tinha em depósito, a prazo, que fora constituído como condição de emissão da garantia (contragarantia).

56. Em 29 de abril de 2010 o “P...” debitou à Autora o custo da garantia pelo período entre 28/04/2010 e 28/07/2010, no montante de € 585,81.

57. O imóvel dos autos é destinado a habitação unifamiliar do segmento alto do mercado, pela sua situação junto à Praça ..., na ..., pelas suas dimensões de pelo menos 700 m2 de construção e pelo refinamento e qualidade dos respetivos acabamentos.

58. A garantia bancária dos autos foi constituída para garantir os interesses dos Réus, permitindo-lhes, sob certos pressupostos, a rápida compensação das despesas ou danos que sofressem devido ao incumprimento, por banda da Autora, de qualquer uma das suas obrigações contratuais (incluindo, entre outras, a responsabilidade da Autora por quaisquer vícios da construção, por erros na execução dos trabalhos ou por quaisquer outros defeitos e sua reparação), reportadas tais obrigações, num primeiro momento, ao “Contrato-Promessa de Permuta” (obra executada e a executar pela Autora) e, num segundo momento, ao “Acordo Complementar à Escritura Pública de Permuta” (obra executada pela Autora).

59. A parede de alvenaria que, no piso zero, separava os dois quartos contíguos foi construída com um espaçamento anormal entre os tijolos e com ausência de colmatação da totalidade das juntas com argamassa.

60. O que implicou que os Réus tivessem de proceder à sua demolição e à construção de nova parede.

61. A rede de água quente, em desconformidade com o projeto, não possuía qualquer tipo de isolamento, o que potencia fissurações em paredes e pavimentos e especialmente perdas de energia consideráveis, por dissipação, levando a um maior consumo de energia.

62. Para resolver as anomalias e desconformidades existentes no isolamento da rede de água quente e também por existir vontade dos Réus de proceder à colocação de nova canalização na habitação (decorrente também das alterações ao projeto e ao tipo de construção que pretendiam), os Réus mandaram desfazer todas as courettes em que se encontravam canalizações, colocaram nova canalização com os respetivos acessórios e seu isolamento e reconstruíram as ditas courettes.

63. A estrutura metálica e pilares de suporte da casa tinham vários pontos de oxidação e um mau tratamento ou aplicação do primário.

64. O que implicou raspagem e nova aplicação de primário em tais peças metálicas.

65. O isolamento acústico das linhas verticais de águas e saneamento, ainda que não expressamente previsto no projeto, trata-se de um elemento essencial para o conforto de uma casa, imprescindível na construção atual, em especial no segmento a que pertence a casa a que se referem os autos.

