

CRÍTICA DE JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
DE 3 DE NOVEMBRO DE 1983 *

Empreitada. Produção de Filmes. Resolução do Contrato.
Direitos do Autor

SUMÁRIO: I — O contrato de empreitada pode ter por objecto uma obra eminentemente intelectual ou artística, nomeadamente, a produção de filmes para uma empresa de televisão, que se obrigou a pagar certa quantia, em prestações, fornecendo ainda as películas de imagem e som, além de meios e serviços clausulados no contrato. II — A cláusula contratual, pela qual a empresa de televisão se obrigou ao pagamento de uma multa por cada dia de atraso no pagamento das prestações, tem a finalidade de compulsão do cumprimento pontual do contrato, que não a de fixação de indemnização, nos termos do artigo 810º, nº 1, do Código Civil. Se o dono da obra desistiu da empreitada, no uso da faculdade conferida no artigo 1229º do Código Civil, a sociedade empreiteira apenas poderá exigir as multas devidas pelos atrasos verificados antes dessa desistência, porquanto deixou de existir a finalidade da pena convencional. III — A desistência da empreitada não prejudica o que se haja estabelecido no contrato, quanto ao incumprimento negocial.

I

Na comarca de Lisboa, em acção ordinária, A..., com sede em Lisboa, na Rua..., demandou B..., com sede em Lisboa, na Rua..., pedindo que esta seja condenada a pagar-lhe o valor de prestações em falta, referentes aos meses de Abril, Maio, Junho, Julho, Outubro e Novembro de 1979 e Fevereiro de 1980, no valor total de 6 160 000\$00, e o valor das multas devidas por cláusula

* Boletim do Ministério da Justiça nº 331, p. 489 e segs.

penal contratualmente prevista, já vencidas — no montante de 21 057 000\$00 — e ainda as que se vencerem a partir de 10 de Abril de 1980 até efectivo pagamento.

Fundamentos:

Em 1 de Março de 1979, a demandante e a demandada celebraram um contrato, segundo o qual aquela, a demandante, se obrigou a produzir uma série de 12 programas de televisão, pelos quais a demandada pagaria o preço de 7 200 000\$00, quantia esta que, face à cláusula 6.^a do contrato, seria paga em nove prestações, com vencimentos entre os dias 1 e 8 de cada mês, nos seguintes prazos: Fevereiro de 1979 — 720 000\$00; Março de 1979 — 320 000\$00; Abril de 1979 — 2 000 000\$00; Maio de 1979 — 1 500 000\$00; Junho de 1979 — 1 080 000\$00; Julho de 1979 — 500 000\$00; Outubro de 1979 — 720 000\$00; Novembro de 1979 — 260 000\$00, e Fevereiro de 1980 — 100 000\$00.

A demandante comprometeu-se a entregar à demandada a série de programas que se obrigava a produzir nestes prazos: os seis primeiros, até 30 de Setembro de 1979 e os seis restantes, até 30 de Dezembro de 1979.

A demandada, porém, não cumpriu o estabelecido na mencionada 6.^a cláusula contratual. As duas primeiras prestações, pagáveis até 9 de Março de 1979 só foram liquidadas em 20 de Agosto de 1979, e as restantes prestações, referentes aos meses de Abril, Maio, Junho, Julho, Outubro e Novembro de 1979 e Fevereiro de 1980 não foram ainda pagas.

O incumprimento das obrigações contratuais é da exclusiva responsabilidade da demandada, porquanto a demandante sempre se declarou disposta a cumprir o contrato.

Acresce que o n.º 2, da 8.^a cláusula contratual prevê que, por cada dia de atraso, a demandada suportará a multa de 1% do valor do pagamento ou dos meios, bens e serviços em falta, sendo o prazo de entrega do programa dilatado na medida desse atraso. A despeito da insistência da demandante, a demandada não deu cumprimento ao negócio jurídico.

Em sua defesa, aduz a demandada:

A demandante não cumpriu uma só das obrigações que assumiu no contrato em causa.

Segundo o n.º 1, da cláusula 2.^a, a demandante deveria apresentar os guiões dos filmes, que constituíam os programas, no prazo de oito dias, para aprovação da demandada. Ora, dos 12

programas filmados, a demandante nunca apresentou um só guião para aprovação pela demandada. E porque ela não cumpriu a obrigação negocial no prazo estipulado, a demandada, à luz do prescrito no art. 428.º do Código Civil, pôde invocar a excepção de *inadimplemento* por banda da demandante e recusar as suas prestações, vencidas no mesmo prazo, enquanto esta não satisfizesse a sua prestação dos guiões dos filmes.

Para a procedência da excepção, é irrelevante o facto de as duas prestações iniciais do preço terem vindo a ser pagas em 20 de Agosto de 1979. As entregas do numerário em 20 de Agosto de 1979 situaram-se no quadro de diligências empreendidas por ambas as partes na tentativa de, por via conciliatória, superarem o impasse criado na execução do contrato pelo incumprimento por parte da demandante, procurando estabelecer um novo contrato em substituição do anterior.

O preço a pagar pela demandada não era de 7 200 000\$00, mas de 6 400 000\$00, porquanto no preço estava incluída a quantia de 800 000\$00, destinada ao pagamento de direitos de autor, representado pela Sociedade Portuguesa de Autores, à qual a demandada pagaria directamente essa quantia.

Na carta de 10 de Outubro de 1979, a demandada dava conhecimento à demandante da impossibilidade de manter o contrato anterior, continuando, porém, receptiva a negociar um novo contrato.

É errónea a interpretação que a demandante faz da cláusula 8.ª, de n.ºs 2 e 3, do contrato. A multa de 1%, por dia, deve entender-se como referida ao período máximo de trinta dias de atraso. A corroborar tal entendimento está o n.º 4 da mesma cláusula, que permite à demandada a denúncia do contrato, se o atraso do produtor, a demandante, atingisse 30 dias.

A intenção real dos estipulantes da cláusula penal de 1% era tão-só penalizar um atraso que não excedesse os 30 dias e que, mesmo assim, já representaria 30% do valor da prestação em atraso, ou do programa, conforme os casos.

Admitir que a multa de 1% se aplicaria para além dos 30 dias, é consentir uma cláusula penal que representa um juro de 360% ao ano de penalização do atraso das prestações ou da entrega dos programas, pelo que, como se pede, a cláusula penal deve ser reduzida, nos termos do art. 812.º, n.º 1, do Código Civil, por ser manifestamente excessiva.

É “astronómico” o montante das verbas pedidas pela demandante, sem justificação moral ou jurídica. Admitindo que a demandada devesse indemnizar a demandante, o valor obtido pela aplicação da multa de 1%, por dia, excederia de modo incomensurável o fim económico e social do eventual direito da mesma demandante, revelando manifesta má-fé contratual e constituindo um abuso de direito, face ao art. 334.º do Código Civil.

Deverá, portanto, considerar-se procedente a excepção de incumprimento contratual, com a conseqüente absolvição da instância. Se assim se não entender, será reduzido a 6 400 000\$00 o valor do preço de produção que a demandada teria de pagar à demandante; reduzir-se-á o montante de cláusula penal, nos termos do art. 812.º, n.º 1, do Código Civil, e declarar-se que houve abuso de direito, segundo o art. 334.º do dito Código, no tocante ao pedido de pagamento das quantias referentes a prestações e multa, por excesso manifesto do seu fim social e económico e dos limites da boa-fé.

No despacho saneador, com as limitações nele contempladas, julgou-se a demanda procedente, condenando-se a demandada ao pagamento de 6 160 000\$00, de prestações, acrescidas de juros que serão contados à taxa de 5%, entre 10 de Outubro de 1979 e 5 de Agosto de 1980, e à taxa de 15%, a partir desta data, e ao pagamento de 9 554 200\$00, de multas por atraso na liquidação das prestações estipuladas, acrescidas de juros à taxa de 5% entre 10 de Outubro de 1979 e 5 de Agosto de 1980, e à taxa de 15%, daí por diante. Deste despacho-sentença apelaram ambas as partes.

A Relação negou provimento ao recurso da demandante e concedeu provimento ao da demandada; julgou, parcialmente, procedente a acção e condenou a demandada a pagar à demandante a indemnização que se liquidar em execução de sentença, pela desistência da obra em causa, nos termos do art. 1.229.º do Código Civil.

Do acórdão da Relação recorreu, em revista, a demandante A..., alegando, em síntese:

O contrato celebrado entre a B... e a A... não é um contrato de empreitada, porquanto não tem por fim a obtenção de um resultado material, mas uma obra intelectual, uma criação

artística. É, sim, um contrato inominado, que recai obrigatoriamente sob a alçada da regulamentação jurídica dos direitos de autor, pelo que a B... não goza do direito de desistir livremente dos programas encomendados, ao abrigo do disposto no art. 1.229.º do Código Civil, o qual tem carácter excepcional, insusceptível de aplicação analógica, e natureza supletiva, podendo ser afastado por convenção das partes, face ao art. 405.º do Código Civil.

Está definitivamente assente que a B... não cumpriu o contrato celebrado com a A... Deve ser condenada a pagar-lhe as multas previstas na cláusula 8.ª, n.º 2, do contrato, até efectivo cumprimento. Faltou culposamente ao cumprimento. A existência ou não de um eventual direito à indemnização por motivo de suposta desistência da empreitada não pode “sanar” a situação de mora existente, em que se encontra a B..., situação de facto definitivamente decidida, e que tem a consequência jurídica da aplicação das multas contratualmente estipuladas.

A indemnização por motivo de desistência respeita ao futuro, nada tem a ver com o cumprimento ou falta de cumprimento, até essa altura, das obrigações que cabem ao dono da obra. É incompreensível e ilegal que a situação de mora de um devedor possa ser por ele próprio “apagada” ou “sanada”, a não ser através do pagamento da respectiva indemnização.

Acresce que se verifica a impossibilidade de se proceder à redução da cláusula penal, dado que dos autos não constam quaisquer factos que permitam concluir que ela é excessiva. A multa, em si mesma, não é grande nem pequena, visto que o que está em causa é o montante global, que, afinal, depende exclusivamente do cumprimento por parte da B...

O acórdão recorrido violou os arts. 1.º, 2.º, 4.º, n.º 1, 7.º, n.ºs 1 e 2, 8.º, n.ºs 1 e 3, 13.º, n.º 4, 17.º e 57.º, n.º 1, do Código do Direito do Autor — Decreto-Lei n.º 46.980, de 27 de Abril de 1966 — e arts. 1.207.º, 1.229.º, 405.º, 438.º, 432.º, 807.º, 808.º, 406.º, 798.º, 564.º e 810.º do Código Civil, pelo que deve ser revogado, condenando-se a demandada no pedido formulado pela demandante.

Sustenta a recorrida que o aresto impugnado fez correcta interpretação dos factos e criteriosa aplicação da lei, razão por que deve ser mantido.

Cumpre decidir.

Factos a observar na revista

Teve a 2.^a Instância como assente:

A B... e a A..., celebraram, por escrito, em 1 de Março de 1979, um contrato, do qual consta o seguinte:

O contrato tem por objecto produção e realização de uma série de doze programas de televisão, subordinados ao título genérico "...", composta por quatro grupos de três programas, sendo cada um dos autores escolhidos (CAMILO CASTELO BRANCO, JOÃO DE ARAÚJO CORREIA, AQUILINO RIBEIRO e TEIXEIRA GOMES), constituído por uma introdução a cada um desses autores e duas das suas histórias, uma cômica e outra dramática. Cada programa terá uma duração entre 40 e 50 minutos.

