

*Affonso Costa**7*I - RELATÓRIO

Entre «^R [REDACTED], SA», como dono da obra, e «^B [REDACTED], SA», e «^C [REDACTED], SA», como empreiteiros que vieram a constituir um agrupamento complementar de empresas (A.C.E.^A), foi celebrado, em 14/09/94, um contrato de empreitada para execução das Estruturas de Betão Armado - Caves, Centro Comercial e Núcleo das Torres, para o Centro [REDACTED].

Posteriormente foi outorgada uma convenção de arbitragem entre o dono da obra e o empreiteiro, cujo objecto do litígio era o da determinação do responsável pelo pagamento dos trabalhos de contenção dos taludes periféricos da obra e da colocação e compactação do material do aterro no tardo dos muros periféricos, que importaram em 245.741.100\$00.

Submetido o diferendo ao tribunal arbitral, este, que passou a funcionar no Supremo Tribunal de Justiça, ficou a ser constituído pelo conselheiro jubilado, Américo Fernando de Campos Costa, como árbitro-presidente, e pelos Engenheiros

M. Silva
Reis

José Antônio Reis Borges e José Silva Correia Marques, como árbitros-adjuntos.

Realizada a audiência das partes, na qual foi organizada uma especificação e questionário, que se junta antes da presente decisão, cumpre agora o presidente do tribunal decidir ao abrigo do nº 6 da cláusula 3ª da convenção de arbitragem, em virtude de os dois árbitros-adjuntos defenderem soluções radicalmente opostas e diferente também da tese do presidente do tribunal - como o revelam os respectivos votos, que se juntam a seguir à presente decisão.

II - FUNDAMENTOS

A. Os factos

Consideram-se admitidos por acordo os seguintes factos de interesse para a decisão da causa:

a) A A., doravante identificada por ACE, é adjudicatária da empreitada designada por Estruturas de Betão Armado - Caves, Centro Comercial e Núcleo das Torres, para o Centro ~~XXXXXXXXXXXX~~, por lhe ter sido adjudicada pela

3
SA
610
Pereira

^R
[REDACTED] SA, doravante
identificada por Dono da Obra;

b) Faz parte do contrato de empreitada (junto a pág. 325), o Mapa de Quantidades de Trabalhos e Preços Unitários (junto a págs. 331 a 384);

b2) A escavação prevista no mapa referido na alínea anterior destinava-se a preparar o terreno para receber as fundações do edifício do Centro [REDACTED];

c) O Dono da Obra entregou ao ACE os desenhos nºs CV-00-503-E; 508-A; 509-A; 510-B; 511-B; 512-C e 513-B (juntos a pág. 379), constantes da Lista de Peças Escritas e Desenhadas que constitui Anexo 7 ao contrato de empreitada (junto a págs. 394 a 401);

d) O Dono da Obra entregou ao ACE os Desenhos de Geotecnia, nºs 001; 002 e 003 (juntos a pág. 402);

e) Pouco tempo depois da assinatura do Auto de Consignação dos Trabalhos (junto a págs. 406 a 410) que, embora datado de 12 de Setembro de 1994, apenas foi assinado

Handwritten signature
Handwritten signature

em 16 de Setembro do mesmo ano - ou seja, dois dias depois da assinatura do Contrato de Empreitada -, o ACE solicitou à ~~XXXXXXXXXX~~^D que procedesse à análise da estabilidade dos taludes da Obra, conforme cópia do Fax nº 85/94, remetido em 20.10.94 (junto a págs. 411 e 412);

f) O ACE transmitiu ao Dono da Obra o Doc. nº 8 junto a págs. 413 a 415;

g) O dono da obra não forneceu ao ACE qualquer cálculo de estabilidade dos taludes;

h) A ~~XXXXXXXXXX~~^D emitiu em 25 de Outubro de 1994 as «Considerações Acerca da Estabilidade dos Taludes» (juntas a págs. 416 a 419);

i) Realizaram-se diversas reuniões com o Gestor do Projecto e da Construção, das quais veio a resultar a comunicação por este ao ACE, pelo seu Fax Refª CTM 0031 de 28 de Outubro de 1994 (que se junta como Doc. nº 10 a págs. 420 a 421);