66. Para reparação desta anomalia, foi necessário efetuar a demolição de courettes, desmontar tubos e acessórios e instalar o respetivo isolamento.
67. A colocação de isolamento nas linhas verticais de água e saneamento, ainda que com menor eficácia, poderia ser efetuado por simples injeção de poliuretano, sem necessidade de destruição total de courettes.
68. A zona estrutural da laje da cozinha estava danificada, com o orifício destinado à exaustão não apenas na parte do tijolo mas cortando com secção total a trave de betão armado.
69. A caixilharia, referida em e) na carta de fls. 63, que se encontrava aplicada no momento da celebração da escritura pública de “Permuta” era da marca “Extrusal”, tal como permitia o caderno de encargos que instruiu o denominado contrato-promessa de permuta.
70. A instalação de uma caixilharia da marca Vitrocsa era compatível com o caderno de encargos que instruiu o denominado contrato-promessa de permuta.
71. Atendendo à arquitetura da casa, contemporânea, com fachadas todas em vidro, de alto a baixo, era essencial que as portadas fossem de correr, fáceis de abrir e fechar e que não deixassem entrar demasiado calor ou arrefecessem demasiado a casa no inverno, tendo corte térmico.
72. A caixilharia que a Autora vendeu aos Réus com a casa apresentava as seguintes anomalias e desconformidades: alguns (concretamente quatro) dos fechos da mesma ficavam escondidos por detrás das vigas e pilares estruturais da edificação, provocando alguma dificuldade no manuseamento de tais fechos, agravada tal dificuldade pela colocação do revestimento de madeira das vigas.
73. Os Réus procederam à substituição da caixilharia, por uma da marca Vitrocsa.
74. Os Réus não procederam a qualquer reparação da caixilharia, optando por substituí-la por outra com diversas características e mais onerosa.
75. O perfil EXTRUSAL é mais largo que o VITROCSA em 4 cms.
76. Os Réus adquiriram à Autora a casa a que se referem os autos para aí estabelecerem a sua habitação permanente, bem como a de seus filhos.
77. Na transação pela qual os Réus adquiriram à Autora a casa dos autos tiveram que lhe entregar, em permuta e para pagamento de parte do preço, o andar em que habitavam.
78. Desde novembro de 2009 que os Réus vivem numa habitação de terceiro, sita na Avenida ..., no Porto, facto que é do conhecimento da Autora.
79. Os Réus ainda hoje continuam a não viver na casa que está longe de estar concluída, porque continuam a introduzir-lhe sucessivas alterações.
80. Para efetuar as reparações supra enunciadas (excluídas a da caixilharia) os Réus despenderam uma quantia de montante não concretamente apurado.
81. E para a instalação da caixilharia Vitrocsa, despenderam a quantia de € 114.950,00.
82. Os Réus são empresários que estão à frente dos destinos de empresas de referência no universo empresarial nacional.
83. São conhecidos no setor bancário nacional, assim como no setor têxtil.
84. As destruições e demolições que se teriam de efetuar com a casa já totalmente preparada para proceder às obras e retificações necessárias no imóvel fariam com que o seu custo global aumentasse.
85. A efetivação das reparações após a conclusão da obra obrigaria a que no futuro os Réus tivessem que abandonar o seu lar, com os incómodos e despesas daí inerentes para os Réus e seus filhos menores, desorganizando em absoluto a vida familiar.

4. O direito aplicável

Autora e Réus celebraram inicialmente um contrato-promessa (artigo 410.º do Código Civil), através do qual a primeira prometeu transmitir para os segundos uma moradia a construir, segundo projeto aprovado, encontrando-se a mesma em fase de acabamentos, e os segundos prometeram transmitir para a primeira um andar e pagar € 1.350.000,00 em dinheiro.

Em cumprimento do clausulado neste contrato-promessa, a solicitação da Autora, o P... prestou uma garantia bancária autónoma, *on first demand*, até ao montante de € 150.000,00, destinada a garantir a boa e regular execução da obra de construção da moradia prometida alienar pela Autora.

Em 27 de novembro de 2009, apesar de ainda não estarem concluídas as obras de construção da moradia prometida alienar pela Autora, esta e os Réus outorgaram uma escritura em que celebraram o negócio prometido com um conteúdo não inteiramente coincidente com aquele que havia constado do contrato-promessa. Assim, a Autora declarou transmitir para os Réus a propriedade do prédio onde se encontra a moradia em construção, incluindo as benfeitorias nele implantadas, enquanto os Réus

transmitiram para a Autora a fração predial referida no contrato-promessa e pagaram-lhe € 1.050.000,00.

Estamos perante um negócio misto de compra e venda e permuta, na modalidade de contratos combinados [1], uma vez que os Réus realizaram duas prestações principais justapostas respeitantes a diferentes tipos de contratos (compra e venda e permuta [2]), enquanto a Autora efetuou uma prestação unitária [3]. Apesar de ser um negócio misto, face ao disposto no artigo 939.º do Código Civil que manda aplicar as normas que regem a compra e venda aos outros contratos onerosas pelos quais se alienam bens, onde se inclui o negócio de permuta, o regime deste contrato é o da compra e venda.