O Produtor obriga-se a produzir os episódios com as características indicadas na cláusula 1.^a, adoptando um estilo de narrativa que, sem transigir com a qualidade técnica e estética, possa ser comunicativa e corresponder cabalmente às características do público a que se destina e de acordo com os guiões que o Produtor submeterá à aprovação da B... antes do início das filmagens, as quais não se poderão iniciar sem essa aprovação, que deverá ter lugar no prazo de oito dias.

A B... fornecerá ao Produtor para execução do programa os meios, bens e serviços indicados na cláusula 11.^a, nas quantidades aí mencionadas e procurará assegurar as credenciais que venham a ser necessárias para as filmagens do programa.

A B... pagará ao Produtor, como preço da produção dos doze programas, a quantia de 7 200 000\$00, que inclui a verba de 800 000\$00 para pagamento de direitos de autor (realização, autoria literária, adaptação e diálogos e autoria musical).

A série de programas objecto do contrato deverá ser entregue no serviço de programas da B... nos adiante indicados:

- a) Os primeiros programas até 30 de Setembro de 1979;
- b) Os seis restantes programas até 30 de Dezembro de 1979.

O pagamento do preço estipulado no n.º 1, da cláusula 4.^a, será feito em nove prestações nos seguintes prazos:

- a) Fevereiro de 1979 — 720 000\$00;
- b) Março de 1979 — 320 000\$00;

- c) Abril de 1979 — 2 000 000\$00;
- d) Maio de 1979 — 1 500 000\$00;
- e) Junho de 1979 — 1 080 000\$00;
- f) Julho de 1979 — 500 000\$00;
- g) Outubro de 1979 — 720 000\$00;
- h) Novembro de 1979 — 260 000\$00;
- i) Fevereiro de 1980 — 100 000\$00.

Os pagamentos referidos no n.º 1, da cláusula 6.ª, terão lugar entre os dias 1 e 8 de cada mês, excepto o (1.º) primeiro que será feito oito dias após a assinatura do contrato.

Os direitos autorais relativos a obras incluídas nos programas e referentes à primeira transmissão dos mesmos de que sejam titulares representados pela Sociedade Portuguesa de Autores serão pagos directamente a esta pela B... e descontados nas entregas previstas nos n.ºs 1 e 2, da cláusula 6.ª, devendo o Produtor fornecer as informações para tanto necessárias.

A retribuição dos direitos de autor da 1.ª transmissão na B... será deduzida nas prestações referidas nas alíneas g), h) e i) do n.º 1, da cláusula 6.ª.

Se algum programa não obedecer às características contratuais estabelecidas, a B... poderá denunciar este contrato quanto a esse programa e ainda quanto aos restantes, se a falta do programa em causa afectar a unidade ou continuidade temática da série de programas.

Se a B... se atrasar em algum pagamento ou no fornecimento dos meios, bens ou serviços a que se obriga, o prazo de entrega do programa será dilatado na medida desse atraso, suportando a B..., por cada dia de atraso, uma multa de 1% do valor do pagamento ou dos meios, bens ou serviços em falta.

Se algum dos programas não for entregue no prazo convenionado ou dilatado nos termos do n.º 2, da cláusula 8.ª, o Produtor pagará à B..., por cada dia de atraso, 1% da retribuição correspondente a esse programa, estipulado no n.º 1, da cláusula 4.ª.

Se o atraso do Produtor atingir trinta dias, a B... poderá denunciar o contrato quanto ao programa em falta e quanto aos restantes.

No caso de rescisão do contrato o Produtor fica obrigado a entregar à B... todas as importâncias que tiver recebido como retribuição dos programas anulados, bem como o valor dos materiais e serviços recebidos para os mesmos, aos preços vigentes na B...

O fornecimento das películas de imagens e sons será feito em duas prestações iguais, sendo a primeira oito dias após a aprovação dos guiões pela B... e a segunda um mês após o início das filmagens.

A demandada B... só veio a pagar à demandante, a A... as duas primeiras prestações do preço (que deveriam ter sido pagas em 9 de Março de 1979), em 20 de Agosto de 1979; e as restantes prestações nunca a demandada as satisfez.

Em 10 de Outubro de 1979, a B... remeteu à A... a carta de fls. 48, na qual se diz:

"1. Confirmando os nossos anteriores contactos sobre o assunto em epígrafe "...", vimos esclarecer não ser à B... possível manter o contrato de 1.º de Março de 1979.

2. Contando com a boa compreensão de V. Ex.^{as} vimos salientar a disposição em que a B... se encontra de celebrar novo contrato em substituição daquele, em termos e condições a discutir com os signatários, de forma a ultrapassar os bloqueamentos havidos".

III

A) Existência de empreitada ou de contrato inominado

A B..., as instâncias e o Prof. Ferrer Correia, no parecer de fls. 284 e segs., sustentam que se trata, no caso "sub judice", de um contrato de empreitada; com entendimento contrário a A... e o Prof. Antunes Varela, no parecer de fls. 217 e segs., opinam que estamos em presença de um contrato inominado. Ambas as teses alinham argumentos de relevo, como se vê dos pareceres largamente fundamentados.

No acordo celebrado entre a B... e a A..., com a epígrafe "Contrato", não se qualificou o contrato, e nos articulados da demanda dos pleiteantes não avançaram qualquer qualificação, falando a demandante de incumprimento da cláusula 6.^a, do contrato, de não-cumprimento das obrigações contratuais, e refe-

rindo os arts. 798.º, 810.º, n.º 1, e 817.º do Código Civil, e a demandada, referindo-se ao inadimplemento contratual pela demandante, à excepção de incumprimento, à redução da cláusula prevista no n.º 8, do contrato e ao abuso do direito, e indicando os arts. 428.º, 812.º, n.º 1, e 334.º do Código Civil.

Temos, desta guisa, que os contraentes não concorreram, *expressis verbis*, para a classificação do contrato que levaram a efeito.

As instâncias, face ao conteúdo do contrato e ao prescrito no art. 1.207.º do Código Civil, decidiram que se trata de um contrato de empreitada.

Vejamos se, com efeito, o contrato deve ser qualificado de empreitada, regulado nos arts. 1.207.º e segs., ou se estamos em presença de um contrato inominado, devendo atender-se ao que se prescreve no Código de Direito do Autor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46.980, de 27 de Abril de 1966.

Dúvidas não se levantam sobre a actuação intelectual ou criação de espírito, aliada à criação estética e artística, desenvolvidas pela A... na produção e realização de uma série de doze programas de televisão, para a B..., e que são obras intelectuais, nos termos dos arts. 2.º, alínea f), e 15.º do citado Decreto-Lei n.º 46.980, as obras cinematográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da cinematografia e ainda, as obras radiofónicas ou radiovisuais.

Mas, se larga foi a actividade intelectual que a A... teve de desenvolver na criação ou produção, algo existe também de carácter material, dado que os programas tinham de organizar-se em filmes, fitas magnéticas e outros materiais, de modo a tornar-se possível a projecção televisiva. Daí o haver-se estipulado, na cláusula 3.ª, n.º 1, do contrato:

“A B... fornecerá ao Produtor para a execução do programa, os meios, bens e serviços indicados na cláusula 11.ª, nas quantidades aí mencionadas e procurará assegurar as credenciais que venham a ser necessárias para as filmagens do programa”; o convencionar-se na cláusula 11.ª, n.º 3: “O fornecimento das películas de imagem e som será feito em duas prestações iguais, sendo a primeira oito dias após a aprovação dos guiões pela B... e a segunda um mês após o início das filmagens”, e o acordar-se no n.º 2, da mesma cláusula 11.ª: “As bobinas de fita de arrasto

e os negativos de imagem, que ficam propriedade da B... serão devolvidos, após a conclusão dos programas.”

Esse *quid* de índole material será suficiente para integrar a “obra”, a que alude o art. 1.207.º do Código Civil? Constituirá um suficiente resultado material? Da análise do art. 1.207.º e segs. do Código Civil em vigor, nomeadamente dos arts. 1.209.º, n.º 2, 1.212.º, n.ºs 1 e 2, e 1.228.º, n.º 1, vê-se que na obra, objecto da empreitada, deve existir uma coisa, algo de corpóreo, portanto. O mesmo se inferia do art. 1.396.º e segs. do Código Civil de 1867, e se depreende do art. 1.237.º e segs. do Código Civil Brasileiro, do art. 1.789.º e segs. do Código Civil Francês, e do art. 631.º do Código Civil Alemão.

A corporização, consistente nos filmes, fitas e outros meios materiais, deve ser tida como “coisa”, visto que coisa, segundo o art. 202.º, n.º 1, do Código Civil, é “tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas”. Logo, deparamos com a obra, que o art. 1.207.º prescreve.

Se bem que a componente do engenho ou trabalho mental seja mais intenso no caso em apreço no recurso, do que em muitas outras hipóteses de empreitada, a componente material, a corporização nos filmes, da gravação de imagens e som em filmes ou fitas, deve ser suficiente para a integração do conceito de obra, imposta no referenciado art. 1.207.º. De resto, o art. 8.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 46.980, preceitua:

“Não exclui o direito de criador o facto de ela ser feita por encomenda ou por conta alheia, ou mesmo no cumprimento de um dever funcional, ou de um contrato de trabalho.”

Admite, pois, a encomenda, que deve ser tida como empreitada.

Em suma: trata-se de um contrato de empreitada, e não de um contrato inominado.

B) Desistência do contrato

O acórdão recorrido qualificou de “desistência de empreitada”, prevista no art. 1.229.º do Código Civil, a declaração contida na carta de 10 de Outubro de 1979, quer se entenda que a declaração consubstancia uma desistência, segundo o art. 1.229.º do Código Civil, na esteira do art. 1.402.º do Código Civil de Seabra, e à semelhança do art. 1.671.º do Código Civil Italiano, quer uma denúncia, no texto dos arts. 700.º do Código Civil

Grego e 649.º do Código Civil Alemão, quer ainda uma rescisão, na redação dos arts. 1.794.º do Código Civil Francês, 1.247.º do Código Civil Brasileiro e 377.º do Código Civil Suíço, uma coisa é certa: houve um rompimento ou destruição do contrato por parte da B...

C) Incumprimento do contrato

A A... fundando-se no incumprimento do contrato de 1 de Março de 1979, no que se estipulou nas cláusulas 6.ª e 8.ª, pediu que a B... fosse condenada a pagar-lhe as prestações em falta, referentes aos meses de Abril, Maio, Junho, Julho, Outubro e Novembro de 1979 e Fevereiro de 1980, o valor das multas devidas nos termos da cláusula 8.ª, no montante de 21 057 000\$00, até 10 de abril de 1980 e o valor das multas que se vencerem a partir daquela data e até efectivo pagamento.

Na réplica não houve alteração do pedido e da causa de pedir. A instância manteve-se, portanto, à luz do art. 268.º do Código de Processo Civil. E, como observa o Prof. ALBERTO DOS REIS, no *Código de Processo Anotado*, 3.ª ed., vol. III, p. 353, “não basta que haja coincidência ou identidade entre o *pedido* e o *juízo*; é necessário, além disso, que haja identidade entre a causa de pedir (*causa petendi*) e a causa de julgar (*causa judicandi*)”.

Ora, com a causa de pedir e com o pedido, como se acham invocados pela demandante, e tendo presente o que se preceitua nos arts. 498.º, n.º 4, e 661.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, se tem de contar. A demandante não invocou, como causa de pedir, a desistência, nem formulou o seu pedido, tendo em vista o que se preceitua no art. 1.229.º do Código Civil, coisa assaz diversa do que resultado articulado inicial, nem poderia invocar a *causa petendi* e o pedido, a partir do acto jurídico da desistência prevenida no dito art. 1.229.º, uma vez que não se referia, no contrato, à qualificação de empreitada, nem se indicava qualquer preceito legal do seu regime jurídico.

