



Oriana Maria Arneiro Mendes

AS OBRAS INCORPÓREAS ENQUANTO OBJECTO DO CONTRATO DE EMPREITADA E CONTRATO DE TRABALHO

Dissertação de Mestrado em Direito, especialidade em Ciência Jurídico Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Orientador: Dr^a Olinda Garcia

Coimbra, 2014





FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Oriana Maria Arneiro Mendes

As Obras incorpóreas enquanto objecto do Contrato de empreitada e Contrato de trabalho

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre, na Área de especialização em Ciência Jurídico Forenses

Coimbra, 2014



ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CDACD – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

CT – Código de Trabalho

LCCG – Regime Jurídico das Clausulas Contratuais Gerais

RCT – Regulamentação do Código do Trabalho de 2003.

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais.

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende responder a um conjunto de questões que de alguma forma poderão auxiliar na resolução de alguns problemas que surgem na vida quotidiana.

Assim, a primeira questão a colocar é: poderão as obras incorpóreas ser objeto do contrato de empreitada tal como está previsto no artigo 1207º do código civil? O seu regime jurídico dirige-se essencialmente à construção de edifícios. Recentemente um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com data de 10 de Dezembro de 2013 entendeu que uma prestação de natureza predominantemente intelectual em que o resultado se corporiza numa obra é de qualificar como contrato de empreitada. Harmonizando-se os vários artigos que compõem o regime jurídico do tipo contratual em questão com a realização de obras incorpóreas a questão seguinte a colocar é: quando e em que medida é que surge a aplicação do Direito de Autor e como é que este se compatibiliza com o Direito Civil.

De seguida ponderar-se-á se as atividades criativas podem ser objeto do contrato de trabalho. Nada se opõe ao facto de um trabalhador ser contratado para realizar uma atividade marcadamente intelectual em contexto laboral. Mas aí a pergunta impõe-se: como articular esta situação e o poder de direção e autoridade do empregador? A resposta tem sido a de que a subordinação jurídica comporta graus e nestes casos ela pode reduzir-se ao seu carácter meramente potencial.

Mas, então, como distinguir o contrato de empreitada de obra incorpórea com o contrato de trabalho com o mesmo objeto.

São estas interrogações que de alguma forma o estudo em questão pretende dar resposta.

I PARTE

As obras incorpóreas como possível objeto do contrato de empreitada

I - O contrato de empreitada está previsto nos artigos 1207º e seguintes do código civil (c.c.) sendo, por isso, considerado um contrato nominado e típico: a lei, para além de o reconhecer como categoria jurídica, através de um nomen iuris, estabelece o seu regime jurídico. Por outro lado, o contrato de empreitada é, de acordo com o artigo 1154º c.c., uma modalidade do contrato de prestação de serviços ao lado do mandato e do depósito. É de salientar, no entanto, que o contrato de prestação de serviços não se esgota nestas ditas modalidades típicas coexistindo, a par destas, contratos de prestação de serviços não regulados na lei e, como tal, considerados atípicos. De comum têm, no entanto, o facto de serem contratos que proporcionam à outra parte um certo resultado, intelectual ou manual. No que ao contrato de empreitada diz respeito prescreve o artigo 1207º c.c. que “ *empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.* ” Do preceito legal poder-se-á extrair que este contrato se caracteriza por ser *sinalagmático*, assentando no binómio obra/preço. Quer isto dizer que uma das partes obriga-se a realizar uma obra em contrapartida de um determinado quantitativo pecuniário. A obrigação assumida pelo empreiteiro caracteriza-se por ser uma *prestação de facere* – este contrai o dever de proporcionar certo resultado concreto que procura atingir por si mesmo, com independência. Trata-se agora de saber o que se deve entender por *obra*. E a este propósito o Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 08 de Maio de 2012¹ entendeu que “ *o resultado de uma atividade exercida no interesse de outrem tem a natureza de obra quando: o resultado se materializar numa coisa concreta, susceptível de obter um ato de entrega e um ato de aceitação; se o resultado for específico e discreto; se o resultado for concebido em conformidade com o projeto, encomenda, plano, entregue ou aprovado pelo beneficiário.* ” Por resultado “específico e discreto” deve entender-se “*separado em relação ao processo produtivo e em relação a outros resultados obtidos no interesse de quem realiza*

¹ Consultável em www.dgsi.pt

a atividade ou no interesse de outrem.”² O regime jurídico apontado está, no entanto, pensado para a construção de edifícios, coisas corpóreas, delimitáveis e domináveis e, portanto, susceptíveis de posse.

II - Ora, o que se indaga, neste momento, é se estes preceitos normativos se podem aplicar no caso de se tratar de obras incorpóreas. O Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 2 de Fevereiro de 1988³ pronunciou-se no sentido de considerar que “*O contrato de empreitada tem por objeto uma obra material. Não abrange, por isso, uma criação intelectual do domínio artístico, exteriorizado pela pintura em tela.*” Ora, à primeira vista, e em termos formais, nada obsta a que o contrato de empreitada previsto no código civil se aplique também às obras incorpóreas uma vez que o artigo, apelando ao elemento literal, fala em “*realizar certa obra*”. Esta deve ser entendida como *coisa*, nos termos do artigo 202º c.c., e, portanto, susceptível de relações jurídicas. Dentro daquelas, poder-se-á distinguir entre coisas corpóreas ou incorpóreas. Adotando a distinção feita por LUIS CARVALHO FERNANDES⁴ poder-se-á afirmar que as coisas materiais são também coisas corpóreas, como é o caso de um veículo automóvel, e as coisas imateriais dividem-se em corpóreas e incorpóreas, sendo um exemplo das primeiras o gás ou a corrente elétrica e um exemplo das segundas as criações literárias ou artísticas. MENEZES CORDEIRO⁵ define, então, as coisas incorpóreas como criações do espírito humano, que podem ser comunicadas através da linguagem e ser incorporadas em documento. A este propósito, LUIS CARVALHO FERNANDES⁶ dá o exemplo do computador e a programação necessária ao seu funcionamento, o software, que não integra o próprio aparelho mas se materializa em suportes materiais. Neste caso, então, o programa constitui uma obra intelectual pois representa uma criação do espírito ou da inteligência humana e o seu suporte material define-se como coisa corpórea. O decreto-lei nº 252/94 de 20 de Outubro, que transpõe a diretiva

² CARLOS SANTOS FERREIRA DE ALMEIDA. Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca. Almedina. 2007, pp 170.

³ (Processo nº 75 672) Boletim do Ministério da Justiça nº 374, pág. 449

⁴ LUÍS CARVALHO FERNANDES, Teoria Geral do Direito Civil. Introdução. Pressupostos da Relação Jurídica 6ª Edição, Revista e atualizada. Universidade Católica Editora. Lisboa 2012, pp 679 ss.

⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Volume III. Parte Geral. Coisas. 3ª Edição, Reformulada e atualizada. Almedina, 2013, pp 156.