Contudo, há que ter em consideração que o alienante da moradia foi também o seu construtor até à data em que o alienou, pelo que o regime dos defeitos da obra realizada com origem nesse período, é o previsto para o contrato de empreitada de imóveis de longa duração, por força do disposto no artigo 1225.º, n.º 4, do Código Civil. Porém, como estamos perante um contrato celebrado entre um profissional que é a Autora, a qual é uma sociedade comercial que se dedica, designadamente, à reparação, à construção e à compra e venda de imóveis com intuito lucrativo, e uns consumidores que são os Réus, uma vez que estes destinavam a moradia adquirida à sua habitação, é também aplicável o regime do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, nos termos do Artigo 1.º - A, n.º 1, e 1.º - B, a), deste diploma, na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, o qual rege certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar a proteção dos interesses dos consumidores, sendo também aplicável aos contratos de empreitada, nos termos do n.º 2, do artigo 1.º-A, deste diploma.

Concomitantemente com a celebração deste contrato misto de compra e venda e permuta, Autora e Réus subscreveram um “acordo complementar”, nos termos do qual, a partir daquela data a conclusão das obras de construção da moradia ficou a cargo dos Réus, que também se obrigaram a suportar o respetivo custo, tendo, por isso, sido reduzida em € 300.000,00 a quantia em dinheiro que no contrato-promessa os Réus se tinham obrigado a pagar à Autora.

Na Cláusula 2.1. deste acordo as partes ainda estipularam o seguinte:

«Fica perfeitamente entendido entre as Partes que, apesar dos acabamentos (e, sendo esse o caso, das obras de construção civil da responsabilidade dos Segundos Outorgantes nos termos no número 1.1 supra) do imóvel dado em permuta pela Primeira Outorgante serem custeados pelos Segundos Outorgantes e executados por entidades por eles escolhidas e aceites de comum acordo, a Primeira Outorgante mantém-se integralmente responsável pela obra executada nesse imóvel, com exceção do previsto no parágrafo único infra, pelo que responderá sempre, dentro dos prazos de garantia legalmente fixados, por quaisquer vícios do solo ou da construção, modificação ou reparação, por erros na execução dos trabalhos ou por quaisquer outros defeitos, sendo consequentemente responsável pela reparação dos mesmos e por todos os prejuízos que causar aos Segundos Outorgantes.»

E na cláusula 2.4. estipulou-se:

«Serão igualmente da responsabilidade da Primeira Outorgante: a) as obras a executar ao nível da caixilharia do piso 1 do imóvel dado de permuta pela representada da Primeira Outorgante aos Segundos Outorgantes (custo incluído) decorrente do acrescento da sala; b) as obras de correção das caixilharias em todos os pisos do imóvel, devendo umas e outras ser executadas de acordo com as condições definidas pelo Arquiteto O... e aprovadas pelos Segundos Outorgantes.»

Aquando da negociação das condições do “acordo complementar” da escritura pública de “Permuta”, foi decidido manter a garantia já prestada no âmbito do denominado contrato-promessa, tendo-se consignado, expressamente, no texto desse acordo complementar no ponto 2.5. que *«enquanto subsistirem obrigações da Primeira Contraente decorrentes do presente contrato, esta fica obrigada a renovar a garantia bancária nº (*), emitida pelo Banco (*) em (*), por períodos mínimos, iguais e sucessivos de um ano ou, em alternativa, a entregar aos Segundos Outorgantes uma ou mais novas garantias bancárias, on first demand ou à primeira solicitação, emitidas por um banco de primeira linha sediado em Portugal e aceite pelos Segundos Outorgantes, no montante de € 150.000,00 e válida(s) até 30 de setembro de 2010. A partir de 31 de dezembro de 2009, os custos desta garantia, até ao limite de seiscentos e cinquenta euros por trimestre, passarão a ser suportados pelos Segundos Outorgantes.»*

