

ANOTAÇÃO

DIREITOS DE AUTOR, CLÁUSULA PENAL E SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA

Pelo Dr. João Calvão da Silva

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

1. Duas questões fundamentais são discutidas e resolvidas no douto Acórdão citado: I) a da qualificação jurídica do contrato celebrado entre a Radiotelevisão 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* ocupa o S.T.J., as próprias instâncias e os Profs. Doutores FERRER CORREIA e ANTUNES VARELA nos pareceres que deram no litígio. Trata-se de saber se o contrato, pelo qual a Filmform se obrigou a produzir para a R.T.P. 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 VARELA ⁽²⁾ o contrato firmado não é de empreitada, mas sim um verdadeiro contrato inominado.

⁽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, págs. 129 e segs..

⁽²⁾ ANTUNES VARELA, *Parecer sobre a prestação de obra intelectual*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 45, 1985, pág. 159 e segs..

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

I

CONTRATO RELATIVO AOS DIREITOS DE AUTOR

2. 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 R.T.P.; filmagens; composição do fundo 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; por outro lado, que a série de programas televisivos encomendada não é 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 MESQUITA ⁽³⁾ e ANTUNES VARELA ⁽⁴⁾ ao próprio Acórdão do Supremo Tribunal, nos termos do qual «dúvidas não se levantaram

⁽³⁾ *A obra intelectual*, cit., *passim*.

⁽⁴⁾ *Parecer sobre a prestação de obra intelectual*, cit., *passim*.

sobre a actuação intelectual ou criação do 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).

3. 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 consequentes 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: saber, primeiro, 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 em apreço, com o qual este tenha mais analogia e onde a *ratio* do preceito concreto a aplicar se verifique no ponto omissos.

4. 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).

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

(5) Cfr. ROA, Ano 45, Abril de 1985, pág. 120.

(6) O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos foi aprovado pelo Decreto-lei n.º 63/85, de 14 de Março, alterado pela Lei n.º 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 n.º 46 980, de 27 de Abril de 1966, entretanto revogado.

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 ⁽¹⁾; 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 consequentemente, ao contrato que deu origem ao Acórdão deve ser aplicado o regime do Código do Direito de Autor, porquanto o seu objecto é, indubitável e reconhecidamente, obra do espírito, 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 espírito e exteriorizações da personalidade, de que são espelho e imagem —, serão protegidos através do reconhecimento ao seu autor de direitos absolutos e exclusivos.

⁽¹⁾ Cfr. PEREIRA COELHO, *La publicité et le consommateur (Rapport général)*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XXXII, págs. 19 e segs.; CALVÃO DA SILVA *La publicité et le consommateur (Rapport portugais)*, in Travaux, cit., págs. 191 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *La publicité et les droits intellectuels (Rapport portugais)*, in Travaux, cit., págs. 397 e segs.; CARLOS ALBERTO BITTAR, *La publicité et les droits intellectuels (Rapport brésilien)*, in travaux, cit., pág. 269.

Na verdade, com a criação da 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 de 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).

5. 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, segundo a qual o negócio jurídico em causa é um contrato de empreitada regulado pelos artigos 1207.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) (R.T.P.) gozaria do *direito de desistência*, a todo o tempo, da série televisiva encomendada, concedido pelo art. 1229.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

(8) Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, n.º 122.

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 retractação ou *droit de repentir*, contanto que tenha razões morais atendíveis e indemnize 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 coenvolveria 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 e do espírito, 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).

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 Radiotevisão 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 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 jurídica (11) 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).

(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».

(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*, 3.ª ed., Coimbra, 1985, pág. 317; MAMUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Coimbra, 1972, págs. 122 e 123. O reconhecimento de direito de autor a pessoas colectivas consta expressamente do Código do Direito de Autor (v. g. art. 174.º, n.º 4).

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

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 proscreve 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, lhe concede o dito direito de retirada quando o poder de disposição e de divulgação é exercido *ex post*, depois da obra realizada.