⁶ LUIS CARVALHO FERNANDES, op.cit. pp 680.

nº 91/250, do Conselho, no artigo 1º nº2 prescreve que “ *Aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída proteção análoga à conferida às obras literárias.*”

No que concerne à pergunta formulada, a doutrina maioritária, onde se pode destacar MENEZES LEITÃO⁷ ou ROMANO MARTINEZ⁸, entende que o regime jurídico do contrato de empreitada, tal como está regulamentado no código civil, casa mal com a realização de obras incorpóreas, nomeadamente o regime da fiscalização (artigo 1209º c.c), transferência da propriedade (artigo 1212º c.c) ou desistência da obra (artigo 1229º). O que MENEZES LEITÃO defende a este propósito é que a criação de obras intelectuais, quando contratualmente acordadas, devem subsumir-se no tipo contratual previsto no artigo 14º do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) denominado *contrato de encomenda de obra intelectual*. Segundo este autor, e em termos muito gerais, o contrato define-se como um contrato pelo qual alguém encomenda a outrem uma obra intelectual obrigando-se este à sua realização contra determinada retribuição. Para MENEZES LEITÃO o contrato em análise, previsto no CDADC, não reveste a natureza de contrato de empreitada e não pode ser qualificado como tal. Não obstante argumentar que o tipo contratual previsto no código civil só se aplica a bens corpóreos e que o regime jurídico aí previsto é dificilmente compatível com a criação de bens incorpóreos, o autor entende que em determinadas situações concretas se possa lançar mão do regime jurídico estipulado para o contrato de empreitada e aplicá-lo em termos analógicos, “ *atenta a parca regulação legal da encomenda da obra intelectual.*”⁹ Todavia, e ainda segundo o autor, o recurso à analogia não abrange normas excepcionais tais como a do artigo 1229º c.c. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁰, pelo contrário, argumenta que em abstrato o contrato de encomenda de obra literária ou artística pode processar-se nos termos do contrato de empreitada. De acordo com o autor as normas jurídicas previstas nos artigos 14º e 15º do CDADC podem subsumir-se no âmbito de uma criação feita por empreitada ou por efeito de outro contrato de prestação

⁷ MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume III, 2010, 7ª Edição, pp. 517 e ss.

⁸ ROMANO MARTINEZ, Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada., 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 388 e ss.

⁹ Cfr. MENEZES LEITÃO, op.cit., p.519

¹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos. Coimbra Editora. 2012. 1ª Edição, pp 421 e ss.

de serviços. No entanto, e como salienta o autor, “ *só dos termos do contrato resultará se se teve particularmente em atenção a atividade ou o resultado final.*”¹¹

Há, porém, quem entenda que o regime jurídico do contrato de empreitada pensado, é certo, para os bens corpóreos compatibiliza-se e tem todo o sentido de aplicação no âmbito dos bens incorpóreos. Esta tese foi formulada e defendida por JORGE DE BRITO PEREIRA¹². Tomando em consideração o que este autor defende dever-se-á atender a dois momentos distintos: num primeiro momento, ter-se-á que tomar em conta o regime jurídico que se aplica ao processo que leva à produção ou realização de determinada obra incorpórea para, de seguida, averiguar a regulamentação que incide sobre esse mesmo resultado. E o que é defensável é que o regime jurídico do contrato de empreitada seja aplicável tanto no primeiro como no segundo momento. Pode, porém, acontecer, como à frente se verá, que em dadas circunstâncias se aplique ainda o regime jurídico do Direito de Autor. Posto isto, poder-se-á trazer à colação o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2013¹³ cujo sumário dita que “ *II - Tendo a autora e a ré acordado que esta elaboraria uma aplicação informática destinada a facilitar o acesso e consulta de um site da primeira, existindo um caderno de encargos com definição do prazo de execução dos trabalhos e respectivo orçamento, a concretização material da obra, nos termos do artigo 1207º do c.c., surge com a implementação física da aplicação informática naquele site. II – É de qualificar como sendo um contrato de empreitada aquele em que, não obstante a natureza predominantemente intelectual da prestação desenvolvida pela ré, esta se traduziu na transformação da realidade material, devidamente acompanhada pela autora, corporizada naquela aplicação informática.*”

III - Então, em que momento surge a aplicação do Direito de Autor?

A criação ou realização de uma obra intelectual seja ela de natureza literária, artística, informática ou outra traduz-se, num primeiro momento, numa *ideia* para, de seguida, ser de qualquer forma exteriorizada. Como afirma JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴ “*a*

¹¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, op.cit. pp 422.

¹² JORGE DE BRITO PEREIRA, Do conceito de obra no contrato de empreitada, na ROA 54 (1994).

¹³ Consultável em www.dgsi.pt.

¹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, op.cit. pp 60.

criação de espírito não pode permanecer no foro íntimo. Tem de se exteriorizar ou manifestar por meio que seja captável pelos sentidos (...). A ideia para se comunicar tem pois de descer da sua imaterialidade para encarnar numa determinada maneira de expressão.” A exteriorização que aqui se alude não se confunde com a publicação ou divulgação da obra. É o que resulta do artigo 1º nº3 CDADC que prevê que *“Para os efeitos do disposto neste Código, a obra é independente da sua divulgação, publicação, utilização ou exploração.”* Então, poder-se-á afirmar que o Direito de Autor, entendido em termos objetivos, e no dizer de MENEZES LEITÃO¹⁵, tem como fim primordial a proteção de obras intelectuais, enquanto realizações culturais do espírito humano. O Direito de Autor não visa regulamentar a atividade de criação intelectual, enquanto tal, podendo-se aplicar, neste domínio, o regime jurídico do contrato de empreitada ou, estando no domínio da autonomia privada, o regime jurídico do contrato de prestação de serviços atípico. O Direito de Autor não incide, como assinala MENEZES LEITÃO¹⁶, *“sobre um bem corpóreo mas antes sobre um bem de natureza imaterial”* Deste modo se justifica que, em termos subjetivos, se possa dizer que a finalidade deste ramo de direito é a proteção do direito de autor através da proteção da obra. O que vai ao encontro do prescrito no artigo 10º CDADC que dita que: *“o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação.”* Ou seja, poder-se-á afirmar que o Direito de Autor não depende da existência do seu suporte material. A obra não se confunde com o seu suporte material que se apelida de *corpus mechanicum*. Como assinala CALVÃO DA SILVA¹⁷ *“a obra intelectual não se confunde, porém, com os seus suportes corpóreos (o livro, o disco, a fotografia, a película, etc.)”*. O Direito de Autor visa a proteção das obras intelectuais, garantindo a titularidade e o aproveitamento das mesmas por parte dos autores. Como MENEZES LEITÃO¹⁸ acaba por concluir o que o Direito de Autor regula não é mais do que *“a permissão normativa de aproveitamento de uma obra intelectual”*.

¹⁵ MENEZES LEITÃO, Direito de Autor. Almedina. 2011, pp 11 e ss.