Ora, foi esta mesma garantia que os Réus acionaram, invocando terem gasto € 178.950,00 na reparação de defeitos existentes na moradia adquirida à Autora da responsabilidade desta, tendo o P... pago aos Réus € 150.000,00, cobrando-se de tal valor, através da quantia de € 150.000,00 que a Autora tinha num depósito, a prazo,

que fora constituído como condição de emissão da garantia (contragarantia). Pela celebração de um contrato de garantia autónoma *on first demand* o banco que a presta obriga-se a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato. Uma tal garantia representa para o beneficiário um acréscimo de garantia, pois que o garante fica constituído na obrigação de pagar imediatamente, a simples pedido do beneficiário, sem poder discutir, em princípio, os pressupostos que legitimam o pedido de pagamento.

A garantia autónoma é assim uma figura triangular, supondo três categorias de relações jurídicas:

1. relação entre o garantido (dador da ordem) e o beneficiário (credor principal);
2. relação entre o garantido (dador da ordem) e o garante (banco);
3. relação entre o garante (banco) e o beneficiário (credor principal).

Quando o beneficiário aciona a garantia, exigindo o pagamento do valor garantido ao garante e este satisfaz esse pedido, o banco garante pode exigir da pessoa garantida o reembolso do valor pago ao beneficiário. E, efetuado esse reembolso, o garantido poderá obter, por sua vez, do beneficiário o valor desembolsado, caso consiga demonstrar que, nos termos que regem a relação-base, o pagamento efetuado não era devido.

Incumbe, pois, ao garantido o ónus da prova dos factos que demonstrem a inexistência do crédito que justificou o acionamento da garantia.

No presente caso, os Réus justificaram o acionamento da garantia no direito de crédito resultante de terem despendido € 178.950,00 com as seguintes obras de eliminação de defeitos existentes na moradia adquirida à Autora da responsabilidade desta:

- a) reparação de paredes de alvenaria de tijolo;
- b) substituição integral de todas as tubagens da rede de água quente e fria e isolamento das tubagens de água quente;
- c) reparação de diversos pontos de oxidação da estrutura metálica e pilares de suporte, decorrentes de mau tratamento primário das peças aplicadas;
- d) instalação do isolamento acústico nas linhas verticais de águas pluviais e de saneamento;
- e) substituição integral de toda a caixilharia aplicada por caixilharia Vitrocsa;
- f) execução da rede de drenagens técnicas que não foram efetuadas;
- g) execução de pavimentos e lajes que não estavam devidamente suportadas, nomeadamente na garagem e no piso 0;
- h) reparação de danos em zonas estruturais da laje da cozinha.

Provou-se que os Réus não tiveram de eliminar ou reparar qualquer defeito ou irregularidade decorrente do trabalho de terceiros executado após a outorga da escritura pública de “Permuta” acima referida, sendo todos os defeitos acima referidos atribuídos pelos Réus à obra executada pela Autora antes da realização daquela escritura.

Ora, relativamente aos defeitos com origem nesse período, provou-se que na data da celebração da escritura pública de “Permuta”, com exceção da necessidade de proceder a afinações e à mudança de um ou de outro fecho na caixilharia de todos os pisos do imóvel, não estava pendente qualquer reclamação dos Réus por “defeitos” na construção da habitação.

Daí que, tendo-se provado que os Réus, antes da celebração da referida escritura pública, haviam comunicado à Autora a existência dos defeitos reparados pelas obras acima referidas sob as alíneas a), b) 2.ª parte, c), d) e h), não tendo ficado nenhuma destas “reclamações” pendentes após a celebração daquele acordo, deve considerar-se que a eventual responsabilidade da Autora por tais defeitos se extinguiu com a celebração do contrato e “acordo complementar”, não impedindo esta conclusão o disposto nos artigos 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, e no artigo 16.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), que apenas fere com a nulidade o acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor se excluam ou limitem os direitos do consumidor previstos nestes diplomas. Já após a denúncia dos defeitos, como sucede na presente situação, está na disponibilidade das partes acordarem na limitação ou exclusão de qualquer direito do consumidor, transacionando no conflito aberto com a denúncia dos defeitos. Assim, face ao que foi acordado no denominado “acordo complementar” deve considerar-se extinta, por acordo das partes, a eventual responsabilidade da Autora pelos defeitos cujas obras de reparação se encontram acima referidas sob as alíneas a), b) 2.ª parte, c), d) e h).

