



Noção de “Obra” no Contrato de Empreitada: Controvérsia?

Bianca C. de Sousa Teixeira



Dissertação de Mestrado em Direito

Orientação: Prof. Doutora Mónica Martinez

Dezembro, 2014



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

AGRADECIMENTOS

Para que se possa concretizar, é necessário sonhar. Para que se possa sonhar, são necessários ventos que nos levem e nos façam acreditar que somos capazes de voar. Assim aconteceu com esta dissertação. Com o apoio e a determinação de algumas pessoas os meus ventos sopraram mais forte, levando-me a atingir mais um patamar na concretização dos meus sonhos. Assim, existem algumas pessoas que não posso deixar de mencionar e agradecer.

À Doutora Mónica Martinez, para a qual palavras não são suficientes.

Ao Bernardo de Castro e à Raquel Figueiredo pelas palavras certas no momento exacto.

Ao Guilherme por todo o carinho e paciência.

A todas as pessoas que sempre acreditaram e ousaram sonhar comigo.

E por fim, à minha família, pilares de tudo o que sou, pela eterna compreensão para com a minha ânsia de viver.

A eles dedico este trabalho!

Nota:

A presente dissertação foi redigida pelo antigo acordo ortográfico

Noção de “Obra” no Contrato de Empreitada: controvérsia?

Resumo:

O contrato de empreitada consagrado em direito português comporta algumas especificidades que o diferenciam dos outros tipos de prestação de serviços.

Não obstante, existem situações que, pela complexidade prática ou até mesmo por “linhas divisórias” demasiado ténues, fazem com que esta figura muitas vezes se confunda com outros tipos contratuais, nomeadamente a prestação de serviços, o mandato, o depósito, o contrato de trabalho e a compra e venda.

A noção de obra é, desde logo, um conceito fundamental para que melhor se consiga definir a distinção entre uns e outros contratos.

E desde logo, para que se consiga definir a noção de obra terá que se ter a noção clara das várias classificações de coisas existentes e consagradas no Código Civil.

Ao definir as referidas classificações deparamo-nos com a controvérsia maior que se encontra intrínseca ao contrato de empreitada e à sua noção. É que tanto na jurisprudência como na doutrina encontramos opiniões diversas e opostas: numa delas acredita-se e defende-se que as obras incorpóreas são parte integrante da noção de obra no contrato de empreitada; já na outra acredita-se em ideia completamente oposta, levando a que se exclua determinadamente as coisas corpóreas da referida noção.

Notion of "work" in the Works Contract: controversy?

Abstract:

The works contract as it is enshrined in the Portuguese legislative scheme contains some peculiarities that differentiate it from other types of services.

Nevertheless, there are situations, practice or even by "dividing lines" too tenuous, this complexity figure is often confused with other types of contracts.

The notion of work, of course, is a prerequisite for better able to define the distinction between one and the other concept.

This definition incorporates several skills, including the various classifications of existing and dedicated things in the Civil Code.

By defining these ratings are faced with the biggest controversy that is intrinsic to the construction contract and its notion.

It is both in jurisprudence and doctrine found in diverse and opposing views: one of them is believed and argued that intangible works are an integral part of the notion of work for the contract; already in the other believes in complete opposite idea, taking it decisively excludes such corporeal things of that term.

Índice

Palavras-chave:	6
Lista de abreviaturas:.....	6
Introdução:.....	7
Cap. I - Noção Geral de Empreitada	8
I.i – Contrato de Empreitada e seu regime.....	9
(1.Natureza do contrato; 2.Forma do contrato;3.classificação contratual; 4.Formação do contrato; 5.Direitos e obrigações das partes; 6.Direito de Fiscalização; 7.Aceitação da obra; 8. Alterações ao plano convencionado; 9.Direito de desistência por parte do dono da obra)	
I.ii – Evolução histórica e Direito Comparado do Contrato de Empreitada	23
I.iii – Contrato de Empreitada e Figuras Afins	28
(1.Prestação de serviços; 2.Mandato; 3.Depósito; 4.Contrato de trabalho; 5.Compra e Venda)	
CAP. II – Noção de Obra no Contrato de Empreitada e posições divergentes.....	37
II.i – A obra uma coisa	38
(1.Individualidade; 2.Utilidade; 3.Susceptibilidade de apropriação; 4.Coisas móveis e imóveis; 5.Coisas Compostas; 6. Coisas fungíveis e infungíveis; 7.Coisas Consumíveis; 8.Coisas divisíveis; 9.Coisas Acessórias; 10.Coisas Futuras; 11.Coisas materiais e imateriais/corpóreas e incorpóreas)	
II.ii – Noção de Obra e a Posição Doutrinária.....	51
(1.Noção de obra em sentido amplo; 2.Noção de obra em sentido restrito; 3. Originalidade da Obra)	
II.iii – A Obra em Direitos de Autor	59
(1.Direitos Patrimoniais; 2. Direitos Pessoais do autor; 3. Direito ao inédito; 4.Direito de retirada; 5.Direito à menção da designação; 6. Direito à paternidade da obra; 7. Direito à integridade da obra)	
II.iv – A Noção de Obra na Jurisprudência.....	68
CONCLUSÃO:	76
BIBLIOGRAFIA.....	79

Palavras-chave:

Contrato de Empreitada; Direitos de Autor ; Obra; Coisas; Direitos de autor; empreiteiro; dono da obra; obras intelectuais; criações artísticas

Lista de abreviaturas:

C.C. – Código Civil

CDADC – Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos

C.E. – Contrato de Empreitada

Art. – Artigo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRE – Tribunal da Relação de Évora

Nov. – Novembro

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Introdução:

A questão inerente ao contrato de empreitada e às obras intelectuais foi levantada pela primeira vez devido a um contrato entre a RTP1 e a Filmform, cujo teor, atempadamente, se falará.

Foi desde que se colocou o problema debatido neste acórdão datado de 3 de Novembro de 1983 que se deu maior importância às dúvidas existentes em relação ao conceito de obra.

Por um lado, fazendo-se uma interpretação muito restrita da noção de obra consagrada no art. 1207º do Código Civil correr-se-á o risco de deixar bastantes situações, verdadeiramente merecedoras de tutela por parte do regime do contrato de empreitada, fora do mesmo.

Esta é uma problemática que, não obstante estar bem patente no ordenamento jurídico português, não o está em outros sistemas europeus. Conforme melhor se poderá confirmar alguns ordenamentos jurídicos fazem uma descrição clara do conceito de obra, não deixando grandes dúvidas a respeito do âmbito de aplicação do regime do contrato de empreitada.

Todavia, conforme se referiu, o mesmo não acontece com o sistema jurídico português, razão pela qual se irá abordar não só a noção de obra no contrato de empreitada como também todos os aspectos dos regimes circundantes a esta. Como sendo, o regime do próprio contrato de empreitada, o seu enquadramento histórico, e contratos que se assemelham ao mesmo. A identificação de obra enquanto uma coisa e o seu devido enquadramento nas várias classificações legais de coisa. Por último abordar-se-ão as posições doutrinárias divergentes quanto ao conceito de obra no contrato de empreitada o que imporá uma abordagem ao regime português dos Direitos de autor.

Com tal percurso pretende-se responder à pergunta: Haverá de facto uma controvérsia relativamente ao conceito de obra no contrato de empreitada?

Cap. I - Noção Geral de Empreitada

Neste capítulo primeiro pretende-se tratar do contrato de empreitada e de todas as questões que lhe estão inerentes. O seu regime, a sua “história” e por fim quais os contratos com que pode ser erroneamente confundido.

Desta maneira, e começando por uma abordagem ao regime específico do contrato de empreitada, passaremos a falar da sua noção.

Consagrada no art.1207^o e seguintes do C.C., a empreitada é considerada, no direito português, como um contrato de prestação de serviços que tem em vista a realização específica de uma obra. Trata-se portanto, de um contrato bilateral em que, havendo duas partes, uma delas se compromete a realizar uma obra e a outra a pagar um preço. Segundo Ferreira de Almeida *“podendo variar, sem descaracterização, as modalidades do cálculo do preço (global ou à forfait, por medida, por artigo e mesmo por tempo), o contrato de empreitada distingue-se de outros contratos de troca pela natureza da prestação não monetária, que consiste na realização de uma obra.”*^{1 2}

Assim, torna-se importante definir o regime do contrato de empreitada, bem como as suas especificidades para não o confundir com outros.

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - **Contratos II – conteúdo, contratos de troca** . 2ªed. [S.l.] : Almedina, 2011, pág.152.

² Atente-se desde logo para o facto de o conceito de obra se mostrar desde já essencial. Isto porque, para podermos qualificar um contrato como sendo de empreitada e consequentemente lhe podermos aplicar o respectivo regime, temos que claramente saber com que tipo de obra estamos a lidar e *in extremo* se estaremos de facto a lidar com uma obra.

I.i – Contrato de Empreitada e seu regime

1. Natureza do contrato

Relativamente à natureza do contrato de empreitada, pode admitir-se que este tanto pode ter de natureza civil como comercial. Á priori, este contrato seria eminentemente civil. Todavia, admite-se a ideia de que o contrato de empreitada tanto poderá ter natureza civil ou mercantil. Isto porque, existem situações em que, nos termos de um contrato de empreitada, a parte que se obriga a construir pode ser uma pessoa jurídica no exercício de actividade comercial. Nesta situação e nos termos do art. 2º do CCComercial, justifica-se que se qualifique este contrato como um contrato de natureza comercial³.

Por outro lado, existem também situações em que o empreiteiro apenas “fornece” a força do seu trabalho, uma vez que os materiais são fornecidos pelo dono da obra. Bem como situações em que o empreiteiro, apesar de fornecer alguns materiais, estes são de diminuto valor, comparativamente aos materiais fornecidos pelo dono da obra.⁴ E, nestes casos, a classificação mais correcta seria a de natureza civil do contrato.

Analisando o ordenamento jurídico de outros países, que fortemente influenciaram o nosso legislador a vários níveis, como é o caso do ordenamento jurídico Italiano, podemos constatar que em Itália esta situação de diferenciação da natureza civil ou comercial do contrato de empreitada é levada ao extremo, chegando mesmo a haver duas modalidades de empreitada no CCItaliano. Assim, no âmbito do sistema legislativo italiano observa-se a existência do contrato de *appalto*, no qual alguém fica obrigado a realizar uma obra ou um serviço, diligenciando por si os meios necessários e ficando a gestão do risco a seu cargo (partindo do pressuposto da existência de uma actividade comercial), e do contrato *d’opera*, no qual o empreiteiro será uma

³ Situação que desde logo nos permite explorar o contracto de empreitada como objecto de estudo no âmbito das ciências jurídico-comerciais, enquadrando portanto o tema desta dissertação no contexto especializado do mestrado em questão.

⁴ Tem-se como exemplo o caso em que o empreiteiro apenas irá erguer um muro sozinho, com materiais fornecidos pelo dono da obra. Neste sentido Pedro Romano Martinez in Direito das Obrigações – Parte especial contratos; 2ª edição, Almedina; e acrescenta que “Neste exemplo, o contrato não deixará de ser civil se o operário fornecer o cimento necessário para a elevação do muro ou, como é mais frequente, os utensílios com que normalmente trabalha.”

pessoa singular que realiza uma obra ou um serviço com trabalho predominantemente próprio (contrato de natureza civil).

RUBINO⁵, salienta ainda que, *“a distinção estabelecida no CC italiano não tem por base a essência ou a natureza das duas figuras, pois advém de uma criação do Direito positivo, sendo as dissemelhanças meramente extrínsecas. Mesmo no sistema italiano, apesar da diferença constante no respectivo código civil, muitas das normas que regulam o appalto encontram aplicação no domínio do contrato d’opera.”*

Todavia apesar de em várias matérias o CC Português ser fortemente influenciado pelo CC Italiano, nesta matéria não o é.

Romano Martinez⁶ refere que *“Se o contrato de empreitada não fosse incluído no actual Código Civil, para evitar que esta matéria ficasse por regulamentar ou que fosse objecto de diploma avulso, ter-se-ia de manter em vigor o Código Civil de 1867, na parte que respeitava a este negócio jurídico”*. Para além disto, admite-se também que tal distinção não seria necessária, em termos de legislação (dada a possibilidade da dupla natureza do contrato), uma vez que o Direito Civil no nosso sistema é um Direito subsidiário do Direito Comercial e, como tal, torna-se pacífico que o que está regulamentado no código civil seja aplicado no Direito Comercial.

Esclarecida a questão da natureza do contrato de empreitada e dando seguimento à exposição geral deste contrato, torna-se pertinente falar da forma que o mesmo segue.

2. Forma do contrato

Quanto à forma, uma vez que a lei nada diz sobre este assunto, admite-se que este contrato será um contrato consensual, não sendo obrigatória a adopção e

⁵ Autor citado por Romano Martinez em Direito das Obrigações – Parte especial, contratos; 2ª edição, Almedina, 2001, pág. 325.

⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito das Obrigações - Parte especial contratos** .2ª edição. Almedina, 2001, pág. 326.

forma especial para que este se torne perfeitamente eficaz (art. 219º C.C.)⁷
Assim, ter-se-á a empreitada como um contrato não solene ou não formal.⁸

3. Classificação contratual

Ao nível de classificação contratual⁹, o contrato de empreitada ter-se-á como um contrato oneroso, uma vez que implica perdas patrimoniais para ambas as partes; sinalagmático, já que do contrato surgem obrigações para ambas as partes e, neste caso, trata-se de um sinalagma genérico, uma vez que as obrigações estão ligadas entre si, e funcional, já que essa ligação permanece durante toda a execução do contrato; comutativo, uma vez que tudo neste contrato (conteúdo e atribuição patrimonial) fica desde logo definido e certo, e exclui-se qualquer tipo de álea; por fim, será também um contrato de execução instantânea. Apesar de o contrato de empreitada se poder prolongar durante um período (maior ou menor) de tempo, não poderá ser considerado como um contrato de execução duradoura, porque o tempo que a obra levará a ser executada não terá na prática qualquer tipo de influência sobre o conteúdo e extensão da obrigação. Citando Menezes Leitão, *“Mesmo que essa execução se possa prolongar no tempo, este nunca é visto como relevante em termos de delimitação do conteúdo da obrigação, sendo apenas um prazo de execução da obrigação do empreiteiro, que é assim considerada.”*¹⁰

4. Formação do contrato

Relativamente ao processo de formação do contrato de empreitada, há que salientar que é importante distinguir o contrato de empreitada de direito privado do contrato de empreitada de obras públicas. Desde logo o primeiro será

⁷ Sobre os negócios jurídicos solenes ou não solenes ver, FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil II**. 3ª edição, Universidade Católica Editora, pág.65

⁸ Exceptua-se os casos de empreitada de obras públicas (art.94º CCP) ou nos casos de construção de navios (art.12º, do D.L. 201/98, de 10 de Julho) em que a lei exige imperativamente, que este contratos sejam reduzidos à forma escrita.

⁹ Sobre classificação contratual ver FERNANDES, Luís A. Carvalho - **Teoria Geral do Direito Civil vol II**. 3ª edição revista e actualizada; Universidade Católica Portuguesa; VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Teoria Geral do Direito Civil 2008**. 5ª edição, Almedina; MENDES, João de Castro - **Teoria Geral do Direito Civil vol. II** – edição AAFDL.

¹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações vol.III contratos em especial**. 7ª edição : Almedina, 2010, pág.517; sobre este assunto, consultar BMJ nº 331 (1983), artigo da pág. 489-503.

regulado pelo estabelecido no código civil (arts.224º e seguintes), ao passo que o segundo se rege pelo Código dos Contratos Públicos (art.16º nº1 e nº2 al. a)). Para além da diversificação de diplomas reguladores, estes contratos distinguem-se pela diferença entre os seus sujeitos. Ou seja, para que se consiga fazer uma clara distinção destas duas modalidades da empreitada (pública e privada), atende-se ao critério da qualidade do sujeito. Nomeadamente, se o dono da obra for um sujeito de domínio público, encontrar-nos-emos perante um contrato de empreitada pública. Pelo contrário se o dono da obra for um sujeito de direito privado, a empreitada será privada.¹¹

Variando de complexidade de acordo com a natureza pública ou privada, aquando da formação do contrato de empreitada, existem elementos base que são desde logo definidos: os prazos a cumprir; a obra em concreto; o preço. No fundo, será *ab initio* elaborado o caderno de encargos inerente ao contrato que se está a elaborar.

Para formar este contrato, aplica-se o regime geral da capacidade e legitimidade das partes no que aos contratos diz respeito.¹²

Posto isto, o contrato encontrar-se-á “perfeito” e produzirá efeitos na esfera jurídica dos contraentes.¹³

5.Direitos e obrigações das partes

De entre os direitos e deveres das partes, o direito de fiscalização concedido ao dono da obra é o que mais se destaca, pelo facto de não o encontrarmos em mais nenhum regime contratual. Estando em dúvida pela aplicação ou não do regime, será muitas vezes através deste Direito concedido ao dono da obra que se poderá fazer uma melhor opção sobre a aplicação ou não da Empreitada.

¹¹ Para saber quais as pessoas de direito público ir ver Código Procedimento Administrativo art.2º nº2.

¹² Atente-se que, no que toca à capacidade deve distinguir-se uma empreitada e mera reparação – que poderá ser efectuada por alguém com capacidade de actos de administração, onde estarão incluídos os inabilitados (art.153º CC) o que não acontecerá na empreitada de nova construção. Sobre capacidade e legitimidade das partes ver manuais referidos na nota 10.

¹³ Remete-se para o referido no ponto 2 – pág. 10.

5.1. Direito de fiscalização

O direito de fiscalização está consagrado no art.1209º C.C. Nos termos deste artigo o dono da obra tem a faculdade de verificar a obra durante a sua execução e observar se esta segue os trâmites acordados. Porém, só poderá exercer o seu direito desde que assuma os custos dessa fiscalização e desde que, com ela, não perturbe o andamento normal da execução da empreitada.

Não tendo o empreiteiro de convidar o dono da obra a fiscalizar, nem o dono da obra a obrigatoriedade de exercer o seu direito, o direito de fiscalização manifesta-se como sendo um direito de carácter supletivo.

Quanto ao regime do direito de fiscalização a doutrina mostra-se divergente em alguns aspectos. Desde logo na possibilidade, ou não, de, por convenção, excluir este direito. A maioria da doutrina diz-se contra esta possibilidade, fundamentando que por se tratar de uma faculdade injuntiva, qualquer clausula que elimine esse direito, é nula.¹⁴ Em oposição, temos a opinião de Pedro Romano Martinez, que admitindo que o direito de fiscalização pode colocar em causa a autonomia e liberdade do empreiteiro, existirão algumas situações em se justifica que o mesmo seja limitado e até excluído do contrato. Citando este autor *“Deve, pois, admitir-se que, em determinadas circunstâncias, a faculdade de fiscalização por parte do dono da obra seja reduzida e inclusivamente afastada por convenção em contrário, pois, as mais das vezes, não se justifica que a liberdade das partes fique coarctada; havendo motivos plausíveis, nada impede que o direito de fiscalizar a obra seja excluído.”*¹⁵

Confrontando ambas as opiniões, defende-se a teoria que opta pelo carácter injuntivo do direito de fiscalizar e que considera nula qualquer convenção em contrário ao mesmo. Como afirma Menezes Leitão *“sem esta faculdade ele perderia todo e qualquer controle sobre a execução que contratou, sendo o contrato qualificável como venda de bens futuros e não como empreitada”*¹⁶

No entanto, inerente ao direito de fiscalização do dono da obra, está assente a ideia de que este, não poderá interferir com o andamento ordinário do contrato

¹⁴ Opinião defendida por autores como Menezes Leitão, Vaz Serra, Pires de Lima, Antunes Varela.

¹⁵ MARTINEZ, Pedro Romano - **Direito das Obrigações – Parte especial, contratos**. 2ªedição : Almedina, pág. 370.

¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações vol.III contratos em especial** . 7ª edição : Almedina 2010, pág.517

de empreitada evitando eventuais abusos por parte do primeiro no exercício do seu direito.

A fiscalização poderá ser efectuada pelo dono da obra ou por um comissário por si contratado em regime de prestação de serviços. Atente-se que, ainda que o dono da obra exerça o seu direito de fiscalização, não está a renunciar ao estipulado nos art.1218ºCC e seg. (possíveis defeitos da obra e consequentes direitos do dono da obra)¹⁷.