¹⁶ MENEZES LEITÃO, Direito de Autor, op.cit. pp 11.

¹⁷ JOÃO CALVÃO DA SILVA, Anotação, Direitos de Autor, Clausula Penal e Sanção Pecuniária Compulsória, ROA, ano 47, I, Abril de 1987, pp 138.

¹⁸ MENEZES LEITÃO, Direito de Autor, op.cit. pp 45.

IV - Postas estas considerações poder-se-á indagar se obra intelectual terá o mesmo significado quando se fala de contrato de empreitada ou de contrato de encomenda, previsto no CDADC.

Para responder a esta questão há que atentar, em primeiro lugar, que o CDADC regula um conjunto de contratos que andam associados à criação de obras intelectuais, literárias e artísticas. De entre estes, há que destacar o já mencionado contrato de encomenda de obra intelectual (artigo 14º e 15º), o contrato de edição (artigo 83º), o contrato de tradução (artigo 169º) ou o contrato de construção de obra de arquitetura (artigos 68º nº2,L; artigo 2º nº1,G, L; artigo 25). Depois, e como já foi assinalado, para que haja aplicação do CDADC teremos que estar perante uma criação de obra intelectual nos termos do artigo 1º CDADC. Esta, porém, tem que se distinguir pela sua originalidade. Como afirma MARIA VICTÓRIA ROCHA¹⁹ “ *a originalidade é um requisito essencial para a proteção das obras de Direito de Autor. A originalidade opera como linha de fronteira, separando as obras susceptíveis de proteção das que ficam fora do objeto do Direito de Autor e, dentro de cada obra, as parcelas abrangidas pela proteção das excluídas da mesma.*” Deste modo, MENEZES LEITÃO²⁰ classifica as obras intelectuais agrupando-as em várias categorias. De acordo com o grau de criatividade do autor, estas podem distinguir-se em *obras originais* e *obras derivadas*. Enquanto as *primeiras* se podem definir como as que não pressupõem uma obra anterior, as *obras derivadas* são as que pressupõem uma obra anterior, da qual derivam. Estão previstas no artigo 3º CDADC integrando-se nesta segunda classificação, por exemplo, as obras de tradução, adaptações, arranjos ou recolha de obras diversas. Também no âmbito das obras derivadas têm de estar presentes os tais requisitos de verificação cumulativa: criação de obra intelectual e originalidade. A tradução de uma obra, por exemplo, para revestir estas duas características não pode ser uma reprodução automática da obra originária pois terá sempre que pautar-se pela criatividade. Tal como escreve MARIA PAULA GOUVEIA ANDRADE²¹ “ *a tradução deve conter, revestir também ela um carácter criativo, que a permita qualificar como uma criação de espírito.*” O único limite legalmente previsto encontra-se no artigo 169º nº4 CDADC que estipula que “ *Na medida*

¹⁹ MARIA VITÓRIA ROCHA, *Obras de Arquitetura como obras protegidas pelo Direito de Autor. Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*. Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves, Cláudia Trabuço. Coimbra. Almedina. 2011, pp 163.

²⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, op.cit. pp 76 ss

²¹ MARIA PAULA GOUVEIA DE ANDRADE, *Contrato de Tradução*, Porto, 1991, pp19.

exigida pelo fim a que o uso da obra se destina, é lícito proceder a modificações que não a desvirtuem.”

Chegado aqui, há, pois, que assinalar uma diferença fulcral entre o contrato de empreitada de obra intelectual e o contrato de encomenda regulado no CDADC podendo, então, afirmar-se que toda a criação de obra intelectual pode ser objeto do contrato de empreitada mas nem todas são tuteladas ou protegidas pelo direito de autor pelo simples facto de que pode haver criação de obra intelectual que não se pautem pela originalidade ou pela criatividade de que fala MENEZES LEITÃO. Pense-se no caso de um parecer económico, técnico ou jurídico. Estes são, normalmente, da responsabilidade de técnicos, juristas ou mesmo jurisconsultos. Como explica MARCELO REBELO DE SOUSA²² estes últimos são profissionais *“interessados pelo estudo e pelo aprofundamento das grandes questões, dedicam-se a dar pareceres em situações de especial complexidade.”* O autor adianta a este propósito que *“É bem possível que surjam, aqui, esquemas de trabalho desconhecidos. Tudo parece apontar para a viabilidade das sociedades de consultadoria jurídica. Aí, os juristas organizar-se-ão em função das respectivas especialidades e, nos seus sectores próprios, responderão às consultas que lhes forem sendo solicitadas.”* Assim, pode um jurista emitir um parecer sobre uma determinada questão podendo, para o efeito, celebrar um contrato de empreitada de obra intelectual pois em muitos casos o parecer não mais é do que *“uma opinião crítica autorizada, em que são aprofundados os mais difíceis problemas técnicos, jurídicos e políticos e proposta uma solução final firmada em fundamentos cuidadosamente apurados, depois de examinados todos os ângulos e possíveis incidências de tal solução.”*, tal como escreve BATISTA MACHADO²³. Ou seja, o trabalho do jurista ou de um técnico pode não ser mais do que uma investigação exaustiva e aprofundada sobre um determinado tema em que se confrontam ideias contraditórias, mobilizando-se os fundamentos técnicos ou científicos que melhor se enquadram na questão em análise. Deste trabalho pode não advir uma ideia que corresponda a uma “novidade” relativamente ao assunto em questão e, portanto, não reclamar a intervenção do Direito de Autor.

²² MARCELO REBELO DE SOUSA/ SOFIA GALVÃO, Introdução ao Estudo do Direito. 3ª Edição. 1994 Publicações Europa América, pp 262

²³ BATISTA MACHADO, Lições de Introdução ao Direito Público, in obra dispersa, II, Braga, 1993, pp 261.

Acerca da natureza jurídica dos pareceres poder-se-á dizer que, em geral, estes podem-se qualificar como atos opinativos emitidos por um órgão consultivo com o objetivo de habilitar o órgão competente a decidir. Por este facto, eles não visam a produção de efeitos jurídicos próprios. A este propósito CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA²⁴ distingue contratos com objeto jurídico dos contratos que não tem objeto jurídico. Segundo esta classificação, para que o objeto do contrato se possa qualificar como jurídico é necessário que estejam reunidos dois requisitos de verificação cumulativa: a criação por ato jurídico, contrato ou ato jurídico unilateral, por um lado; natureza jurídica do objeto criado ou a criar, por outro. Consideram-se contratos com objeto não jurídico todos os outros. Ou seja, todos os contratos cujo objeto se traduz em coisas, corpóreas ou incorpóreas, ações ou omissões humanas. Isto vai ao encontro do plasmado no artigo 7º do CDADC cuja epígrafe é “*exclusão de proteção*” prevendo-se no seu nº1 alínea b) que “*Não constituem objeto de proteção os requerimentos, alegações, queixas e outros textos apresentados por escrito ou oralmente perante autoridades ou serviços públicos;*”