Restam, pois, os defeitos, cujas obras de reparação se encontram acima descritos sob as alíneas b), 1.ª parte, e), f) e g) e relativamente aos quais se provou que até à data

da celebração da escritura de “Permuta” os Réus não informaram a Autora da sua existência, pelo que a eventual responsabilidade da Autora pela sua verificação não se extinguiu com a celebração do referido “acordo complementar”, uma vez que não podiam ter sido por ele contemplados, atento o seu conhecimento superveniente [4]. Independentemente duma resposta à questão da existência destes defeitos e da necessidade de realização das obras de eliminação dos mesmos levadas a cabo pelos Réus, o acionamento por estes da garantia prestada pelo P..., nas condições em que ocorreu, revela-se sempre ilegítima, como passamos a demonstrar.

Como já acima se referiu, o regime dos defeitos da moradia em construção transmitida pela Autora aos Réus encontra-se no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, e pela Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho).

Nos contratos de consumo, se, relativamente ao conteúdo dos direitos do dono da obra, este regime especial não apresenta significativas especialidades, já quanto ao modo de articulação dos diferentes direitos no seu exercício existe uma diferença substancial. Enquanto no regime do Código Civil vigoram regras rígidas que estabelecem várias relações de precedência e subsidiariedades entre aqueles direitos, que condicionam severamente o seu exercício, no âmbito do Decreto-Lei n.º 67/2003 os direitos do adquirente consumidor são independentes uns dos outros, estando a sua utilização apenas restringida pelos limites impostos pela proibição geral do abuso do direito (artigo 4.º, n.º 5, do D.L. n.º 67/2003). Em princípio, perante a existência de defeitos na coisa alienada, o adquirente desta pode exercer livremente qualquer um dos direitos conferidos pelo artigo 4.º, n.º 1, do D.L. n.º 67/2003. Essa liberdade de opção pelo direito que melhor satisfaça os seus interesses deve, contudo, respeitar os princípios da boa fé, dos bons costumes e a finalidade económico-social do direito escolhido (artigo 334.º do Código Civil).

É certo que o respeito por esses princípios conduzirá muitas vezes à observância das regras de articulação dos diferentes direitos do dono da obra impostas no Código Civil [5], até porque algumas delas também constavam do texto da Diretiva transposta pelo Decreto-Lei n.º 67/2003 [6], constituindo esse texto um importante elemento interpretativo deste diploma. Princípios, como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da prioridade da restauração natural, poderão muitas vezes impor soluções coincidentes com o cumprimento daquelas regras, mas no âmbito dos contratos de consumo não existe uma obrigatoriedade cega do seu respeito. Serão as particularidades do caso concreto que definirão as possibilidades de exercício dos diferentes direitos colocados ao dispor do adquirente consumidor, de modo a serem respeitados os princípios que presidiram à sua atribuição.

Apesar das soluções serem necessariamente casuísticas, podemos dizer que, na generalidade, o regime dos direitos do adquirente nos contratos de consumo permite uma maior maleabilidade na escolha do direito que melhor satisfaça os interesses deste em obter um resultado conforme com o contratado.

Apesar do Decreto-Lei n.º 67/2003 não incluir no seu regime o direito de indemnização, isso não impede a sua utilização pelo adquirente consumidor [7].