Handwritten signature

j) Em cumprimento da solicitação do Gestor do Projecto e da Construção, o ACE apresentou em 11 de Novembro uma solução técnica para apreciação, como resulta da carta Ref^a 22/94 de 11 de Novembro de 1994, e respectivos anexos (que se junta como Doc. nº 11, a págs. 422 a 433);

l) O ACE recebeu do Gestor do Projecto e da Construção em 14 de Novembro de 1994 uma comunicação escrita com a ref^a CTM0043, cujo texto figura no Doc. nº 12 (junto a págs. 434 a 472);

m) Entre os documentos que acompanhavam a comunicação referida na alínea anterior incluía-se um conjunto de Especificações para Fundações de Estruturas Enterradas - Esp.91482/1.0, destinado a substituir outras com igual título que haviam sido fornecidas ao ACE e que constitui o Doc. nº 13 (junto a págs. 473 a 475);

n) Em resposta à comunicação referida na alínea j), em 16 de Novembro de 1994, o ACE recebeu a comunicação Ref^a CTM0047 do Gestor do Projecto e da Construção, que constitui o Doc. nº 14 (junto a págs. 476 e 477);

6
613
[Handwritten signature]

o) O Gestor do Projecto e da Construção ordenou ao ACE que iniciasse «de imediato a execução dos trabalhos de retenção dos taludes que entenderem convenientes» através da comunicação nº 0127 de 23 de Dezembro de 1994, que constitui o Doc. nº 15 (junto a págs. 478 e 479);

p) O ACE endereçou ao Gestor do Projecto e da Construção a carta nº 79/94 de 28 de Dezembro de 1994, que constitui o Doc. nº 16 (junto a págs. 480 a 482);

q) O ACE enviou ao Gestor do Projecto e da Construção a carta nº 139/95 de 1 de Fevereiro de 1995, que constitui o Doc. nº 17 (junto a págs. 483 a 486);

r) O Dono da Obra apresentou na Câmara Municipal de ~~XXXXXX~~, para aprovação, o requerimento que constitui o Doc. nº 18 (junto a págs. 487 a 503);

s) O projecto e demais elementos técnicos, quer patenteados a concurso, quer produzidos posteriormente, foram apresentadas pelo Dono da Obra;

Handwritten signature
Handwritten signature

t) Por acordo, as partes entendem que no Auto de Consignação dos Trabalhos (fls. 2-linha 12, junto a pág. 408) consta que o empreiteiro solicitou ao Dono da Obra o «9. Fornecimento do projecto de execução (deve ser fornecido um conjunto de reproduíveis e dois conjuntos em papel ozalid, devidamente carimbados, datados e assinados pelo gestor do projecto com BOM PARA EXECUÇÃO, bem como um índice completo com a mesma indicação»);

u) Por acordo, as partes entendem que no mesmo Auto de Consignação dos Trabalhos (fls. 3-linha 26, junto a págs. 409 e 410) consta que «Em relação ao ponto 9 o Dono da Obra informou o Empreiteiro da calendarização prevista para a entrega dos elementos solicitados, que será o seguinte:

- Piso - 3. incluindo fundações, reservatórios, caixas e muros de suporte - 14 de Setembro de 1994;
- Piso - 1 e Piso - 2 - em 20 de Setembro de 1994;
- Piso 0 - em 30 de Setembro de 1994».

v) O contrato de empreitada foi assinado no dia 14 de Setembro de 1994;

x) Do Mapa de Quantidades de Trabalhos e Preços Unitários - Anexo 8 do contrato de empreitada - que constitui o Doc. nº 2, junto a págs. 331 a 378 - não fazia parte dos trabalhos a executar pelo ACE a colocação de qualquer material em aterro a tardo dos muros periféricos do edifício;

z) Os elementos técnicos que foram fornecidos ao ACE, quer na fase de concurso, quer no início dos trabalhos, não continham explicitamente qualquer especificação técnica para a execução de aterros;

a1) As características técnicas de aterros apenas chegaram ao conhecimento do ACE em 14 de Novembro de 1994, data em que lhe foi remetida a comunicação do Gestor do Projecto e da Construção que acompanhava as «Especificações de Estruturas de Betão e, nestas, as que se referem a Escavações para Fundações de Estruturas Enterradas (Doc. nº 12 junto a págs. 434 a 472);

b1) O ACE recebeu do Gestor do Projecto a comunicação Refª CTM1192P de 11 de Agosto de 1995 (referida no Doc. nº 19 junto a págs. 504 a 507);