Os pareceres maxime os jurídicos distinguem-se da *consulta jurídica* dada por um advogado. A doutrina divide-se no que concerne à sua qualificação jurídica. Enquanto alguns autores, onde se pode destacar MOITINHO DE ALMEIDA²⁵, entendem que a consulta jurídica assume contornos de um mandato, outros, pelo contrário, apontam na direção de um contrato de prestação de serviços atípico. Segundo SINDE MONTEIRO²⁶ esta pode-se enquadrar num caso típico de informação em termos gerais dada ao abrigo de um contrato com esse mesmo objeto, embora não qualifique o contrato como de mandato ou de prestação de serviços. Como estamos no domínio contratual em que vigora o princípio da autonomia da vontade, estipulado no artigo 405ºc.c., podem as partes praticar ou não determinado ato. Mas a autonomia privada vai mais longe. Permite-se ainda às partes a liberdade de estipulação contratual no sentido em que podem incluir as cláusulas que lhes aprouver. Neste sentido há que fazer um breve apontamento e mencionar um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Abril de 2012²⁷ que a este propósito dita que “*I – Configura um contrato de arquitetura, o acordo celebrado entre autor e ré, em que a prestação essencial se traduz no*

²⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca., op.cit.pp 67

²⁵ MOITINHO DE ALMEIDA, Responsabilidade Civil dos advogados, 2ª Edição, Coimbra, 1998, pp 12

²⁶ SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou informações, Almedina Ed. Coimbra, 1989, pp 20.

²⁷ Consultável em www.dgsi.pt.

resultado ou produto de um trabalho intelectual, no caso, na elaboração de estudo prévio, projeto base e projetos de arquitetura, além da assistência técnica à respectiva execução (...); II – Trata-se de um contrato de prestação de serviços (artigo 1154º c.c.), embora atípico, abrangido pelo princípio da liberdade contratual (artigo 405º c.c.), que apresenta, conforme os casos, maior ou menor afinidade com o contrato de empreitada ou com o contrato de mandato (...); III – O facto da prestação a que o autor se obrigou se subdividir em três fases – elaboração de Estudo Prévio, Projeto Base e Projeto de Execução – não prejudica a unidade da prestação, que consistia na elaboração e aprovação do projeto de arquitetura em causa, visto que se está perante simples fases de trabalho, vulgarmente utilizados em trabalhos de arquitetura, todas complementares e interdependentes umas das outras, orientadas para a produção do resultado final.” O aresto é conclusivo no sentido em que “ tratando-se de uma obra de índole marcadamente intelectual e artística, pode ter que se considerar as normas de proteção previstas no C. dos Direitos de Autor.”

Chegados aqui, urge dar resposta às questões formuladas. Em termos esquemáticos poder-se-á dizer:

- O objeto do contrato de empreitada, previsto e regulado no código civil, pode abranger a realização de bens incorpóreos, enquanto criações do espírito humano, não se esgotando na construção de edifícios;
- Sempre que a obra incorpórea reúna os requisitos exigidos pelo Direito de Autor terá proteção autoral, nos termos e para os efeitos do CDADC;
- A obra intelectual objeto do contrato de empreitada distingue-se da obra intelectual para efeitos de tutela de Direitos de Autor porque não se caracteriza pela criatividade entendida no sentido de novidade.

V - Há, então, agora que ponderar e analisar se o regime jurídico do contrato de empreitada, em termos substanciais, se coaduna com a realização de obras incorpóreas. Passando à análise das principais normas jurídicas do contrato de empreitada que, de alguma forma,

mais problemas levantam aquando da sua aplicação à criação de obras intelectuais, poder-se-á dizer o seguinte:

Reportando à obrigação principal do empreiteiro, que é a realização de uma obra, prescreve o artigo 1208º c.c. que esta deve ser executada em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato. Norma jurídica que tem todo o sentido de aplicação no âmbito da criação das obras intelectuais pois como ensina ANTUNES VARELA²⁸ o princípio da boa-fé deve estar presente tanto no cumprimento da obrigação como no exercício do direito correspondente. Segundo o autor *“Este preceito ético jurídico reflete-se em toda a economia do contrato e durante todo o período da sua execução, vinculando os contraentes, não ao mero cumprimento formal dos deveres de prestação que recaem sobre eles, mas à observância do comportamento que não destoe da ideia fundamental de leal cooperação.”*²⁹

Depois, ter-se-á que dar especial atenção a uma norma apontada pela maioria da doutrina como de difícil aplicação às obras incorpóreas e que vem prevista no artigo 1209º c.c. que se refere ao *direito de fiscalização*. Prescreve o nº1 deste artigo que *“O dono da obra pode fiscalizar, à sua custa, a execução dela, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada.”* O direito de fiscalização aqui previsto traduz-se, por um lado, no poder conferido ao dono da obra de verificar se ela está a ser executada conforme o convencionado e, por outro, de impedir que o empreiteiro oculte vícios de difícil verificação no momento da entrega. Este direito de fiscalização em nada se assemelha ao poder de autoridade e direção e, portanto, à subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho previsto no artigo 1152º c.c. pois este poder conferido ao dono da obra não condiciona ou coarta a independência com que o empreiteiro desenvolve o seu trabalho. É de notar que, na maioria das vezes, quando se alude à autonomia do empreiteiro é da sua autonomia técnica que se fala e que se traduz na forma de realizar a atividade obedecendo, em grande medida, aos seus conhecimentos especializados, científicos ou técnicos. JORGE DE BRITO PEREIRA³⁰ é da opinião que tal artigo tem aplicabilidade no âmbito das criações intelectuais pois a maior

²⁸ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, vol. I, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, pp 128 ss

²⁹ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, op.cit.pp 263 ss

³⁰ JORGE DE BRITO PEREIRA, op.cit.pp 595

autonomia de que goza o empreiteiro/criador intelectual harmoniza-se com o poder de fiscalização que é conferido ao dono da obra. Pense-se no caso de alguém pedir um parecer económico a determinada entidade de reconhecido mérito sobre um determinado assunto. Em princípio, quem tem de prestar apoio técnico, elaborando o respectivo parecer, está adstrito a produzir o resultado material acordado, que se corporiza numa obra, obrigando-se a empregar toda a diligência necessária para o efeito. Por outro lado, Caracterizando-se a empreitada como um contrato de execução instantânea ainda que prolongada na medida em que cada singular comportamento do empreiteiro, durante a execução do contrato, não cumpre uma parte correspondente do interesse do dono da obra que só se realizará plenamente com a entrega da obra poder-se-á afirmar que o dono da obra pode acompanhar a forma como o empreiteiro a vem executando ou o rumo que esta está levando. Tudo depende do que for contratualmente estipulado pelas partes. Assim, o poder de fiscalização conferido ao dono da obra, no âmbito do artigo 1209º c.c., poderá ser entendido como o poder de fiscalizar “*os termos externos de cumprimento das condições estabelecidas e de obediência às regras de arte*”, de acordo com JORGE DE BRITO PEREIRA.³¹ Este autor sustenta, no entanto, que esse poder pode não existir, se for afastado pela vontade das partes sem que, com isso, se desvirtue o tipo contratual em causa. Em oposição a este entendimento, afirmando que a norma, pela sua natureza e seus fins, é uma norma imperativa encontra-se PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA.³²