D) Repercussão da desistência no incumprimento

Do exame do art. 1.229.º do Código Civil infere-se que a desistência actua para o futuro. O mesmo se depreende do que escreveram o Prof. VAZ SERRA, na *Empreitada*, ps. 278 e 279, e os

Prof. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no *Código Civil Anotado*, vol. II, p. 585. Assim sendo, o rompimento do contrato, mediante a desistência, à luz do art. 1.229.º, não tendo eficácia retroactiva, não actua sobre o que, no uso da liberdade contratual prevista no art. 405.º, n.º 1, do Código Civil, dentro dos limites da lei, se haja clausulado sobre incumprimento contratual.

No contrato de empreitada verifica-se que, além do poder de se convencionar o que se tiver por conveniente, nos limites da lei, designadamente a denúncia ou resolução, reconhece-se ao dono da obra a faculdade de pôr-lhe termo, quando não convenha a realização do negócio jurídico ou a sua continuação, se já houve alguma execução.

O art. 1.229.º, não interdita que os estipulantes se socorram dos arts. 405.º, n.º 1, e 406.º, n.º 1, do Código Civil, se algo convencionarem sobre o incumprimento das obrigações assumidas no acordo de empreitada. E, se se tiver estipulado determinado procedimento, no conteúdo do contrato de empreitada, para hipótese de inadimplemento das obrigações assumidas, não parece curial que se esqueça o convencionado, para dar prevalência à desistência, nem que se cumulem pretensões com base no clausulado e no acto de desistência.

A dar-se prevalência ao acto de desistência, com as consequências jurídicas contempladas no art. 1.229.º, ficaria frustrado o anteriormente estipulado, as infracções cometidas no decurso da empreitada já realizada em parte, com prejuízo do lesado por tais infracções contratuais, quando o lesado não fosse o dono da obra.

E) Obrigação de pagamento das prestações

A 2.ª instância considerou assente que a B... não pagou as prestações dos meses de Abril, Maio, Junho, Julho, Outubro e Novembro de 1979 e de Fevereiro de 1980, só tendo pago as prestações de Fevereiro e Março de 1979. Em 10 de Outubro de 1979, a B... em carta dirigida à A..., desistia do contrato. As prestações de Fevereiro e Março de 1979 foram pagas em 20 de Agosto de 1979. Na 1.ª instância considerou-se culposa a actuação da B..., pelo que se deve observar o estatuído nos arts. 406.º, n.º 1, 798.º e 799.º, n.º 1, do Código Civil. A Relação, dando prevalência ao contido no art. 1.229.º do Código Civil, ao acto

de desistência, limitou-se ao proferimento de condenação em indemnização a liquidar em execução de sentença.

Segundo a cláusula 6.^a do contrato, os pagamentos das prestações teriam lugar entre os dias 1 e 8 de cada mês, excepto o primeiro que seria oito dias, após a assinatura do contrato.

Ora, se as duas primeiras prestações, de Fevereiro e Março de 1979 — só foram pagas em 20 de Agosto de 1979, quando deveriam ter sido liquidadas em 2 de Março de 1979, e se as restantes nunca foram satisfeitas, temos que a B... não cumpriu o estipulado na mencionada cláusula 6.^a, inobservando o art. 406.º, n.º 1, do Código Civil, e há que atender ao que se prescreve nos arts. 799.º, n.º 1, e 798.º do mesmo Código.

A B... tem obrigação de pagar as prestações referentes aos meses de Abril, Maio, Junho, Julho, Outubro e Novembro de 1979 e de Fevereiro de 1980, no total de 6 160 000\$00, que corresponde ao que a demandante pede na alínea a) do art. 13.º do articulado inicial, sem alteração na réplica.

F) Obrigação de pagamento das multas

É do seguinte teor a cláusula 8.^a:

“1. Se algum programa não obedecer às características contratuais estabelecidas, a B... poderá denunciar este contrato quanto a esse programa e ainda quanto aos restantes, se a falta do programa em causa afectar a unidade ou continuidade temática da série de programas.

2. Se a B... se atrasar em algum pagamento ou fornecimento de meios, bens ou serviços a que se obriga, o prazo de entrega do programa será dilatado na medida desse atraso, suportando a B..., por cada dia de atraso, uma multa de 1% do valor do pagamento ou dos meios, bens ou serviços em falta.

3. Se algum dos programas não for entregue no prazo convencional ou dilatado nos termos do número anterior, o Produtor pagará à B..., por cada dia de atraso, 1% da retribuição correspondente a esse programa, estipulada no n.º 1 da cláusula 4.^a.

4. Se o atraso imputável ao Produtor atingir 30 (trinta) dias, a B... poderá denunciar o contrato quanto ao programa em falta e quanto aos restantes.

5. Nos casos de rescisão do contrato o Produtor fica obrigado a entregar à B... todas as importâncias que tiver recebido como retribuição dos programas anulados, bem como o valor

dos materiais e serviços recebidos para os mesmos, aos preços vigentes na B...”.

E nas alíneas b) e c) do art. 13.º da petição inicial, sem alteração na réplica, pede-se a condenação da B... no pagamento das multas, por virtude do estipulado na transcrita cláusula 8.ª, n.º 2.

A sanção da multa, pelo atraso no pagamento das prestações, prevenida na cláusula 8.ª, n.º 2, deve considerar-se com natureza ou função compulsória ou com natureza ou função de antecipação de indemnização?

Afigura-se-nos, pela análise da mencionada cláusula, que os contraentes, ao consignarem a sanção da multa, tiveram em mira a função compulsória, que não a fixação do montante da indemnização exigível, pelo atraso ou retardamento na liquidação ou pagamento, nos termos do art. 810.º, n.º 1, do Código Civil. Não se encontra o Supremo Tribunal de Justiça impedido de determinar o sentido dos contratantes, porquanto pode fazê-lo, desde que tenha aplicação o contido no art. 236.º, n.º 1, do Código Civil, com tal hipótese versar-se-á um aspecto de direito, conforme se tem entendido na jurisprudência e na doutrina, segundo a opinião do Prof. VAZ SERRA, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 103.º, p. 286, e ano 106.º, p. 168, e o critério adoptado nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Julho de 1982, no *Boletim*, n.º 319, p. 310, de 30 de Maio de 1978, no *Boletim* n.º 277, p. 232, de 14 de Outubro de 1976, e no *Boletim*, n.º 260, p. 104. E não se mostra que a declaratória A... conhecesse a vontade real da declarante B..., à luz do art. 236.º, n.º 2, porque então, estaríamos em presença de matéria de facto, no pensamento do Prof. VAZ SERRA, ao escrever na citada Revista, a p. 286:

“Parece que também no nosso direito a interpretação das declarações de vontade, a fazer nos termos do art. 236.º, n.º 1, do Código Civil, é uma questão de direito, pois não se trata de determinar o que o declarante de facto quis, mas qual o sentido que juridicamente deve ser atribuído à declaração; é, pelo contrário, questão de facto a de saber se o declaratório conhecia a vontade real do declarante e qual foi esta vontade (arts. 236.º, n.º 2).”

No n.º 3 da cláusula 8.ª estipulou-se que, se algum dos programas não fosse entregue no prazo convencionado ou dilatado

nos termos do n.º 2, a A... pagaria à B..., por cada dia de atraso, 1% da retribuição correspondente a esse programa.

É evidente que uma sanção de 1%, por cada dia de atraso, não representa, para a B..., uma antecipação ou fixação do montante de prejuízos sofridos por tal atraso, mas, sim, uma maneira de compelir a A... a apresentar os programas com a indispensável pontualidade. Se mais conviesse à B... receber as multas, do que a apresentação dos programas, dando às multas uma função indemnizatória, mais beneficiava com um retardamento sem limite temporal, não clausulando o prazo convencionalmente ou dilatado nos termos do n.º 2.

No n.º 2, a B..., se atrasasse algum pagamento, o prazo de entrega do programa seria dilatado na medida desse atraso, e ela suportaria, por cada dia desse atraso, uma multa de 1% do valor do pagamento. É evidente que, perante uma sanção tão grave, que ultrapassa o prejuízo resultante, por dia de atraso, para a A... não se obriga outra finalidade que não seja a de compelir a B... a pagar pontualmente as prestações.

No n.º 4 convencionou-se que o atraso imputável à A... por mais de trinta dias, dá à B... a faculdade de denunciar ou rescindir o contrato quanto ao programa em falta e quanto aos restantes. Por aqui se deduz a preocupação de compelir o Produtor à entrega dos programas, de alcançar a execução do acordado com pontualidade, que não a de reparação de prejuízos sofridos dia a dia pela B...

Um declaratória normal, colocado na posição da B... e da A..., como declaratórias, não atribuirá outro sentido às declarações, na cláusula 8.ª, que não seja o referenciado.

Posta, assim, a questão da natureza da sanção, cuidemos do montante das multas, visto o que se pede nas alíneas c) e e) do art. 13.º do articulado inicial a essa pretensão se tem de atender, dado o que se prescreve no art. 661.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

É bem de ver que a sanção ou pena referida no n.º 2 da cláusula 8.ª é exorbitante — 365% ao ano do valor das prestações em atraso — como se salienta no parecer de fls. 285 e segs.

No caso de atraso imputável ao Produtor, a A..., além da multa de 1%, prevenida no n.º 3 da cláusula 8.ª, concedeu-se à B... o poder de denúncia ou rescisão do contrato, se o atraso atingisse trinta dias. No caso de atraso imputável à B..., no

n.º 2 da dita cláusula, concede-se a A... uma dilatação do prazo de entrega do programa na medida do atraso do pagamento da prestação, e estabelece-se uma multa de 1% do valor do pagamento, a solver pela B... Esta deixou, desta guisa, nas suas mãos, a medida dos dias de atraso e o *quantum* das multas a pagar por esse atraso, e descurou o que lhe poderia suceder, por virtude do seu próprio inadimplemento, quanto às multas por atraso de liquidação das prestações.

Mas poderá a multa ser reduzida?

A demandante pede que sejam consideradas as multas, no montante de 21 057 000\$00, até 10 de Abril de 1980, e as que se vencerem, após aquela data e até efectivo pagamento.

Creemos que, tendo as multas impostas aos contraentes o fim de compulsão ao cumprimento do contratualmente devido, e verificando-se a extinção da empreitada pela desistência, em 10 de Outubro de 1979, só poderão ser exigidas multas anteriores a essa data. O objectivo das multas e a razão de ser da sua estatuição, cessaram, logo. Deve cessar a exigência da sanção ou pena, para além da extinção do negócio jurídico, da sua vigência.

Para além deste limite temporal, poderá usar-se da faculdade conferida no art. 812.º, n.º 1, do Código Civil?

Lemos no art. 810.º, n.º 1, do mencionado Código:

“As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal”, e no art. 812.º, n.º 1, do mesmo Código, prescreve-se

“A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando por manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; a cláusula penal não pode, porém, ser reduzida para além do dano efectivamente causado pelo incumprimento da obrigação; é nula qualquer estipulação em contrário”.

Dos textos ora reproduzidos colhe-se que a cláusula penal, susceptível de redução nos termos do art. 812.º, n.º 1, é a que representa uma fixação do montante de indemnização por prejuízos oriundos do incumprimento contratual. Como a cláusula penal, prevista no contrato de empreitada, não teve, como vimos, uma função de fixação de indemnização por prejuízos provenientes do atraso do pagamento das prestações, mas de compulsão ao cumprimento do negociado, concluímos que não se pode lançar mão do art. 812.º, n.º 1.