O direito de indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da alienação de coisas com defeitos, nas relações de consumo, continua a ter a sua previsão no artigo 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, podendo ser livremente exercido pelo adquirente consumidor, tendo apenas os limites impostos pela figura geral do abuso de direito (artigo 334.º do Código Civil), isto é, devendo o seu exercício respeitar, tal como qualquer outro direito, as exigências da boa fé, dos bons costumes e a sua finalidade económico-social. Desde que as circunstâncias em que este direito de indemnização é exercido não revelem uma ofensa àqueles princípios, pode o dono da obra consumidor utilizá-lo sem que primeiro tenha esgotado os outros meios de satisfazer os seus interesses.

Correspondendo o acionamento da garantia bancária por parte dos Réus ao exercício efetivo e de imediata execução de um direito de indemnização em dinheiro pelo custo dos trabalhos de eliminação de defeitos realizados por terceiros contratados pelo adquirente, cumpre verificar se o modo como foi exercido esse direito respeitou as condições legalmente exigidas para o seu exercício e se contraria os princípios que a figura do abuso de direito visa tutelar.

No que a este aspeto respeita, provou-se o seguinte:

- depois da celebração da escritura de “Permuta”, através da qual foi transmitida a propriedade da moradia em construção para os Réus, estes apenas informaram a Autora de uma anomalia no telhado, que havia sido por esta executado, através de mensagem eletrónica de 05/03/10, anomalia a cuja correção a Autora procedeu, pelo que nunca foram comunicados à Autora os defeitos a que se reportam as obras invocadas pelos Réus para justificar o acionamento da garantia bancária, acima

mencionadas nas alíneas sob as alíneas b), 1.^a parte, e), f) e g).

- com data de 13 de julho de 2010, os Réus escreveram à Autora uma carta com o teor de fls. 63, que aqui se dá por integralmente reproduzido.

- os Réus, quando escreveram esta carta, já tinham procedido à eliminação dos aí alegados defeitos.

- na manhã do dia imediato ao da receção da carta dos Réus, de fls. 63, a Autora teve conhecimento, através do “P...”, de que aqueles tinham já acionado a garantia de € 150.000,00 emitida por esse banco.

- o “P...” pagou aos Réus o respetivo valor e, por sua vez, pagou-se de tal valor, fazendo sua a quantia de € 150.000,00 que a Autora tinha em depósito, a prazo, que fora constituído como condição de emissão da garantia (contragarantia).

Podendo um contrato funcionar como instrumento da circulação de bens e serviços, pelo qual as partes programam os seus objetivos e interesses económicos, o cumprimento de um contrato com essas características surge como o principal efeito visado pelas partes com a sua celebração, pelo que é correto afirmar-se que a relação contratual só tem sentido *como fenómeno que tende ao seu cumprimento*, sendo este *o seu momento capital e decisivo, verdadeiro centro de gravidade da relação obrigacional* [8].

Quando uma prestação obrigacional é efetuada defeituosamente, designadamente quando o bem transmitido, por força de uma obrigação contratual, é defeituoso, por ser desconforme com as características convencionadas, o cumprimento do contrato revela-se imperfeito, importando à ordem jurídica reunir os mecanismos legais adequados a obter a perfeição da prestação prometida, de modo a lograr-se o objetivo programado – o cumprimento do contrato.

Nos casos em que a imperfeição reside na existência de um defeito na coisa cuja transmissão é o objeto do contrato, esses mecanismos devem visar primordialmente uma execução específica do contratado, obtendo-se, se possível, uma eliminação rápida e eficaz do defeito existente, de modo a que a coisa transmitida coincida com a coisa cuja transmissão se contratou.

Nestas situações, a possibilidade de ser exigida ao transmitente a eliminação dos defeitos satisfaz não só o interesse do adquirente em ver a prestação a que tem direito fielmente cumprida, mas também o interesse do transmitente em ser ele a ter a direção sobre a ação de eliminação, permitindo-lhe o controle dos seus custos, assim como evitar o agravamento dos prejuízos resultantes do defeito.

Daí que também aqui se possa ainda falar de um direito a obter o cumprimento por parte do devedor [9], embora “em segunda via”, para o qual já é necessária a colaboração do credor, traduzida na comunicação célere do defeito ao devedor e na permissão que este realize as ações necessárias à eliminação do defeito.