Querela à parte, o poder de fiscalização deve ser exercido no decurso da execução da obra não se confundindo com o dever de verificação da mesma, previsto no artigo 1218º c.c. Este dever, qualificado como uma operação material, deve ocorrer depois de executado o contrato e antes da aceitação da obra. A lei não exige qualquer forma para a comunicação admitindo-se, então, que esta possa ser feita de forma expressa ou tácita, de acordo com o artigo 217º c.c. A comunicação considera-se eficaz desde que chegue ao poder do empreiteiro ou seja dele conhecida. Pode acontecer que o dono da obra, não contente com os resultados obtidos ou com as conclusões encontradas, ou por qualquer outra razão, pretenda desistir do contrato celebrado. A este propósito o artigo 1229º c.c. cuja epígrafe é “*desistência do dono da obra*” dita que “*o dono da obra pode desistir da empreitada a todo o tempo, ainda que tenha sido*

³¹ JORGE DE BRITO PEREIRA, op.cit.pp 596

³² PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol. II, 4ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora. Coimbra. 1989, pp 870.

iniciada a sua execução, contando que indenize o empreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra.” Trata-se de um regime jurídico que, como refere PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA,³³ dá “ao dono da obra a possibilidade de não prosseguir com a empreitada, interrompendo a sua execução para o futuro.” Ou seja, o dono da obra pode desistir a todo o tempo do contrato, facultade essa discricionária e portanto não sindicável judicialmente. Permite-se ao dono da obra que obste à realização da obra, sem prejuízo de indemnizar o empreiteiro dos gastos despendidos. De notar que este regime jurídico, aplicável ao contrato de empreitada, é diferente do que é aplicável à generalidade dos contratos e que consta do artigo 406º c.c. que prevê que os contratos devem ser pontualmente cumpridos no sentido em que, e de acordo com PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA³⁴, “todas as cláusulas contratuais devem ser observadas, que o contrato deve ser cumprido ponto por ponto, e não apenas que ele deve ser executado no prazo fixado, como poderia depreender-se do sentido usual do vocábulo pontualmente”.

A questão que ora se coloca é se tal facultade pode também ser conferida ao empreiteiro de obra intelectual. Pode este “desistir” do contratualmente acordado? O problema põe-se porque a celebração de um contrato de empreitada leva necessariamente à realização de uma obra e, portanto, à obtenção de um resultado. Ou seja, pode dar-se o caso de o empreiteiro de obra intelectual, retomando o exemplo do parecer técnico ou jurídico acima assinalado, não alcançar o resultado contratualmente acordado. O que, nestes casos, se pode esperar de um técnico, perito ou jurisconsulto é que “*de modo fundamentado, emita a sua opinião técnica, ainda que desfavorável, sobre a legalidade da referida decisão – o Governante comitente não pode exigir-lhe que conforme o teor do seu “parecer” à expectativa (opinião favorável) que intimamente acalentava, mas tão-só que a opinião seja apresentada de modo fundamentado de acordo com as qualificações académicas do jurisconsulto.*”³⁵

Como proceder, então, nestes casos? Do artigo 1208º c.c. extrai-se dois conceitos fundamentais que ajudarão a enquadrar e solucionar o problema suscitado e enunciar outras questões que surgem na prática. Assim, é de delimitar o conceito conformidade e o de vício

³³ ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, op.cit.pp 908

³⁴ ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, Código civil anotado, vol. I, 4ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora. Coimbra. 1987, pp 373.

³⁵ ALBERTO DE SÁ E MELO, Contratos de Direito de Autor. Autonomia contratual na formação do direito de autor. Coimbra. Almedina. 2008, pp 324.

que a obra possa apresentar. MENEZES LEITÃO³⁶, a propósito, entende que em caso de desconformidade a obra não tem “*necessariamente um valor negativo ou uma patologia, bastando apenas que se verifique uma falta de coincidência com o programa contratual.*” Pelo contrário, se nos reportarmos aos vícios que a obra apresenta estes vão implicar uma “*apreciação negativa da obra, seja em termos de funcionalidade normal, seja em termos de funcionalidade para o fim contratualmente previsto.*” No entanto, em ambos os casos estamos perante modalidades de perturbações da prestação.

O que se pode concluir, no exemplo do parecer, é que se a opinião apresentada for contrária à contratualmente acordada, dir-se-á que o contrato foi realizado em *desconformidade* com o contratualmente estipulado entre as partes. Perante um caso destes, MENEZES LEITÃO é da opinião que a desconformidade realizada intencionalmente “*corresponde a uma alteração da obra da iniciativa do empreiteiro (artigo 1214º nº1 c.c.).*”³⁷ O artigo em questão, no n.º 2, prevê que se a obra for realizada sem autorização do dono aplica-se-lhe os remédios do cumprimento defeituoso, previstos nos artigos 1221º e ss. Pelo contrário, se o empreiteiro alterar o plano convencionado e o dono da obra a aceitar “*tal como foi executada, não fica obrigado a qualquer suplemento de preço nem a indemnização por enriquecimento sem causa*” (artigo 1214º n.º 2, 2º parte). Encontramo-nos no âmbito de uma modificação por mútuo consenso, nos termos do n.º 1 do artigo 406º c.c. Trazendo à colação um acórdão do Tribunal da Relação do Porto datado 7 de Novembro de 2013³⁸ entende este aresto que “*Assim, se do contrato resulta que o empreiteiro devia executar a obra com determinado material e se prova que ele a executou com material diverso, existe uma desconformidade em relação ao convencionado e, como tal, necessariamente um cumprimento defeituoso da prestação. Ora, conforme resulta do disposto no artigo 1221º do código civil, face ao cumprimento defeituoso do contrato o direito primário do dono da obra é o de exigir a eliminação dos defeitos se os mesmos puderem ser suprimidos ou, no caso contrário, exigir nova construção. Estes direitos cessam, no entanto, se as despesas forem desproporcionadas em relação ao proveito. Por sua vez, o artigo 1222º do mesmo diploma estabelece que se não forem eliminados os defeitos ou construída de novo a obra, o dono*

³⁶ MENEZES LEITÃO, Direito das obrigações vol. III, pp 550.

³⁷ MENEZES LEITÃO, Direito das obrigações, op.cit.pp 551.

³⁸ Consultável em www.dgsi.pt

pode então exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, se os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina.”