A demandante A... cingiu-se aos pedidos de condenação no pagamento das prestações em dívida, e no pagamento de multas, por atrasos, na percentagem a que alude o n.º 2 da cláusula 8.ª. Só sobre esses pedidos se deve, a nosso juízo, pronunciar quem julga, sob pena da falta de coincidência ou identidade entre o *pedido* e o *julgado*, referido pelo Prof. ALBERTO DOS REIS. De resto, também se não pode esquecer o contido no art. 661.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, que veda a condenação em pedido diverso.

As prestações de Novembro de 1979 e de Fevereiro de 1980 porque a vigência do contrato terminou com a desistência de 10 de Outubro de 1979, e porque só se pode ter em consideração o devido e em atraso antes daquela data, ficam-nos as prestações de Fevereiro e Março de 1979, pagas, mas com atraso, e as de Abril, Maio, Junho, Julho e Outubro. São os seguintes os montantes da multa:

1 705 600\$00, pelas prestações de 720 000\$00 e 320 000\$00, pagas, pelo atraso de 164 dias; 3 700 000\$00, pela prestação de 2 000 000\$00 e pelo atraso de 185 dias; 2 325 000\$00, pela prestação de 1 500 000\$00, pelo atraso de 155 dias; 1 339 000\$00 pela prestação de 1 080 000\$00 pelo atraso de 124 dias; 470 000\$00, pela prestação de 500 000\$00 e pelo atraso de 94 dias; e 14 400\$00, pela prestação de 720 000\$00 e pelo atraso de dois dias. Somam as multas 9 554 200\$00, que devem ser pagas, atento o preceituado no art. 406.º, n.º 1, do Código Civil.

IV

Decidimos, em conferência, no Supremo Tribunal de Justiça, concedendo, em parte, e negando, em parte, provimento ao recurso de revista, confirmar o decidido na Relação, no concernente à qualificação do contrato, mas revogar o acórdão, quanto ao resto resolvido, pelo que, se julga procedente a demanda, em parte, condenando a B... a pagar a A..., a quantia de 6 160 000\$00 e de 9 554 200\$00, no total de 15 714 200\$00, e absolvendo a demandada do pedido, quanto às multas respeitantes às prestações de Novembro de 1979 e de Fevereiro de 1980 e às multas solicitadas posteriores à desistência do contrato de empreitada e até efectivo pagamento.

Custas pela demandada e pela demandante na seguinte proporção: 3/4 pela demandada e 1/4 pela demandante. Fixa-se a

procuradoria no mínimo, atento o elevado valor da causa, na seguinte proporção: 3/4 devidos pela demandada a favor da demandante e 1/4 devido por esta a favor daquela. As custas respeitam ao Supremo e às instâncias.

Lisboa, 3 de Novembro de 1983.

JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA (*Relator*) — JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS — PEDRO DE LIMA CLUNY — JOÃO FERNANDES LOPES NEVES (*Vencido*, apenas com a nota de que o contrato de que se trata é um contrato de prestação de serviços inominado de produção e realização de obra intelectual, criação de natureza artística ou espiritual e não de construção de coisa corpórea, ou seja, de empreitada, e, por isso, não lhe é aplicável o art. 1.229.º do Código Civil, motivo por que não é lícito aos contraentes desistir do contrato arbitrariamente, o que equivale a afirmar que a ré faltou culposamente ao cumprimento da obrigação, concordando no mais com o decidido).

ANTÓNIO DE ALMEIDA RIBEIRO — *Vencido* pelos fundamentos do voto do Ex.^{mo} Conselheiro LOPES NEVES.

FLAMINO MARTINS (com a declaração de que entendo que o contrato é de empreitada mas a indemnização fixada é exagerada e entendo que deveria ficar para execução de sentença e para averiguar os gastos e trabalhos e proveito que poderia tirar das obras nos termos dos arts. 812.º e 1.229.º do Código Civil).

ANOTAÇÃO

Dr. JOÃO CALVÃO DA SILVA *

Duas questões fundamentais são discutidas e resolvidas no douto acórdão transcrito: I) a da qualificação jurídica do contrato celebrado entre a Rádiatelevisão Portuguesa, E.P., e a Filmform — Produção, Distribuição e Exibição de Audiovisuais, Lda.; II) a da natureza da cláusula contratual que estipula uma multa de 1%, por cada dia de atraso no cumprimento das prestações.

A primeira é a que *principaliter* e leoninamente ocupa o STJ, as próprias instâncias e os Profs. Doutores FERRER CORREIA e

* Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra.

ANTUNES VARELA nos pareceres que deram no litígio vertente. Trata-se de saber se o contrato pelo qual a Filmform se obriga a produzir para a RTP uma série de doze programas televisivos é um *contrato de empreitada* ou um *contrato inominado*. FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA,¹ as instâncias e o Supremo Tribunal entendem estar em causa um contrato de empreitada. Para ANTUNES VARELA² o contrato firmado não é de empreitada, mas sim um verdadeiro contrato inominado.

A segunda questão merece um tratamento mais abreviado, quer por parte do tribunal, quer por parte dos autores citados, não tendo suscitado discrepância. É a resposta dada a esta questão, *nemine discrepante*, que fundamentalmente determina a presente anotação, constituindo o seu objectivo principal, para dela discordarmos. Antes, porém, abordaremos o problema da qualificação jurídica do contrato celebrado entre a Televisão e a Filmform.

I

Contrato relativo aos direitos de autor

O objecto do contrato em apreciação é complexo. Trata-se, efectivamente, de um contrato em que a Filmform se obriga à produção e realização de uma série de doze programas de televisão, em estilo narrativo, subordinados ao título genérico "Risos e Lágrimas", resultado de múltiplas prestações de facto: introduções literárias a CAMILO CASTELO BRANCO, ARAÚJO CORREIA, AQUILINO RIBEIRO e TEIXEIRA GOMES; adaptações de duas histórias, uma dramática e outra cómica, de cada um dos referidos escritores; elaboração de guiões a submeter à apreciação prévia da RTP; filmagens; composição do mundo musical etc.

Vale dizer, por um lado, que as prestações típicas e principais, a cargo da Filmform, são criações intelectuais do domínio literário, artístico, estético, musical, cinematográfico, e, por outro lado, que a série de programas televisivos encomendada não é

1 "A obra intelectual como objecto do contrato de empreitada. Direito de o dono da obra desistir do contrato e efeitos da desistência", separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 45, Lisboa, 1985, p. 129 e segs.

2 ANTUNES VARELA, "Parecer sobre a prestação e obra intelectual, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 45, Lisboa, 1985, p. 159 e segs.

mais do que o resultado (*Erfolg*) de um trabalho intelectual, produto do espírito e não obra material.

Aspecto este que é reconhecido por todos os intervenientes no litígio, desde FERRER CORREIA/HENRIQUE MESQUITA³ e ANTUNES VARELA⁴ ao próprio Acórdão do Supremo Tribunal, nos termos do qual “dúvidas não se levantaram sobre a actuação intelectual ou criação de espírito, aliada à criação estética e artística, desenvolvidas pela A... na produção e realização de uma série de doze programas de televisão (...) e que são obras intelectuais (...) as obras cinematográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da cinematografia e ainda as obras radiofónicas ou audiovisuais”.⁵

O reconhecimento da natureza intelectual da obra, objecto do contrato que originou o litígio dirimido pelo acórdão em apreciação, é de enorme importância. Ponto é que sejamos lógicos e conseqüentes na abordagem do caso, sem inverter o que deve ser a boa metodologia jurídica.

Ora, a boa metodologia de abordagem do caso vertente é esta: primeiro, saber se as obras intelectuais são objecto de *ius singulare* e, em caso afirmativo, aplicá-lo no pleito presente por estar em causa um contrato em que as prestações típicas são produto de um trabalho espiritual; segundo, as possíveis lacunas de regulamentação devem ser integradas pela aplicação de normas de contrato (ou contratos) de maior semelhança e proximidade do negócio jurídico *sub iudice*, com o qual este tenha mais analogia e onde a *ratio* do preceito concreto a aplicar se verifique no ponto omissis.

No que toca ao primeiro aspecto, a resposta é positiva: as obras do espírito têm um regime legal próprio. É sabido, com efeito, que as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, são protegidas pelo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.⁶

3 A obra intelectual, cit., passim.

4 “Parecer sobre a prestação de obra intelectual”, cit., passim.

5 Cfr. supra.

6 O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março, alterado pela Lei nº 45/85, de 17 de Setembro. É a este Código que nos reportamos na presente anotação, por ser a legislação vigente em Portugal. Não há qualquer vantagem em estar a analisar o Código do Direito de Autor, vigente ao tempo do Acórdão, aprovado pelo Decreto-Lei nº 46.980, de 27 de Abril de 1966, entretanto, revogado.

No art. 1.º do Código do Direito de Autor consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas.

Nos arts. 2.º e 3.º do mesmo Código, de grande importância na aplicação prática do direito, faz-se uma enumeração exemplificativa de obras protegidas, nomeadamente: livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos; conferências, lições, alocações e sermões; obras dramáticas e dramático-musicais e a sua encenação; obras coreográficas e pantomimas; composições musicais, com ou sem palavras; obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas; obras de desenho, pintura, gravura e arquitectura; obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia; projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, ao urbanismo, à geografia ou às outras ciências; lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário, se se revestirem de originalidade; 7 paródias e outras composições literárias ou musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra; as traduções, arranjos, instrumentações, dramatizações, cinematizações e outras transformações de qualquer obra.

Nenhuma dúvida pode haver, portanto, como de resto não houve, quanto à qualificação do objecto do contrato em análise como obra intelectual.

Assim, lógica e conseqüentemente, ao contrato que deu origem ao acórdão vertente, deve ser aplicado o regime do Código do Direito de Autor, porquanto o seu objecto é, indubitável e reconhecidamente, obra do espirito, produto de um trabalho intelectual. É que só deste modo, pela aplicação do Código do Direito de Autor, os preponderantes, fundamentais e indefectíveis interesses de ordem espiritual e moral do criador, presentes nas obras intelectuais — manifestações do espirito e exteriorizações da personalidade, de que são espelho e imagem —, serão protegidos, através do reconhecimento ao seu autor de direitos absolutos e exclusivos.

7 Cfr. PEREIRA COELHO, "La publicité et le consommateur" (Rapport général), in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XXXII, p. 19 e segs.; CALVÃO DA SILVA, "La publicité et le consommateur" (Rapport portugais), in Travaux, cit., 191 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, "La publicité et les droits intellectuels" (Rapport portugais), in Travaux, cit., p. 397 e segs.; CARLOS ALBERTO BITTAR, "La publicité et les droits intellectuels" (Rapport brésilien), in Travaux, cit., p. 269.

Na verdade, com a criação de obra intelectual nasce o direito de autor, cujo conteúdo é de natureza pessoal (moral) e patrimonial. No exercício dos direitos de carácter patrimonial, o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente (art. 9.º, n.º 2, do Código do Direito de Autor). O direito patrimonial de autor é, portanto, transmissível e disponível. Independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza ainda de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade e de assegurar a sua genuinidade e integridade, opondo-se a toda e qualquer mutilação, deformação ou modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a sua honra e reputação (art. 9.º, n.º 3, e art. 56.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor). O direito moral de autor é inalienável, irrenunciável e imprescritível (art. 56.º, n.º 2, do Código do Direito de Autor).

Por outro lado, para além de não serem admitidas modificações da obra sem o consentimento do autor (art. 59.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor), este pode retirar a todo o tempo da circulação e fazer cessar a utilização de obra divulgada ou publicada, contanto que tenha razões morais atendíveis, devendo indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar (art. 62.º do Código do Direito de Autor).