Apresentado

c1) O ACE apresentou a sua proposta para a execução de aterro, através da sua carta Ref^a 1035/95 de 28 de Agosto de 1995, que constitui o Doc. nº 20 (junto a págs. 508 e 509);

d1) O Dono da Obra, através do Gestor do Projecto e da Construção, transmitiu ao ACE a Ordem de Alteração nº 0310-007, que constitui o Doc. nº 22 (junto a págs. 512 e 513);

e1) A indicação do Gestor do Projecto e da Construção de que o material de aterro «terá de ser trabalhado para atingir uma compactação de 95% Proctor» corresponde a fixar característica da execução técnica do aterro Doc. nº 22 (junto a págs. 512 e 513);

f1) O Doc. nº 12 referida na alínea l) foi remetido ao ACE em 14.11.94;

g1) O dono da Obra lançou, em Março de 1994, um concurso para a Empreitada de Estruturas de Betão Armado das Caves, Centro Comercial e Núcleos das Torres do Centro ~~XXXXXX~~;

Handwritten signature and initials

h1) Em 12 de Agosto de 1994, o Dono da Obra adjudicou a referida empreitada ao Consórcio constituído pela ~~██████████~~^B SA (págs. 510 e 511) que mais tarde constituíram o Agrupamento de Empresas denominado ~~██████████~~^B/~~██████████~~^C - ACE;

i1) No Contrato de Empreitada, o Dono da Obra designou o Gestor do Projecto da Construção (também denominado Consórcio ~~██████████~~^E) para, na qualidade de seu representante, dirigir, administrar, planear e supervisionar a execução dos trabalhos;

j1) Nos termos do Contrato de Empreitada, mais concretamente nos documentos do processo de concurso, nas peças desenhadas do projecto e nas especificações técnicas, constitui tarefa do Empreiteiro, entre outras, a execução das paredes periféricas do edifício, que são parte integrante da respectiva estrutura;

l1) No Doc. nº 2 junto a págs. 273 a 278 - Carta do Empreiteiro para o Consórcio ~~██████████~~^E, datada de 5.12.94 - afirma-se o seguinte: «Ainda antes da recepção de todos os elementos que constituem o Projecto, iniciou o ACE todas as

Alfonso...

618

P...

tarefas que se mostravam necessárias ao arranque dos trabalhos, nomeadamente com a preparação do terreno de implantação da Obra para permitir a escavação de taludes, que constituía a primeira actividade do programa de trabalhos;

m1) O doc. 6 junto a pág. 286, denominado «Memorando nº 3», elaborado por um colaborador do empreiteiro para a comissão executiva do mesmo, em 15.11.94, foi entregue ao dono da obra;

n1) O Doc. 8 junto a págs. 290 a 296, datado de 19.12.94, e o Doc. nº 9 junto a pág. 297, datado de 23.12.94, foram enviados pelo Gestor do Projecto ao ACE;

o1) O Gestor do Projecto e da Construção enviou ao ACE o Doc. 11, junto a pág. 300, datado de 29.11.94;

p1) O Gestor do Projecto e da Construção adjudicou à ~~XXXXXXXXXXXX~~ a contenção dos taludes e enviou o Doc. nº 12, junto a págs. 301 e 302, em carta de 24.01.95;

q1) O Gestor do Projecto e da Construção enviou ao ACE o Doc. nº 13, junto a pág. 303, datado de 21.04.95;

Handwritten signature

619

Handwritten signature

r1) O ACE enviou ao Gestor do Projecto o Doc. nº 14, junto a págs. 304 e 305, datado de 24.04.95;

s1) O Gestor do Projecto e da Construção enviou o Doc. nº 15, junto a págs. 306 e 307, ao Dono da Obra, com a data de 19.01.96.