No que concerne aos vícios que a obra intelectual pode apresentar MENEZES LEITÃO³⁹ escreve que *“as perturbações da prestação ocorrerão quando a obra intelectual não tenha a qualidade exigida (ex.: manual de História com erros, tradução defeituosa), não seja apto para o fim a que se destina (ex.: filme publicitário que atribui má imagem ao produto publicitado) ou não permita a sua utilização para esse fim (ex.: obra literária ou musical contrafeita).”* O que ocorre nestas situações são vícios tal como descritos supra. Os meios de reação ao dispor do dono da obra podem ser elencados da seguinte maneira:

- De acordo com o artigo 1218º c.c. *“o dono da obra deve verificar, antes de a aceitar, se ela se encontra nas condições convencionadas e sem vícios”*;
- Prossegue o nº 5 do mesmo preceito legal que *“ A falta da verificação ou da comunicação importa a aceitação da obra.”*;
- O dono da obra deve, sob pena de caducidade dos direitos infra elencados, denunciar ao empreiteiro os defeitos da obra dentro dos 30 dias seguintes ao seu descobrimento;
- Os remédios que o dono da obra pode lançar mão em caso de vícios da obra estão elencados nos artigos 1221º e 1222º c.c. numa sequência lógica. São assim:
 - ✓ Eliminação dos defeitos;
 - ✓ Exigência de uma nova construção;
 - ✓ Redução do preço;
 - ✓ Resoluções do contrato, no caso de os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina.
- De acordo com o artigo 1223º c.c., o exercício destes direitos não exclui o direito a ser indemnizado nos termos gerais.

Em último caso pode suceder que o empreiteiro declare expressamente, por motivos de vária ordem, que não realizará a obra. Perante o caso de *“incumprimento definitivo, imputável ao*

³⁹ MENEZES LEITÃO, Os efeitos do incumprimento dos contratos de propriedade intelectual, em Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial, org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves, Cláudia Trabuco. Coimbra. Almedina. 2011, pp 120.

*empreiteiro, o dono da obra pode resolver o contrato e exigir uma indemnização (artigo 801º n.º 2 do c.c.).*⁴⁰ Se, porém, o resultado do contrato de empreitada se consubstanciar numa obra merecedora de tutela do Direito de Autor e uma vez esta divulgada ou publicada pode o seu autor “ *retirá-la a todo o tempo da circulação e fazer cessar a respectiva utilização, sejam quais forem as modalidades desta, contando que tenha razões morais atendíveis, mas deverá indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar.*” (artigo 62º CDADC).

Relativamente ao estipulado no artigo 1210º c.c. prevê-se que “ *Os materiais e utensílios necessários à execução da obra devem ser fornecidos pelo empreiteiro, salvo convenção ou uso em contrário.*” A regra estipulada neste nº1 é supletiva pois como dela decorre é admitido que por convenção ou uso os materiais e utensílios sejam fornecidos pelo dono da obra. Também não há qualquer oposição a que tal obrigação seja atribuída a terceiro que intervenha no contrato. No que concerne à empreitada de obras intelectuais verifica-se que na maioria destes casos a empreitada e, portanto, a realização da obra pouco ou nada depende dos materiais fornecidos pelo dono da obra. No exemplo acima assinalado todo o material de estudo que se compõe de livros, estudos, etc. são, na maioria dos casos, propriedade do criador intelectual. Como afirma JORGE DE BRITO PEREIRA⁴¹ “ *estando em causa uma obrigação de resultado eminentemente intelectual, a estrutura do contrato indica que recairá sobre o empreiteiro a organização do processo produtivo em vista do resultado acordado.*”

Mais problemático é harmonizar o plasmado no artigo 1212º c.c., que se refere à transferência da propriedade da obra, com a realização de obra intelectual. Assim prescreve aquele artigo, no que à construção de coisa móvel diz respeito, que se a empreitada for realizada com materiais fornecidos, no todo ou na sua maior parte, pelo empreiteiro, a aceitação da coisa importa a transferência da propriedade para o dono da obra. Esta deverá, pois, ser a regra se se levar em consideração a própria natureza da obra a realizar. Pode acontecer que, pelo contrário, os materiais sejam fornecidos pelo dono da obra. Neste caso, de acordo com o artigo em questão, continuam a ser propriedade dele, assim como é propriedade sua a coisa logo que esteja concluída. Esta regra assim enunciada e pensada para

⁴⁰ Acórdão do STJ 10 de Dezembro de 2013, consultável em www.dgsi.pt.

⁴¹ JORGE DE BRITO PEREIRA, op.cit.pp 598.

as coisas corpóreas tem aplicação quando se trata de criações intelectuais? Nestes casos há que ponderar que se, por um lado, o dono da obra fornece os materiais necessários para a realização da obra por outro a criação intelectual é da titularidade do empreiteiro. JORGE BRITO PEREIRA⁴² é da opinião que “ *os materiais fornecidos serão de modo geral de menor relevância que o contributo intelectual do empreiteiro*” O artigo em análise prevê ainda que haja “ *transferência da propriedade para o dono da obra*” Como estamos no âmbito das criações intelectuais há que descortinar duas realidades: a criação intelectual e o seu suporte material. A questão a colocar é, pois, a seguinte: o que se transmite? No exemplo acima plasmado do parecer técnico ou jurídico, o que se transfere é tanto a sapiência do “empreiteiro” que se revela no conteúdo do parecer como o próprio suporte material, seja este em papel ou em suporte informático. Em relação às criações intelectuais protegidas pelo Direito de Autor, estes bens têm valor patrimonial autónomo pois podem ser explorados economicamente. São bens tutelados juridicamente atribuindo, a título de aquisição originária, direitos ao autor da obra em questão. O objeto de tais direitos não é a coisa corpórea ou o corpus mechanicum. Dito de outra forma, e como já foi referenciado supra, o objeto do direito de autor não é o livro ou o filme. Objeto do direito de autor é a obra na sua forma ou conceção ideal traduzida numa específica articulação de ideias, formas ou sons. A este propósito prescreve o artigo 9º CDADC “ *O direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais.*” Deste modo, o conteúdo do direito de autor compreende, num primeiro momento, o que pode ser designado de direito moral ou direito pessoal. O nº3 daquele preceito normativo acrescenta que “ *Independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade.*” O artigo faz referência a dois direitos pessoais, o direito de reivindicar a paternidade e o direito de assegurar a genuinidade e integridade abrindo a porta à consagração de outros direitos morais, o que de facto vem a acontecer nos artigos 56º ss CDADC. Por outro lado, num segundo momento, ter-se-á que ter presente os direitos de carácter patrimonial. A eles fazem referência o nº 2 do artigo 9º que estipula que “ *no exercício dos direitos de carácter*

⁴² JORGE DE BRITO PEREIRA, op.cit.pp 599.

patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente.”