Porque assim é, porque o autor de obra espiritual divulgada ou publicada pode retirá-la — ou nela introduzir as modificações que entenda essenciais para preservar a sua reputação e personalidade de criador, pois quem pode o mais pode o menos — a todo o tempo da circulação, por maioria de razão deve poder recusar a entrega de obra criada que entenda não ser digna de si, por não reflectir as suas qualidades, o seu talento, o seu génio, a sua personalidade de criador — embora, obviamente, com a obrigação de indemnizar os danos causados. Razões morais mais atendíveis do que estas não pode haver, além do que, no fundo, a recusa de entrega da obra mais não é do que o exercício pelo autor da faculdade de não-divulgação da mesma, contida no

direito moral de autor (art. 67.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor).⁸

A importância da aplicação do Código do Direito de Autor ao contrato que esteve na origem dos problemas solucionados pelo presente acórdão é, assim, visível e óbvia. Um só exemplo bastará para pôr em relevo essa importância.

Pense-se na hipótese de a Filmform, descontente com o produto ou resultado do seu trabalho, se recusar a entregar a série televisiva encomendada, por julgá-la sem qualidade, não à altura da obra, prestígio e renome dos escritores em causa (CAMILO, ARAÚJO CORREIA, AQUILINO e TEIXEIRA GOMES), nem da sua própria fama e reputação, bom nome e honra. A sufragar-se a tese de FERRER CORREIA/HENRIQUE MESQUITA e do acórdão *sub iudice*, segundo a qual o negócio jurídico em causa é um contrato de empreitada, regulado pelo art. 1.207.º e segs. do Código Civil, à Filmform não assistiria o poder ou a faculdade de recusar a entrega da obra intelectual realizada, porquanto no regime daquele contrato típico ou nominado — o contrato de empreitada — não há nenhuma norma que reconheça ao empreiteiro esse poder. Deste modo, chegar-se-ia ao seguinte resultado: o dono da obra intelectual (RTP) gozaria do direito de desistência, a todo o tempo, da série televisiva encomendada, concedido pelo art. 1.229.º do Código Civil; ao empreiteiro da obra intelectual (Filmform) não seria reconhecido o poder de recusar a entrega da mesma, nem o poder de retirá-la da circulação, não obstante a existência de razões morais atendíveis.

Resultado este que temos por inaceitável. Em primeiro lugar, porque sendo uma obra intelectual, produto do engenho e do espírito, o objecto do negócio jurídico em causa, este não pode deixar de qualificar-se como contrato relativo aos direitos de autor. Em segundo lugar, porque na esfera dos direitos de autor, em que o contrato vertente se inscreve, são fundamentais e prioritários os interesses de ordem pessoal, moral e espiritual do criador. Daí a existência de várias normas no Código do Direito de Autor que protegem de modo especial esses mesmos interesses, derogando o regime comum dos contratos. Entre elas destacam-se, justamente, as que concedem ao autor a faculdade de re-

⁸ Cfr. CALVÃO DA SILVA, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, Coimbra, 1986, nº 122.

tractação ou *droit de repentir*, contanto que tenha razões morais atendíveis e indemneze os interessados pelos prejuízos causados.

Não se diga que, no caso *sub iudice*, o *droit de repentir* não poderia ter lugar, dada a existência de um contrato de encomenda de obra intelectual futura que co-envolveria a divulgação ou publicação da mesma, logo que realizada, dele emergindo, portanto, uma obrigação de *facere* e uma obrigação de *dare*.

Que se pode celebrar um contrato de encomenda de obra (literária, artística ou científica) futura, é inquestionável. Resulta *apertis verbis* do art. 48.º do Código do Direito de Autor, que diz assim:

“1. A transmissão ou oneração do direito de autor sobre obra futura só pode abranger as que o autor vier a produzir no prazo máximo de dez anos.

2. Se o contrato visar obras produzidas em prazo mais dilatado, considerar-se-á reduzido aos limites do número anterior, diminuindo proporcionalmente a remuneração estipulada.

3. É nulo o contrato de transmissão ou oneração de futuras obras sem prazo limitado.”

A validade jurídica do contrato relativo à obra de criação, do espírito e do talento, recaindo sobre coisa futura, não pode, assim, ser posta em causa, apenas sendo nulo aquele em que o autor transmita ou onere as obras futuras sem prazo limitado — o que bem se compreende para proteger o criador intelectual e defender a liberdade de criação, incompatíveis com vinculações perpétuas. Só que no momento da celebração do contrato de encomenda de obra futura, o criador intelectual não dispõe, pelo menos validamente, dos poderes concedidos para tutela dos direitos pessoais (morais) sobre a sua obra, os quais “não podem ser objecto de transmissão, nem oneração, voluntárias ou forçadas” (art. 42.º do Código do Direito de Autor); dispõe, apenas, dos poderes que são disponíveis, os direitos patrimoniais de autor.⁹

⁹ No sentido de o art. 48.º do Código do Direito de Autor prever apenas a transmissão ou oneração do direito patrimonial de autor, que não o direito moral, depõe ainda o argumento sistemático: a sua inserção no Capítulo V, intitulado “Da transmissão e oneração do conteúdo patrimonial do direito de autor”.

Pelo que o criador de obra intelectual futura, no caso concreto a Filmform, apesar do contrato de encomenda e das obrigações assumidas, conserva o poder de não divulgar e manter inédita a obra realizada por conta de um cliente — desta feita, a Radiotelevsão Portuguesa —, se ela, no seu critério, não for a expressão fiel da sua personalidade criadora, por não reflectir todas as suas qualidades e capacidades e comprometer a sua fama e reputação, honra e bom nome.¹⁰

E o poder de retractação ou *droit de repentir*, traduzido na recusa de entrega, de que o criador por encomenda de obra futura pode usar, não passa de exercício da faculdade de não divulgar ou manter inédita a obra (art. 67.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor), faculdade jurídica¹¹ que integra o conteúdo do direito moral de autor, inalienável e irrenunciável. Mais: divulgada ou publicada a obra, ao autor assiste o chamado direito de retirada, isto é, o poder de retirá-la a todo o tempo da circulação e fazer cessar a respectiva utilização, sejam quais forem as modalidades desta, contanto que tenha razões morais atendíveis e com a obrigação de indemnizar os prejuízos causados (art. 62.º do Código do Direito de Autor).

Vale isto por dizer que a lei não só não permite a disposição antecipada do direito moral de autor — não consentindo, portanto, a sua transmissão ou oneração sobre obra futura, o que proscree ao autor a possibilidade de privar-se, no momento da celebração do contrato de encomenda, da faculdade de divulgar ou manter inédita a obra a criar — como ainda concede a este o dito direito de retirada, quando o poder de divulgação é exercido *ex post*, depois da obra realizada.

10 A capacidade jurídica (capacidade de gozo) das pessoas colectivas, ditas pessoas jurídicas, abarca direitos pessoais, como o direito à honra e bom nome, boa fama e boa reputação, que, assim, não são inseparáveis da personalidade singular (art. 160.º do Código Civil). Neste sentido, cfr. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, 1985, p. 317; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Coimbra, 1972, ps. 122 e 123. O reconhecimento de direito do autor a pessoas colectivas consta expressamente do Código do Direito de Autor (v.g. art. 174, nº 4).

11 Para a distinção entre faculdades jurídicas secundárias (posterius e conteúdo do direito subjectivo) e faculdades jurídicas primárias (prius do direito subjectivo e veículo mediador do poder de autodeterminação), cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil* (sumário desenvolvido para uso dos alunos do 2º Ano, 1ª Turma, do Curso Jurídico de 1980/81), Coimbra, 1981, p. 91 e segs.

O que derroga a regra comum dos contratos, nomeadamente o princípio *pacta sunt servanda* (art. 406.º, n.º 1, do Código Civil), já que permite ao autor de obra intelectual, que tenha razões morais atendíveis,¹² desvincular-se unilateralmente de contrato validamente celebrado, mediante a obrigação de indemnizar os interessados pelos prejuízos que a não-entrega ou retirada da obra lhes causar.

Regime excepcional, sem dúvida, que, todavia, encontra justificação justamente na proeminência e primado do direito moral sobre o direito patrimonial de autor.

Nos termos do n.º 1, art. 1.º do Código do Direito de Autor, “consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores”.

Significa isto que, para serem protegidas, nos termos do Código do Direito de Autor, as criações intelectuais têm de ser exteriorizadas, não merecendo essa protecção as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas por si só e enquanto tais (n.º 2, art. 1.º do Código do Direito de Autor).

A obra intelectual protegida nos termos do Código do Direito de Autor é, portanto, a exteriorização de uma criação da personalidade, do talento e do espírito.

Exteriorização de uma criação espiritual, a obra intelectual não se confunde, porém, com os seus suportes corpóreos (o livro, o disco, a fotografia, a película etc.), o chamado *corpus mechanicum*.¹³ É que os suportes corpóreos estão para a obra intelectual, bem imaterial, assim como o corpo está para o espírito,

12 Não se trata, portanto, de uma faculdade *ad nutum*, que o autor possa exercer *ad libitum*, manifestando apenas uma vontade nua e crua, sem qualquer justificação. Requer como pressuposto e requisito a existência de razões morais atendíveis — fórmula lapidar que encerra em si casos de consciência, tormentos dramas interiores, escrúpulos morais etc. —, que permitem ao autor a defesa dos interesses de ordem espiritual, moral e intelectual, de que a obra criada não é imagem e espelho fiel, para tutela da personalidade intelectual e criadora de que a obra emana.

13 Cfr. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 336; ANTUNES VARELA, *Parecer*, cit., *passim*; FERRER CORREIA/HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 144; CARNELUTTI, “Sull’obbietto del diritto di privativa artistica e industriale”, in *Rivista di dir. comm.*, 1912, p. 935; DE CUPIS, *Direitos de personalidade* (trad. portuguesa), Lisboa, 1961, p. 310.

o continente está para o conteúdo, o significante está para o significado.

Realidades distintas, a obra intelectual não pode, portanto, ser assimilada à coisa corpórea em que se materializa, fixa e comunica, já que é criação do espírito e permanece, como tal, incindivelmente ligada à personalidade do seu autor. Daí que o direito deste sobre a obra como bem imaterial ou coisa incorpórea seja independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação (art. 10.º do Código do Direito de Autor). Daí ainda a nítida distinção, no conteúdo do direito de autor, entre direitos de natureza pessoal e direitos de carácter patrimonial, com o direito moral a constituir um *prius* sobre o direito patrimonial.

Prioridade que se manifesta, como já tivemos ocasião de assinalar, nas faculdades que o compõem, designadamente no direito ao inédito¹⁴ ou à divulgação e no dito direito de retirada. Na verdade, só se o autor divulgar a obra intelectual é que esta se torna objecto de exploração pecuniária por meio de contratos. Contratos de exploração patrimonial que, todavia, não revestem as mesmas características que apresentariam se o seu objecto fosse uma coisa corpórea ou material. Como o seu objecto não é uma coisa corpórea ou material, mas um bem imaterial (a obra intelectual), eis a razão do já analisado regime excepcional, derogatório do direito contratual comum, com a faculdade de retirada da obra a manifestar a preponderância do direito moral sobre o direito patrimonial — direito patrimonial que, deste modo, se apresenta como um *posterius* e um efeito do direito moral —, a fim de o autor salvaguardar a sua personalidade intelectual de criador.

Em face de quanto acaba de dizer-se, não se nos figura acertada, neste ponto, a tese do aresto do STJ e de FERRER CORREIA/HENRIQUE MESQUITA. Parece-nos mesmo ser o resultado de uma certa inversão metodológica, de uma espécie de “método de inversão”.

De facto, depois de encetarem a caminhada pela via certa, seguindo o rumo correcto — o da qualificação do objecto do contrato como obra intelectual —, FERRER CORREIA/HENRIQUE

¹⁴ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, Teoria geral do direito civil. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino, Coimbra, 1976, p. 43.