Todavia, caso o dono da obra identifique algum defeito durante a fiscalização e não o reporte ao empreiteiro estará a cometer uma situação de *venire contra factum proprium* e, nesta medida, será responsável pelos danos que infringir ao empreiteiro.

Na hipótese de o dono da obra, ao fiscalizá-la, identificar algum defeito e o reportar imediatamente ao empreiteiro, não pode exigir uma reparação imediata de tal defeito.¹⁸ Contudo, se depois de comunicar os defeitos ao empreiteiro, este nada fizer e isto prejudicar a conclusão funcional da obra, o dono da obra pode resolver o contrato mesmo antes da conclusão da obra. Esta interpretação pode ser retirada do art.801º nº1 C.C.

Depois de realizada a obra, existe um momento muito importante denominado “aceitação da obra”¹⁹ cuja noção se passará a desenvolver

7.Aceitação da obra

A aceitação da obra encontra-se estipulada nos artigos 1212º e seguintes C.C. Trata-se de uma declaração negocial e, como estipula o regime geral das declarações negociais (art.247º e ss. C.C.), pode sempre ser anulada com base no erro, coacção ou dolo; sendo que nestes casos os efeitos por ela consumados se vêm retroactivamente anulados. Este momento revela-se de extrema importância dado que a possível aceitação da obra poderá implicar a transferência de propriedade da mesma.

¹⁷ Situação prevista e consagrada no art. 1209º nº2 C.C..

¹⁸ Situação diferente no caso de empreitadas de obras públicas (art. 200º nº1 do Regime das Empreitadas de Obras Públicas, aprovado pelo Dec. Lei nº59/99, de 2 de Março) - ver Ac. Relação de Lisboa de 21/03/1991, CJ, XVI (1991), T. II, pág.159.

¹⁹ Dependendo do que se admitir por conceito de “obra” (que à frente se estudará) o regime a aplicar será diferente.

Para que se possa enquadrar nos regimes adequados mostra-se necessário distinguir duas situações. Se estivermos perante uma empreitada em que os materiais foram fornecidos (em todo ou em parte) pelo empreiteiro, somos remetidos para o art.1212º nº1 C.C.. Nestes casos o risco que inicialmente corria por conta do empreiteiro, após a aceitação passa a correr por conta do dono da obra. Esta norma admite, ainda assim, convenção em contrário.

Caso aconteça de o solo pertencer ao dono da obra, na construção de bens imóveis, a coisa será sempre propriedade deste, ainda que seja o empreiteiro a fornecer os materiais, sendo que estes se considerarão adquiridos pelo dono da obra à medida que vão sendo incorporados no solo (art.1212º nº2 C.C.). Nestes casos a aceitação passa a ser irrelevante no que à transferência de propriedade diz respeito.²⁰ No caso de construção em solo do dono da obra, com materiais fornecidos pelo empreiteiro, não haverá uma verdadeira transferência de propriedade dos materiais para o dono da obra. O que se trata, segundo a doutrina, é que o dono da obra perde efectivamente a propriedade dos bens para se tornar num verdadeiro credor do empreiteiro.²¹

Se no entanto, sendo o solo e os materiais, no todo ou na sua maior parte, fornecidos pelo empreiteiro, a propriedade não se transfere para o dono da obra assim que a obra esteja acabada. É necessário que haja aceitação. Vaz Serra justifica esta situação considerando que nestes casos, por mais que sejamos levados a confundir os regimes²², *“não se trata de venda de coisa futura, porque a intenção dos contraentes não era a alienação de uma coisa, mas a construção dela e sua ulterior transferência para o comitente”*²³.

Outro elemento do regime geral da empreitada que se mostra de todo relevante são as alterações ao plano convencionado. Isto porque, servirão para distingui-lo de outro tipo de contratos tais como a Obra por encomenda presente no art. 14º do CDADC.

²⁰ Ver obra citada de Antunes Varela e Pires de Lima, pág. 802 no último parágrafo com exemplos concretos que aludem à utilidade prática destas situações.

²¹ Na obra supra citada, os autores dão-nos desde logo um motivo de ordem bastante prática para que se encare este problema desta maneira. Dizem-nos eles que : “ Se o empreiteiro falir antes da aceitação da obra, o dono desta concorre como simples credor sem direito de exigir a separação da coisa do resto da massa falida, ao contrário do que sucederá, se a falência for já posterior à aceitação da obra.”

²² Confrontar com o regime da compra e venda de bens futuros art. 880º do Código Civil.

²³ Autor citado por Pires de Lima e Antunes Varela in – Código Civil anotado, vol. II 3ªedição revista e actualizada, Coimbra editora; pág.802.

8. Alterações ao plano convencionado

As alterações ao plano convencionado ajudarão a decidir se certo tipo de obra se poderá enquadrar no regime de empreitada²⁴ e encontram-se previstas nos artigos 1214º a 1217º C.C.

Por alterações entende-se, segundo Vaz Serra²⁵, que devem ser as “modificações das modalidades das obras, e respeitam, portanto, à obra convencionada, limitando-se a alterar alguma ou algumas modalidades (v.g., quanto ao tipo, qualidade ou origem dos materiais, à forma da obra à sua estrutura, dimensões ou funcionamento, ao tempo ou lugar da execução da obra) isto é, entram sempre no plano da execução da obra, apresentando-se como necessárias, ou ao menos, como oportunas para a realização dela”.

Analisando o regime, percebe-se a existência de tipos de alterações possíveis. As alterações feitas contra a vontade ou ordem do dono da obra, chamadas de “alterações por iniciativa do empreiteiro”; as alterações em que, por motivos alheios às próprias partes do contrato, o empreiteiro se vê obrigado a fazer as chamadas “alterações necessárias” e por fim as alterações, que como o próprio nome indica são exigidas pelo dono da obra.

Passaremos a expor o regime que a cada uma diz respeito. Então, as alterações por iniciativa do empreiteiro, previstas no art.1214º C.C. devem ser analisadas de forma repartida, uma vez que podemos estar perante alterações autorizadas e alterações não autorizadas, umas são permitidas e as outras não²⁶.

Acontece que, pela análise do artigo referido, no seu número 1, não é permitido ao empreiteiro realizar alterações ao plano convencionado sem autorização do dono. Se o fizer, a obra passa a ser considerada como obra defeituosa e tanto o empreiteiro como o dono da obra ficam sujeitos ao regime dos defeitos de obra (art.1218º e seg. C.C.). Todavia, pode ainda acontecer que o dono da

²⁴ Parece-nos difícil que por exemplo, no âmbito da elaboração de uma obra intelectual se possa elaborar um plano convencionado de realização de obra. Esta discussão porém deixaremos para “mais tarde”.

²⁵ Autor citado por Abílio Neto, in – Código Civil anotado 13ª edição actualizada 2001; Edições Jurídicas, Lda. , Lisboa pág.1077.

²⁶ No acórdão da Relação do Porto, de 28/02/1991, constante na Colectânea de Jurisprudência Ano XVI-1991 Tomo I pág, 262; neste acordo litiga-se sobre se havendo incompatibilidade entre os projectos de betão armado e de arquitectura, o empreiteiro poderia optar por seguir um projecto em detrimento do outro. A decisão foi a de que o executante da obra/empreiteiro só poderia tomar tal decisão quando autorizada pelo dono da obra.

obra aceite a coisa com as alterações. Nestes casos, o dono da obra fica com a obra e pagará ao empreiteiro apenas o inicialmente combinado, sem ter qualquer obrigação de indemnização,²⁷ nem estando obrigado a um suplemento de preço.

No caso das alterações autorizadas o regime é outro. Primeiro há que distinguir se no contrato foi estabelecido previamente um preço global ou não. Caso se tenha estabelecido *à priori* um preço global para a obra²⁸, existem duas possibilidades – ou a autorização para a realização de alterações é dada por escrito²⁹ ou não. Sendo dada por escrito, com a devida previsão de aumento de preço, a autorização comporta mais garantias para o empreiteiro. Isto porque este vai poder exercer sobre o dono da obra o direito de ser pago na íntegra pelas despesas que teve com as alterações em causa e terá um meio probatório da autorização dada. Já nos casos em que não é concedida uma autorização por escrito, mas antes verbal, o empreiteiro apenas terá direito a ser ressarcido nos termos do enriquecimento sem causa.³⁰ Nestes casos, como facilmente se conclui, será sempre mais difícil fazer prova da alegada autorização³¹.

Este ressarcimento calculado nos termos do enriquecimento sem causa é justificado por Menezes Leitão, afirmando que adjacente à empreitada com fixação de preço global, está a ideia de elaboração de um projecto completo, o qual não deverá à partida ser objecto de alteração corriqueira como seja a verbal. Segundo este autor *“por essa forma se evita que o dono da obra, que pode precipitadamente dar autorização ao empreiteiro para alterações, cuja repercussão no preço global não ponderou, venha a ser surpreendido com*

²⁷ Atente-se ao facto específico desta situação que não permite ao empreiteiro sequer exigir uma indemnização por enriquecimento sem causa – art.114º nº2 CC.

²⁸ Casos existem em que se determina o preço em função da medida da obra, por artigo, por tempo de trabalho ou por percentagem.

²⁹ Situação diferente se previa no anterior código civil em que não se admitia a autorização oral. Para que valesse como autorizada, a autorização à modificação teria de ser dada por escrito. Actualmente a situação mais segura continua a ser a autorização dada por escrito, ainda que o contrato tenha sido verbal, todavia como se fala a seguir admite-se solução para os casos em que foi dada verbalmente.

³⁰ Para poder exercer o seu direito de restituição pelo modelo do enriquecimento sem causa, a autorização pode ser dada por um representante do dono da obra, com base em procuração verbal. Neste sentido ver o Acórdão da Relação de Coimbra de 25/9/2007, Colectânea de Jurisprudência 32 (2007), 4, pág.17-19.

³¹ Salienta-se, querendo exigir o pagamento da retribuição devida pelas alterações feitas, nos termos gerais dos artigos 342º e 799º nº1 CC., recairá sobre o empreiteiro o ónus de provar que essas alterações foram autorizadas pelo dono da obra.

*aumentos consideráveis desse mesmo preço. No entanto, o dono da obra pode vir a ter que restituir ao empreiteiro o enriquecimento que lhe proporcionou a alteração, dado que, uma vez que esta foi autorizada não há motivo para excluir a aplicação geral do instituto do enriquecimento sem causa (art.473º)*³².

Nos casos em que o preço não é fixado globalmente a forma do contrato não releva e as eventuais autorizações ao plano convencionado podem ser dadas quer escrita quer verbalmente. Acontece porém, que se o contrato de empreitada tiver seguido a forma escrita, as partes não podem depois juntar prova testemunhal relativamente a alterações (art.394º, nº1 C.C.), o que irá restringir inevitavelmente os meios de prova ao dispor do empreiteiro. Seja escrita ou verbal a autorização, uma vez dada, terá como consequência um aumento do preço determinado. Se o preço não for determinado pelas partes logo no acto da autorização, terá de o ser depois, nos termos gerais (art.1211º nº1 e 883º C.C.).

Enunciado o regime das alterações autorizadas pelo empreiteiro, seguem-se as alterações necessárias, previstas no art.1215º C.C.. Este regime reporta-se às situações em que a própria obra, por razões que transcendem a vontade do empreiteiro, impõe que sejam efectuadas certas alterações que não estavam previstas no acordado anteriormente.

Neste ponto a doutrina diverge sobre o que integrará ou não o conceito de alteração necessária. Ambas as posições, aceitam que neste conceito estejam incluídas as situações em que as alterações se impõem por razões de ordem técnica, por possível violação de direitos de terceiro ou por insuficiência ou imperfeição do plano, não imputável a nenhuma das partes.

A divergência existe quando a necessidade de alterações é imputável a alguma das partes. Nestes casos, por um lado temos Menezes Leitão e Pereira de Almeida³³ afirmam categoricamente que estas situações não estão abrangidas pelo art.1215º, sendo resolvidas, antes, pelo regime geral do incumprimento das obrigações.

³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações contratos em especial vol.III.7ª** edição : Almedina, 2010, pág. 540.

³³ Menezes Leitão – obra citada pág. 540; ALMEIDA, António Pereira de - **Direito Privado II (Contrato de Empreitada)**. Lisboa : AAFDL, 1983, pág. 58.

Com opinião diversa temos Romano Martinez³⁴, que admite que qualquer das partes pode recorrer ao instituto do art.1215º C.C.. Terá, no entanto, o culpado, de suportar os danos inerentes aos erros ou omissões do projecto.

Salienta-se ainda que, Romano Martinez apenas admite a possibilidade de recurso ao 1215º nos casos de erro ou omissão do projecto, quando imputável a uma das partes. Já nos casos em que as alterações se devem a factos respeitantes a alterações das circunstâncias ou impossibilidades supervenientes não imputáveis às partes, não se aplicará o 1215º, sendo que na primeira hipótese aplicar-se-á o regime dos arts.437º e seg. C.C. e na segunda hipótese aplicar-se-á o regime estabelecido no art.1227º C.C.

Perante uma situação em que de facto se aplique o 1215º C.C. e em que se esteja perante alterações necessárias ao plano convencionado, devem as partes entrar em acordo sobre quais as alterações a fazer e sobre quais os tramites que deverão ser tomados para que estas possam ocorrer. Este acordo não está sujeito à forma escrita, e portanto estará abrangido pelo princípio da liberdade de forma (art.219º C.C.).

Quando não há acordo entre as partes, o conteúdo das modificações bem como todas as consequências dessas modificações (aumento de preço, tempo de execução e entrega) será determinado pelo tribunal.³⁵ Se as consequências determinadas pelo tribunal corresponderem a um aumento do preço superior a 20% do estipulado no plano convencionado, tem o empreiteiro o direito de denunciar o contrato, exigindo com tal denúncia uma indemnização equitativa (art.1215º nº2 C.C.). A doutrina justifica tal direito pelo facto de que, com este aumento de preço pode o empreiteiro já não conseguir ter meios que lhe permitam desenvolver a obra.

Ao contrário do que se observa em outras legislações, não é concedido o mesmo direito ao dono da obra. No entanto, este terá sempre o direito consagrado no art.1229º C.C., que lhe permite desistir da empreitada a todo o tempo. Pode acontecer todavia que a indemnização que terá de pagar ao empreiteiro, por denunciar o contrato se mostre substancialmente superior a

³⁴ MARTINEZ, Pedro Romano - **Direito das Obrigações – Parte especial, Contratos**. Almedina, 2000 pág. 396.

³⁵ Admite-se que o empreiteiro comece a realizar as alterações, antes mesmo da decisão do tribunal. Todavia, se o fizer, correrá o risco de estar a elaborar uma obra defeituosa (tal como acontece com as alterações não autorizadas) caso a sentença não lhe seja favorável.

uma eventual subida de preço da obra derivada das modificações. Desta forma, não se entende porque é que este direito não é recíproco tal como se observa no Direito Italiano; isto porque admitindo-se que o empreiteiro possa não ter meios para executar a obra em função do aumento do preço, ter-se-á também de admitir que dado o aumento do preço, pode não ter o dono da obra meios para pagar o preço exigido.

Relativamente ao regime das alterações à obra podem também surgir as alterações exigidas pelo dono da obra.

Estas alterações correspondem ao regime previsto no art.1216º C.C.. De acordo com este artigo, o dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço convencionado e não haja uma modificação da natureza da obra. Observa-se, com esta regra, um grande desvio por parte no contrato de empreitada, à regra contratual segundo a qual um contrato não pode ser modificado por declaração unilateral de uma das partes³⁶.

Não se pense, no entanto, que este direito de exigir alterações por parte do dono da obra é ilimitado. Não o é, e nisto a doutrina é unanime. Como a própria letra da lei dispõe, não podem as modificações exceder um quinto do valor convencionado nem alterar a natureza da obra contratada³⁷.

Tal como acontece em alguns casos de alterações supra mencionados, também nas situações em que seja o dono da obra a exigir alterações, o legislador não exige qualquer tipo de forma especial. Todavia, *in extremis* caberá ao empreiteiro mais uma vez, provar que tal alteração foi exigida pelo dono da obra. Dado que havendo alterações é muito provável que estas impliquem um acréscimo de trabalho e materiais, o empreiteiro terá sempre direito a ser ressarcido do valor acrescentado, bem como a beneficiar de um alargamento do prazo de execução da obra, estipulado em função das alterações (art.1216º nº2).

Por outro lado se, o valor tanto da despesa como do trabalho sofrer uma diminuição em consequências das alterações exigidas, o nº3 do art.1216º

³⁶ Art.406º nº1 CC – situação que não se observa por exemplo nas alterações necessárias obtidas por acordo, faladas anteriormente.

³⁷ Nas obras publicas no entanto, o empreiteiro só se poderá recusar a alterar o exigido se estas alterações forem de espécie diferente do acordado e este não possuir o equipamento necessário à sua elaboração (art.26º nº3, Regime de Empreitada de Obras Públicas).

mencionado prevê que o dono da obra terá direito, em sede de enriquecimento sem causa, a exigir uma redução do preço em função da referida diminuição. Caso o empreiteiro tenha de inutilizar trabalho já efectuado, o valor deste continuará a ser devido. O que nos parece fazer todo o sentido uma vez que tendo já investido nos objectos demolidos, o empreiteiro terá todo o direito a ser ressarcido por esse investimento.

Por último, temos as “alterações feitas após a entrega e obras novas” (art.1217º C.C.). Sendo realizadas após a entrega, não faz sentido, dada a sua *ratio*, apelar ao regime das alterações por iniciativa do empreiteiro e muito menos ao regime das alterações necessárias.

Estas alterações ou a realização de obras novas, deverão sempre constituir algo independente da obra já concluída³⁸.

Desta forma, como Romano Martinez defende (e muito bem na nossa opinião) não fará sentido que o dono da obra possa exigir ao empreiteiro qualquer obra nova após a entrega da obra convencionada. Isto porque, desde logo, causaria uma grande instabilidade nas expectativas do empreiteiro em relação à segurança contratual do contrato em causa. Se se permitisse ao dono da obra exigir uma nova obra acessória à principal, o empreiteiro poder-se-ia ver colocado numa posição contratual, que por qualquer motivo poderia não lhe agradar e por tempo indeterminado.

Assim, o empreiteiro poderá recusar-se a qualquer exigência por parte do dono da obra posterior à entrega da obra primeiramente convencionada. Ao dono da obra resta-lhe fazer uma proposta que poderá ser ou não aceite pelo empreiteiro. Caso este segundo a aceite, formar-se-á aqui um novo contrato de empreitada, que não estará relacionado com o anterior.

Todavia, estas alterações ou obras novas, podem partir da iniciativa do empreiteiro. Assim sendo, se este realizar qualquer alteração posterior à entrega da obra, sem que tenha para isso, chegado a acordo com o dono da obra, fica este último com a faculdade de recusar a obra ou exigir a sua eliminação (se for possível) – art.1217º nº2 C.C.³⁹.

³⁸ Sobre este assunto ver o acórdão do STJ de 24-02-2011.

³⁹ Estas faculdades não inibem a que o dono da obra possa sempre requerer um pedido de indemnização por prejuízos causados.

Para terminar esta exposição de algumas especificidades do contrato de empreitada, parece-nos pertinente mencionar a última característica que a nosso ver melhor destaca o regime do contrato de empreitada do regime geral dos contratos de prestação de serviços. É que, no âmbito deste contrato, e nos termos do art. 1229º C.C., o dono da obra pode, a todo o tempo, desistir do contrato.

9. Direito de desistência por parte do dono da obra

Trata-se aqui de um grande desvio à regra do art.406º nº1 C.C., segundo a qual os contratos apenas se poderão extinguir por mútuo consentimento. Acontece, no entanto, que embora nada obste a que o dono da obra desista da obra mesmo esta tendo sido já concluída (mas antes de aceita como é claro), o empreiteiro deverá ser indemnizado no valor total da mesma.

Esta característica será então determinante e levará a que a determinação correcta

São estes os aspectos particulares do regime que define e enquadra o contrato de empreitada. A nível de regime constatam-se várias particularidades que fazem deste contrato um contrato bastante peculiar. Nomeadamente, o direito de desistência por parte do dono da obra e o seu direito de fiscalização, são algo que não encontramos em outros regimes de contratos semelhantes (prestação de serviços). Estas pequenas especificidades do regime da empreitada, ajudar-nos-ão a definir a noção de obra, objecto deste contrato, e a apresentar o contrato de empreitada como um contrato único dentro de uma tipicidade de contratos bastante semelhantes entre si.