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 precisamente na proeminência e primado do direito moral sobre o direito patrimonial de autor.

6. Nos termos do n.º 1 do 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 do art. 1.º do Código do Direito de Autor).

(12) Não se trata, portanto, de uma faculdade que o autor possa exercer *ad libitum*, manifestando apenas uma vontade nua e crua (*nuda voluntas*), 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, quando entenda que a obra criada não é a imagem e o espelho fiel desses interesses, tutelando, assim, a personalidade intelectual e criadora de que a obra emana.

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

Porque são realidades distintas, a obra intelectual não pode 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 inédito⁽¹⁴⁾ 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),

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

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

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.

7. Em face de quanto acaba de dizer-se, não se nos afigura acertada, neste ponto, a tese do aresto do S.T.J. 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 caminho pela via certa, seguindo o rumo correcto — o da qualificação do objecto do contrato como obra intelectual —, FERRER CORREIA/HENRIQUE 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 os arts. 1207.º e segs. do Código Civil, disciplinadores do contrato de empreitada, considerando desta espécie o contrato celebrado entre a Filmform e a R.T.P.. Tudo isto, quer-nos parecer, para qualificar o comportamento da Televisão como uma desistência lícita do contrato — direito que o art. 1229.º do Código Civil concede ao dono da obra, contanto que indemnice 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 Acordão *sub iudice*, «da análise dos artigos 1207.º e segs. do Código Civil em vigor, nomeadamente dos artigos 1209.º, n.º 2, 1212.º, n.ºs 1 e 2, e 1228.º, n.º 1, vê-se que na obra, objecto da empreitada, deve existir uma coisa, algo de corpóreo, portanto» (15).

(15) Cfr. ROA, Ano 45, Abril de 1985, pág. 120.

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 artigo 1207.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 material adequado» (17), certo é 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 incorpórea, 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 materiais, deve ser tida como coisa, visto que coisa, segundo o art.º 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 artigo 1207.º prescreve» (18).

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

(17) *A obra intelectual*, cit., pág. 144.

(18) Cfr. ROA, Ano 45, Abril de 1985, pág. 120.

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/HENRIQUE MESQUITA ⁽²²⁾ —, não deveria deixar de aplicar-se o direito próprio, o *ius singulare*, por que são protegidas as criações intelectuais — o Código de Direito de Autor. Caso contrário, seria protegido o «dono» da obra intelectual — no caso a Televisão, a quem assistiria o direito de desistência a todo o tempo (art. 1229.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 intelectual ser protegido e o «empreiteiro», autor da mesma, não o ser — com a consideração de que o regime do contrato de empreitada (art. 1207.º e segs. do Código Civil) teria de sofrer «as adaptações impostas pela natureza específica das coi-

⁽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., pág. 33.

⁽²⁰⁾ *Parecer*, ob. cit., pág. 171.

⁽²¹⁾ *Parecer*, ob. cit., pág. 167.

⁽²²⁾ *A obra intelectual*, ob. cit.

sas 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 artigo 1212.º» (23). Depois de, coerentemente, considerarem aplicável ao contrato de empreitada de obra intelectual o art. 1212.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 artigo 1212.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 intelectuais são reguladas pela disposição do Código do Direito de Autor, incumbindo ao intérprete proceder à integração das lacunas de regulamentação através da aplicação de normas do 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 regulação das modalidades (típicas ou nominadas) do contrato de prestação de serviços;

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

(23) *A obra intelectual*, cit., pág. 145.

(24) *A obra intelectual*, cit., pág. 146.

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. 1303.º do Código Civil).

8. 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 MESQUITA ⁽²⁶⁾ e pelo Acórdão, o contrato é de empreitada, regulado pelos arts. 1207.º e segs. do Código Civil — logo, a Televisão tem o direito de desistência nos termos do art. 1229.º; para outra, defendida por ANTUNES VARELA ⁽²⁷⁾, o contrato é inominado e não lhe é aplicável o art. 1229.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 a legislação especial, podendo recorrer-se a normas de contrato próximo para resolver pontos não previstos naquele *ius singulare* nem, obviamente, 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. Aí,

⁽²⁵⁾ Cfr. FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA, *A obra intelectual*, cit., pág. 129.