MESQUITA e o Supremo Tribunal de Justiça não prosseguem no mesmo sentido até ao fim, aplicando o Código do Direito de Autor, regulamentação própria das obras intelectuais. Como que procedem a uma inversão de marcha, abandonando a boa orientação, para aplicarem directamente o art. 1.207.º e segs. do Código Civil, disciplinadores do contrato de empreitada, considerando desta espécie o contrato celebrado entre a Filmform e a RTP. Tudo isto, quer-nos parecer, para qualificar o comportamento da Televisão como uma desistência lícita do contrato — direito que o art. 1.229.º do Código Civil concede ao dono da obra, contanto que indemneze o empreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra — e não como uma falta ilícita e culposa do cumprimento das obrigações contratuais.

Porém, não nos parece que, para alcançar este desejável resultado, tenha sido trilhado o caminho correcto, pelo menos a melhor via. Como é salientado no acórdão *sub iudice*, “da análise do art. 1.207.º e segs. do Código Civil em vigor, nomeadamente dos arts. 1.209.º, n.º 2, 1.212.º, n.ºs 1 e 2, e 1.228.º, n.º 1, vê-se que na obra, objecto da empreitada, deve existir uma coisa, algo de corpóreo, portanto”.¹⁵

No mesmo sentido, no sentido de que o objecto da empreitada é a realização de uma obra material ou corpórea, escrevem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA:

“Por realização de uma obra deve entender-se não só a construção ou criação, como a reparação, a modificação ou a demolição de uma coisa. Do que não pode prescindir-se é dum resultado material, por ser esse o sentido usual, normal, do vocábulo “obra” e tudo indicar que é esse o sentido visado no art. 1.207.º.”¹⁶

Ora, sabemos-lo já, a obra intelectual é um bem imaterial ou incorpóreo, distinto das coisas materiais (o *corpus mechanicum*) que servem de suporte à sua fixação ou comunicação. E se, como referem FERRER CORREIA/HENRIQUE MESQUITA, “mal se concebe (se porventura se concebe) que alguém se obrigue a produzir determinada obra intelectual, sem ao mesmo tempo se obrigar a incorporar ou verter essa criação num qualquer suporte

15 Cfr. *supra*.

16 Código Civil anotado, vol. II, 3ª ed., Coimbra, 1986, p. 788. No mesmo sentido, cfr. ANTUNES VARELA, *Parecer*, cit., p. 167 e segs.

material adequado”,¹⁷ certo é também que a obra intelectual não sofre uma metamorfose na sua natureza. Ela não se converte de bem imaterial em coisa corpórea, só porque foi vazada num continente, numa forma exterior: continua (a obra intelectual) como bem imaterial ou coisa corpórea, com o direito de autor que sobre ela recai a ser independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais ou corpóreas em que aquela se materializa. É ilógico, portanto, o passo dado pelo Supremo Tribunal, quando este, depois de aceitar a tese de que o objecto do contrato de empreitada é “uma coisa, algo de corpóreo”, argumenta:

“A corporização, consistente nos filmes, fitas e outros meios materiais, deve ser tida como ‘coisa’, visto que coisa, segundo o art. 202.º, n.º 1, do Código Civil, é ‘tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas’. Logo, deparamos com a obra, que o art. 1.207.º prescreve.”¹⁸

Obviamente, a obra intelectual, no caso vertente a série televisiva, pode ser e é objecto de relações jurídicas. Mas isso não quer dizer que seja ou tenha de ser uma coisa corpórea, porquanto o objecto da relação jurídica não é necessariamente uma coisa corpórea, nem sequer uma coisa.¹⁹ A obra intelectual (série televisiva) é um bem imaterial, cuja corporização nos filmes não a converte em coisa corpórea e material, objecto da empreitada. Identificar estas duas realidades é, nas palavras de ANTUNES VARELA, “cometer um erro grave de perspectivação jurídica das coisas”²⁰ e confundir “o direito de autor duma obra literária, artística ou científica (...) com o direito de propriedade”.²¹

Por outro lado, mesmo que o objecto da empreitada pudesse ser a realização de uma obra intelectual e não apenas de obra material ou corpórea — tese defendida por FERRER CORREIA/HEN-

17 A obra intelectual, cit., p. 144.

18 Cfr. supra.

19 Vendo o objecto da relação jurídica como necessariamente um bem, mas não necessariamente uma coisa, salientando a existência de bens não coisificáveis: bens da personalidade (a própria pessoa e a pessoa de outrem), prestações e situações económicas não autónomas, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, Teoria geral do direito civil. Relatório, cit., p. 33.

20 Parecer, ob. cit., p. 171.

21 Parecer, ob. cit., p. 167.

RIQUE MESQUITA²² —, não deveria deixar de aplicar-se o direito próprio, o *ius singulare*, porque são protegidas as criações intellectuais — o Código do Direito de Autor. Caso contrário, seria protegido o “dono” da obra intellectual — no caso, a Televisão, a quem assistiria o direito de desistência a todo o tempo (art. 1.229.º do Código Civil) — e não já o seu criador, porquanto a regulamentação do contrato de empreitada não contém nenhuma norma que conceda ao “empreiteiro” a faculdade de não acabar a execução da obra ou de não entregar a obra acabada, quando tenha razões morais atendíveis.

Não se tente evitar tão chocante resultado — o “dono” da obra intellectual ser protegido e o “empreiteiro” — autor da mesma, não o ser — com a consideração de que o regime do contrato de empreitada (art. 1.207.º e segs. do Código Civil) teria de sofrer “as adaptações impostas pela natureza específica das coisas incorpóreas” e “teria de se harmonizar com os princípios válidos em matéria de direitos de autor”. É a argumentação de FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA, para demonstrarem que “não se opõe à qualificação do contrato — referem-se, obviamente, ao contrato firmado entre a Televisão e a Filmform — como empreitada a dupla regra do art. 1.212.º”.²³ Depois de, coerentemente, considerarem aplicável ao contrato de empreitada de obra intellectual o art. 1.212.º do Código Civil, embora com as devidas adaptações, FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA escrevem:

“De toda a maneira, quando mesmo as coisas assim se não pudessem entender, daí só se retiraria a conclusão de que o legislador, ao formular os preceitos do art. 1.212.º, não curou de todas as modalidades possíveis do contrato de empreitada, incumbindo ao intérprete traçar para as não-contempladas o regime mais adequado, atentas as directivas gerais a observar com vista ao preenchimento das lacunas da lei e tendo em conta, designadamente, a natureza específica dos diferentes casos.”²⁴

Salvo o devido respeito, a boa metodologia é exactamente a inversa: os contratos, que tenham por objecto obras intellectuais, são regulados pelas disposições do Código do Direito de Autor, incumbindo ao intérprete proceder à integração das

22 A obra intellectual, ob. cit.

23 A obra intellectual, cit., p. 145.

24 Idem, ibidem, p. 146.

lacunas de regulamentação, através da aplicação de normas de contrato de prestação de serviços que mais afinidades e analogias apresentem entre eles.

E esta é a boa metodologia, por várias razões: primeiro, porque as obras intelectuais têm uma disciplina jurídica própria e especial que se sobrepõe à regulamentação das modalidades (típicas ou nominadas) do contrato de prestação de serviço; segundo, porque através da aplicação da legislação própria — o Código do Direito de Autor — são prevalentemente protegidos os prioritários e indefectíveis interesses de ordem pessoal, moral e espiritual do criador, aos quais se subordinam os interesses de natureza patrimonial e os contratos por que se faz a sua exploração pecuniária; terceiro, porque considerar o contrato pelo qual alguém se compromete a realizar para outrem uma obra intelectual, regulado pelas disposições do mandato ou da empreitada,²⁵ embora com as adaptações impostas pela natureza específica dos bens imateriais, é inverter a ordem natural das coisas, dando primazia ao *posterius* (direito patrimonial e contratos de exploração pecuniária) sobre o *prius* (direito moral), ao efeito sobre a causa, numa clara violação da lei (veja-se, neste sentido, o art. 1.303.º do Código Civil).

Isto posto, há que saber se a Televisão goza ou não do direito de desistência da série televisiva, encomendada à Filmform.

Duas teses se defrontam: para uma, defendida por FERRER CORREIA/HENRIQUE MESQUITA²⁶ e pelo Acórdão, o contrato é de empreitada, regulado pelo art. 1.207.º e segs. do Código Civil — logo a Televisão tem o direito de desistência nos termos do art. 1.229.º; para outra, defendida por ANTUNES VARELA,²⁷ o contrato é inominado e não lhe é aplicável o art. 1.229.º do Código Civil, norma excepcional insusceptível de aplicação analógica.

Pela nossa parte, deixámos já antever uma resposta positiva nas considerações expendidas acerca da que julgamos ser a boa metodologia de abordagem do caso *sub iudice*. Trata-se de um contrato relativo aos direitos de autor, sujeitos à legislação especial, podendo recorrer-se a normas de contrato próximo, para resolver pontos não-previstos naquele *ius singulare* nem, obvia-

²⁵ Cfr. FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA, A obra intelectual, cit., p. 129.

²⁶ A obra intelectual, cit.

²⁷ Parecer, cit., espec. nº 5.

mente, no regulamento normativo criado pelo contrato celebrado entre as partes.

No Código do Direito de Autor não há nenhuma norma que resolva a questão levantada: saber se a Televisão pode desistir da obra intelectual (série televisiva) que encomendou à Filmform. Ai, no Código do Direito de Autor, os interesses protegidos são principalmente os do criador intelectual do domínio literário, artístico e científico, sobretudo os interesses de natureza pessoal, moral e espiritual, mais ainda os interesses de carácter patrimonial. E acerca da utilização da obra há na mesma legislação especial várias normas disciplinadoras de contratos, através dos quais o autor pode fazer a exploração económica da mesma: contrato de edição (art. 85.º e segs.), contrato de representação cénica (art. 107.º e segs.), contrato de recitação e de execução (art. 121.º e segs.), contrato de produção de obra cinematográfica (art. 124.º e segs.), contrato de fixação fonográfica e videográfica (art. 141.º e segs.), contrato de radiodifusão sonora ou visual (art. 149.º e segs.) etc.

Em toda esta regulamentação, além de recordar que as obras cinematográficas, televisivas, fonográficas e composições musicais são obras intelectuais (art. 2.º do Código do Direito de Autor), impõe-se salientar que ao contrato de produção cinematográfica, de radiodifusão e de difusão obtida por qualquer processo que sirva para a comunicação de sinais, sons ou imagens, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições relativas ao contrato de edição, representação e execução (arts. 139.º e 156.º). Só que nem nos preceitos relativos ao contrato de produção cinematográfica, nem nas disposições referentes ao contrato de edição, representação e execução, encontramos qualquer regra atinente ao direito de desistência do produtor-empresário, muito embora se constate uma grande analogia e identidade de princípios entre todos esses negócios jurídicos.

Sendo assim, impõe-se resolver a questão de saber se é de aplicar ao contrato *sub iudice* o art. 1.229.º do Código Civil.

Não se nos afigurando feliz e acertada a qualificação do contrato celebrado entre a Televisão e a Filmform como de empreitada, face à noção restrita que desta dá o Código Civil — “empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra mediante um preço” (art. 1.207.º), não abrangendo, portanto, a prestação de um ser-

viço,²⁸ — a resposta pareceria dever ser negativa. Na verdade, estando em causa, no caso *sub iudice*, um contrato de prestação de serviço pelo qual a Filmform se obriga a proporcionar à Rádiatelevisão Portuguesa certo resultado (uma série de doze programas de televisão) do seu trabalho intelectual (art. 1.154.º do Código Civil), as normas aplicáveis são as do mandato (art. 1.157.º e segs. do Código Civil) em tudo quanto a especial regulamentação do Código do Direito de Autor se não sobreponha. É o que resulta do art. 1.156.º do Código Civil, nos termos do qual “as disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente”. Como tal, segundo o art. 1.170.º do Código Civil, a Televisão poderia revogar o contrato, com a obrigação de indemnizar a Filmform do prejuízo que esta sofresse, salvo ocorrendo justa causa (art. 1.172.º do Código Civil).