Mas, para que se perceba, o contrato de empreitada nem sempre foi a figura que hoje conhecemos e cujo regime se analisou. Também não se trata de um tipo de contrato cujas bases sejam iguais para todos os sistemas legislativos.

Desta maneira importa que se faça uma análise histórica, bem como um breve estudo de direito comparado do mesmo.

I.ii – Evolução histórica e Direito Comparado do Contrato de Empreitada

A consagração da figura que hoje dá o nome de contrato de empreitada remonta ao direito romano⁴⁰. Com o início do Império, Roma estava no auge das construções, tanto públicas como privadas. Desta maneira, embora sejam escassas as referências jurídicas ao contrato de empreitada, a actividade construtiva da época levou a que se regulamentasse a actividade exercida que encontramos na *ratio* deste contrato. No direito romano, porém, o contrato de empreitada dos dias de hoje era designado por *locatio* – locação. A locação era um contrato consensual na qual uma pessoa se obrigava perante outra a conceder o gozo temporário de uma coisa, a prestar determinados serviços ou até mesmo a realizar uma obra, tudo isto mediante o pagamento de um preço. Este contrato estava, portanto, dividido em três modalidades: locação de coisa (*locatio – conductio rei*); de trabalho (*locatio-conductio operarum*) e de obra (*locatio-conductio operis*). A figura mais próxima em direito romano do contrato de empreitada seria a *locatio conductio operis*.

Nesta modalidade de locação, o locador/dono da obra deveria entregar a coisa para que o condutor/empreiteiro realizasse a obra acordada mediante uma retribuição monetária.

Por sua vez, o “condutor” deveria executar a obra sem defeitos e entregá-la no prazo fixado ou, se não tiver sido fixado prazo, no tempo que razoavelmente se poderia exigir para realizar uma obra semelhante. Já no direito romano se previa que o “condutor” pudesse contratar outrem para a realização da obra⁴¹. Quanto ao risco, este recaía sempre sobre o locador/dono da obra, a não ser que as partes tivessem estipulado de forma diferente.

Este regime do contrato de empreitada parece ter-se mantido aquando a elaboração do Código Civil Francês de 1804. Também no Código Civil Italiano de 1865 (já que como se sabe, a sua elaboração foi altamente influenciada pelo francês) podemos encontrar um regime semelhante, ao previsto no direito romano.

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos ver, JUSTO, A. Santos - **Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)**. Coimbra Editora, 2003.

⁴¹ Cfr. com o regime actual da Sub-empreitada (art. 1213º).

Todavia, o direito português não acompanhou esta terminologia nem sequer a estrutura do contrato de *“locatio-conductio operis”* previsto no direito romano.

Começamos por falar nas Ordenações. Nas duas primeiras Ordenações, verifica-se que a matéria tratada relativamente aos alugueres das casas (gozo de uma coisa mediante um preço), encontrava-se ao longo do documento, estipulada em parte diferente da matéria relativa à prestação de serviços, não tendo sequer qualquer ligação de uma figura com a outra. Ao contrário do que acontecia no direito romano, como já se referiu.

Já nas Ordenações Filipinas, apesar de os regimes se encontrarem mais próximos a nível estrutural (no seguimento da estrutura das ordenações) uma vez que o contrato de prestação de serviços vem descrito logo a seguir ao contrato de locação, continua a não ser observada qualquer afinidade de regimes entre os dois tipos de contrato.

Ainda assim, e apesar de diferente do direito romano e distinta do contrato de locação, a figura que hoje se tem como empreitada não era portadora de autonomia. Isto porque, já nas Ordenações (em qualquer uma delas), a empreitada ou se incluía no conceito amplo de contrato de prestação de serviços (em especial no que hoje se determina como contrato de trabalho), ou era incorporada no regime da compra e venda.

Após as Ordenações, e já em 1833, observamos que o contrato de empreitada vem consagrado no código do comércio. Há nesta altura, um “retrocesso” quanto à terminologia usada relativamente a esta figura. Isto porque, encontramos no Código Comercial de 1833 a empreitada como um contrato de “locação-condução”. Em termos de conteúdo, não se observou retrocesso algum, uma vez que, embora a terminologia usada fosse semelhante à romana, a essência do contrato manteve-se.

Mais tarde, o Código de Seabra volta a tratar o contrato de empreitada como um contrato directamente relacionado com a prestação de serviços, distanciando-se desta forma da anterior modalidade que o enquadrava no direito comercial⁴².

⁴² Assim, neste código, ao contrário do direito romano e de outros sistemas jurídicos da época (nomeadamente o francês) opta-se por individualizar as várias modalidades do contrato de locação, passando estas a ter autonomia enquanto: gozo de coisas (locação), contrato de trabalho e prestação de serviços, mais ainda, diferencia-se do código de 1833 pelo facto de não englobar tal modalidade no direito comercial.

Neste código deparamo-nos com uma noção de empreitada não muito diferente da prevista actualmente uma vez que os elementos deste contrato eram: as partes, a realização de uma obra e o pagamento de um preço.

Sucedo o mesmo no Código Civil Português de 1966 que limita a locação ao gozo de coisas (art.1022ºC.C.) e mantém a autonomia do contrato de trabalho (art.1152ºC.C.) e do contrato de prestação de serviços (1154ºC.C.), do qual fará parte, enquanto modalidade do mesmo, o contrato de empreitada (1155ºC.C.).

Em termos de direito comparado, em relação ao contrato de empreitada, procederemos a uma análise⁴³ do Código Civil Italiano, Espanhol, Suíço e Alemão⁴⁴ por serem os que mais perto estão do Português e os que por sua vez mais influenciaram o direito português.

No direito italiano, o contrato de empreitada tem desde logo uma nomenclatura diferente. Neste temos dois contratos muito próximos do contrato de empreitada. São o contrato de *appalto* e o contrato de *opera*. Ambos os contratos comportam uma obrigação de realização de uma obra ou um serviço⁴⁵. Todavia, a diferença entre um e outro está na maneira como será desenvolvida essa obrigação. No contrato de *opera*, não surge nenhum vínculo de subordinação do empreiteiro com a outra parte, e pressupõe-se que o trabalho seja desenvolvido apenas pelo comitente. Já o *appalto* refere-se a um contrato em que se admite a sub-exploração por parte de quem se compromete a desenvolver a obra. A distinção entre os dois está, então, no facto de que no contrato de *opera* o trabalho desenvolvido será do próprio “empreiteiro”, já no *appalto*, pressupõe-se que este se organize de forma a desenvolver a obra, incluindo a subempreitada. De toda a maneira, tanto numa modalidade como noutra, entende-se que à empreitada corresponde a ideia de um contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra à realização de uma obra ou de um serviço, mediante uma retribuição em dinheiro.

⁴³ Com relevo no que ao conceito de obra diz respeito.

⁴⁴ Ver MARTINEZ, Pedro Romano - **Contrato de Empreitada** : Almedina, 1994 e Boletim do Ministério da Justiça nº145 de 1965.

⁴⁵ De reter que não se fixa, ao contrário do direito português, a realização de uma obra apenas como objecto do contrato, estendendo-se também à possibilidade de realização de um serviço.

Observa-se aqui que o direito italiano faz claramente uma distinção entre a natureza civil e comercial do contrato de empreitada determinando dois tipos de contratos diferentes e pelo facto do sujeito ser uma pessoa jurídica singular ou colectiva.

Assim, as principais diferenças em relação ao Código Civil Português são: no código civil italiano existe um regime próprio para o contrato de empreitada civil e outro para o contrato de empreitada comercial; bem como o facto de no Código Civil Italiano o conceito de obra ser mais abrangente que no Português, uma vez que engloba a simples prestação de serviço.

No Código Civil Espanhol, engloba-se a prestação de serviços como objecto integrante da noção do contrato de empreitada. Será portanto um contrato em que uma das partes se obriga a executar uma obra, ou a prestar um serviço, mediante um preço certo.

Mas, está ainda subjacente uma ideia de arrendamento (que remonta ao direito romano) intrínseca ao contrato de empreitada.

Todavia, diz-nos a respeito Jorge de Brito Pereira, que “ (...) parte da doutrina tem tentado ultrapassar este ponto de partida unitário, propondo a operação e autonomização dos dois tipos de *arrendamiento* previstos naquele art.1544º, assim distinguindo o contrato de obra, em que é prometido o resultado de uma actividade (a obra) e o contrato de *arrendamiento de servicios*.”⁴⁶

Desta forma, conclui-se que embora a noção de empreitada no Código Civil Espanhol seja mais ampla do que no português, na prática vai de encontra à noção de obra defendida no direito português

No Código Civil Alemão, através da empreitada, o empreiteiro obrigar-se-á à realização de uma obra prometida e o comitente a pagar-lhe uma retribuição previamente convencionada. Mesma definição é encontrada no Código Civil Suíço.

Em todos os ordenamentos jurídicos existem três elementos comuns que definem o contrato de empreitada. São eles: os sujeitos, a realização de uma obra e o pagamento de um preço

⁴⁶ Revista O.A. ano 54, Julho 1994, Lisboa – Comentário por Jorge de Brito Pereira – Do conceito de obra no contrato de empreitada, pág. 578 (O art.1544º nesta citação reporta-se ao código civil Espanhol).

Não são portanto substanciais (no que ao regime do contrato de empreitada diz respeito), as diferenças entre estes sistemas jurídicos. Todavia, repara-se que na sua noção encontram-se diferenças pontuais entre os ordenamentos enunciados quando comparados com o ordenamento jurídico português. Sendo que o Suíço e o Alemão são aqueles que mais se assemelham ao nosso. Todavia, essas diferenças pontuais, irão fazer toda a diferença na discussão a que nos propomos. Isto porque ampliando ou não a noção de obra no contrato de empreitada, será ou não admissível a consideração das obras intelectuais enquanto objectos do contrato de empreitada.

I.iii – Contrato de Empreitada e Figuras Afins

Do estudo do direito comparado que se fez denota-se que em alguns ordenamentos jurídicos o regime da prestação de serviços é de tal maneira abrangente que engloba tantos os contratos de empreitada como os direitos de autor. Todavia, no ordenamento jurídico português o que acontece é que, dada a indefinição do conceito de obra o contrato de empreitada tende a confundir-se com outros tipos contratuais.

Posto isto, torna-se uma mais valia desde logo distinguir o contrato de empreitada de contratos semelhantes que, com base em interpretações erradas, facilmente se podem confundir. Esta distinção ajudará a que se consiga chegar a uma maior precisão do conceito de obra no contrato de empreitada. Mais ainda, permitir-nos-á concluir qual das figuras contratuais poderá ser aplicada a determinada obra, quando esta não possa ser objecto do contrato de empreitada.

No regime das obrigações, na sua parte especial (Dos contratos), encontram-se algumas figuras cuja distinção entre o seu regime e o do contrato de empreitada se mostra bastante difícil. A “linha” que diferencia um tipo de contrato do outro é bastante ténue. Estes contratos são: a prestação de serviços atípica, o contrato de mandato, o contrato de depósito, o contrato de trabalho e o contrato de compra e venda.

Passaremos a analisar individualmente a distinção dos contratos referidos.

1. Prestação de serviços

Saliente-se desde logo que a empreitada é uma modalidade do contrato de prestações de serviços. Tal facto implica que as diferenças entre a prestação de serviços atípica e a empreitada não sejam, em nada, claras.

A doutrina mostra-se consensual ao afirmar que a empreitada se distingue da prestação de serviços atípica pelo facto de esta ter obrigatoriamente como resultado uma obra, ou seja, todo e qualquer trabalho cujo resultado não se reporte a uma obra (seja ela intelectual ou manual), não será abrangido pelo contrato de empreitada, mas antes pela prestação de serviços atípica que como se sabe será, nos termos do regime estipulado no art.1156ºCC, regulada pelo regime do mandato.

Já a diferença entre o regime do contrato de empreitada e o regime geral da prestação de serviços é bastante mais clara. É que, desde logo se afirma que neste último, vê-se prometida uma qualquer actividade proveniente de um trabalho, já no primeiro, é pacífico que o que está em causa é o resultado final desse trabalho sendo esse mesmo resultado o prometido no respectivo contrato.⁴⁷ Como exemplo estrutural desta diferenciação, Romano Martinez, refere: “ (...) o médico que é consultado por um paciente, promete uma actividade e tem direito à remuneração, mesmo que o doente não fique curado; a situação é diversa no caso do empreiteiro que se obriga a construir uma casa, pois a prestação deste é de resultado e, caso não o obtenha, o dono da obra fica dispensado de pagar o preço”⁴⁸.

Mais ainda, se colocarmos a questão de por conta de quem correrá o risco do contrato em questão, conseguiremos ainda obter outro factor de diferenciação entre estes dois regimes, uma vez que no contrato de prestação de serviços o risco correrá sempre pelo beneficiário da actividade desenvolvida. Já no que toca à empreitada, o risco correrá por conta do empreiteiro⁴⁹.

Pode-se mencionar ainda a remuneração como factor de distinção entre estes dois contratos, sendo que na prestação de serviço a remuneração será fixada mediante o tempo de actividade exercido, ao passo que na empreitada será fixada tendo em conta o resultado. Todavia, acredita-se que este critério, não será um claro factor de distinção. Efectivamente, tal como se referiu, a actividade de um médico é uma prestação de serviços e, como se sabe, o preço de uma consulta médica pode não ser determinado pelo tempo de consulta, aliás, normalmente não o é.

Como se pode observar a linha divisória entre o contrato de empreitada e a prestação e serviços é bastante ténue. Existem várias situações passíveis de causar alguma polémica. No caso dos médicos, não se pode afirmar com toda a clareza que o trabalho de um médico será, sem mais, um contrato de

⁴⁷ Do exemplo que se dará a seguir, ressalva-se que será estudado no seguimento da investigação, se uma consulta médica poderá, eventualmente, representar um verdadeiro contrato de empreitada.

⁴⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – Contrato de Empreitada – Almedina, 1994, pág.26

⁴⁹ Exceptua-se os casos em que, no contrato de empreitada o dono da obra forneceu os materiais em valor superior aos utilizados pelo empreiteiro. Nestes casos, em caso de perecimento dos mesmos sem causa imputável a qualquer das partes, o risco correrá pelo proprietário dos mesmos, ou seja, o dono da obra. – vide código civil anotado de Abílio Neto, 12ª edição actualizada, 1999 EDIFORUM edições jurídicas, Lda.

prestação de serviços. Atente-se nos médicos dentistas especializados em ortodontia que elaboram próteses dentárias⁵⁰. Parece-nos que este tipo de actividade estará mais próxima do regime do contrato de empreitada do que da prestação de serviços em geral, desde logo pelos elementos caracterizadores do contrato de empreitada que supra se referiu.

Desta forma, acreditamos que não se poderá generalizar e chegar ao extremo de afirmar que todos os critérios referidos são suficientes para diferenciar um regime do outro, sem que antes se faça uma análise cuidada do contrato em questão e do seu objecto.

Menos polémica se mostra a distinção entre o contrato de empreitada e as outras duas modalidades do contrato de prestação de serviços, o mandato e o depósito.

2.Mandato

No mandato, o mandatário obrigar-se-á a praticar actos jurídicos por conta de outrem (art.1157ºC.C.). Assim, em primeiro lugar, o mandato distinguir-se-á da empreitada porque o empreiteiro obriga-se a realizar actos fundamentalmente materiais, enquanto o mandatário, como se referiu, obrigar-se-á a realizar actos jurídicos. Em segundo lugar, como se sabe, a característica que mais sobressai do contrato de empreitada é que, no âmbito deste, o empreiteiro agirá por conta própria. Tal característica mostra-se incompatível com o contrato de mandato, dado que neste o mandatário actuará em nome de outrem e consequentemente terá (obrigatoriamente) de respeitar as instruções dadas pelo mandante.

Constata-se, ainda, que nos termos do art. 1158º nº1 C.C. o mandato presumir-se-á gratuito, ao passo que a empreitada é necessariamente um contrato oneroso⁵¹.

Para finalizar, analise-se a responsabilidade do mandatário e do empreiteiro perante terceiros, nos termos da responsabilidade objectiva regulada no

⁵⁰ Exemplo dado por Romano Martinez in MARTINEZ, Pedro Romano – Contrato de Empreitada . Almedina, 1994, pág.27.

⁵¹ Este critério de distinção será mais difícil de aplicar nos casos em que o mandatário exerça o acto no âmbito da sua profissão, uma vez que, nestes casos, segundo o regime do art. 1158º nº1 cc o contrato de mandato, presumir-se-á oneroso.

art.500ºC.C.⁵². No mandato, o mandante responderá pelos danos causados pelo mandatário, na figura de comitente. Já no regime da empreitada, e uma vez que o empreiteiro age por conta própria, a responsabilidade objectiva correrá por conta do empreiteiro.⁵³

3.Depósito

Quanto à última figura de prestação de serviços, o contrato de depósito, a distinção entre este contrato e o contrato de empreitada é manifestamente menos polémica do que os outros casos analisados. Isto porque, o contrato de depósito consubstancia-se na obrigação de guardar uma qualquer obra realizada, o que, por natureza, nunca se poderá confundir com o acto de realizar essa mesma obra⁵⁴.

Mais ainda, o contrato de depósito integra a categoria de contrato real *quod constitutionem* enquanto que o contrato de empreitada será sempre um contrato consensual⁵⁵.

Estabelecida a distinção entre o contrato de empreitada e as demais figuras da prestação de serviços, como acima se referiu, o contrato de empreitada pode ainda confundir-se com outras figuras como seja o contrato de trabalho.

4.Contrato de Trabalho

Para distinguir o contrato de empreitada do contrato de trabalho, atente-se, em primeiro lugar, no maior traço caracterizador (salvo melhor opinião) do contrato de empreitada. Na empreitada o empreiteiro é portador de uma autonomia total na realização da obra pretendida. Pelo contrário, no contrato de trabalho o trabalhador encontra-se numa posição de subordinação, na medida em que irá

⁵² Vide VARELA, Antunes - **Das Obrigações em Geral – vol. I .9ª edição : Almedina, págs. 653 e ss.**

⁵³ Factor de distinção estudado pela jurisprudência no caso do acórdão de 17 de Maio de 1983, Proc. 70626, do STJ, BMJ, 327 (1983), pp. 646 ss. Em que se faz ainda referência A distinção entre prejuízos referentes a obra e prejuízos reflexos ou imediatos.

⁵⁴ Pode no entanto acontecer que no contrato de empreitada surja, na esfera jurídica do empreiteiro, a obrigação de guardar a obra que realizou. Todavia, nestes casos, esta obrigação terá sempre um carácter secundário que não será relevante para a definição do contrato principal, o que não acontece com o contrato de depósito, em que o dever de guardar a coisa terá sempre carácter principal e definidor do próprio contrato.

⁵⁵ Lembra-se que os contractos reais *quod constitutionem* constituem um tipo de contrato em que para que haja perfeição do mesmo mostra-se necessário que para além da declaração de vontade das partes em celebrar um contrato haja, de facto, a entrega da coisa objecto do depósito – *datio rei*. Já nos contractos consensuais, o mero acordo de vontades das partes basta para que haja perfeição do contrato e se aplique o regime do art. 408º.

desenvolver as suas tarefas sob as ordens e orientação da entidade patronal⁵⁶. Observa-se facilmente que enquanto o empreiteiro está adstrito a uma obrigação de resultado – pois compromete-se a realizar uma obra, sendo a obra o objecto do contrato – o trabalhador está por seu lado, adstrito a uma obrigação de meios ou seja, no contrato de trabalho o trabalhador está obrigado a fazer de tudo para alcançar o resultado. Não importa tanto o resultado mas sim o trabalho desenvolvido para o alcançar.

Seguindo Romano Martinez, *“Poder-se-á concluir no sentido de que, no contrato de trabalho, um dos contraentes põe ainda à disposição do outro a sua actividade laboral que será, por este último, orientada dentro de certos limites para os fins que tiver por convenientes; enquanto que, na empreitada, uma das partes contrai o dever de proporcionar à outra certo resultado concreto, que procurará atingir por si mesmo, com independência.”*⁵⁷

A própria lei no seu art.1152º C.C. consagra, no contrato de trabalho, uma verdadeira dependência do trabalhador para com o empregador, quando o define sendo “(...) aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob autoridade e direcção desta”. As palavras “autoridade” e “direcção” permitem-nos concluir que existe uma vinculação jurídica e económica do trabalhador relativamente ao empregador. Esta vinculação juntamente com outros elementos de carácter formal⁵⁸ tem servido como critério máximo de distinção entre os dois contratos, usado pela jurisprudência⁵⁹.