3. Da matéria constante do questionário, elaborado com a colaboração das partes, apenas se consideram provados os factos seguintes:

1º - Da interpretação dos Desenhos mencionados na alínea c) resulta que o projecto da Empreitada previa a execução de taludes periféricos;

12º - Na empreitada adjudicada ao ACE não estão integrados os trabalhos de regularização de espaços envolventes do edifício a construir;

15º - A absoluta necessidade de retenção de terras para construir as paredes periféricas era do conhecimento do empreiteiro;

M. P. S. S. S.
620
P. S.

22º - O Projecto de Estruturas referia uma solução exequível para a contenção das terras;

4. A fundamentação da matéria constante dos nºs 1º, 12º, 15º e 22º é a que se passa a mencionar.

1º - A análise dos desenhos revela, em si mesma, a necessidade de executar taludes periféricas.

12º - A resposta resulta de a matéria não estar prevista, quer nas peças desenhadas do projecto, quer no mapa de medições do projecto, quer nas especificações técnicas, quer no próprio contrato.

15º - A resposta deriva desde logo de a retenção das terras figurar nos elementos patenteados em concurso;

22º - A exequibilidade ficou demonstrada através dos documentos de págs. 416 a 419 e 279, elaborados pela ~~XXXXXXXXXX~~ e pela ~~XXXXXXXXXX~~.

5. Poderá estranhar-se que, apesar de redigidos 25 quesitos, só quatro deles tenham sido dados como provados.

Isto explica-se pela circunstância de a maioria dos quesitos implicar altos conhecimentos de engenharia civil, que o jurista desconhece, até porque, a despeito da isenção e da elevada craveira intelectual como engenheiros, quer dos árbitros-adjuntos, quer das próprias partes, as opiniões de uns e de outros sempre divergiram.

Pessoalmente, fiquei com a impressão de que as duas partes desde sempre estiveram convencidas da verdade proclamada por cada uma delas.

Seria estultícia pretender que um simples homem de leis fosse resolver com acerto questões de grande complexidade acerca das quais os próprios engenheiros estão em profundo desacordo.

B - O direito

6. Na emergência terá, porém, de ser o jurista a solucionar a dificuldade resultante de se ter cavado um grande fosso entre os técnicos de engenharia civil.

*Antunes**Pereira*

E tal dificuldade só poderá ser superada equacionando as duas questões de direito que de seguida se vão abordar.

a) O ônus da prova

7. Como adverte Antunes Varela (Manual de Proc. Civil, 2ª ed., pág. 147) acerca do ônus de prova,

«Se o juiz fica em dúvida sobre se determinado facto, por não saber se ele ocorreu ou não, o non liquet do julgador converte-se, na sequência da directiva traçada pelo nº 1 do art. 8º do Cód. Civil, num non liquet contra a parte a quem incumbe o ônus da prova do facto».

Nos presentes autos, ambas as partes tiveram a posição processual de autores, e, como assim, cada uma delas ofereceu a sua petição inicial; todavia, a posição processual das partes não releva para fins do ônus de prova.

O que importa é o princípio, firmado no art. 342º/1 do Cód. Civil, segundo o qual incumbe à parte que invoca um

direito em juízo a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

Nos autos a discussão vem posta nestes termos: perante o contrato de empreitada de 14.09.94, é ao dono da obra ou ao empreiteiro que cabe pagar a importância de 245.471\$.100\$ despendida com a execução dos trabalhos de contenção dos taludes periféricos e da colocação e compactação do material de aterro no tardo dos muros periféricos?

Interrogação que surge no contexto especial de tentar saber qual é a parte que verdadeiramente invoca os factos constitutivos de um direito cuja prova lhe incumba nos termos do art. 342º/1 do Cód. Civil.

A dúvida coloca-se porque, tendo surgido hesitações entre os dois outorgantes do contrato de empreitada sobre se o empreiteiro estaria obrigado contratualmente a efectuar determinados trabalhos, o dono da obra acabou por os confiar a um novo empreiteiro, pagando-lhe o respectivo preço, e aparecendo agora como credor a exigir ao inicial empreiteiro a quantia que liquidara àquele novo empreiteiro.

Perante este quadro, a «^R██████████» apresenta-se, assim, como credora perante o «ACE», a fim de lhe exigir a indemnização correspondente a uma obra que, no entender da «^R██████████», deveria ter sido executada pelo «ACE», no âmbito do contrato da empreitada de 14.09.94.