Por isso, mesmo numa relação de consumo em que é transmitida a propriedade de um bem para o consumidor, em que, como vimos, o adquirente do bem que se revela defeituoso pode exercer livremente qualquer um dos direitos que lhe são conferidos pelo artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, e pelo artigo 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, o artigo 5.º-A, n.º 1 e 2, do primeiro destes diplomas, exige que seja feita previamente a denúncia dos defeitos como condição para o exercício desses direitos, assim como a finalidade social e económica dos mesmos, os bons costumes e os ditames da boa-fé, se não existirem quaisquer razões que minimamente justifiquem outra opção [10], impõem que o adquirente, antes de ter a iniciativa de promover os trabalhos necessários à eliminação dos defeitos, os comunique ao alienante e lhe dê oportunidade de ser este a eliminá-los.

Ora, os Réus, desde logo, não procederam a uma prévia denúncia dos defeitos a que se reportam as obras por eles invocadas nas alíneas b), 1.^a parte, e), f) e g) acima mencionadas, para justificar o acionamento da garantia bancária, não podendo a carta datada de 13 de julho de 2010, enviada pela Autora aos Réus, pelo *timing* da sua emissão, ser considerada uma denúncia eficaz dos defeitos da moradia alienada, uma vez que ela foi remetida quando os Réus já haviam procedido à eliminação dos defeitos.

Além disso, não se revela existir qualquer causa justificativa para que os Réus não tenham dada à Autora a oportunidade para proceder à eliminação dos defeitos existentes na moradia alienada, designadamente a existência de uma situação de urgência. Qualquer das obras que os Réus alegam ter efetuado para colmatar defeitos da moradia era perfeitamente compatível com a sua comunicação à Autora e a permissão para esta proceder à sua realização, não se verificando uma situação de premência que justificasse o comportamento dos Réus.

Assim, a realização de qualquer das obras levada a cabo pelos Réus para suprir deficiências da moradia que adquiriram à Autora, sem que anteriormente a existência dessas deficiências lhe tivesse sido comunicada, dando-lhe oportunidade para as

eliminar, seguida do acionamento da garantia bancária que assegurava a boa e regular execução da obra de construção da moradia, contraria a finalidade económico-social do direito exercido e atenta contra os ditames da boa-fé, pelo que estamos perante um exercício abusivo de um direito, nos termos do artigo 334.º do Código Civil que determina a ilegitimidade do acionamento da garantia bancária pelos Réus. Por isso, bem andou a decisão recorrida em condená-los a pagar o valor que Autora se viu desapossada em consequência do acionamento da garantia, acrescido do custo desta pelo período entre 28 de abril de 2010 e 28 de julho de 2010. Nestes termos, o recurso deve ser julgado improcedente, confirmando-se a decisão recorrida.

*

Decisão

Pelo exposto, julga-se o recurso improcedente, confirmando-se a decisão recorrida.

*

Custas do recurso pelos Recorrentes.

*

Porto, 15 de Dezembro de 2016

João Cura Mariano
Maria José Simões
Augusto de Carvalho

[1] Adotando-se uma das nomenclaturas (a outra é a de “contratos geminados”) propostas por **Ludwig Enneccerus**, em *Recht der Schuldverhältnisse – Ein Lehrbuch*, na trad. espanhola de Blas Peres Gonzalez e José Alguer, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, 1.ª parte, pág. 10, 3.ª ed. da Bosch, a qual foi seguida em Portugal por autores como **Antunes Varela**, em *Das obrigações em geral*, vol. I, pág. 293, 9.ª ed., Almedina, **Almeida Costa**, em *Direito das obrigações*, pág. , 12.ª ed., Almedina, e **Francisco Brito Pereira Coelho**, em *Contratos complexos e complexos contratuais*, pág. 241-242, ed. de 2014, Coimbra Editora.