Na prática, são comuns as situações em que a empreitada é usada como uma fraude à lei, na medida em que a celebração de um contrato de empreitada, em

⁵⁶ Acontece que o direito de fiscalização que o dono da obra terá sobre a obra desenvolvida pelo empreiteiro, poderá colocar em causa a aplicação clara deste critério de distinção. Todavia deve entender-se que fiscalizar não é o mesmo que definir claramente quais os parâmetros a realizar e em que medida (que é o que faz o empregador). O direito de fiscalização no contrato de empreitada apenas permite ao dono da obra verificar se a obra está a ser executada conforme os requisitos mínimos de qualidade e execução.

⁵⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – **Contrato de Empreitada** : Almedina, 1994, pág. 30.

⁵⁸ Como por exemplo a existência ou não do pagamento de um subsídio de férias ao trabalhador, a inscrição ou não deste na segurança social; bem como a existência de um local e horário de trabalho fixados pelo beneficiário da obra. Estes são elementos que uma vez presentes, nos direccionam de imediato para o regime do contrato de trabalho.

⁵⁹ Como exemplo temos o acórdão do STJ de 26/09/1990 - ADSTA, XXIX (1990), nº348, pag.1627 ; e o acórdão de 14/11/1990, do mesmo tribunal - ADSTA, XXX (1991), nº350, pag.265 .

especial de subempreitada, consubstancia uma forma de obstar à aplicação do regime laboral, claramente mais favorável ao trabalhador.

Assim, os elementos que se referiu deverão ser meramente indicativos, devendo sempre ter em conta todas as condições e aspectos do trabalho realizado pela pessoa que está a desenvolver a obra.

Por último importa distinguir a empreitada do contrato de compra e venda.

5.Compra e Venda

Embora o contrato de compra e venda e o contrato de empreitada sejam contratos com objectos diferentes, a sua distinção não se afigura muito fácil.

É certo que no contrato de empreitada surge uma obrigação de prestação de facto – a realização da obra - e no contrato de compra e venda a transferência da propriedade de uma coisa ou de direito. Porém a dificuldade em distinguir estes contratos surge quando, os materiais para a realização da obra são, no seu total, fornecidos pelo empreiteiro, ou quando o valor dos materiais fornecidos pelo empreiteiro (não no total mas em parte) ultrapassa o valor do trabalho realizado por este.

Dos artigos 1210º e 1212º C.C. resulta claramente que o fornecimento de materiais pelo empreiteiro não altera a natureza do contrato. Antes pelo contrário, o art.1210º C.C. prevê que os materiais sejam normalmente fornecidos pelo empreiteiro. Todavia, existem negócios que se situam na periferia dos dois contratos⁶⁰ os quais se torna difícil definir e que conseqüentemente leva a que este problema tenha o maior interesse prático⁶¹.

Em Portugal, com alguma influência alemã, a doutrina admite⁶² que a empreitada, quando realizada, por exemplo, com base em encomenda por catálogo, deveria ser qualificada de contrato misto, contrato de venda e de prestação de obra, desde que a coisa fosse fungível. Estar-se-ia assim perante um contrato misto combinado ou múltiplo. Também se deveria usar tal

⁶⁰ Imagine-se como exemplo um caso em que uma das partes compra um motor e o vendedor se obriga a montá-lo. Ou uma das partes vende um automóvel mas compromete-se a fazer-lhe modificações.

⁶¹ Ideia desenvolvida por Pires de Lima e Antunes Varela – **Código Civil anotado vol. II** .3ª edição : Coimbra editora 1986 pág.789.

⁶² Ver nota de rodapé 68 de MARTINEZ, Pedro Romano – **Contrato de Empreitada** : Almedina, 1994, pág.36.

classificação quando se estivesse perante um contrato em que para além da venda da coisa, o vendedor se compromettesse a realizar trabalho de montagem, acabando por exercer funções que caberiam a um empreiteiro. São os tipos de contrato que na doutrina alemã são conhecidos por contrato de fornecimento de obra, onde há simultaneamente, elementos da empreitada e uma transferência de propriedade característica a compra e venda.

Todavia, não tem sido esta a posição tomada pela jurisprudência que considerou como empreitada um contrato pelo qual alguém se comprometia a fornecer e montar uma caldeira nova⁶³. Foi também qualificado como empreitada um contrato pelo qual uma empresa que se dedicava à comercialização de elevadores, se obrigava não só a fornecer como também a instalar um elevador no imóvel do adquirente⁶⁴.

Nestes casos, o critério utilizado foi o de que se a coisa fornecida teria ou não algum préstimo sem o trabalho desenvolvido. Nos casos referidos, a instalação mesmo sendo acessória mostra-se essencial e indispensável à utilização da coisa. Por exemplo os elevadores, não teriam qualquer utilidade se o serviço de instalação não fosse feito. Isto porque à partida quem os comprou não os saberia montar, não nos parecendo fazer qualquer sentido, tal como referido no acórdão do STJ de 15/03/1974, qualificar estes contratos de contrato de compra e venda.

Para concluir, seguindo os autores Pires de Lima e Antunes Varela, *“acima de quaisquer elementos objectivos, o elemento fundamental a considerar é sempre constituído pela vontade dos contraentes. A qualificação jurídica do negócio, há-de resultar em larga medida d que tiver sido pretendido pelas partes, que não terão deixado, em qualquer caso, de configurar na sua mente um dos dois contratos em causa e o seu regime.”*⁶⁵

Outro dos problemas que se colocam entre as figuras do contrato de empreitada e da compra e venda é quando nos deparamos com um contrato de compra e venda de bens futuros. Como distingui-la do contrato de empreitada? Parecerá à priori relativamente fácil dado o que se acabou de referir sobre os

⁶³ Ac. STJ de 14/06/1972, Revista de Legislação Jurídica, 106 (1973/74), pág. 185 e ss.

⁶⁴ Ac. STJ de 15/03/1974, BMJ, 235 (1974), pag.271 e 272 – Em sentido oposto, o ac. Da Relação de Lisboa de 07/12/1989, BMJ, 392 (1990), pag.499 que qualificou como compra e venda uma situação idêntica.

⁶⁵ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado vol.II** . 4ª edição : Coimbra editora, 2010.

critérios de distinção de um e de outro, todavia, no contrato de compra e venda de bens futuros, o comprador compromete-se a comprar algo que ainda não existe e que pode muito bem vir a ser “criado” pelo vendedor^{66 67}.

E torna-se de extrema importância a diferenciação do regime contratual a aplicar. Se optarmos pela classificação incorrecta da noção, podemos, por exemplo, cair no erro de atribuir direitos ou mesmo deveres às partes que estas não teriam se se tivesse optado por outro regime. Assim, no âmbito do contrato de empreitada, o art.1216º C.C. permite ao dono da obra exigir alterações à mesma, já no que toca à compra e venda de bens futuros não há nenhum artigo no regime consagrado nos arts.880º C.C. e seguintes que permita ao comprador tal possibilidade.

Ademais, repare-se no facto de no âmbito do contrato de compra e venda de bens futuros este, aquando sua perfeição das declarações negociais, apenas produz efeitos *sui generis*, tornando-se totalmente eficaz apenas e quando a coisa se tornar presente. O que não se passará com o contrato de empreitada no qual, no que toca a efeitos do contrato, aplicaremos o art.408º nº1 C.C.⁶⁸ sem qualquer relutância, isto relativamente à construção de bens imóveis em terreno do dono, ou à recuperação dos mesmos.

Todas estas situações em caso de litígio mostrar-se-ão bastante problemáticas se o contrato não for devidamente identificado. Mais uma vez, a noção de obra revela-se de extrema importância não só na determinação da sua categoria enquanto material ou jurídica mas também enquanto bem futuro.

Pelo que se expos, constata-se que apesar das semelhanças entre o contrato de empreitada e outras figuras, o regime do primeiro demarca com precisão o

⁶⁶ Não se deverá todavia, confundir coisa futura com coisa alheia. Sobre bens futuros ver – ASCENSÃO, José Oliveira de - **Teoria Geral do Direito Civil vol.I.** 2ª edição : Coimbra editora, pág.368 e ss ; LIMA, VARELA; Pires de; Antunes - **Código Civil anotado vol. II.**3ªedição : Coimbra editora, pág.174-anotação 2.

⁶⁷ Um exemplo muito prático é o caso de quando se compra uma casa ainda na planta. É importante saber distinguir qual o regime a aplicar quando compramos o projecto de uma casa e conseqüente construção. Pela aparência do contrato poder-se-ia aplicar sem mais a compra e venda de bens futuros dado que a casa está comprada mais ainda não construída. Todavia, estes casos requerem que se analise atentamente o contrato em questão. Acontece que, por exemplo, havendo um caderno de encargos no seio do contrato ou até mesmo a possibilidade de fiscalização de obra por parte da pessoa que a adquiriu, podemos estar perante um verdadeiro contracto de empreitada. Mais uma vez, requer-se que se faça uma análise atenta e cuidada ao contrato em si.

⁶⁸ Sobre os contractos com eficácia real, regime do art.408ºcc ver – FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro - **Direito das Obrigações vol. I** :Almedina, pág. 211 e ss.

seu âmbito. A noção de obra mostra-se, como em certos casos se referiu, bastante eficaz na determinação de qual o regime contratual a aplicar em situações práticas.

Todavia, não será só na escolha entre regimes que a definição do conceito de obra irá importar. Mesmo no próprio contrato de empreitada serão muitas as condicionantes impostas pela abordagem do conceito obra.

CAP. II – Noção de Obra no Contrato de Empreitada e posições divergentes

Para que se fale em obra, é necessário ter-se primeiro presente que toda a obra é, antes de mais, uma coisa. Assim, neste capítulo segundo será primeiro abordada a obra enquanto coisa bem como as classificações em que pode ser inserida. Ainda referindo os contratos afins ao contrato de empreitada, é verdade que o legislador português, foi categórico ao excluir as simples prestações de serviço do contrato de empreitada ⁶⁹. Não obstante não são claros os “limites” relativos ao conceito de obra neste contrato. É precisamente neste ponto, que nascem as grandes cisões doutrinárias em torno do contrato de empreitada. Questiona-se assim se poderá uma obra intelectual ou de engenho, ser tida como um verdadeiro objecto de uma empreitada, ou apenas as obras materiais, no sentido estrito da palavra, se poderão considerar como objecto a ser enquadrado neste contrato?

Para analisar tal problema deverá começar-se por distinguir as várias classificações das coisas. Dito de um outro modo, cumpre, desde logo, determinar o que poderá ser uma coisa.⁷⁰

⁶⁹ Tal como se referiu no capítulo anterior, e ao contrario do que se observa noutros sistemas legislativos europeus - ver MARTINEZ, Pedro Romano – **Contrato de Empreitada** : Almedina 1994 pág.25 a 29.

⁷⁰ Sobre conceito jurídico de coisa ver – PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª edição : Coimbra, 2005; ver também, VARELA, Antunes e LIMA, Pires de - **Código Civil Anotado, Vol. I** . Coimbra : Coimbra Editora, 2010 .

II.i – A obra uma coisa

No âmbito do regime do anterior Código Civil de 1867, por coisa poder-se-ia considerar tudo o que não tivesse personalidade, tudo o que fosse não-pessoa. Sucede porém que, por ser considerada uma noção demasiado abrangente, o legislador, ao elaborar o novo código, não seguiu esta opção. Assim, no âmbito do art. 202^{o71} do C.C. serão coisas *“tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas”*.

Todavia, se coisa é tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas, então o que se pode considerar, como sendo susceptível, de ser objecto de relação jurídica? A resposta mais evidente seria “as coisas”. No entanto, sob pena de cair na redundância de uma resposta como esta, que apenas conduz a um círculo vicioso e infrutífero, a doutrina fornece-nos alguns critérios.

Deste modo, será coisa, tudo aquilo contiver as seguintes características: individualidade, utilidade, susceptibilidade de apropriação.

Com recurso a estas características, Oliveira de Ascensão define as coisas, afirmando que estas, antes de mais, terão de ser consideradas como um objecto “pré-legal”, algo que dependerá de juízos técnicos e que se considerará como *“uma realidade exterior ao homem e dele independente na sua subsistência, que tem individualidade e utilidade e que é susceptível de apropriação”*⁷².

Seguindo o mesmo autor, as características determinantes para o conceito de coisa serão analisadas da seguinte forma: individualidade, utilidade e susceptibilidade de apropriação.

1. Individualidade:

Quanto à individualidade, será classificada como coisa tudo aquilo que se puder autonomizar. Assim, não poderemos considerar como coisa cada tijolo, ou parte de cimento usados para construir um prédio, mas antes o prédio em

⁷¹ Ver – ANDRADE, Manuel A. Domingues de – **Teoria Geral da Relação Jurídica Vol. I Sujeitos e Objecto**. Coimbra : Coimbra editora , 1992.

⁷² ASCENSÃO, José Oliveira de – **Direito Civil Teoria Geral vol.I (introdução as pessoas os bens)** – Coimbra editora 1997, pág.316. Mota Pinto, fala em “existência autónoma ou separada; possibilidade de apropriação exclusiva por alguém; e aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas” – PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil** – Coimbra 2005, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto pág. 341.

si, no seu todo. A importância da individualidade está no facto de, ao definir os limites físicos da obra, fique claro que esta será o prédio no seu todo e não cada tijolo nele incorporado. Constate-se que existe um regime próprio, referente a cada tijolo ou parte utilizada para construir a obra no seu todo, todavia, esses direitos referentes às partes da coisa, segundo Oliveira de Ascensão apenas “*confirmam que é a coisa, na sua totalidade, que representa a unidade que é o ponto de partida da valoração jurídica*”⁷³.

Compreende-se então, que não estarão abrangidos no conceito de coisas quaisquer objectos, que tenham sido utilizados e fundidos para dar origem a outro, devidamente individualizado.

Alerte-se, no entanto, que existem situações em que os objectos, embora ligados materialmente, mantêm a sua autonomia e, por conseguinte, a sua individualidade. Isto porque, esta *individualidade*, trata-se de um conceito social e não de um conceito material. Depende da utilidade que a sociedade dará ao objecto no seu todo. Tal situação vislumbra-se por exemplo, quando, duas casas construídas com uma parede em comum, embora ligadas entre si, por essa mesma parede, são, indiscutivelmente, dois objectos individuais e não apenas um.

Este critério ajuda a compreender o regime da transferência de propriedade sobre obra enquanto objecto de contrato de empreitada (art.1212ºC.C.)⁷⁴. Desde logo, explica o facto de, pertencendo o solo e os materiais, na sua maioria, ao dono da obra, ainda que alguns sejam fornecidos pelo empreiteiro, é lógico que a obra vá pertencer ao dono da obra, no seu todo, e mesmo antes da aceitação. Isto porque não se considera, como se disse, tijolo a tijolo mas sim o agrupamento deles no seu todo.

2.Utilidade

O conceito de utilidade mostra-se um conceito demasiado geral, mas fácil de perceber. Serão coisas tudo o que puder ser útil ao sujeito quer do plano económico, pessoal ou público. No que ao contrato de empreitada diz respeito, a utilidade aparecerá sempre relacionada com o conceito de patrimonialidade. Ou seja, defende-se que, para que a coisa possa ter sido como objecto na

⁷³ ASCENSÃO, José Oliveira de - **Teoria Geral do Direito Civil vol.I.** 2ª edição : Coimbra editora ,pág.317 .

⁷⁴ Cfr. Capítulo anterior.

noção de obra, esta terá de ser útil; útil numa acepção económica. Assim não será, à partida, uma coisa passível de ser objecto da noção de obra a areia espalhada pela praia. Podendo sê-lo, porém, se essa areia for arrecadada com vista à construção de uma casa.

3. Susceptibilidade de apropriação

Quanto à susceptibilidade de apropriação, esta característica implica que por coisas estarão englobadas tudo o que mesmo não estando apropriado é susceptível de apropriação e portanto apropriável. Exclui-se assim os elementos como o sol, as nuvens, o magma do interior da terra, e até mesmo grandes superfícies. Coisas que, mesmo não questionando a sua utilidade, não são susceptíveis de serem apropriadas dado o seu carácter natural.

Fixadas as características da coisa, observa-se que o nosso legislador determinou no Código Civil, algumas distinções acerca destas mesmas coisas. Estas distinções irão permitir entender quais são as coisas que estarão, sem mais, excluídas do conceito de obra no contrato de empreitada, e ainda, aquelas que, com ou sem controvérsia, se poderão admitir no âmbito deste mesmo contrato.

Assim, nos artigos 204º e seguintes C.C. as coisas tanto podem ser imóveis, móveis, compostas, fungíveis, consumíveis, divisíveis, acessórias, e futuras.

4. Coisas Imóveis e Móveis

O nº1 do art.204º C.C., enumera quais os objectos considerados imóveis. Assim, tudo o que não for prédio rústico ou urbano, partes integrantes destes, águas, árvores, arbustos e frutos naturais ligados ao solo e, por fim, direitos inerentes ligados a estes bens será considerado como coisa móvel – art.205º nº1 C.C..

Existe toda uma importância prática ligada a esta distinção, porque não são raras as vezes em que o regime legal irá ter consequências diversas, quer se trate de um tipo de coisas ou de outro.

Assim, no contrato de empreitada, nomeadamente, se a coisa for móvel, a transferência da propriedade apenas se dará depois da obra concluída e aceite, por outro lado, se for imóvel e o terreno pertencer ao dono da obra, ela

sempre será propriedade deste. Por esta razão, deverá ter-se em conta o estudo um pouco mais pormenorizado, da distinção que nos faz o Código Civil acerca deste assunto. Isto porque, existem_situações em que, determinadas coisas embora não estejam abrangidas pela enumeração taxativa do art.204º C.C. sobre os imóveis, também não se poderão enquadrar na categoria de móveis. Dá-se o exemplo das estradas, as minas e os monumentos⁷⁵. Se por ventura o objecto da empreitada não se encontrar contemplado pelo art.204º C.C., dever-se-á, primeiramente, verificar a “ligação” que a obra terá ou não com o solo e só depois, poderemos classificar a devida obra como móvel ou imóvel.

No âmbito da empreitada, parece evidente que qualquer obra que tenha uma ligação ao solo, de carácter permanente, será considerada uma obra imóvel. Esta ideia parece perfeitamente justificável uma vez que, feita a análise ao regime da transferência de propriedade no caso de coisa imóvel, é sempre necessário saber se o solo pertence ou não ao dono da obra. E assim sendo, devido ao facto da menção ao solo estar sempre presente, conclui-se que nada obsta à ideia apresentada de que, em todo o caso se deverá verificar a “ligação” da obra com o solo.

5.Coisas compostas

A classificação que divide as coisas em simples e compostas vem consagrada no art.206º C.C.. Pela interpretação deste artigo as coisas compostas serão todos os objectos móveis, com autonomia entre si mas que pertençam à mesma pessoa e que tenham um destino unitário. Um conjunto de ovelhas que forma um rebanho ou até mesmo um conjunto de livros que formará uma biblioteca. São conjuntos de coisas simples que, uma vez agrupadas e destinadas a um mesmo fim, formam uma unidade enquanto objecto do mesmo

⁷⁵ Exemplo dado por Oliveira de Ascensão que, segundo ele, seria uma “violência” considerá-los como prédios rústicos ou urbanos, mas que também não podem ser considerados como móveis. Embora haja opiniões em contrário, como por exemplo a de Carvalho Fernandes, seguimos a opinião deste autor uma vez que embora sejam mobilizáveis, estes objectos tidos como exemplo,, encontram-se com uma ligação ao solo de tal maneira irrefutável que chega a parecer grosseira a sequer hipótese de que poderiam ser considerados móveis.

direito – uma universalidade⁷⁶. Embora se observe uma autonomia jurídica dos elementos, o conjunto das unidades é tratado como um todo.

As coisas simples, refere Oliveira Ascensão⁷⁷, serão aquelas que não poderão ser decompostas em coisas mais simples.

As coisas compostas podem resultar ou de uma acção da natureza, ou do produto da actividade humana, como os animais ou os frutos. Juridicamente, considera-se irrelevante qual a proveniência da coisa composta.

Desta forma, pode ainda ser uma coisa composta algo que perde a sua autonomia para dar origem a uma outra coisa.