⁽²⁶⁾ *A obra intelectual*, cit.

⁽²⁷⁾ *Parecer*, cit., espec. n.º 5.

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, sem descurar 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 (arts. 85.º e segs.), contrato de representação cénica (arts. 107.º e segs.), contrato de recitação e de execução (arts. 121.º e segs.), contrato de produção de obra cinematográfica (arts. 124.º e segs.), contrato de fixação fonográfica e videográfica (arts. 141.º e segs.), contrato de radiodifusão sonora ou visual (arts. 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. 1229.º do Código Civil.

Não se nos afigurando feliz e acertada a qualificação do contrato celebrado entre a Televisão e a Filmfom 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 1207.º), não abrangendo portanto a prestação de um ser-

viço ⁽²⁸⁾ —, e porque nem há um *plano convencionado* a que a execução da obra deva obedecer, a resposta pareceria dever ser negativa. Na verdade, estando em causa, no caso em apreço, um contrato de prestação de serviço pelo qual a Filmform se obriga a proporcionar à Radiotelevisão Portuguesa certo resultado (uma série de doze programas de televisão) do seu trabalho intelectual (art. 1154.º do Código Civil), as normas aplicáveis são as do mandato (art. 1157.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. 1156.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. 1170.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. 1172.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. 1229.º do Código Civil). É que as questões afiguram-se-nos idênticas, como semelhantes se nos apresentam os interesses conflituantes.

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, 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. 1229.º tem plena aplicação àquele.

⁽²⁸⁾ Ao contrário do Código Civil italiano (art. 1655.º) e do BGB alemão (§ 631).Cfr., por todos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, cit., págs. 786 e segs.

Isto porque se é certo que a prestação típica do contrato concluído entre a Radiotelevisão 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 jurídica como contrato da 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 (*Tätigkeitsvertrag*) —, em termos de o juízo de valor contido no art. 1229.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

9. 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 este entendimento é conveniente fazer um confronto entre a cláusula penal (³⁰) e a sanção pecuniária com-

(²⁹) A aplicação do art. 1229.º do Código Civil ao contrato de arquitecto, qualificado como contrato atípico de prestação de serviço, é defendida por BAPTISTA MACHADO na Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 118.º, pág. 278, em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 1983.

(³⁰) Sobre a cláusula penal, cfr. MOTA PINTO e PINTO MONTEIRO, *Fixação contratual dos direitos do credor*, in MOTA PINTO, *Direito Civil*, ed. policop., Coimbra, 1980, págs. 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, págs. 176 e segs.; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, *cit.*, págs. 74 e segs.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1984, págs. 544 e segs.; VAZ SERRA, *Pena Convencional*

pulsória ⁽³¹⁾, meio de coerção ao cumprimento das obrigações, na esteira da *astreinte*, consagrado no art. 829.º-A do Código Civil ⁽³²⁾, que reza assim:

«1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, 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 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».

10. 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 é estipulada pela (s) parte (s);

(sep. do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 67), Lisboa, 1957; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, págs. 136 e 137; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n.º 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., págs. 104 a 108; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., págs. 746 e segs.; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas*, cit., págs. 200 e segs..

⁽³²⁾ Artigo introduzido pelo Decreto-Lei n.º 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.

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 a cláusula penal constitui muitas vezes a expressão convencional antecipada e *forfaitaire* da indemnização e execução por equivalente, substitutiva do cumprimento;

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 clausula 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 judicial 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 reverte metade para o Estado e metade para o credor (art. 829.º-A, n.º 3, do Código Civil); a cláusula penal destina-se apenas ao credor.