Galvão Telles, em *Manual dos contratos em geral*, pág. 470, 4.ª ed, Coimbra Editora, denominou esta modalidade de contratos mistos de “contratos múltiplos”.

[2] O contrato de permuta, troca ou escambo era um contrato legalmente típico regulado nos artigos 1592.º e seg. do Código Civil de 1867, não tendo sido selecionado para o elenco dos contratos tipificados no Código Civil de 1966, embora o seu homólogo comercial se mantenha previsto no artigo 480.º do Código Comercial, com remissão para as regras do contrato de compra e venda.

[3] *Vide*, qualificando estes contratos em que as partes, apesar de efetuarem uma troca de bens, incluem uma prestação em dinheiro, por aqueles bens não terem igual valor, como contratos mistos de venda e permuta, **Menezes Leitão**, em *Direito das obrigações*, vol. III, pág. 168, da 5.ª ed., Almedina, e **Carlos Ferreira de Almeida**, em *Contratos II*, pág. 133, ed. 2007, Almedina.

[4] Note-se que, relativamente ao defeito a que se reporta a obra de reparação referida na alínea e), o mesmo não é coincidente com aquele, cujas obras de eliminação foram previstas no acordo complementar e que apenas se resumiam a obras de correção da caixilharia e não à sua substituição.

[5] **CALVÃO DA SILVA**, em *Venda de bens de consumo*, pág. 107-108 e 110-112, da 4.ª ed., Almedina.

[6] Dispõe o art.º 3.º da Diretiva 1999/44/CE:

“ ...

3. *Em primeiro lugar, o consumidor pode exigir do vendedor a reparação ou a substituição do bem, em qualquer dos casos sem encargos, a menos que isso seja impossível ou desproporcionado.*

Presume-se que uma solução é desproporcionada se implicar para o vendedor custos, que, em comparação com a outra solução, não sejam razoáveis, tendo em conta:

- o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade;
- a importância da falta de conformidade;
- a possibilidade da solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor.

...

5. *O consumidor pode exigir uma redução adequada do preço, ou a rescisão do contrato:*

- se o consumidor não tiver direito a reparação, nem a substituição, ou
- se o vendedor não tiver encontrado uma solução num prazo razoável, ou
- se o vendedor não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor

6. *O consumidor não tem direito à rescisão do contrato se a falta de conformidade for*

insignificante”.

Estas regras de hierarquia no exercício dos direitos foram transpostas, com pequenas alterações, para o art.º 1519-quartier do C.C. Italiano, §§ 437, 439, 440 e 441, do BGB, na Alemanha, art.º 6 e 7, da Ley 23/2003, em Espanha, § 932 do ABGB, na Áustria, e art.º L. 211-9 e 211-10, do Code de la Consommation, em França.

[7] **Calvão da Silva**, ob. cit., pág. 113-114, **Menezes Leitão**, ob. cit., pág. 160, e em *Novo regime da venda de bens de consumo*, em “Estudos do Instituto de Direito do Consumo”, II vol., pág. 58, e **Jorge Morais de Carvalho**, em *Os contratos de consumo*, pág. 582-585, ed. de 2012, Almedina, e os seguintes Acórdãos:

- da Relação de Lisboa, de 31-5-2007, no site www.dgsi.pt, relatado por Granja da Fonseca.
 - da Relação de Coimbra, de 13-4-2010, no site www.dgsi.pt, relatado por Freitas Neto.
 - da Relação de Coimbra, de 6-12-2011, no site www.dgsi.pt, relatado por Sílvia Pires.
- [8] **Calvão da Silva**, em *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, pág. 69 e 70, separata do vol. XXX, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ed. de 1987.

[9] Sobre a existência de um direito do devedor a cumprir, cfr. **Fernando Cunha de Sá**, em *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*, ed. de 1997, Almedina.

[10] É no alargamento do leque destes razões que, neste ponto, os contratos de consumo permitem uma maior margem de manobra ao consumidor do que sucede nos contratos regulados pelo Código Civil.