Com isto mostra-se claro que, perante um contrato de empreitada, o objecto ao qual esse contrato dará origem será uma coisa composta na medida em que o agrupamento de coisas simples como os materiais, dará origem a uma outra coisa – a coisa composta. Como afirma José Vieira⁷⁸, *“Um automóvel constitui segundo o Direito uma única coisa; todavia, no seu processo de fabrico entram outras coisas, simples e compostas, como pneus, jantes, rádio motor etc. Também o edifício, no sentido do art.204º, nº2, constitui, juntamente com o solo, uma única coisa (prédio urbano), mas no edifício são incorporadas muitas coisas móveis, como janelas, portas, vidros, lâmpadas, etc.”*.

O autor explica ainda que *“Quando, segundo o Direito, a combinação de várias coisas suscita a criação de uma nova coisa e o desaparecimento das que lhe deram origem, esta última constitui uma coisa composta.”*⁷⁹

6.Coisas Fungíveis e Infungíveis

A noção de coisas fungíveis vem consagrada no art.207ºC.C.: *“São fungíveis as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objecto de relações jurídicas”*. Quer isto dizer que serão fungíveis, todas as coisas que podem ser substituídas por outras do mesmo género e quantidade, sem que com isto percam qualquer valor utilitário ou económico.

⁷⁶ VIEIRA, José Alberto, C. – **Direitos Reais** : Coimbra editora; 2008, pág. 169 - tem opinião contrária e não admite que uma universalidade de facto constitua uma verdadeira coisa para o Direito. Segundo este autor, o Direito nestes casos “continua a pressupor a qualidade de coisa somente no que respeita a cada uma das coisas simples que compõe o conjunto”. Em opinião contrária, ver – PIRES DE LIMA, Fernando Andrade de - Boletim do Ministério da Justiça. - N. 91(Dezembro 1959), pág. 214 e seg.

⁷⁷ Ver ASCENSÃO, José Oliveira de – **Direito Civil, Teoria Geral – Vol. I** : Coimbra editora, 1997.

⁷⁸ VIEIRA, José Alberto C. – **Direitos Reais** : Coimbra editora , 2008, pág.167.

⁷⁹ VIEIRA, José Alberto C. – **Direitos Reais** : Coimbra editora , 2008, pág.168.

Mutatis mutandis, as coisas infungíveis serão aquelas que não poderão ser trocadas sem que isso implique uma perda de valor utilitário ou económico. São o tipo de coisas que estão na base das obrigações genéricas⁸⁰. Ora, dado que na empreitada se convencionou, aquando da formação do contrato, qual o objecto que será elaborado e os moldes da sua execução, será fácil de concluir que as coisas fungíveis estarão excluídas do âmbito do objecto deste contrato. Isto porque, quando se elabora um contrato de empreitada não estamos apenas a determinar o género da coisa que se pretende, mas também os moldes exactos de construção da coisa e suas características.

Esta distinção entre coisas fungíveis e infungíveis permite-nos obter um critério de distinção entre a empreitada a compra e venda de bens futuros⁸¹. É que, neste último contrato, o objecto do contrato pode ser coisas fungíveis. No contrato de empreitada a obra será sempre infungível mesmo que a prestação do empreiteiro (prestação de facto material) seja, em princípio fungível.

Assim, a distinção entre coisas fungíveis e infungíveis serve para diferenciar estes dois contratos.

Tudo isto não impede, todavia, que os materiais previstos para a construção da obra sejam fungíveis, porque na verdade até o são. Quando o dono da obra convencionou que será utilizado um saco de cimento-cola na construção do muro, *a priori*, não determinará qual o saco de cimento em concreto que será utilizado, mas antes um qualquer que o empreiteiro escolherá na prateleira da loja. Relembre-se, no entanto, que não serão os materiais utilizados para a realização da obra que autonomamente determinarão a natureza do objecto do contrato de empreitada, mas sim o conjunto desses materiais é que constituirão a obra.

7. Coisas consumíveis

Relativamente às coisas consumíveis, previstas no art.208ºC.C., importa esclarecer que uma coisa consumível não implica que apenas possa ser utilizada uma vez. Isto porque, dada a definição do termo consumível utilizada

⁸⁰ Sobre obrigações genéricas ver – LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações vol. I introdução. Da constituição das obrigações** . 9ª edição : Almedina, 2010 ; e VARELA, João de Matos Antunes – **Das obrigações em geral vol. I** . 10ª edição : Almedina, 2000.

⁸¹ Distinção que aliás se analisou no capítulo anterior, pág. 26.

pelo legislador, não implica que a coisa se esgote na sua primeira utilização. Todavia, este termo implicará que uma vez utilizada, a coisa consumível não poderá ser utilizada novamente na parte ou em quantidade que o foi inicialmente. As coisas consumíveis são, então, todas as coisas que pela sua natureza implicam que o seu destino seja o consumo das mesmas por alguém. Existem dois tipos de consumo possíveis, o material, e o jurídico. O consumo material implicará um conceito mais absoluto pois, uma vez utilizada a coisa, nunca mais poderá voltar a ser utilizada, pelo menos no seu estado inicial. O consumo jurídico que se traduz na alienação da coisa (saída do património de quem a usou, transferindo-se para o de outra pessoa) será, pelo seu significado, um consumo mais relativo.

Diz-nos Domingues de Andrade que *“poderá dizer-se (ou quase) que todas as coisas consumíveis são também fungíveis. Mas não inversamente.”*⁸². Não parece que se possa aceitar esta ideia, uma vez que se poderá perfeitamente ter uma coisa consumível que não será fungível. Veja-se que, na referência às coisas fungíveis, se chegou à conclusão que estas não podem ser objecto do contrato de empreitada. No entanto, a título de exemplo, alguém que pretende um bolo de aniversário personalizado e construído em moldes muito particulares, contrata um profissional de pastelaria para lhe executar a realização do bolo segundo determinados moldes e ingredientes. Neste caso, é perfeitamente admissível que o contrato em causa, seja um verdadeiro contrato de empreitada, cujo objecto será uma coisa consumível mas não fungível. Conclui-se então que também as coisas consumíveis, poderão ser objecto de contrato de empreitada (assim como as coisas não consumíveis).

8. Coisas divisíveis

Fisicamente, todas as coisas serão divisíveis. Todavia, o critério utilizado no art.209ºC.C. não será um critério físico mas antes socio-económico, pois na parte final do artigo está previsto que só serão divisíveis as coisas que, sendo fraccionadas, não alterem a sua substancia, valor ou comportem prejuízo para o uso a que se destinam. Ou seja, se for dividida uma coisa e ela perder

⁸² ANDRADE, Manuel A. Domingues de – **Teoria Geral da Relação Jurídica vol. I Sujeitos e Objecto** . Coimbra : Coimbra editora, 1992.

qualquer uma destas características, ou estas se modificarem, essa coisa não será tida como divisível.

Entende a doutrina que estes critérios são disjuntivos, basta que se observe um deles para que a coisa se possa classificar como indivisível⁸³.

Como exemplos de coisas divisíveis refira-se, entre outros, um terreno ou um edifício (que poderá ser, nomeadamente dividido em outros edifícios ou fracções em regime de propriedade horizontal). Como coisas indivisíveis podemos apontar os exemplos do veículo automóvel, uma televisão, uma bola ou até mesmo um livro.

Relativamente a este critério de classificação das coisas, admite-se que elas possam ser (ou não) divisíveis por natureza, por força da lei ou por convenção entre as partes.

Isto implica que uma coisa que *à priori* seja divisível se torne, por convenção das partes ou por imperatividade da lei, em algo indivisível. É o caso previsto no art.1412º C.C. em que os comproprietários podem convencionar que a coisa não seja dividida por um prazo determinado, não podendo este prazo ser superior a cinco anos, admitindo no entanto que haja renovação do mesmo.

Um caso de indivisibilidade legal⁸⁴ encontra-se no art. 1376º C.C., parece-nos um bom exemplo uma vez que se trata de um artigo que proíbe a divisibilidade de terrenos com uma área inferior à permitida por lei. Ora, uma coisa que pela sua natureza é claramente divisível, torna-se indivisível por via legal. Este exemplo do art.1376º C.C. reveste particular importância em sede de contrato de empreitada. Isto porque, tendo conhecimento desta indivisibilidade legal, o empreiteiro ao utilizar certa obra não cairá em eventuais ilegalidades na execução da obra pretendida pelo dono da obra.

9. Coisas Acessórias

As coisas acessórias encontram-se definidas pelo art. 210º C.C.. Nos termos deste artigo, estão excluídas da terminologia de “acessórias”, as coisas que constituírem parte integrante da coisa principal. Todavia, ter-se-ão por

⁸³ Ver – VIEIRA, José Alberto, C. – **Direitos Reais**. Coimbra : Coimbra editora, 2008.

⁸⁴ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, no seu Código Civil Anotado (ver anotação com respetiva referência) fornecem-nos outros exemplos de indivisibilidade legal. Todavia, estes exemplos reportam-se aos artigos 696º CC (indivisibilidade da hipoteca) e 1546º CC (indivisibilidade de servidões prediais) no qual está em causa a indivisibilidade de Direitos e não de coisas.

acessórias todas as coisas que estarão de uma forma ou de outra, duradouramente relacionadas com a coisa principal.

Pelo enunciado no nº2 deste artigo, as coisas acessórias não integram o objecto do contrato de empreitada. Todavia, admite-se, se o contrato incidir sobre a elaboração de uma coisa que *à posteriori* será acessória mas que no âmbito do contrato de empreitada é principal, que esta possa ser objecto desse mesmo contrato.

10.Coisas Futuras

Reguladas no art. 211º C.C. o código civil dá-nos como definição de coisa futura como sendo todas aquelas *“que não estão em poder do disponente ou a que este não tem direito ao tempo da declaração”*. Desta definição legal, retiram-se dois conceitos do termo “coisa futura”. Podemos estar perante uma coisa futura que ainda não existe de todo ou perante algo que, embora já exista materialmente, ainda não faça parte da esfera jurídica do alienante. No primeiro caso, estaremos perante uma coisa futura em absoluto, que se dominará de “critério da existência”; já no segundo caso, tratar-se-á de uma coisa futura em termos relativos “critério da titularidade”.

Segundo Carvalho Fernandes, *“A importância desta classificação manifesta-se, fundamentalmente, no problema de saber em que medida as coisas futuras podem ser objectos de actos jurídicos válidos.”*⁸⁵ Isto porque, como se sabe, é ilegal a venda de bens alheios, todavia, com o instituto das coisas futuras e segundo o critério da titularidade, existem situações em que tal irá ser permitido. Todavia, serão coisas futuras no plano absoluto, as que são objecto do contrato de empreitada.

Observe-se que as coisas absolutamente futuras também são objecto de contratos com bastantes semelhanças com o contrato de empreitada. Efectivamente, a compra e venda de bens futuros tem como objecto exactamente as coisas futuras, sejam elas no sentido absoluto ou relativo do termo. Mas é quando estão em causa coisas absolutamente futuras que mais ténue será a linha diferencial entre estes dois contratos. Nestes casos, ter-se-á de recorrer a mecanismos, tais como o de verificar se há ou não regime de

⁸⁵ FERNANDES, Luis A. Carvalho - **Teoria Geral do Direito Civil, vol.I (introdução pressupostos da relação jurídica)** . 5ªedição : Universidade Católica editora,2009.

fiscalização, ou mesmo plano convencional de elaboração da obra⁸⁶, para melhor se distinguir a compra e venda de bens futuros do contrato de empreitada.

Relativamente ao regime aplicável aos contratos cujo objecto são coisas futuras, refira-se, em suma, que não podemos deixar de ressaltar a importância relativa ao momento de determinação da coisa enquanto futura. Ou seja, quando é que num contrato verificamos que se trata de uma coisa futura? Este momento será o da declaração negocial, da qual a coisa é objecto.

Assim, aquando a declaração negocial, as partes terão de ter conhecimento de que a coisa é efectivamente futura. Se não o tiverem, não se tratará de compra e venda de bens futuros mas antes de alheios. Uma vez classificada a coisa de futura, o momento em que esta passará a ser presente, ou seja o momento da concentração da coisa, poderá variar quer no contrato de compra e venda de bens futuros ou empreitada.

Tratando-se de bens absolutamente futuros, tanto na empreitada como na compra e venda, a coisa passará a ser presente quando se determinar, ou seja, quando passar a existir. No que concerne aos bens relativamente futuros, reitera-se o facto de os mesmos se encontrarem excluídos da empreitada. Por conseguinte, estes apenas poderão constituir objecto na compra e venda, tornando-se determinados quando estiverem na esfera jurídica do alienante. Isto porque nestes casos a “ideia base” deste contrato é a de que a coisa ainda não existe na esfera jurídica deste absoluta ou relativamente.

11. Coisas materiais e imateriais; corpóreas e incorpóreas

No âmbito da definição de obra, será sobre a classificação das coisas em materiais e imateriais, corpóreas e incorpóreas, que se irão levantar as grandes questões inerentes ao contrato de empreitada.

Esta classificação não foi incluída pelo legislador aquando a elaboração do actual Código Civil.

Existe alguma divergência doutrinária sobre se se deve considerar esta classificação enquanto dois grupos ou se um incorporará o outro. Alguns

⁸⁶ Critérios de diferenciação entres estes dois contratos desenvolvidos no Cap.I , nomeadamente no subcapítulo “Empreitada e figuras afins” – pág.28.

autores subdividem as coisas corpóreas e incorpóreas, em materiais e imateriais.

Ainda assim, mostra-se comum a ideia de que a definição entre corpóreas/incorpóreas e materiais/imateriais, se aproximam e, *in extremis*, se confundem.

Posto isto, as coisas corpóreas serão aquelas que se revelam aos sentidos. Embora possam não ter um corpo físico bem visível aos olhos, as coisas corpóreas são capazes de provocar reacções nos sentidos das pessoas. São aquelas que podemos tocar ou, ainda que não as possamos tocar, podemos sentir de alguma forma. José Vieira⁸⁷ explica-nos que “*Os desenvolvimentos tecnológicos modernos levaram à descoberta e ao aproveitamento de coisas corpóreas que não podem ser vistas ou tocadas, como por exemplo, a electricidade e os gases.*”

Já a identificação de coisas incorpóreas resulta de conceitos e de valorações meramente sociais. Nasceram de experiências da vida social e embora não as possamos sentir, sabemos e admitimos que existem. Têm assim uma existência abstracta ou ideal, mas são passíveis de valor económico e social. Falando de coisas incorpóreas está-se a fazer referência a coisas como a expressão escrita, a invenção, a marca, o desenho ou modelo, logótipos ou até mesmo pareceres escritos. São designados de bens intelectuais, que desde logo, estão protegidos por diversos direitos, como os direitos de autor, direitos privativos integrados no Direito Industrial (patente, direito à marca, ...).

Em relação à classificação de materiais e imateriais, percebe-se que as coisas materiais e imateriais enquadram-se dentro da categoria dos bens corpóreos. As coisas materiais, como facilmente se verifica, são aquelas que são palpáveis, fisicamente visíveis. As coisas imateriais serão, por exclusão, todas as coisas que não são fisicamente visíveis.

Acontece, todavia, que se poderá ter, pela sua natureza e como já se afirmou, coisas imateriais que não se enquadrarão na classificação de incorpóreas mas sim nas corpóreas.

Como exemplos refiram-se:

⁸⁷ VIEIRA, José Alberto C. – **Direitos Reais** : Coimbra Editora, 2008, pág.137.

- Como coisa corpórea e material poderemos ter, entre outros, um computador, uma tela, uma televisão.
- Já como coisa corpórea e imaterial estará abrangida a electricidade.
- Por último, enquanto coisa incorpórea e imaterial serão considerados os bens intelectuais e direitos.

Conclui-se então, que não poderá haver coisas simultaneamente incorpóreas e materiais. Como se referiu, é então, com esta análise classificativa que se centrar-se-á a discussão sobre a noção de obra no contrato de empreitada. É que, muitas questões se têm levantado sobre se os bens intelectuais – leia-se bens incorpóreos e imateriais – poderão ou não ser objecto de contrato de empreitada, ou seja, objecto de “obra” (art.1207º C.C.). Por bens intelectuais podemos considerar as obras literárias, as obras artísticas, as invenções, os programas de computador, os pareceres (jurídicos ou não).

Há quem, no limite da questão, chegue mesmo a discutir se poderemos ou não incluir tais realidades na categoria de bens. Isto, dada a enorme ligação que têm com a pessoa que os “criou”. Todavia, entende-se facilmente que, após a dita criação, estas coisas vão se autonomizar da pessoa que as criou, podendo ser usadas por outrem, sem qualquer restrição. A pessoa, porém, continuará a ter direitos sobre a coisa.

Observe-se que, embora incorpóreos, quando se fala em bens intelectuais, reconhece-se que estes terão obrigatoriamente de se materializar, para que possam ser transmitidos.

Importa saber, em que medida esta materialização poderá ou não desintegrar-se do bem intelectual em si mesmo e desta forma serem ambos (quer a criação quer o objecto no qual se materializou) avaliados separadamente ou não.

Ou seja, a questão prende-se em saber se, devido à materialização do pensamento se deverá ou não considerar como "coisa" por exemplo o projecto intelectual de realização de um filme. E se este poderá ser tido como uma obra, nos termos e para os efeitos do artigo 1207º do C.C..

É certo que esta materialização terá sempre de existir, isto porque, se assim não fosse, o trabalho criativo não seria exteriorizado e ficaria somente no intelecto do seu autor o que, sem mais, não constituiria obra no sentido previsto no CDADC.

Deste modo sempre que o autor criar estará não só a fazê-lo intelectualmente como a construir algo corpóreo. Todavia distingue-se do empreiteiro em alguns aspectos. Nomeadamente, note-se que no regime do contrato de empreitada o empreiteiro terá toda a liberdade de execução no seu trabalho (sem prejuízo do direito de fiscalização do dono da obra), todavia, quando se constrói uma obra intelectual não se terá apenas liberdade de execução. Defende-se que esta se trata de uma liberdade mais ampla, pois não só o autor executa a sua obra como também a cria em plena liberdade. Existe aqui, uma verdadeira criação, um acto de originalidade por parte de quem está a criar, o que, à partida, não se encontrará num contrato de empreitada comum, cujo objecto será uma obra corpórea. Nestes casos a obra será executada sobre um plano previamente estipulado. Estas questões remetem-nos para uma outra questão que será a de saber o que englobará o termo “obra”. Nomeadamente, é necessário procurar saber se as obras incorpóreas integram a noção de obra.

II.ii – Noção de Obra e a Posição Doutrinária

No direito português, a questão da noção de obra já foi várias vezes levantada para resolver litígios de qualificação contratual. A posição dos tribunais varia, bem como as opiniões doutrinárias que as sustentam.

Isto acontece porque, podemos ter, no que ao contrato de empreitada diz respeito, dois tipos de concepção contratual. A mais ampla e a mais restrita, sendo que, ambas diferem na interpretação do conceito de obra.

1.Noção de Obra em sentido amplo

No sentido da noção ampliativa do conceito de obra encontramos autores como Ferrer Correia e Henrique Mesquita⁸⁸ que apoiam a tese de que, no conceito de obra, poderá ser admitido um trabalho eminentemente de origem intelectual.

Os argumentos que sustentam esta tese, têm origem diversa. Desde logo por razões de interpretação legislativa.

Recorrendo a uma interpretação literal do art.1207ºC.C., verifica-se que este não estabelece nenhuma restrição do conceito, admitindo deste modo, qualquer tipo de obra sem diferenciação da sua natureza. Defendem os autores desta tese que, aliada a esta interpretação, está o confronto entre outras legislações⁸⁹ onde, sem mais, não impedem e muito menos restringem, o conceito de obra. Não havendo como tal, qualquer motivo para que se limite, excluindo do seu objecto as obras intelectuais.

Também argumentos de razões históricas são utilizados nesta defesa. No texto da 2ª revisão feita pelo Ministério, do Anteprojecto do Código Civil actual, a empreitada era definida por *“o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a criar ou modificar certa coisa, mediante um preço”*. Ao utilizar-se a expressão coisa, subentende-se que estaria aqui necessariamente presente, a forma de materialização (completa ou tendencial) do objecto do contrato de empreitada. Ao preferir a palavra obra ao invés do termo coisa, no texto final do código, entendem os defensores desta conceptualização que o

⁸⁸ Cfr – Anotação ao acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983 pelo Prof. Doutor A. Ferrer Correia e Dr. M. Henrique Mesquita – Revista O.A. ano 45, Lisboa – Abril de 1985.

⁸⁹ Que aliás já se falaram na pág. 23.

legislador quis afastar esta necessária materialização, alargando deste modo o conceito.