Contudo, não parece ser de excluir a aplicação ao contrato vertente do regime que permite ao dono da obra desistir da empreitada a todo o tempo, contanto que indemnize a contraparte (art. 1.229.º do Código Civil). É que as questões afiguram-se-nos idênticas, como semelhantes se nos apresentam os interesses conflitantes.

Na verdade, a Televisão pode justificadamente (pense-se na mutação de juízo sobre a utilidade da obra) deixar de ter interesse em que a série televisiva encomendada seja produzida ou concluída. E não se descortinam razões válidas que devam arredar à Televisão a possibilidade de desistir livremente de uma obra intelectual encomendada que deixou de lhe interessar, contanto que indemnize a Filmform nos termos contratuais e legais. Neste ponto, o contrato de encomenda de obra intelectual (produção de película televisiva e cinematográfica) assemelha-se mais ao contrato de empreitada, suscitando problemas idênticos, pelo que a solução do art. 1.229.º tem plena aplicação àquele.

Isto porque se é certo que a prestação típica do contrato concluído entre a Rádiatelevisão e a Filmform não é um resultado ou obra material produzida, mas o produto de trabalho intelectual — e por isso não nos parece feliz a sua qualificação

²⁸ Ao contrário do Código Civil italiano (art. 1.655) e do BGB alemão (§ 631). Cfr., por todos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol. II, cit., p. 786 e segs.

jurídica como contrato de empreitada —, não é menos certo que o suporte corpóreo ou material de um conteúdo eminentemente imaterial aproxima, neste ponto, o contrato *sub iudice* da empreitada — como contratos mais de resultado (*Erfolgsvertrag*) do que de actividade (*Tatigkeitsvertrag*) —, em termos de o juízo de valor, contido no art. 1.229.º do Código Civil, ser aplicável à encomenda da série televisiva.²⁹

II

Inadmissibilidade de cláusula penal puramente coercitiva e de sanção pecuniária compulsória convencional

Passemos agora à análise da segunda questão, a questão da natureza jurídica da cláusula contratual que estipula uma multa de 1%, por cada dia de atraso, no cumprimento das prestações, vista por todos (Supremo Tribunal, ANTUNES VARELA, FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA) como cláusula penal exclusivamente compulsória.

Para rebatermos esta solução, é conveniente fazer um confronto entre a cláusula penal³⁰ e a sanção pecuniária compulsória,³¹ meio de coerção ao cumprimento das obrigações, na

29 A aplicação do art. 1.229º do Código Civil ao contrato de architecto, qualificado como contrato atípico de prestação de serviço, é defendida por BAPTISTA MACHADO na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 118º, p. 278, em anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 1933.

30 Sobre a cláusula penal, cfr. MOTA PINTO e PINTO MONTEIRO, "Fixação contratual dos direitos do credor", in MOTA PINTO, *Direito Civil*, ed. Polycop., Coimbra, 1980, p. 203 e segs.; FERRER CORREIA e RUI DE ALARCÃO, "Acerca da taxa-limite do montante da cláusula penal fixada pelo Decreto 21.730", in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano IX, Coimbra, 1956, p. 176 e segs.; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, cit., p. 74 e segs.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1984, p. 544 e segs.; VAZ SERRA, "Pena Convencional" (sep. do *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 67), Lisboa, 1957; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, ps. 1366 e 137; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., nº 66 e segs.

31 Sobre a sanção pecuniária compulsória, cfr. o nosso *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit.; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, cit., ps. 104 a 108; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 746 e segs.; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas*, cit., p. 200 e segs.

esteira da *astreinte*, consagrado no art. 829.º-A do Código Civil,³² que reza assim:

“1. Nas obrigações de prestação de facto infingível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária, por cada dia de atraso no cumprimento, ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.

4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.”

Comparando a sanção pecuniária compulsória e a cláusula penal, ressaltam imediatamente diferenças fundamentais:

1 — A sanção pecuniária compulsória é decretada pelo juiz, enquanto a cláusula penal é estipulada pela(s) parte(s);

2 — a sanção pecuniária compulsória é independente da indemnização, ao passo que a cláusula penal tem natureza indemnizatória;

3 — por isso, a sanção pecuniária compulsória nunca substitui o cumprimento nem a execução (específica ou por equivalente) da obrigação principal, enquanto que a cláusula penal constitui muitas vezes a expressão convencional antecipada e *forfaitaire* da indemnização e execução por equivalente, substitutiva do cumprimento;

³² Art. introduzido pelo Decreto-Lei nº 262/83, de 16 de Junho. A consagração legislativa da sanção pecuniária compulsória no sistema jurídico português foi precedida de um estudo subscrito pelo saudoso Prof. Doutor MOTA PINTO e por mim próprio.

4 — a sanção pecuniária compulsória é sempre fixada em dinheiro; a cláusula penal pode não ser;

5 — a sanção pecuniária compulsória é definitiva (não revisível pelo juiz), ao passo que a cláusula penal é reduzível pelo tribunal quando manifestamente excessiva (art. 812.º do Código Civil);

6 — a sanção pecuniária compulsória tem sempre carácter coercitivo; a cláusula penal só o tem se o seu montante for superior ao dano, assemelhando-se, sempre que o montante à *forfait* de reparação seja inferior ao valor do prejuízo sofrido pelo credor, à cláusula limitativa de responsabilidade civil;

7 — a sanção pecuniária compulsória é acumulável com a indemnização; diferentemente a cláusula penal, já que ela própria fixa a indemnização à *forfait*, apenas se admitindo convenção de ressarcibilidade do dano excedente (art. 811.º, n.º 2, do Código Civil);

8 — a sanção pecuniária compulsória visa obter o cumprimento das obrigações e o acatamento da decisão judicial — sendo prescrita pelo juiz apenas no momento em que profere a decisão que quer ver respeitada — enquanto a cláusula penal, resultante de acordo das partes, procura pressionar o devedor a cumprir e dispensar o processo com o que tem de aleatório, dispendioso e moroso, sancionando apenas a não-realização ou realização atrasada da obrigação principal, mas não já o não-acatamento da decisão judicial;

9 — a sanção pecuniária compulsória destina-se metade ao Estado e metade ao credor (art. 829.º-A, n.º 3, do Código Civil); a cláusula penal destina-se apenas ao credor.

A luz das profundas diferenças existentes entre a sanção pecuniária compulsória e a cláusula penal, não pode admitir-se validamente uma cláusula de sanção pecuniária compulsória. Nos termos da lei (art. 829.º-A), a sanção pecuniária compulsória é judicial, só susceptível de ser pronunciada pelo tribunal.³³ Conseqüentemente, afirmar a licitude e validade de uma cláusula fixando uma sanção pecuniária compulsória, com base na autonomia da vontade,³⁴ *rectius*, na liberdade contratual, expres-

33 Para além, obviamente, da sanção pecuniária compulsória legal, fixada pelo próprio legislador (caso do art. 829.º-A, n.º 4).

34 Neste sentido, cfr. BRUNET, *Les clauses d'exécution forcée*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1975, p. 2 e segs., maxime, p. 9.

são daquela, é esquecer que esta só actua dentro dos limites da lei (art. 405.º, n.º 1, do Código Civil).

Ora, se as partes pudessem convencionar uma sanção pecuniária compulsória, significaria admitir uma fraude à lei: por um lado, porque seria contornar o art. 829.º-A, preceito que claramente reserva, ao juiz, o “monopólio” do poder de fixar a medida coercitiva em causa; por outro, porque equivaleria a uma cláusula penal puramente coercitiva (*penalty clause*), não-reconhecida por lei.

Com efeito, uma sanção pecuniária compulsória convencional válida constituiria um meio de constrangimento sobre o devedor, independente da indemnização e com esta cumulável. O que significaria, reconheça-se, uma fonte de especulação, de abusos e de iniquidades, especialmente da parte mais forte.³⁵ Mais: a sanção pecuniária compulsória convencional não passaria de uma cláusula penal meramente sancionatória-compulsória, não-harmonizável com a lei, para a qual são características essenciais da cláusula penal as potenciais funções ressarcidora e coercitiva.³⁶ É o que resulta da inadmissibilidade do cúmulo da cláusula penal compensatória com o cumprimento (art. 811.º, n.º 1, do Código Civil)³⁷ e da inadmissibilidade do cúmulo da cláusula penal e do dano (art. 811.º, n.ºs 2 e 3)³⁸ — justamente porque, nos termos da lei, aquela fixa à *forfait* e preventivamente à indemnização, não podendo as partes conferir-lhe apenas valor coercitivo, cumulável com a indemnização.

Porque admitir a sanção pecuniária convencional seria o melhor instrumento que as partes teriam de defraudar o regime legal da cláusula penal e da sanção pecuniária compulsória (art. 829.º-A, do Código Civil), monopólio do juiz; porque, entre

35 O risco de abusos e de iniquidades seria tanto maior, quanto a cláusula de sanção pecuniária compulsória seria estipulada pelas partes, em regra, no momento da celebração do contrato e seria devida a partir da constituição em mora. Inversamente, a sanção pecuniária compulsória judicial é fixada pelo juiz, de acordo com a equidade, apenas no momento em que profere a sentença de condenação no cumprimento e tem o seu termo a *quo* no trânsito em julgado da sentença, ou em momento posterior.

36 Cfr. os desenvolvimentos no nosso Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., nº 67.

37 Desenvolvimentos podem ver-se no nosso Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., nº 68.

38 Desenvolvimentos podem ver-se no nosso Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., ns. 69 e 70.

nós, até 1983, data da introdução do art. 829.º-A no Código Civil, pelo Decreto-Lei n.º 262/83, não era reconhecido ao próprio tribunal o poder de condenar no cumprimento sob a cominação de sanção pecuniária compulsória; porque, na actual versão do art. 829.º-A, o juiz não tem mesmo o poder oficioso de usar tal coerção, só o devendo fazer a pedido do credor — poder-dever — que de algum modo era susceptível de ser visto como integrando o *imperium* do tribunal, para este provocar o respeito e obediência às suas ordens e decisões (*jurisdictio*); porque a lei introduziu e consagrou a sanção pecuniária judicial, não já a sanção pecuniária compulsória convencional, e admite a cláusula penal negocial reparadora e coercitiva, mas não apenas compulsória, por tudo isto, impõe-se a conclusão de que a sanção pecuniária compulsória convencional está subtraída à autonomia da vontade e ao princípio da liberdade contratual, o qual tem de actuar dentro dos limites da lei (art. 405.º, n.º 1, do Código Civil), lei que não admite a cláusula penal puramente coercitiva e apenas consagra, inovadoramente,³⁹ a sanção pecuniária compulsória judicial.

Quanto precede é suficiente para dizer que ou há cláusula penal, meio de pressão e de indemnização, ou há sanção pecuniária compulsória, tão-só meio de pressão judicial: *tertium* (sanção pecuniária compulsória convencional = cláusula penal simplesmente coercitiva, *penalty clause*) *non datur*.

Por isso, não se nos afigura ter razão o STJ, quando, no presente douto acórdão que se anota, decide:

“A cláusula contratual, pela qual a empresa de televisão se obrigou ao pagamento de uma multa por cada dia de atraso no pagamento das prestações, tem a finalidade de compulsão do cumprimento pontual do contrato, que não a de fixação de indemnização, nos termos do art. 810.º, n.º 1, do Código Civil.”⁴⁰

Não nos parece terem razão, também, FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA, quando, na citada anotação ao mesmo aresto, admitem uma cláusula penal exclusivamente compulsória.