VI - Por último coloca-se a seguinte questão: como se articula o Direito de Autor com o Direito Civil e qual o posicionamento do Direito de Autor no ordenamento jurídico português. Dir-se-á, em primeiro lugar, que um contrato pelo qual alguém se obriga a proporcionar a outrem um resultado de carácter intelectual pode ser denominado de contrato de empreitada pois todos os elementos deste tipo contratual estão reunidos. A prestação a que o empreiteiro se obriga tal como os direitos e deveres das partes envolvidas encontram resposta adequada no âmbito das normas do código civil. As normas do Direito de Autor surgem, então, no caso de a obra intelectual merecer a sua tutela. Será, pois, esta a melhor forma de harmonizar estes dois ordenamentos jurídicos. Assim, celebrando-se um contrato em que uma das partes se obriga a realizar uma determinada obra intelectual, este acordo pode ser qualificado de empreitada. Caso esta seja tutelada pelo Direito de Autor o contrato aí tipificado que se coaduna com esta realidade é o contrato de encomenda previsto no artigo 14º CDADC. A esta conclusão chegou JORGE DE BRITO PEREIRA⁴³ na análise que faz a esta realidade. E o exemplo por ele apresentado prende-se com o direito de desistência. É-nos dito que “ *A partir do momento em que a obra existe e é tutelada pelo Direito de Autor, o direito de desistência surge como resultado direto daquele ordenamento, sendo as normas do processo causal relegadas para um plano secundário. No entanto, a situação surge-nos de forma oposta no caso de se pretender exercer o direito de desistência antes da existência da obra. Neste caso, a sua existência depende de uma eficácia que, ao momento, surge de forma meramente reflexa, interferindo de forma excecional no processo causal. No entanto, note-se que este ordenamento ainda continua a ser base da regulamentação – o direito surge como uma circunstância excecional; a obrigação de indemnizar resulta do processo causal e deve ser entendida como indemnização por atos lícitos.*”

Relativamente, à posição que o Direito de Autor assume no âmbito do ordenamento jurídico, é de averiguar, em primeiro lugar, se o Direito de Autor é um ramo de direito público ou privado. A este propósito existem várias teses que tentam separar estes dois ramos de direito

⁴³ JORGE DE BRITO PEREIRA, op.cit.pp 617.

mas em relação ao Direito de Autor poder-se-á dizer, acompanhando vários autores, que ele é Direito Privado pois nenhuma das partes está munida do *ius imperii*. No entanto, como salienta MENEZES LEITÃO⁴⁴ o direito de autor “*pode abranger algumas matérias de Direito Público como a relativa à tutela penal do direito do autor, ou às formas processuais de proteção da propriedade intelectual.*”

Qualificando-se o Direito de Autor como direito privado há agora que esclarecer se este é Direito Privado comum e aqui surge o Direito civil ou se, pelo contrário, estamos no âmbito do Direito Privado especial. É que a relação que medeia entre Direito Civil e Direitos Privados especiais é pois uma relação de especialidade. Esta é uma questão para a qual não se encontra uma resposta unitária. Assim vejamos: o Direito Privado comum, atendendo à classificação germânica de Savigny, divide-se em quatro ramos fundamentais: o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito da Família e o Direito das Sucessões. A dúvida de inserção do Direito de Autor em algum destes ramos do direito só se coloca em relação ao Direito das Obrigações ou ao Direito das Coisas. MENEZES LEITÃO⁴⁵ perfilha a ideia de que o Direito de Autor não se enquadra no âmbito do Direito das Obrigações mas também não se subsume no ramo dos Direitos Reais. Contrariamente, CUNHA GONÇALVES⁴⁶ defendia a qualificação do Direito de Autor como um direito de propriedade de natureza especial, o que esteve na base da redação dada ao artigo 1303º c.c. No entanto, a este propósito, ter-se-á que trazer à colação o artigo 1302 c.c. que dita que só pode ser objeto de direito de propriedade coisas corpóreas para além de que a propriedade tem uma natureza perpétua enquanto que o Direito de Autor é temporário, caindo a obra no domínio público ao fim de certo tempo. Prosseguindo, o artigo 1303º do c.c. prescreve no nº1 que “*Os direitos de autor e a propriedade intelectual estão sujeitos a legislação especial.*” O nº2 estipula que “*São, todavia, subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial as disposições deste código, quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido.*” Destes preceitos jurídicos decorre que se atribui natureza especial ao Direito de Autor em relação ao Direito Civil Comum, sendo as disposições deste subsidiariamente aplicáveis. Posição diferente é tomada por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que afirma que o Direito de

⁴⁴ MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, op.cit.pp 13.

⁴⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, op.cit.pp 13.

⁴⁶ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, IV, Coimbra Editora, 1931, pp 27 e ss.

Autor e o respectivo regime jurídico não contém quaisquer regras ou princípios do Direito Comum, entretanto especializados e, portanto, da sua ótica, o Direito de Autor não pode ser qualificado de direito privado especial. Pode, sim, representar um novo ramo do Direito Civil, a juntar-se aos acima mencionados. Pode, no entanto, ser encarado como uma nova expressão do Direito Civil, nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA⁴⁷. A propósito, MOTA PINTO⁴⁸ afirma que “ *o direito de autor contém a regulamentação própria de certo tipo de relações jurídicas (...) mas essas relações não são uma espécie, com regulamentação própria, dentro das divisões das relações jurídico privadas. São elas próprias divisões das relações das relações de direito privado no mesmo plano das restantes regulando uma dimensão da vida da pessoa que nenhum outro direito comum regula.* ”

Em conclusão:

- O regime jurídico do contrato de empreitada, regulado no código civil, coaduna-se com as criações intelectuais;
- O empreiteiro de obra intelectual está adstrito à realização da obra de acordo com o previsto no artigo 1208º c.c., ou seja, deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado e sem vícios;
- Havendo desconformidade da obra realizada com o contratualmente estabelecido, esta situação corresponde a uma alteração da obra da iniciativa do empreiteiro, de acordo com o previsto no artigo 1214º c.c. No caso de o dono da obra não a aceitar, aplica-se, nestes casos, os remédios do cumprimento defeituoso (nº 2 artigo 1214º c.c.);
- No caso de a obra apresentar vícios, o dono da obra tem o direito de exigir a eliminação dos defeitos, nova construção, redução do preço, resolução do contrato e direito a uma indemnização (artigos 1221 c.c. ss);
- O dono da obra pode, recorrendo ao artigo 1229º c.c., desistir da obra a todo o tempo tal como o empreiteiro pode decidir não realizar a obra a que se comprometeu. Neste caso, encontramos-nos no âmbito do artigo 801º nº 2 c.c.;

⁴⁷ MARCELO REBELO DE SOUSA, Introdução ao Estudo do Direito, op.cit, pp 252.

⁴⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, Teoria Geral de Direito Civil, 3ª Edição Atualizada. Coimbra Editora. 1996, pp 39 ss.

- Merecendo a obra intelectual objeto do contrato de empreitada tutela no âmbito do artigo 2º do CDADC o tipo contratual que lhe corresponde para efeitos autorais é o contrato de encomenda previsto no artigo 14º CDADC.

II PARTE

As atividades criativas como possível objeto do contrato de trabalho.