A esta conclusão juntar-se-ia o argumento de que nos termos do art.1155º C.C. o contrato de empreitada é um contrato de prestação de serviços o que, por sua vez, é definido no art.1154º do mesmo código, como um contrato em que uma das partes se obriga perante a outra a lhe proporcionar um certo resultado do seu trabalho, seja este intelectual ou manual. Assim sendo, e por incorporar uma das modalidades de prestação de serviços, não seria admissível outra interpretação que não a que inclui os trabalhos intelectuais no contrato de empreitada.

É defendido também, para além dos argumentos com base em interpretações textuais, que o próprio mecanismo inerente ao contrato de empreitada permitirá que se defenda uma concepção ampla do conceito. Isto porque, muitos dos problemas que se levantam a propósito das obras intelectuais são idênticos aos que respeitam às obras de natureza material e, como tal, uma unificação destes regimes seria de todo benéfica⁹⁰.

Veja-se a previsão no art.1229º C.C. que permite ao dono da obra desistir do contrato a todo o tempo, mesmo que a sua execução já esteja em curso. Sabe-se que esta é uma regra contrária aos princípios gerais de contratação civil. E, procurando-se a razão de ser desta permissão, poder-se-á afirmar que as razões que levaram o legislador a consagrá-lo foram de origem muito prática.

É que pode acontecer que o dono da obra perca interessa na mesma. Tal facto originaria que, uma vez levada a cabo, a produção da obra seria completamente inútil e desprovida de interesse para o dono da obra. Desta forma, entendeu o legislador, que seria de todo benéfico para o regime, que se consagrasse o direito à desistência (ainda que, claro, devidamente protegidos os direitos do empreiteiro de forma a este não sair lesado). Dizem-nos então Ferrer Correia e Henrique Mesquita que, *“a razão de ser do regime consagrado no art.1229º, vale, com igual força, quer para as obras materiais, quer para as de outra natureza.”*⁹¹ Seguindo os mesmos autores, eles tomam como exemplo o seguinte: *“A, interessado na construção de uma casa, encomendou*

⁹⁰ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra : Coimbra editora, 1992, com referência à anotação da pág.422.

⁹¹Comentário dos Professores Ferrer Correia e Henrique Mesquita *in* Revista O.A. ano 45, Lisboa, Abril de 1985 – pág. 142.

a B o projecto de arquitectura e celebrou subsequentemente com C, empreiteiro, o contrato de construção. Se, no decurso da edificação da casa, A concluir que a mesma deixou de lhe interessar (porque, por exemplo, aumentou a poluição da zona onde o edifício está a ser implantado, porque não logou obter o financiamento com que contava ou porque a sua situação económica se agravou entretanto), assiste-lhe inquestionavelmente o direito de desistir do contrato que celebrou com C⁹². Sem dúvida que esta situação é pacífica, todavia os autores acrescentam – “Nenhum motivo válido se descortinaria, no entanto, para que o mesmo direito lhe não assistisse em relação à elaboração do projecto, se mais cedo A houvesse concluído que a casa deixara de lhe interessar. Seria absurdo, com efeito, que alguém pudesse desistir da construção de um edifício mas não do projecto a ele respeitante.”⁹³. É então desta forma, que a obra nos é apresentada, segundo a tese ampla do conceito. Sustentada fundamentalmente pelos dois autores supra referidos (leia-se Ferrer Correia e Henrique Mesquita), sucintamente esta tese defende que, seja por questões de interpretação, ou por razões de ordem lógica e consequente aplicação prática, o conceito de obra no contrato de empreitada deve, sem qualquer restrição, abarcar todas as obras sejam elas materiais ou intelectuais.

2.Noção de Obra em sentido restrito

Em contraposição observa-se a noção de obra em sentido restrito, que é defendida por autores como Antunes Varela e Calvão da Silva.

Esta tese avança com argumentos, que refutam toda a tese anteriormente descrita do conceito amplo de obra. Para tal, limita o conceito de obra, no contrato de empreitada, a obrigações de resultado; a obrigações que se limitem à realização de obras corpóreas.

Invoca-se nesta teoria, em primeiro lugar, um argumento de ordem literal. Ao contrário do defendido na tese oposta, aqui defende-se que o conceito de obra do art.1207ºC.C. decorre de algo de natureza material e como tal a obra a realizar-se terá de ser, obrigatoriamente, corpórea. Mais ainda, a natureza

⁹² Exemplo dado em: Comentário dos Professores Ferrer Correia e Henrique Mesquita *in* Revista O.A. ano 45, Lisboa, Abril de 1985 – pág. 142.

⁹³ Comentário dos Professores Ferrer Correia e Henrique Mesquita *in* Revista O.A. ano 45, Lisboa, Abril de 1985 – pág. 142.

material estará, desde logo, implícita em “expressões” utilizadas no regime do contrato de empreitada, nomeadamente quando se menciona o “*dono da obra*”. Exigindo-se que a obra seja uma coisa material, não se tornará possível a aplicação do regime do contrato de empreitada a contratos cujo objecto sejam obras de natureza intelectual. Além de que, o facto de as obras do intelecto estão devidamente regulamentadas em diploma legal próprio, no Código dos Direitos de Autor. Por conseguinte, se em determinado contrato estiver em causa uma obra intelectual, dever-se-á dar preferência ao regime previsto para os Direitos de Autor.

Havendo lacunas, aqui sim, se poderá discutir a forma de integração das mesmas por meio do regime dos contratos de prestação de serviços (mandato, prestação de serviços típica e empreitada).

Assim, poder-se-ia até admitir, *in extremo*, a aplicação do regime do contrato de empreitada à realização de obra incorpórea.

Calvão da Silva⁹⁴ afirma 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 (...) serão protegidos através do reconhecimento ao seu autor de direitos absolutos e exclusivos.*”

Veja-se então, pelo confronto das duas teses, que, seguindo uma orientação estaremos perante uma noção onde a obra é encarada como uma obra em si mesma, sendo quase irrelevante a originalidade da criação e o pensamento intelectual que dela é fonte. Esta forma de pensamento leva a que o resultado material do trabalho intelectual, seja considerado quase como a definição elementar da obra.

Por outro lado, se seguirmos a orientação contrária, a ideia da criação intelectual e da construção artística é tida como elementos fundamentais de uma obra intelectual, excluindo a aplicação do regime do contrato de empreitada. Desta forma desvaloriza-se a materialização desse pensamento, não permitindo deste modo que a obra intelectual seja tida como algo corpóreo

⁹⁴ Anotação – Direitos de autor, Cláusula Penal e Sanção Pecuniária Compulsória – por João Calvão da Silva, pág. 132. (documento disponível em http://estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Calvao87.pdf - consultado a 21/05/2014).

mas antes, como um objecto artístico que é concebido muito antes de ser materializado.

Apresentadas as duas teses e para que se possa concluir por uma delas, torna-se imperativo algum estudo sobre “obra intelectual” e Direitos de Autor. Antes de mais, para que se fale em obra intelectual, que se encontra prevista e protegida em sede de Direitos de Autor, o termo, tanto comporta um sentido objectivo como um sentido subjectivo. Citando Menezes Leitão, *“Em termos objectivos, ela consiste no ramo do Direito que regula a protecção das obras intelectuais. Em termos subjectivos, ela consiste na permissão normativa de aproveitamento da obra intelectual, que o direito normalmente reserva ao autor daquela.”*⁹⁵

Os direitos de autor, por sua vez, encontram-se regulados no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos, bem como na C.R.P. É na C.R.P., diploma considerado como “a norma das normas”, que encontramos a origem da protecção dos direitos de autor. Desde logo, o nº1 da art.42º da C.R.P. defende a livre criação afirmando que *“é livre a criação intelectual, artística e científica”*. É no entanto, no seu nº2 que se observa a real protecção da construção intelectual: *“esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor”*.

Interpretando este artigo no contexto da C.R.P., são atribuídos aos direitos de autor um carácter de direito fundamental (tal como são os direitos do homem). Desta forma, o Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos será uma extensão da protecção conferida às criações artísticas, consagrada primeiramente pela C.R.P.

O art.1º do C.D.A.D.C, define claramente a “obra” em Direitos de Autor nestes termos: *“são criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizado”*.

Da análise deste artigo, retiram-se dois pressupostos que, preenchidos cumulativamente, levarão a que haja protecção legal sobre a obra intelectual.

⁹⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes - **Direito e autor** :Almedina, 2011, pág.11.

Primeiramente, para que a obra (artística, literária ou científica) seja merecedora de protecção, ela terá de obedecer a uma premissa de originalidade. Quer se com isto dizer que a obra terá, forçosamente, que ser uma criação originária do seu autor. Não se limitando a uma cópia de algo já realizado. Este conceito, transcende a própria publicitação da obra, uma vez que, ainda que seja do desconhecimento do público, alguém que copia uma obra alheia não terá direito de autor sobre a mesma. Este facto deve-se a que o seu trabalho intelectual, não será de toda uma criação intelectual original e, portanto, não merecedor de qualquer tipo de protecção.

Por outro lado, não basta que esteja preenchida a premissa da originalidade.

O art.1º, refere-se a obras “por qualquer modo exteriorizadas”. Assim, entende-se que além de original, a obra terá de ser materializada de qualquer forma. Citando António Pereira⁹⁶, *“para que um direito de propriedade literária ou artística seja atribuído a um autor relativamente a uma criação original, é necessário que não se trate de uma simples ideia. As ideias, em si mesmas, ainda que muito brilhantes ou geniais, não são protegidas, pois se considera que pertencem ao património comum da humanidade”*.

Não basta então que se tenha uma ideia própria, esta terá que ser materializada sob qualquer forma. E se o nº1 do art.1º o afirma na positiva, o nº2 do mesmo artigo vem completar esta ideia pela negativa ao afirmar que *“as ideias os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste código”*. Com esta premissa assente, o art. 2º sugere algumas das modalidades sob as quais se pode materializar o pensamento - livros, lições, conferências, composições musicais, ilustrações, esboços, entre outros. Devidamente assentes estas exigências (previstas pelo CDADC), torna-se pertinente desenvolver a questão da obrigatoriedade da originalidade de uma obra intelectual. Isto porque, remetendo para o regime do contrato de empreitada, será necessário procurar saber até que ponto o empreiteiro está ou não obrigado a tal quesito. O que se passa relativamente a este aspecto é que, ao passo que em sede de obra intelectual o autor tem de criar

⁹⁶ Advogado, consultor jurídico da secretaria de estado da cultura à data de 1989 cujo discurso se encontra presente no livro “Direitos de autor: gestão e prática judiciária – seminário organizado pelo centro de estudos judiciais e sociedade portuguesa de autores”, editora SP, Lisboa 1989, pág.25.

obedecendo a certos quesitos, na empreitada tal não se mostra necessário, uma vez que o empreiteiro está adstrito apenas a uma obrigação de resultado.

3. Originalidade da obra intelectual

Aprofundando o conceito que se tem vindo a debater, fala-se em originalidade da obra intelectual na medida em que, quando nos referimos ao plano artístico e intelectual, a obra terá de ser essencialmente uma criação. E como criação deve-se entender algo de novo. Algo que não estava à priori ao alcance de toda a gente e que, sem qualquer dúvida, vem acrescentar algo que não se conhecia ou deduzia. Nas palavras do Juiz José Manuel Pinheiro, *“uma obra será intelectual, literária ou artística, desde que seja a emanção dum esforço criador da inteligência, do espírito humano: é essa a obra que a legislação sobre direitos de autor visa acautelar”*⁹⁷

Em Portugal entende-se que para efeitos de direitos de autor, no que à obra intelectual diz respeito, não se exige uma novidade objectiva propriamente dita. A legislação reconhece expressamente e protege a legitimidade de obras derivadas, nomeando-as como “obras equiparadas a originais” (art.3º CDADC). O autor pode partir de uma ideia pré-existente se a ela lhe acrescentar algo de novo do seu intelecto. Todavia observar-se-á a falta do requisito da originalidade quando alguém repetir ou copiar o que outro autor criou. Por exemplo, se alguém consciente do que produz, se limita a igualar o que outro já afirmou, escreveu, pintou ou reproduziu, não estará sob a protecção do direito de autor. Poderá até, nestes casos, incorrer em crime de cópia ilícita ou plágio, previsto e punido legalmente.

Assim, quando se fala em originalidade, pretende-se que esta seja observada como algo que nos permite identificar a obra como criação de determinado autor e não de outro qualquer. Enquanto obra intelectual esta deverá ser reconhecida como uma “expressão individual do seu autor”.

Neste sentido, torna-se possível distinguir a obra protegida pelos direitos de autor ou seja, a obra intelectual, da obra “banal”, sem originalidade, que pode ser realizada diariamente, com recurso a métodos e técnicas sistematicamente

⁹⁷ Autor citado por Maria Vitória Rocha em – *“A originalidade como requisito de protecção do Direito de Autor – algumas reflexões”* publicação da Verbo Jurídico disponível em www.verbojuridico.net/com/org; pág. 20.

pré-definidos. Vitória Rocha⁹⁸ dá como exemplo, para distinguir estes tipos de obra: um romance e uma carta banal, o objecto artístico e a mercadoria ordinária.

Desta maneira se observa que as actividades de pura construção mecânica, ou resultantes única e exclusivamente da actuação técnica e ou metódica, não constituirão uma obra intelectual. Porém, isto não significa que se exclua a utilização técnica e metódica quando se está perante uma obra protegida por direitos de autor, desde que o autor acrescente a estas técnicas o seu cunho pessoal e intelectual. O autor irá acrescentar ao trabalho metódico e técnico a sua liberdade de criação e expressão. Neste ponto é que residirá então a originalidade.

Por tudo o que se mencionou até aqui, optamos por admitir que no trabalho intelectual será o pensamento em si mesmo (e não a sua materialização) que importa.

Ou seja, perante uma obra intelectual o objecto desta será, pela teoria do conceito subjectivo de originalidade, o próprio pensamento.

Por isto se admite que, para que se consiga compreender todo o regime de direito de autor e respectivas obras, será necessária uma certa “ginástica mental”. Mostra-se absolutamente necessário que se entenda que, embora essencial, a materialização da criação intelectual, será sempre secundária. Separando então o pensamento do corpo que adquire depois de exteriorizado, conseguiremos perceber algumas particularidades do regime dos direitos de autor, contrapondo-as aos direitos do empreiteiro. Veja-se nos casos dos tipos de direitos concedidos ao autor da obra.

⁹⁸ ROCHA, Maria Vitória - “A originalidade como requisito de protecção do Direito de Autor – algumas reflexões” publicação da Verbo Jurídico disponível em www.verbojuridico.net/com/org; pág. 28.

II.iii – A Obra em Direitos de Autor

Com a sua obra reconhecida, o autor da obra intelectual passa a ser detentor de dois tipos de direitos – os direitos patrimoniais e os direitos morais sobre a obra (o que, desde já se percebe, não acontece no caso do empreiteiro uma vez que este apenas será pago pelo trabalho que efectuar e após isso deixará de ter qualquer direito sobre o que realizou).

1. Direitos patrimoniais do autor

Os direitos patrimoniais do autor, englobam, antes de mais, um sector que se destinará a reservar ao autor todas as eventuais vantagens económicas adjacentes da exploração da obra. Todavia, observar-se-á também que adicionadas às vantagens patrimoniais do autor, os direitos patrimoniais englobam ainda alguns direitos inerentes ao autor, que por si só não constituem faculdades autónomas. Trata-se de “faculdades substantivas”, que aliadas a um direito principal, criam outra vantagem salvaguardada, como o direito legítimo do autor sobre a sua obra⁹⁹.

É no artigo 67º nº1 do CDADC que encontramos fundamentação legal deste núcleo de faculdades dadas ao autor. Este artigo refere que *“o autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei”*.

Note-se que, apesar dos direitos de autor serem exclusivos, tal como previsto no art.67º CDADC, existem situações em que a lei prevê e admite que a obra seja utilizada livremente por terceiros. Nestas situações o autor irá beneficiar indirectamente da criação da sua obra uma vez que os ganhos serão provenientes da utilização por parte de terceiros¹⁰⁰.

⁹⁹ É o caso por exemplo, do direito de fiscalização do autor (direito que se poderá observar em artigos como o 60º; 143º; 86º nº7 e 113º nº1 al. f do CDADC).

¹⁰⁰ Nestes casos, em que o autor receberá apenas parte dos benefícios económicos que a obra tem para oferecer, passa-se a considerar que o direito de autor perde a sua exclusividade inerente ao dono da obra e passa a converter-se num mero direito de participação financeira.

Admite-se que a essência dos direitos patrimoniais de autor está no exclusivo de exploração económica da obra – a que se refere o art.67º nº1 CDADC. Dá-se ao autor o direito exclusivo de utilizar a obra. Todavia, e porque a exploração privada por terceiros não pode ser impedida pelo autor, a interpretação deste direito de exclusividade deverá antes seguir uma orientação de domínio público, na medida em que o autor apenas controlará e beneficiará da utilização pública da obra. Ou seja, nas palavras de Menezes Leitão *“o que é garantido ao autor é o exclusivo da utilização pública da obra e a sua exploração económica (...) a atribuição em exclusivo da exploração económica da obra ao autor impede que a mesma seja utilizada publicamente por terceiros independentemente de estes actuarem ou não com intuito lucrativo”*¹⁰¹. O que acontece é que, embora se admita o uso público da obra, quando feito por terceiros, torna-se imperativo o consentimento expresso do autor.

A esta regra admite-se excepções como a do art.80º do CDADC onde se prevê que a obra possa ser utilizada para transcrições para invisuais, mas ainda assim, desde que sejam para fins não lucrativos.

A exploração económica da obra tanto pode ser feita pelo autor (directamente) ou por terceiros por si nomeados (indirectamente), como são os casos das editoras (art.68º nº2 CDAC). Em todo o caso será sempre o autor a escolher qual das formas de exploração económica da sua obra. Estas formas de exploração serão sempre autónomas entre si, ou seja, o autor pode escolher varias formas de exploração da sua obra. Pode, por exemplo, para além de escolher uma editora que irá editar a sua obra escrita, escolher uma outra que a edite em cinema.

Já o uso privado da obra assume-se que à priori seja de utilização livre. O art.81º alínea b) do CDADC, prevê que a reprodução *“para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra, não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”* é aceite. Com isto a lei pretende apenas reservar ao autor o direito exclusivo de fazer dinheiro com a obra que criou. Segundo Oliveira Ascensão *“A lei, para reservar ao autor o*

¹⁰¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes - **Direito e autor**: Almedina, 2011, pág.123, sobre esta matéria ver também, ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos** : Coimbra editora, 2012.

*aproveitamento económico da obra, torna sujeitas a autorização dele formas de utilização pública, independentemente da verificação em concreto da existência de uma remuneração. Basta-se com a concretização do acto como potencialmente lucrativo.*¹⁰²”

Entenda-se no entanto que, embora a obra seja protegida, existem limitações à protecção concedida ao titular do direito de autor. A doutrina refere-se a “limitações ao direito de autor”. Tal como no direito civil não se concebe a ideia de uma propriedade absoluta, também em direitos de autor, por analogia, não será correcto falar de um direito de autor ilimitado.

Por regra, apenas se aplicarão restrições ao direito de autor quando estiverem em causa obras protegidas, ficando de fora deste regime as obras não protegidas bem como as utilizações de uso privado.

Como limitações ao direito de autor, observam-se as licenças, as restrições para fins de informação pública, as restrições para fins de ensino, cultura e investigação científica e as restrições inerentes ao uso privado de entes colectivos.

A par dos direitos patrimoniais do autor sobre a obra, a doutrina distingue ainda outra categoria de direitos concedidos ao autor designados por direitos pessoais.

2. Direitos pessoais do autor

Os direitos pessoais do autor, também denominados por direitos morais, estão previstos no art. 9.º do CDADC. Este artigo atribui ao autor a faculdade de continuar a exercer um poder sobre a obra (entenda-se, poder/direito moral), mesmo depois de ver esgotados todos os direitos patrimoniais sobre ela. Taxativamente, a lei enuncia e assegura dois tipos de direitos pessoais de autor: o direito de reivindicar a paternidade; e o direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra¹⁰³. Embora enuncie estes dois conceitos, a lei não é explícita quanto à limitação dos direitos pessoais. Analisado o

¹⁰² ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos** : Coimbra editora, 2012, pág.203.