“A cláusula penal, como é sabido, escrevem os referidos autores, tanto pode ter uma função exclusivamente indemnizató-

³⁹ No mesmo sentido, no sentido de que o art. 829º-A constitui uma inovação e, mais do que isso, “uma verdadeira derrogação do direito anterior”, cfr. ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol. II, cit., p. 104.

⁴⁰ Cfr. supra.

ria, prefixando o quantitativo dos danos que o não-cumprimento ou a mora do devedor podem causar ao credor e dispensando este da respectiva prova, como uma função compulsória, visando coagir o devedor, mediante a ameaça de uma sanção pecuniária, ao cumprimento pontual das obrigações que assumiu.”⁴¹

Ainda nos parece não ter razão ANTUNES VARELA, quando no já várias vezes citado parecer que deu e acompanhou o recurso, de que resultou o referido acórdão do STJ, diz que o fim da cláusula prevendo uma multa de 1% de determinado valor, por cada dia de atraso, “não é o de prefixar o cálculo do prejuízo causado pelo inadimplemento, ou de estabelecer o montante da indemnização devida ao contraente lesado, como sucede com a generalidade das cláusulas penais. É antes, o de forçar indirectamente o cumprimento pontual da obrigação, reforçando a sanção normal desencadeada pela lei contra a mora do devedor (...). A especialidade da cláusula — como autêntica cláusula cominatória — reside apenas no facto de a sanção indemnizatória aumentar gradualmente, sem nenhuma correlação com o prejuízo efectivamente sofrido pelo credor”.⁴²

A levar o raciocínio do acórdão e dos citados autores até ao fim, teríamos, no caso, uma cláusula penal exclusivamente compulsória (*penalty clause*), a qual, porque ineficaz, funcionaria como uma sanção (pena) autónoma e independente da obrigação ressarcidora, cumulável, por isso mesmo, com a indemnização moratória, não sendo aquela susceptível de redução equitativa nos termos do art. 812.º, n.º 1, do Código Civil, conforme decidiu — e não decidiu bem — o STJ. Ora, a nosso ver, o que estava em causa era uma verdadeira cláusula penal moratória — portanto, com a potencial dupla função de reparação e de compulsão — manifestamente excessiva, que devia ter sido reduzida pelo tribunal de acordo com a equidade, nos termos do art. 812.º, n.º 1, do Código Civil. Dar à cláusula uma função meramente compulsória e, por outro lado, negar a sua cumulabilidade com a indemnização moratória, equivaleria a uma de duas coisas: ou ver nela uma cláusula de exoneração da responsabilidade civil — cláusula não admitida pela opinião gene-

41 “A obra intelectual como objecto do contrato de empreitada”, cit., p. 155.

42 “Parecer sobre a prestação de obra intelectual”, cit., ps. 185, 186.

realizada da doutrina⁴³ — ou deixar entrar pela janela o que se quis impedir de entrar pela porta — a função indemnizatória da mesma cláusula.

A delicadeza do caso apreciado no acórdão resulta, quer-nos parecer, de facto de a cláusula ter sido estipulada para o atraso no cumprimento, convencionando 1% de determinado valor, por cada dia de atraso. Esta técnica de fixar uma soma pecuniária *forfaitaire* por período de atraso é mesmo típica do instituto da sanção pecuniária compulsória — conforme se pode ver no n.º 1, art. 829.º-A do Código Civil — circunstância que é susceptível de criar alguma confusão, inculcando a ideia de que semelhante cláusula, estipulada para a mora e quando não redigida com suficiente precisão, é um puro e simples meio coercitivo ao cumprimento, sem qualquer finalidade indemnizatória. Confusão evitável se tivermos presentes as considerações já expendidas de que não são lícitas a cláusula penal exclusivamente compulsória, ou a sanção pecuniária compulsória convencional.

Em regra, a interpretação negocial permitirá ver na estipulação das partes uma verdadeira cláusula penal moratória, com finalidades reparadora e coercitiva, independentemente da terminologia utilizada pelos contratantes, e à qual o juiz não está vinculado. Mesmo que as partes tenham qualificado expressamente a cláusula como “sanção pecuniária compulsória”, fixando X por cada dia de atraso no cumprimento, o juiz deve procurar a verdadeira intenção das partes, independentemente do *nomem iuris* posto à cláusula e ao qual o tribunal não deve obediência.

Assim, se, apesar da terminologia empregue — sanção pecuniária compulsória, multa coercitiva, cláusula penal sancionatória ou compulsória etc. — por interpretação o tribunal tira a conclusão de que a soma fixada é destinada a reparar o dano, determinado à *forfait* e preventivamente, estar-se-á na presença de uma verdadeira cláusula penal. Se, ao invés, é inequívoca a vontade de as partes dotarem a cláusula de valor exclusivamente compulsório, outorgando expressamente ainda a indemnização pelo mesmo ilícito contratual, a estipulação é ilícita naquela parte e, portanto, nula.

43 PINTO MONTEIRO defende a validade de cláusulas de exclusão de responsabilidade civil por culpa leve, fazendo uma interpretação restritiva do art. 809º do Código Civil (Cláusulas, cit., p. 159 e segs.) — posição sufragada por MOTA PINTO, Teoria Geral, cit., p. 593 e segs.

É que não é possível cumular a cláusula penal moratória com a indemnização, determinada segundo as regras gerais, do dano correspondente ao atraso no cumprimento da obrigação (indemnização moratória) — tal como o não é cumular a cláusula penal compensatória e a indemnização, determinada segundo as regras gerais, do dano relativo ao não-cumprimento definitivo (indemnização compensatória). Estando em causa, nestas situações, um só ilícito contratual⁴⁴ e obstando o estabelecimento da cláusula penal a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes (art. 811.º, n.º 2, do Código Civil), por maioria de razão deve ter-se por não admitido o cúmulo da cláusula penal e da indemnização do prejuízo coberto por ela: este prejuízo está absorvido no próprio montante determinado previamente e à *forfait* na cláusula penal. E o credor não pode em caso algum, mesmo no caso de expressa convenção das partes, exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal (art. 811.º, n.º 3, do Código Civil), sem prejuízo do funcionamento de cláusula penal superior ao valor da indemnização do dano efectivo, determinado segundo as regras gerais.⁴⁵

Não se diga, para impedir a interpretação feita, que o montante fixado pela cláusula não é referente ao dano e que tem apenas valor sancionatório-compulsório. Logo, se o credor exige cumulativamente esse montante determinado previamente e a indemnização do dano efectivo, não estará a violar o art. 811.º, do Código Civil, dado o carácter de pena ou sanção não-indemnizatória daquele.

Tal interpretação violaria claramente a regulamentação legal da cláusula penal, segundo a qual esta determina previamente

44 Já é possível cumular a indemnização compensatória com a cláusula penal moratória e a cláusula penal compensatória com a indemnização moratória, pois estão em causa dois ilícitos distintos, não passando a cláusula penal compensatória ou a indemnização compensatória de sub-rogação do cumprimento, cumulável com a cláusula penal moratória (art. 811º, nº 1, do Código Civil), ou a indemnização moratória (art. 811º, nº 1, do Código Civil), ou a indemnização moratória. Para a cumulação da sanção da mora com a do não-cumprimento, cfr. ANTUNES VARELA, Parecer sobre a prestação de obra intelectual, cit., p. 191 e segs.

45 Para a interpretação do art. 811, nº 3, cfr. CALVÃO DA SILVA, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., nº 70.

e à *forfait* o dano, como que presumido *iuris et de iure* na sua existência e no *quantum* fixado, o que leva a que o credor não possa renunciar a esse montante para requerer o ressarcimento integral do dano, segundo as regras gerais, e o devedor só possa pedir a redução do seu montante nos termos do art. 812.º do Código Civil.

Seria, por isso, uma grave contradição tolerar o cúmulo da sanção penal (cláusula penal) com a indemnização do dano efectivo, quando é o próprio legislador quem, por um lado, proíbe imperativamente o cúmulo da cláusula penal compensatória com o cumprimento da obrigação principal (art. 811.º, n.º 1, do Código Civil) e, por outro, estatui que o estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes (art. 811.º, n.º 2, do Código Civil).

Isto quer dizer que o legislador conferiu à cláusula penal um fundamento indemnizatório, determinando preventivamente e à *forfait* o dano reparável, por razões de comodidade, de certeza e de segurança, já que o credor não terá de provar a existência e o *quantum* do dano efectivo e o devedor não poderá provar a inexistência de prejuízo, a não ser para efeitos de aplicação do art. 812.º. Nesta medida, a função indemnizatória da cláusula penal é (potencialmente) essencial, ainda que na realidade não resulte dano do não-cumprimento, o que propuliona a possível função coercitiva que também a caracteriza.

Numa palavra: de acordo com o regime legal, a cláusula penal caracteriza-se pela irreduzível possibilidade ou coexistência irreduzível da função indemnizatória e da função coercitiva, nela se cumulando sempre as duas funções sem que uma delas possa ser arredada em benefício da outra, muito embora as circunstâncias práticas do caso possam fazer reluzir (mais) uma ou outra.

Porque a cláusula penal determina, previamente e à *forfait*, o dano, excluindo ao credor a possibilidade de optar pela indemnização do prejuízo efectivo e obstando mesmo a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes (art. 811.º, n.º 2, do Código Civil), uma convenção de cúmulo da cláusula penal e da indemnização deve, por redução teleológica, valer como cláusula de ressarcibilidade

do dano excedente — dano não coberto pela cláusula penal que se revelou de montante inferior ao dano efectivo.⁴⁶

E porque a cláusula penal é já ela própria determinação preventiva e à *forfait* do dano e fixa o máximo da indemnização (art. 811.º, n.º 2), não se descortina grande espaço vital de originalidade e autonomia existencial, relativamente àquela, de um pacto de liquidação preventiva e *forfaitaire* do dano. Originalidade e autonomia que já existiriam, se a solução do art. 811.º, n.º 2, do Código Civil, fosse exactamente a contrária: “O estabelecimento da cláusula penal não obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes.”⁴⁷ Neste caso, porque, legalmente, a cláusula penal fixaria o mínimo da indemnização, podendo o credor exigir a reparação do dano excedente, o pacto de determinação preventiva e à *forfait* do dano, autónomo da cláusula penal propriamente dita, já tinha o interesse de excluir a possibilidade de o credor fazer valer um dano superior ao fixado *ex ante*. É o que acontece, de resto, na República Federal Alemã, com a conhecida *Pauschalierter Schadenersatz*, figura distinta da cláusula penal propriamente dita.⁴⁸

46 Para alguns exemplos de funcionamento da redução teleológica referida em texto, cfr. CALVÃO DA SILVA, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., nº 70.

47 Solução que defendemos de *iure condendo*. A fundamentação desta solução pode ver-se no nosso Cumprimento, cit., nº 69.

48 Para a distinção entre cláusula penal (*Vertragstrafe*) e *pauscha lieter Schadenersatz* e controvérsia de saber como pode ser protegido o devedor no caso de esta última ser exorbitante, designadamente vendo nela uma cláusula penal oculta, susceptível, portanto, de redução equitativa nos termos do § 343 do BGB (equivalente ao art. 812º do Código Civil português), cfr., por todos, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 12ª ed., § 24 II c, p. 314 e segs.; BEUTHIEN, *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragstrafe*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstags*, 1973, p. 495 e segs.; PALANDT, *BGB*, 38ª ed., 5, p. 280.