Nesta conformidade, é à «^R██████████» que incumbe o ónus de prova dos factos constitutivos do direito de crédito que alega.

Ora o direito a que a «^R██████████» se arroga deriva da outorga do contrato de empreitada de 14.09.94, cuja interpretação será objecto de capítulo ~~de~~ extinto.

B - Interpretação do contrato de empreitada de 14.09.94

9. Segundo o nº 1 do art. 236º do Cód. Civil,

«A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele».

Para além do contrato de empreitada em si com respectivos anexos, existem, ainda, documentos posteriores susceptíveis de lançar alguma luz acerca do verdadeiro alcance e âmbito do contrato de empreitada.

Sucede, no entanto, que o contrato, seus anexos e documentos ulteriores estão imbuídos de inúmeras afirmações que só os engenheiros civis os compreendem; mas eles, como já se disse, estão em completo desacordo acerca do real significado do conteúdo de tais documentos.

Não tendo, assim, o jurista elementos para captar o sentido das declarações negociais constantes do contrato de empreitada e dos documentos que interessam para a sua correcta interpretação, só existe o remédio de recorrer ao art. 237º do Cód. Civil, quando este dispõe:

«Em caso de dúbida, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações».

Handwritten signature
626
Handwritten signature

Estando-se perante um negócio oneroso e na dúvida sobre quem impende, no âmbito do contrato de empreitada, a execução de uma tarefa, parece de elementar justiça que ambos os outorgantes suportem, em partes iguais, o pagamento da tarefa.

É, realmente, a solução que conduz ao maior equilíbrio das prestações.

Aliás, regime análogo figura no art. 506º/2 do Cód. Civil na hipótese de, na colisão entre veículos, não se apurar o grau de responsabilidade de cada condutor. Com efeito, o nº 2 do dito art. 506º determina:

«Em caso de dúvida, considera-se igual a medida da contribuição de cada um dos veículos para os danos, bem como a contribuição da culpa de cada um dos condutores».

De resto, a propósito de um contrato de exportação de cerveja para o Irão, inesperadamente atingido pela revolução islâmica, iniciada em 1979, uma recente decisão do Tribunal Federal Alemão, perante a dúvida acerca da repartição

A. Santos
627
Ruiz

dos danos dos dois intervenientes, abraçou a solução salomónica de dividir os danos pelas duas partes, meio por meio.

Anuindo ao decidido, Menezes Cordeiro (Da alteração das circunstâncias, pág. 82) não teve o mínimo escrúpulo ao confessar:

«Privada de quaisquer outras possibilidades de enquadramento, a Ciência do Direito deixa transparecer os seus valores mais profundos, sem mediações. Assim, numa situação pluri-subjectiva danosa, a saída mais natural residirá numa divisão, pelo meio, do prejuízo: impõe-se a regra da igualdade, reduzida a mera expressão matemática, quando nada permita a diferenciações. Repare-se que a lógica da divisão igualitária do dano assenta na ideia prévia de uma igual repartição do risco».

III - DECISÃO

Pires

10. O presidente do tribunal arbitral, face ao disposto na parte final do nº 6 da cláusula 3ª da convenção de arbitragem, decide que a responsabilidade pelo pagamento da contenção dos taludes periféricos e da colocação e compactação do material de aterro no tardo dos muros periféricos, é atribuída, em partes iguais, à «^k██████████», como dono da obra, e ao «ACE», como empreiteiro.

Nessa conformidade, a «^k██████████» é responsável pela importância de 122.870.550\$00, sendo a responsabilidade do «ACE» de igual montante.

~~Logo, como a «Colombo» já efectuou o pagamento total de 245.741.100\$00, caberá ao «ACE» entregar a «Colombo» a quantia de 122.870.550\$00.~~

Vão ambas as partes condenadas, em partes iguais, nos honorários e encargos administrativos.

Notifique a presente decisão e, oportunamente, proceda ao depósito na secretaria-geral do Tribunal Judicial de Lisboa e à respectiva notificação nos termos do art. 24º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto.

Lisboa, 22/07/96

Américo de Faria
Eliminei três linhas
A Faria