¹⁰³ Para além de os vermos assegurados no art.9º do CDADC, são também estes dois direitos que encontramos no art.56º do mesmo código (capitulo reservado a esta matéria). Atente-se no facto de, em caso de morte do autor, serão também estes dois que por via sucessória, passarão para os herdeiros do autor – art.57º.

diploma, nomeadamente do art.27º e seguintes do CDADC, e segundo a doutrina¹⁰⁴, conclui-se que no âmbito de direitos pessoais é concedido ao autor: o direito ao inédito, o direito de retirada, direito à menção da designação, direito à paternidade da obra, direito à integridade da obra e o direito à modificação da obra. Passaremos a descrever de uma forma geral, o que abrange cada um deles.

3.Direito ao inédito

Nos termos do art.42º nº1 da CRP, todos têm direito à “*liberdade genérica de criação*”. A par desta liberdade de criar, está a faculdade de a materializar ou não. Note-se que o empreiteiro não pode sequer colocar em hipótese se vai materializar a obra ou não. No contrato de empreitada pretendesse-se, imperativamente um resultado. Se tal faculdade (de materializar ou não a obra) fosse concedida ao empreiteiro, o regime da empreitada abrangeria a obra em sentido amplo e restrito.

O direito ao inédito irá abranger não só a vertente pessoal dos direitos do autor, como também a vertente patrimonial dos mesmos. Isto porque, não querendo divulgar a sua obra, o autor estará também a prescindir da exploração patrimonial da mesma. Ninguém está obrigado a dar conhecimento do que criou a terceiros. Nenhum poeta é obrigado a publicar os seus versos, assim como nenhum artista está impedido de destruir as suas estátuas.

Este direito englobará também as situações de novas edições ou representações. Ou seja, mesmo após a sua divulgação, caberá sempre ao autor decidir se renovará essa edição ou não.

É da violação do direito ao inédito que surge o crime de usurpação – “*divulgação ou publicação abusiva de obras ainda não divulgadas nem publicadas pelo seu autor ou não destinadas a divulgação ou publicação mesmo que as apresente como sendo do respectivo autor*” tal como prevê art.195º do CDADC.

À priori o titular do direito ao inédito é o autor intelectual. Todavia, em algumas situações este direito pode ser exercido por terceiros. É o caso, por exemplo, das obras por encomenda em que ao contrário de outros direitos de origem

¹⁰⁴ A doutrina a qual se faz referência engloba todos os autores que neste capítulo vêm sendo citados.

pessoal, o direito ao inédito transmite-se ao comitente, nos termos do art.14º do CDADC. Assim será o comitente que passará a deter o direito de autor sobre a obra e a decidir se quer ou não vê-la publicada.

Nestes casos, seguindo a orientação doutrinária de Oliveira Ascensão, o direito exercido pelos transmissários do direito de inédito é patrimonial. Um direito que surge como condição para a exploração dos direitos patrimoniais e não um direito pessoal originário que pertencerá sempre ao criador intelectual¹⁰⁵.

4.Direito de retirada

Assim como é lícito ao autor optar pela divulgação ou não divulgação da obra, também lhe é concedida a hipótese de arrependimento no caso de ter inicialmente optado pela divulgação. Por tudo o que este direito engloba, não será exagero admitir a alta importância que lhe está adjacente. É que, mesmo que tenha concedido a utilização da obra a terceiros, pode o autor arrepender-se da publicação desta e optar pela sua retirada.

Previsto no art. 62º do CDADC, o direito de retirada deve ser bem fundamentado. Só se admite o seu exercício nas situações em que o arrependimento do autor se baseie em razões de ordem éticas, concepções estéticas ou por qualquer outra razão pessoal. Ou seja, caso haja uma manifesta alteração das concepções pessoais do autor (que justifique tal procedimento), este pode ordenar a retirada da obra. Por se tratar de algo tão gravoso (desde logo porque pode implicar que se interfira na esfera jurídica de terceiros), acarreta consequências.

Em caso de conflito entre o direito pessoal do autor e legítimos direitos patrimoniais de terceiros, a lei prevê (art.62º CDADC) que o autor terá obrigatoriamente de indemnizar os terceiros que, com o exercício do seu direito, forem prejudicados.

Acredita-se que esta solução legal a favor da indemnização é a forma de evitar que o autor abuse do seu direito de retirada.

¹⁰⁵ Com opinião diversa ver LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito e autor*; Almedina, 2011, pág.148.

5. Direito à menção da designação

Para além do direito de retirada, o autor beneficia daquilo que se designa por direito à menção da designação. Importa desde logo alertar para o facto de o direito à menção de designação não se confundir com o direito ao nome. O direito ao nome¹⁰⁶ (art.72º do C.C.) é um direito geral, um direito de personalidade, constitucionalmente protegido. Já o direito à menção da designação é um direito pessoal, intrínseco ao próprio autor.

Este direito manifesta-se na faculdade de o autor ver mencionado na sua obra o seu nome ou pseudónimo, que deverá estar presente mesmo que a obra esteja a ser utilizada e/ou explorada por terceiros. Situação que desde logo se mostra diferente do contrato de empreitada.

6. Direito à paternidade da obra

Directamente relacionado com o direito à menção da designação, o direito à paternidade da obra é um direito que assegura ao autor a possibilidade de perseguir a obra que criou, reconhecendo-a como sua.

Na prática a execução deste direito, se bem observada, é de certa forma análoga ao direito de reivindicação no direito civil. Havendo uma negação ilícita da paternidade da obra, instaura-se uma acção a fim de reivindicar a mesma.

Nesta acção a causa de pedir será o direito de autor e o pedido a cessação da utilização abusiva desse direito por quem não o possui.

Esta acção não implica que o autor impeça o terceiro de utilizar a sua obra. Todavia, apesar de poder continuar a utilizar a obra, esta acção obrigará a que o nome do seu criador venha nela mencionado.

Existem também situações em que, uma vez convencionada, é possível a limitação deste direito à paternidade. Por acordo entre as partes, o autor pode comprometer-se, de forma válida, a não fazer uso do seu direito. Não se trata de uma renúncia do direito no seu todo, porque tal não seria admitido. Também não pode acordar que terceiro seja apresentado como autor, mas pode em algumas situações, acordar que não perseguirá a obra como sendo sua.

Este acordo tem origem e consequências meramente obrigacionais, nunca podendo atingir a sua posição original de autor.

¹⁰⁶ Sobre direitos de personalidade ver – PINTO, Carlos Albero da Mota; **Teoria Geral do Direito Civil** . 4ª edição : Coimbra Editora, 2005 , pág. 207.

Não obstante de ter a faculdade de convencionar tal situação, o autor poderá a todo o tempo instaurar a acção que promova o seu direito à paternidade. Nestes casos, e sem prejuízo de futuras indemnizações, o direito pessoal do autor irá sempre prevalecer sobre a obrigação contratada.

Tal possibilidade admite-se devido ao facto de o autor se poder arrepender da limitação que convencionou para um direito que, sendo seu, pressupõe-se que o goze em pleno.

7. Direito à integridade da obra

Outro dos direitos pessoais do autor é o chamado direito à integridade da obra. Previsto nos artigos 9º, 56º e 57º do CDADC, este direito tem como orientação primordial salvaguardar a honra e boa reputação do autor. Pretende-se com ele que a obra seja conservada tal como foi criada, e que se proibam todas as alterações ou mutilações que a desvirtuem. Isto não implica que não haja várias versões de uma mesma obra, por exemplo várias edições de um mesmo livro ou até diferentes interpretações cinematográficas. Já a capacidade de efectuar modificações na obra pertence única e exclusivamente ao autor. Por outro lado, é concedido ao autor o direito de autorizar terceiros a modificar a obra. É o caso por exemplo do art. 45º nº2 do CDADC, que expressamente permite ao usufrutuário efectuar modificações na obra, uma vez obtido o consentimento do autor.

No que a este direito diz respeito, merece maior atenção o caso das obras de arquitectura. Isto porque, nestas situações encontramos dois direitos com “grande força” em confronto. Por um lado, o direito do autor do projecto arquitectónico, sobre a qual se queria realizar uma modificação. Por outro lado, o direito do proprietário da expressão material desse mesmo projecto ou seja o direito de propriedade sobre a casa/edifício. Nestes casos, o direito de propriedade facilmente se sobreporia ao direito de autor. Fazendo um paralelismo com o contrato de empreitada repare-se que este “problema” nunca se poria uma vez que, estando a obra concluída e o contrato dado como cumprido, o empreiteiro perde qualquer direito sobre a obra que realizou

Em todo o caso, o autor terá sempre de consultar/informar o arquitecto, autor do projecto, sobe pena de, não o fazendo, ter de indemnizar este último. Essa

indemnização será sempre devida pela falta de informação prévia ao autor do projecto e nunca pela modificação em si (art. 60º do CDADC).

A interpretação do art.60º nº3 do CDADC é clara. Para que o autor, neste caso o arquitecto, não se sinta prejudicado e directamente lesado no seu nome, com as possíveis modificações pretendidas pelo proprietário, estabelece a lei no art. 60º CDADC que *“Pode o autor repudiar a paternidade da obra modificada, ficando vedado ao proprietário invocar para o futuro, em proveito próprio, o nome do autor do projecto inicial.”*

Entenda-se todavia que com esta disposição, o legislador não quis possibilitar uma real renúncia ao direito de autor (que antes demais não seria lícita). Sobre tal situação, refere Oliveira Ascensão que *“Não há uma renúncia ao direito de autor, que aliás está já adquirido pelo arquitecto e não se perde pelo facto das modificações: pois a obra modificada é ainda a mesma obra, por aplicação do art.2º/2. Tudo se limita à proibição da invocação do nome do autor pela outra parte.”*¹⁰⁷

Desta forma, esta é uma excepção ao direito à integridade da obra. Nestes casos, em que se permitem as modificações à obra, por estas não afectarem a essência desta, o arquitecto, autor do projecto, não se poderá opôr.

Por todo o exposto, se conclui que não será de todo compatível o regime do contrato de empreitada com as obras intelectuais.

A maioria dos direitos do autor em sede de obra intelectual, quer de carácter patrimonial, quer de carácter pessoal, não se mostram compatíveis com os direitos/deveres inerentes ao empreiteiro.

Para além de o empreiteiro não possuir faculdades como a de perseguir a obra como sendo sua, ou mesmo impedir que a ela sejam efectuadas modificações, o empreiteiro não tem, de todo, a possibilidade/liberdade de criar; de imaginar para concretizar, a menos que também assuma o papel de autor (arquitecto, etc.).

O que se pretende do empreiteiro é a realização de um qualquer serviço, ao qual ele terá que se restringir. É certo que, o regime do contrato de empreitada se caracteriza pela “liberdade do empreiteiro” todavia, esta liberdade resume-

¹⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos* – Coimbra editora, 2012, pág.187.

se aos meios e processos a utilizar para chegar ao resultado pretendido pelo dono da obra. Dá-se-lhe a liberdade de execução mas nunca de criação. Pois, caso “viole” o plano convencionado, incorrerá em cumprimento defeituoso (art. 1218º e seguintes do C.C.).

Mais ainda, observe-se que em sede de empreitada, as alterações necessárias ou por iniciativa de alguma das partes, dependem da autorização do dono da obra (art.1214º e seguintes C.C.). Já nos direitos de autor as alterações que possam ser feitas na obra têm, obrigatoriamente, como já se referiu, de ser autorizadas pelo autor, salvo raras exceções (art. 56º CDADC).

Por último, outra das grandes incompatibilidades entre regimes, é a admissão, no CDADC, da retirada da obra de circulação pelo autor. Coisa que, ao empreiteiro nunca seria possível pois, uma vez executada, o direito de propriedade do dono incide sobre a obra.

Depois de analisada a doutrina, esta é, até ao momento, a orientação maioritariamente seguida. O regime de empreitada e o regime de direitos de autor, aplicam-se a “obras” de natureza e características distintas, não sendo como tal compatíveis.

Todavia, analisar-se-á a posição da jurisprudência despois desta análise da doutrina a respeito da noção de obra, para que se possa formular uma opinião mais fundamentada sobre o assunto.

II.iv – A Noção de Obra na Jurisprudência

Para melhor formular uma opinião a respeito da obra intelectual e do enquadramento jurídico desta, cumpre saber qual dos sentidos segue a jurisprudência, nesta matéria.

A problemática surgiu com o acórdão do Supremo Tribunal de justiça, de 3 de Novembro de 1983¹⁰⁸, onde, seguindo a douta opinião dos Professores Ferrer Correia e Henrique Mesquita, se decidiu que os programas televisivos constantes de um contrato realizado entre a RTP e a Filmform (cujo objecto seria uma obra de natureza puramente intelectual), consubstanciavam um verdadeiro contrato de empreitada, regido pelos art.1207º C.C. e seguintes.

Este é o acórdão mais conhecido e, em boa verdade, o que primeiramente levantou a questão relativa às obras intelectuais como objecto (ou não) do contrato de empreitada.

Colocando de lado matéria factual acessória, importa perceber que neste acórdão temos duas empresas – a Filmform e a RTP1, respectivamente demandante e demandada. O litígio entre as duas resultou de um contrato celebrado pelas mesmas em que a demandante, doravante designada por A, se obrigava a produzir uma serie de doze programas de televisão, mediante compensação pecuniária por parte da demandada, doravante designada por B, sendo que a quantia acordada entre as duas seria ainda paga em 9 prestações, condição acordada em cláusula constante do dito contrato. Foi também estipulado um prazo para a entrega de ca um dos doze programas.

Ademais, do contrato constava uma cláusula que previa o pagamento de uma multa, caso a retribuição pecuniária se mostrasse atrasada (cláusula penal – art. 809º e sg. C.C.).

Acontece que a empresa B se atrasou no pagamento, sendo que A (embora sempre alegando o seu interesse em cumprir o contracto) entrou também em incumprimento ao não entregar os guiões dos filmes que se tinha comprometido a enviar.

¹⁰⁸ Revista da O.A., ano 45, Lisboa, Abril de 1985 – pág. 113.

Desta forma A intenta a acção contra B para que esta seja obrigada a pagar à primeira os valores pecuniários em dívida.

Em primeira instância decidiu-se dar razão a A, mas não na totalidade do pedido. Desta decisão apelaram ambas as partes, sendo que a Relação, classificando o contrato como empreitada, decidiu conceder a A o direito a ser indemnizada nos termos do art. 1229ºC.C. considerando que estávamos perante uma desistência da obra por parte de B.

Da decisão, recorreu para o STJ a A, alegando que o contrato em causa “não é um contrato de empreitada, mas uma obra intelectual, uma criação artística”, classificando-o como um contrato inominado, sob a “alçada da regulamentação jurídica dos direitos e autor”.

Aquando a Revista, o STJ veio a pronunciar-se sobre: a existência de empreitada ou de contrato inominado; possibilidade / ou não de desistência do contrato; incumprimento do contrato; repercussão da desistência no incumprimento; obrigação de pagamento das prestações e obrigação de pagamento das multas.

A resposta à primeira pergunta será o ponto determinante para responder às subsequentes.

Repare-se que com a resposta à primeira pergunta colocada neste acórdão surge a base de discussão que vem sendo debatida até aos dias hoje sobre a aplicação do regime do contrato de empreitada às obras intelectuais.

A questão está em saber se os programas (criações de domínio artístico) que foram objecto do contrato entre a RTP1 e a Filmform, estarão englobados no objecto do contrato de empreitada e portanto os respectivos contratos regulados por este.

Adianta-se que o STJ, assim como as instâncias anteriores, decidiu pela qualificação do contrato enquanto empreitada.

Para tomar tal decisão orientou-se o tribunal nos pareceres dos Profs. Ferrer Correia e Henrique Mesquita, em contraposição com o parecer do Prof. Antunes Varela.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Estes pareceres podem ser consultados na Revista da O.A. do Ano 45, Lisboa Abril de 1985, pág.113 à 197.

Ambos os pareceres foram elaborados tendo em vista este caso em concreto, e nas palavras do douto acórdão “ambas as teses alinham em argumentos de relevo”¹¹⁰

Todavia, no caso *subjudice*, o tribunal opta por seguir a tese dos Prof. Ferrer Correia e Henrique Mesquita.

Para tal, fundamenta a sua decisão referindo que primeiramente pela interpretação do regime da empreitada se deve assumir que a obra será, obrigatoriamente, algo corpóreo – uma coisa (ideia que, aliás, também é reconhecida por Antunes Varela).

Todavia, e agora sim contrariando Antunes Varela e apoiando Ferrer Correia, o tribunal opta por classificar como coisa corpórea os filmes realizados na medida em que “A corporização, consistente nos filmes, fitas e outros meios materiais, deve ser tida como “coisa”, visto que coisa, segundo o art. 202º nº1 do Código Civil, é tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas”. Logo deparamo-nos com a obra que o art. 1207º prescreve.

Mesmo sendo “a componente do engenho ou trabalho mental mais intensa 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 sons em filmes ou fitas, deve ser suficiente para a integração do conceito de obra, imposta no referenciado art. 1207º”¹¹¹ .

Esta foi a posição tomada pela Jurisprudência da época quando se deparou com o problema em questão.

Não obstante, observa-se que a jurisprudência subsequente parece não aceitar esta solução dada para as obras de espírito intelectual.

Vários são os acórdãos onde, com relação a problemas de origem semelhante, a forma de resolução se mostra diversa.

Num acórdão do STJ de 2 de Fevereiro de 1988¹¹², apresentou-se uma situação relativa a um contrato no qual se clausulou que uma pessoa retractasse outra, num quadro a óleo.

¹¹⁰ Revista O.A. – referida na nota anterior, pág.119.

¹¹¹ Revista O.A. – referida na nota 103, pág. 120.

¹¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1988, BMJ 374 – 449.

Referente a esta tarefa, que, sem grande discussão, se admitiu como sendo uma obra incorpórea/intelectual, o tribunal optou por decidir que se tratava de uma prestação de serviço inominada, regulada pelas normas do mandato.

Em data mais recente, o mesmo tribunal, no acórdão de 11 de Julho de 2006¹¹³, vai seguir o mesmo tipo de orientação para resolver um litígio parecido com o anterior.

Neste caso, o problema coloca-se relativamente a um contrato em que, uma das partes se compromete perante a outra a escrever um livro sobre a história de determinado clube. Depois de escrito e impresso o livro, o autor do livro (segunda parte contraente e autor da acção), vem requerer que lhe sejam pagos os direitos de autor.

Para tal decisão, definiu-se, primeiramente, que se teria de procurar qualificar o contrato como empreitada, contrato de edição ou prestação de serviços. Este acórdão difere do anterior na medida em que se mostra um tanto mais claro na sua fundamentação. Nomeadamente, quando descarta a eventual integração das obras intelectuais como possíveis objectos do contrato de empreitada.

Embora a decisão final seja a mesma, e este acabe por classificar o contrato como contrato de prestação de serviços inominado, na sua fundamentação refere que a obra intelectual sendo coisa incorpórea, é distinta do seu suporte material, sendo diversos os direitos que sobre ela incidem: *“A palavra “obra”, quando associada a empreitada, é-o em sentidos material e principal, que não como suporte ou acessório de criação intelectual ou artística.”*¹¹⁴.

Uns meses depois,¹¹⁵ agora relativamente a um contrato no qual estavam contratados (passo a redundância) serviços de arquitectura, proferiu igual decisão, o mesmo tribunal, onde, mais uma vez, aceita sem *“relevantes reservas”* o entendimento de Antunes Varela. Com isto o STJ volta a justificar a

¹¹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2006, consultado a 10 de Abril de 2014 em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8200cc9e8efd994e802571af0052be70?OpenDocument>

¹¹⁴ Texto do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2006, consultado a 10 de Abril de 2014 em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8200cc9e8efd994e802571af0052be70?OpenDocument>,

¹¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 2006, consultado a 10 de Abril de 2014 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0a7610adc034c2bf80257241004fceff?OpenDocument>

sua decisão no facto de a exteriorização da obra ser distinta da sua criação e por tal terem de ser classificadas de forma diferente.

Todavia neste acórdão, depara-se o tribunal com um problema acrescido. À problemática da classificação contratual a atribuir à obra intelectual, junta-se ainda a questão sobre qual será o regime mais apropriado para integrar a obra, que se diz ser uma obra feita por encomenda. Esta situação que é retratada pelos autores como sendo encomenda, é classificada pelo tribunal como contrato de mandato. Pois “Se alguém encarrega outrem apenas de proceder a estudos e elaborar projectos para instruir um pedido de licenciamento municipal, trata-se de uma obrigação de meios, que não de resultado”. Com esta afirmação, classifica o tribunal o contrato em questão como mandato e exclui a empreitada, desde logo porque nesta última se prende com uma obrigação de resultados.