11. À 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⁾. Consequentemente, afirmar a licitude e validade de uma cláusula fixando uma sanção pecuniária compulsória, com base na autonomia da vontade⁽³⁴⁾, *rectius*, na liberdade contratual, expressão 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 coerci-

⁽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, págs. 2 e segs., *maxime*, pág. 9.

⁽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.

tiva ⁽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 a indemnização, não podendo as partes conferir-lhe apenas valor coercitivo, cumulável com a indemnização.

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

⁽³⁶⁾ Cfr. os desenvolvimentos no nosso *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit. n.º 67.

⁽³⁷⁾ Desenvolvimentos podem ver-se no nosso *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n.º 68.

⁽³⁸⁾ Desenvolvimentos podem ver-se no nosso *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n.ºs 69 e 70.

⁽³⁹⁾ No mesmo sentido, no sentido de que o art. 829.º-A constitui uma inovação e, mais do que isso, «uma verdadeira derrogação do direito anterior», cfr. ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, cit., pág. 104.

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*.

12. Por isso não se nos afigura ter razão o S.T.J., 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 indemnizatória, 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 S.T.J., 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 indem-

(40) Cfr. *supra*, SUMÁRIO, II, do Ac. de 3-11-1983.

(41) *A obra intelectual como objecto do contrato de empreitada*, cit., pág. 155.

nização devida ao contraente lésado, 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 regulada pelas normas gerais, 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 S.T.J.. 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 (42a). 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 de responsabilidade civil — cláusula não admitida pela opinião generalizada da doutrina (43) — ou deixar entrar pela janela o que se quis impedir de entrar pela porta — a função indemnizatória da mesma cláusula.

(42) *Parecer sobre a prestação de obra intelectual*, cit., págs. 185-186.

(42a) Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, cit., nota 471.

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

13. A delicadeza do caso apreciado no Acórdão resulta, quer-nos parecer, do 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 do art. 829-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 evitada 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 *nomen 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, por ser contrária à lei.

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 (indenização compensatória). Estando em causa, nestas situações, um só ilícito contratual ⁽⁴⁴⁾ 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 (fixadora de dano exigível) superior ao valor da indemnização do dano efectivo, determinado segundo as regras gerais ⁽⁴⁵⁾.

14. 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 e *à forfait* (a indemnização de) o dano exigível (art. 810.º, n.º 1), 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

⁽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. 811.º, n.º 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., págs. 191 e segs.

⁽⁴⁵⁾ Para a interpretação do art. 811.º, n.º 3, cfr. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n.º 70.

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 uma função indemnizatória, 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 ressarcidora da cláusula penal é (ainda e potencialmente) essencial, mesmo que na realidade não resulte dano do incumprimento, o que propulsiona a possível função coercitiva que também a caracteriza. Corresponde a dizer que o pacto de cumulação da cláusula penal e do ressarcimento do dano regulado pelas normas gerais — válido se aquela tivesse, *rectius*, pudesse ter uma função exclusivamente compulsória-sancionatória e não ainda indemnizatória — é contrário ao regime legal da cláusula penal, ao próprio texto do art. 811.º, n.º 1, segundo o qual as partes fixam na cláusula penal «o montante da *indemnização exigível*».

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, muito embora as circunstâncias práticas do caso possam fazer reluzir (mais) uma ou outra.*

15. Porque a cláusula penal determina previamente e *à forfait* o dano exigível, 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 do dano regulada pelas normas gerais 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 determinada preventiva e *à forfait* do dano e fixa o máximo da indemnização exigível (art. 811.º, n.º 2), não se dsecortina 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., n.º 70.

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

⁽⁴⁸⁾ Para a distinção entre cláusula penal (*Vertragstrafe*) e *pauschalierter Schadenersatz* e controvérsia de saber se é 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 B.G.B. (equivalente ao art. 812.º do Código Civil português), cfr., por todos, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 12.ª ed., § 24 II c, págs. 314 e segs.; BEUTHIEN, *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragstrate*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, 1973, págs. 495 e segs.; PALANDT, *B.G.B.*, 38.ª ed., § 5 A b), pág. 280.