Avançando cronologicamente, o tribunal da relação do Porto, a 09 de Fevereiro de 2009¹¹⁶, vê-se também ele obrigado a discutir e analisar as características do contrato de empreitada, bem como o objecto deste. Esta situação passa-se no âmbito de um contrato no qual foi acordado um trabalho de elaboração de um inventário com respectiva avaliação de vários prédios.

O texto deste acórdão revela-se de extrema importância para que se possa tecer conclusões. Citando o corpo do acórdão, *“O que verdadeiramente caracteriza e diferencia o contrato de empreitada de outros contratos de prestação de serviços, face à noção constante do art. 1207º do CC é a realização de uma obra. Ou seja, aquele que aceita realizá-la (o empreiteiro) contrai uma obrigação de resultado que se produz na produção de algo corpóreo. Material, uma obra que recai sobre uma coisa móvel ou imóvel.(...) Quando muito, tem-se entendido que em algumas situações de fronteira o contrato de empreitada também se aplica aos caos de coisas corpóreas imateriais (v. g. reparar um automóvel), mas nunca a coisas incorpóreas, mesmo que materializáveis”*. Esta ideia, vem enfatizar a tese doutrinária segundo a qual as obras intelectuais não poderão constituir um contrato de empreitada. Salienta-se aqui o facto de que não se excluem as coisas

¹¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Fevereiro de 2009, consultado a 14 de Abril de 2014

em:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/e80b187c97e230b180257559005505c9?OpenDocument>

imateriais, mas antes as incorpóreas, ainda que estas se possam converter em algo palpável/material.

Encontramos aqui, patente e bem nítida, a diferenciação entre coisas incorpóreas e imateriais. Tal facto será de todo uma mais valia para que se possa melhor perceber a noção de obra no regime do contrato de empreitada. Outra situação prática que frequentemente se vê debatida são os casos dos contratos de serviços de arquitectura. É que, um projecto fruto do trabalho intelectual do arquitecto, ainda que se materialize no papel, não deixa de ser apenas e só isso – trabalho intelectual.

Referente aos casos de cuja obra resulte de um projecto arquitectónico, veja-se o acórdão do STJ de 24 de Abril de 2012¹¹⁷. Neste acórdão, estamos perante um contrato de arquitectura onde se prevê a elaboração de uma obra intelectual e artística, condicionada a critérios previamente definidos. O acórdão caracteriza-o como uma prestação de serviços atípica – art.1154º CC, que, obedecendo ao princípio da liberdade contratual (art.405º CC), irá admitir certas cláusulas contratuais. Cláusulas estas que farão com que se consiga determinar se o contrato em questão terá maior ou menor afinidade com o regime da empreitada ou do mandato. Ou seja, será a própria atipicidade do contrato que irá levar a que se consiga determinar qual o regime mais adequado a aplicar. No fim, a opinião jurisprudencial é a de não classificar o contrato de arquitectura *in casu* como empreitada, todavia admite que em outras situações semelhantes se o faça.¹¹⁸

Embora como aspecto secundário, outro acórdão no qual é tratado o assunto da obra intelectual, é o do Tribunal da Relação de Évora de 19 de Março 2013¹¹⁹. Neste litiga-se relativamente a um caso no qual estava em causa um crime de usurpação. Sem grandes reservas nem fundamentações, mais uma vez a obra intelectual é classificada unicamente como algo tratado enquanto

¹¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Abril de 2012, consultado a 13 de Abril de 2014 em:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6c3484e9e2228047802579f2005a7b5f?OpenDocument>

¹¹⁸ No mesmo sentido ver também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Abril de 2011, consultado a 13 de Abril de 2014 em:<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bc0a6808cbb5f38802578a20030f8fa?OpenDocument>

¹¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de Março de 2013, consultado a 03 de Abril de 2014 em:<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/78e6810c13d3ee0a80257b330051b721?OpenDocument>

objecto do código de direitos de autor e direitos conexos. E em caso de lacuna, a referência ao regime do mandato.

Ideia curiosa a reter deste acórdão é o facto de que, na opinião magistral, a aceitação do pagamento pela obra encomendada, equivale a uma autorização tácita dos direitos de autor sobre a mesma. Autorização esta, que apenas se reporta aos direitos de autor de carácter patrimonial.

Regressando ao Supremo Tribunal de Justiça, a um acórdão um pouco mais recente, de 26 de Setembro de 2013¹²⁰, segue este a mesma orientação da jurisprudência precedente. Ou seja, apenas por se materializar, os objectos intelectuais não poderão ser objecto de contrato de empreitada. Citando parte do texto: *“A obra, tem uma característica fundamental que a diferencia das coisas corpóreas: a ubiquidade. A obra literária e artística, não é aprisionável num determinado continente (...) os bens intelectuais não se desgastam com o uso (...) são inesgotáveis, pelo que na ausência de um conteúdo positivo do direito intelectual, a doutrina avalizada defende que o direito intelectual, designadamente o que se protege, não é um direito de utilização de bens mas consiste essencialmente na resultante exclusão de terceiros das actividades relativas a bens intelectuais. É por isso um direito exclusivo e não um direito de propriedade.”* Seguindo esta corrente jurisprudencial de que de facto o direito sobre uma obra intelectual não constitui um direito de propriedade, entende-se então que não possa daí derivar um contrato de empreitada. Isto porque, o que se pretende com o contrato de empreitada é uma obra, que venha a ser propriedade do dono da obra.

Por todo o exposto, entende-se que com o passar dos anos, a jurisprudência mudou de opinião relativamente ao contrato de empreitada e ao conceito de obra que lhe está subjacente.

É que, se primeiramente se admitia que a mera materialização da obra era suficiente para que esta fosse considerada como uma coisa corpórea (integrando as criações intelectuais no contrato de empreitada), o mesmo não acontece actualmente.

¹²⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Setembro de 2013, consultado a 03 de Abril de 2014
em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/309b569aabe29d5680257bf30038c89d?OpenDocument>

Pelo que se ates se seguia a tese defendida por Ferrer Correia e Henrique Mesquita e que acabou por influenciar a resolução do litigio a 3 de Nov. de 1983, à data nota-se uma corrente jurisprudencial mais assente nas ideias defendidas por Antunes Varela e outros autores que defendem a ideia de que a obra intelectual tem de ser autónoma da sua materialização e, por tal, os contratos que a tenham como objecto não poderão ser regulados pelo regime da empreitada.

CONCLUSÃO:

A fim de “chegar a bom porto” tudo quanto se expôs (por se mostrar pertinente e necessário), importa agora concluir o escrito.

Para melhor o fazer, impera a tomada de decisão por qual será, afinal, o melhor regime a adoptar no caso de obras intelectuais e se haverá, de facto, uma controvérsia inerente ao contrato de empreitada no que ao seu objecto diz respeito.

Como se pode constatar muitos são os factores que influenciam a resposta a estas questões, desde a classificação daquilo a que o sistema legislativo designou de coisa, aos aspectos típicos do contrato de empreitada, e até mesmo às factuais práticas do caso em concreto.

Tudo isto (crê-se), vai influenciar o modo como interpretamos o regime do contrato de empreitada e o aplicamos por forma a responder às mais várias questões levantadas no início deste estudo.

Tendo presente as duas grandes teses doutrinárias existentes que, como já se referiu, comportam ambas argumentos bastantes fortes, opta-se por afirmar que não se mostra possível, por não ser o mais correcto, optar por uma delas.

Isto porque, seguindo “cegamente” quer uma quer outra, não se acredita, salvo melhor e mais douta opinião, que se consiga chegar a uma resposta verdadeiramente justa.

Se casos há em que um contrato cujo objecto é uma obra intelectual não pode, desse logo por motivos de incompatibilidade de regime, ser enquadrado no contrato de empreitada, também existem situações em que, no âmbito de contrato semelhante, não poderemos encontrar melhor ou mais adequada solução que a da aplicação do regime do contrato de empreitada.

Atente-se no seguinte:

Tome-se como exemplo o caso em que duas partes acordam sobre a elaboração de um parecer jurídico sobre determinado assunto mediante a contraprestação de um pagamento pecuniário.

Nestes casos, se aplicado o contrato de empreitada muitas seriam as especificidades do seu regime que ficariam aquém por não se ver possível a sua realização. Nomeada e designadamente, o direito de fiscalização.

Como é que alguém pode fiscalizar o pensamento de outra pessoa ou até mesmo os trâmites utilizados para o alcançar?

Desta forma, torna-se claro que seria errada a aplicação do contrato de empreitada, mostrando-se obrigatório recorrer aos Direitos de Autor e, em caso de lacunas a um regime de prestação de serviços ou até, em específico, à figura do mandato.

Não obstante, ponha-se em hipótese os casos em que, mediante o pagamento de um preço, um pintor se compromete a fazer um retrato da pessoa “x” com os materiais “y”. Apesar da sua materialização evidente, a existência de uma obra intelectual como objecto do referido contrato é clara. Facto que nos remete de imediato para os Direitos de Autor. Neste caso porém, não se consegue encontrar motivos que justifiquem a não aplicação do contrato de empreitada e do seu respectivo regime no caso de eventuais (diria mesmo evidentes) lacunas por parte dos Direitos de Autor.

No caso, tanto o direito de fiscalização, como o caderno de encargos, como até mesmo as alterações ao plano convencionado (situações específicas do regime do contrato de empreitada) podem ser aplicadas sem que tal choque qualquer “sensibilidade jurídica”.

Não deixando de parte, obviamente as especificidades dos Direitos de Autor. Por exemplo, se mais tarde quem comprou o retrato, quiser alterá-lo terá, obrigatoriamente, de pedir autorização ao autor para o fazer. Estaríamos então perante um contrato misto.

Pelo exposto conclui-se que, observando caso a caso, a aplicação do regime do contrato de empreitada a contratos cujo objecto é uma obra de criação e do domínio intelectual é, por vezes, realmente aceitável. Daí que não seja possível formular “linhas de pensamento rectilíneo” que nos orientem apenas para uma opção ou outra (aplicação ou não aplicação do regime do contrato de empreitada às obras intelectuais).

Desta forma se defende que, não exercendo as partes o seu direito de definir o regime pelo qual se vão reger (princípio da liberdade contratual) caberá a quem de direito analisar toda a matéria factual “in caso” e escolher qual será a via mais correcta a seguir.

Sendo que o próprio regime dos direitos de autor faz referência, no seu art. 14º do CDADC, às obras por encomenda (que são as que realmente causam

controvérsia em relação ao contrato de empreitada), termina-se fazendo uma proposta de alteração ao art. 1207º do C.C.

Para que melhor sejam julgadas e interpretadas as situações de obras intelectuais, uma referência no art. 1207º C.C. ao Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos a tudo quanto o regime do Contrato de Empreitada não consiga regular, parece de todo oportuna e necessária para que se diminua toda a controvérsia em torno deste assunto.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Pedro de – **O contrato de empreitada nas sicle partidas** : Quid Juris, 2002 . ISBN – 972-724-147-6
- ALMEIDA, Carlos Ferreira – **Contratos II , conteúdo contratos de troca**. 2ªedição : Almedina, 2011 . ISBN – 978-972-40-4515-3
- ALMEIDA, António Pereira de – **Direito Privado, vol. II Contrato de Empreitada** : AAFDL, 1983
- ALMEIDA, José Carlos Moutinho de – **A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro** : BMJ, nº228, 1973
- ALMEIDA, Luís P. Moitinho de – **A Responsabilidade Civil do Construtor-Vendedor do Edifício com Defeitos** : Portugal Judiciário, Ano IV, nº41, 1980
- AKESTER, Patrícia - **Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais** : Almedina, 2013 . ISBN – 978-972-40-5231-1
- ASCENSÃO, José Oliveira – **Direito Civil Teoria Geral, vol. I , introdução às pessoas e bens**.2ªedição:Coimbra Editora, 1997. ISBN – 972-32-0801-6
- ASCENSÃO, José Oliveira de – **Direito Civil , Direitos de autor e Direitos Conexos** : Coimbra Editora, 1992
- BASTOS, Jacinto Rodrigues – **Dos contratos em Especial Segundo o Código Civil de 1966**, vol. III, 1974
- BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA nº145, Abril 1965
- BOLETIM DO MINISTÉRIO PÚBLICO nº145 – Abril de 1965
- CARVALHO, Pedro Nunes de – **Dos Contractos: Teoria Geral dos contratos em especial** . Lisboa : Universidade Lusíada editora , 1994
- CORDEIRO, António Menezes – **Direito das Obrigações, volumes I e II** . reimpressão : AAFDL, 1986
- CORREIA, Luís Brito - **Direito da Comunicação Social, Vol. II - Direito de Autor e da Publicidade** : Almedina, 2005 . ISBN – 978-972-40-2323-6
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Noções fundamentais de Direito Civil**. 5ªedição : Almedina, Novembro 2009
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das Obrigações vol. I** . 6ªedição . Coimbra : Almedina, 1994. ISBN – 972-40-0796-0

DIAS, José – **Responsabilidade Civil do Construtor e do vendedor pelos defeitos** . Lisboa , 1984

DIVERSOS – **Contractos: actualidade e evolução (actas do congresso internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Nov. de 1991) coordenação de Prof. Doutor António Pinto Monteiro** : Universidade Católica Portuguesa editora, Outubro de 1997. ISBN – 972-8069-11-1

DIVERSOS – **Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária – Seminário organizado pelo CEJ e Sociedade Portuguesa de Autores** . 1ªedição . Lisboa , Fevereiro de 1989

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de – **Direito das obrigações vol. I** : Almedina, 2001

FERNANDES, Luis A. Carvalho – Teoria Geral do Direito Civil II . 3ªedição revista e actualizada . Lisboa : Universidade Católica editora , 2001 . ISBN – 972-54-0027-5

GARCIA, Maria Belén Trigo – **Contrato de Servicios Prespectiva Juridica Actual : Editorial Commares** . ISBN – 84-8151-909-X

GONZALEZ, José Alberto – **Responsabilidade Civil** . 3ªedição : Quid Iuris editora, 2013 . ISBN – 978-972-724-642-7

JUSTO, António dos Santos – **Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)** : Coimbra editora, 2003 . ISBN – 972-32-1204-8

LEITÃO, Luis Manuel de Menezes – **Direito das Obrigações vol. I Introdução. Da constituição das obrigações**. 9ª edição : Almedina, 2010. ISBN – 978-972-40-4380-7

LEITÃO, Luis Manuel de Menezes – **Direito das Obrigações Vol. III contratos em especial**. 7ªedição : Almedina, Outubro 2010. ISBN – 978-972-40-4389-0

LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – **Direitos Reais** . 2ªedição : Almedina, 2011 . ISBN – 978-972-40-4466-8

LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – **Direito de Autor** : Almedina, 2011 . ISBN -978-972-40-4700-3

LIMA, Pires; ANTUNES, Varela – **Código Civil anotado, vol. III** . 4ªedição revista e actualizada : Coimbra Editora, Abril 2010 . ISBN – 972 – 32 – 0788 – 5

MARÇAL, José Manuel – **25 anos de jurisprudência sobre o contrato de empreitada** . Lisboa : PUJUL, 1995

MARQUES, José Correia – **Contratos de Empreitadas e Revisão de Preços** : Almedina, 1992

MARTINEZ, Pedro Romano – **Cumprimento Defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada** : Almedina, 2001 . ISBN – 978-972-4007-632

MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito das Obrigações Parte Especial contratos**. 2ª edição : Almedina, Maio 2011

MARTINEZ, Pedro Romano – **Contratos em Especial**. 2ª edição . Lisboa: Univ. Católica Portuguesa Editora, 1996. ISBN – 972-9430-91-8

MARTINEZ, Pedro Romano – **Contrato de Empreitada** : Almedina, 1994

MARTINEZ, Pedro Romano – **O subcontrato** . Coimbra : Almedina, 1989

MENDES, João de Castro – **Teoria Geral do Direito Civil vol. I** : Associação Académica da FDL, 1998

MEDEIROS, Rui - **A Decisão de Inconstitucionalidade (Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei)** : Universidade Católica Editora , 1999 . ISBN : 978-972-54-000-50

MELLO, Alberto Sá e – **Manual de Direito de Autor** : Almedina, 2014 . ISBN - 9789724057811

NETO, Abílio – **Código Civil anotado** . 12ªedição actualizada : Editorum – edições jurídicas Lda. , 1999 . ISBN – 972-8035-35-7

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – **Contrato de Compra e Venda Noções Fundamentais** : Almedina , 2008 . ISBN – 978-972-40-3309-9

PEREIRA, Alexandre Dias - **Direitos de Autor e Liberdade de Informação** : Almedina, 2008 . ISBN – 978-972-40-3642-7

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil** . 3ªedição : Coimbra editora, Agosto 1999 . ISBN – 972-32-0383-9

PINTO, Carlos da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil** . 4ªedição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto : Coimbra editora, 2005 . ISBN – 972-32-1325-7

PITÃO, José António de França – **Contrato de Empreitada ANOTADO** : Almedina, Setembro 2008

RAIMUNDO, Miguel Assis; MARTINS, Tiago – **Direito Dos contratos materiais de trabalho (casos práticos, jurisprudência com tópicos de**

análise, sugestões de temas para desenvolvimento, enunciados de exames com tópicos de solução). Lisboa : AAFDL, Abril 2009

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS Ano 45, Lisboa, Abril de 1985

REVISTA DA ORDEM DE ADVOGADOS Ano 54, Lisboa, Julho de 1994

REVISTA VIDA JUDICIÁRIA nº104, Setembro de 2006

REVISTA O DIREITO ano 106º 1974 editora: Associação Promotora de “O Direito”

REVISTA O DIREITO ano 119º 1987 editora: Associação Promotora de “O Direito”

REVISTA O DIREITO ano 133º 2001 (I Jan.Março) editora: Associação Promotora de “O Direito”

RODRIGUES, Silvio – ***Direito Civil, direito das coisas vol. 5.*** 27ªedição: editora Saraiva, 2002. ISBN – 85-02-03894-x

TELLES, Inocêncio Galvão de – ***Manual dos Contractos em Geral, revisto e actualizado*** : Coimbra Editora . ISBN – 972-32-1103-3

VARELA, João de Matos Antunes – ***Das obrigações em Geral, vol. I*** .10ªedição : Almedina, 20000 . ISBN – 972-40-1389-8

VARELA, João Antunes de Matos - ***Das obrigações em Geral, vol. II*** . 7ªedição : Almedina,1995

VASCONCELOS, Pedro Pais de – ***Contratos Atípicos*** : Almedina,1995.ISBN – 972-40-0851-7

VASCONCELOS, Pedro Pais de - ***Teoria Geral do Direito Civil*** . 7ªedição : Almedina, 2012 . ISBN – 978-972-40-5011-9

VIEIRA, José Alberto C. – ***Direitos Reais*** : Coimbra editora , 2008 . ISBN – 978-972-32-1578-6

WEBGRAFIA:

<http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/originalidade.html>

http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Calvao87.pdf

http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/fatimadias_contratoempreitada.pdf

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão, do Supremo Tribunal de justiça, de 3 de Novembro de 1983 , Revista da O.A., ano 45, Lisboa, Abril de 1985 – pág. 113

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1988, Boletim do Ministério da Justiça 374 – 449

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2006, consultado a 10 de Abril de 2014 Disponível em :

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8200cc9e8efd994e802571af0052be70?OpenDocument>]

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 2006, consultado a 10 de Abril de 2014 Disponível em:

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0a7610adc034c2bf80257241004fceff?OpenDocument>]

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Fevereiro de 2009, consultado a 14 de Abril de 2014 Disponível em:

[<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/e80b187c97e230b180257559005505c9?OpenDocument>]

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Abril de 2012, consultado a 13 de Abril de 2014 Disponível em:

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6c3484e9e2228047802579f2005a7b5f?OpenDocument>]

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Abril de 2011, consultado a 13 de Abril de 2014 Disponível em:

[<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bc0a6808cbbb5f38802578a20030f8fa?OpenDocument>]

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de Março de 2013,
consultado a 03 de Abril de 2014 Disponível em:

[\[http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/78e6810c13d3ee0a80257b330051b721?OpenDocument \]](http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/78e6810c13d3ee0a80257b330051b721?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Setembro de 2013,
consultado a 03 de Abril de 2014 Disponível em:

[\[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/309b569aabe29d5680257bf30038c89d?OpenDocument \]](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/309b569aabe29d5680257bf30038c89d?OpenDocument)