Pode acontecer que uma dada criação literária, artística ou como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ “ *invenções científicas ou tecnológicas* ” em vez de serem acordadas no âmbito de um contrato de empreitada onde naturalmente vigora a autonomia do empreiteiro decorrer num contexto laboral. Ocorre, a mais das vezes, que o dito “trabalhador intelectual” é contratado por uma determinada entidade patronal por causa das suas competências ou aptidões profissionais num determinado domínio. Nestes casos, o que acontece é que o trabalhador irá desenvolver a sua atividade, que necessariamente se vai traduzir num determinado resultado, com uma certa autonomia. Já MOTTA VEIGA⁴⁹ apontava nesta direção ao escrever que “ *as modalidades de trabalho intelectual que, anteriormente, em muitos casos, correspondiam sobretudo a formas de trabalho autónomo – de artistas, de profissionais livres – são hoje cada vez mais prestadas no âmbito de empresas ou organizações, que coordenam essas formas de trabalho com outras, intelectuais ou manuais, tendo em vista a oferta ao público de bens ou serviços. E então o trabalhador intelectual aparece a realizar a sua atividade por conta alheia, cedendo os serviços a essas empresas ou organismos, que lhe pagam uma retribuição fixa, em lugar de exercer a sua profissão como trabalhador autónomo, por conta própria, e auferindo “honorários” dos seus clientes.* ”

Neste caso, então, duas questões se levantam: em primeiro lugar, como compatibilizar a atividade intelectual ou criativa do trabalhador e o poder de direção e autoridade do empregador? Em segundo lugar, como distinguir estes contratos de trabalho do contrato de empreitada de obra incorpórea? Para responder à primeira questão, ter-se-á que fazer uma análise detalhada ao conceito de contrato de trabalho.

I - Assim, é de apontar que o código civil elenca, de entre os contratos em especial, o contrato de trabalho no artigo 1152º c.c. remetendo o seu regime jurídico para legislação especial e distinguindo-o, então, do contrato de prestação de serviços, nomeadamente do contrato de empreitada. Deste modo, é o artigo 11º do código de trabalho de 2009 (CT) que estabelece a noção de contrato de trabalho onde prevê que “ *Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou a*

⁴⁹ MOTTA VEIGA, Lições de Direito do Trabalho, 6ª Edição Revista e atualizada, 1995, S.P.B. Editores e Livreiros, pp 32.

outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.” MENEZES CORDEIRO⁵⁰ critica esta noção pois, segundo o autor, em direito “prestar uma atividade” equivale a prestar um serviço por oposição a “prestar uma coisa”, a omitir um comportamento ou a suportar uma atuação. De acordo com o autor, o artigo 1155º c.c. ao estipular as várias modalidades de contrato de prestação de serviços não faz referência à mais importante das prestações de serviços que é o contrato de trabalho. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵¹ é da mesma opinião afirmando que “a atividade devida pode consistir em trabalho manual ou intelectual, na prática de atos materiais ou de atos jurídicos (artigo 111 nº 3), incluindo atos em representação do empregador, ou numa combinação de atos de natureza diversificada.” O que este autor acaba por concluir é que o objeto do contrato de trabalho pode coincidir com o objeto de outros tipos de contratos de prestação de serviços. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵² refuta esta posição “ não apenas em razão do argumento legal, mas pela especificidade dogmática do contrato de trabalho, que decorre das suas componentes de pessoalidade e de inserção organizacional. Estas componentes justificam, respetivamente, a essência subjetiva da subordinação do trabalhador e a abrangência desta subordinação, reportada não apenas ao poder diretivo mas também ao poder disciplinar prescritivo e sancionatório do empregador.” A autora finda a sua argumentação afirmando que “São estas componentes do contrato de trabalho que confirmam a sua diferença genética do contrato de prestação de serviço, reconhecida pelo Código civil.”

II - No que à noção legal diz respeito, em primeiro lugar, é de assinalar que o artigo em questão, ao contrário da redação do código civil, não especifica o carácter da atividade humana a desenvolver, não distinguindo, então, se esta assume um carácter manual ou intelectual. Pode-se considerar que a atividade a desenvolver nunca é exclusivamente manual ou intelectual antes se apresentando como predominantemente intelectual ou manual. MOTA VEIGA⁵³ é da opinião que “Por mais simples e rudimentar que seja a tarefa

⁵⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito de Trabalho. Almedina, 1999, pp 15, nota (1).

⁵¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca. Almedina. 2007, pp 176.

⁵² MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais. 3ª Edição. Almedina. 2010, pp 60.

⁵³ MOTA VEIGA, Lições de Direito do Trabalho, op.cit. pp 31

dum operário manual, ele terá sempre que utilizar o mínimo de inteligência e de vontade. E nenhum trabalho, por mais cerebral que se revele, pode prescindir de manifestações físicas, já que mais não seja através da linguagem oral ou escrita.” De ter presente, ainda segundo este autor, que uma atividade intelectual pura e, portanto, não exteriorizada ou simplesmente contemplativa não é trabalho em sentido jurídico. Este tem de traduzir-se, necessariamente, numa atividade produtiva do homem realizada por conta de outrem ou, dito de outra forma, por conta alheia. É, no entanto, de deter o seguinte: não é pelo facto de a atividade a realizar ter que ser produtiva que tem necessariamente que pressupor a existência de resultados. Como salienta PEDRO ROMANO MARTINEZ⁵⁴ *“Não obstante a atividade, por natureza, ser produtiva, pode, por motivos de vária ordem, apresentar-se, na situação concreta, como improdutiva, não deixando, por isso, de se enquadrar na noção de direito de trabalho.”* MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵⁵ escreveu, a este propósito, que a qualificação da atividade humana a desenvolver no âmbito de um contrato de trabalho é relevante pelo facto de auxiliar a distinguir o contrato de trabalho de outros contratos em que também é desenvolvida uma atividade laborativa e em que se valoriza o resultado final. Por outro lado, prossegue a autora, a qualificação da atividade a desenvolver chama a atenção para uma característica muito importante do vínculo laboral que é o envolvimento da personalidade do trabalhador aquando da realização da sua atividade e justifica, deste modo, o carácter *intuitu personae* que caracteriza o contrato de trabalho. São, então, estas duas características, desenvolvimento de uma atividade marcadamente criativa aliada ao carácter *intuitu personae* traduzido na ideia de que o que releva na celebração do contrato é as qualidades profissionais do trabalhador que diferenciam o objeto destes contratos dos restantes contratos de trabalho em que a atividade a desenvolver tem também necessariamente um cariz infungível contrariando, deste modo, a regra geral prevista no código civil, artigo 767º nº 1 c.c., aplicável à generalidade dos contratos. Neste momento, pode-se fazer um pequeno apontamento e trazer à colação a Lei nº 1952 de 10 de Março de 1937 onde se fazia a distinção entre empregados e assalariados, categorias de trabalhadores que dispunham de regimes jurídicos diferentes, uns mais favoráveis que outros. Ou seja, enquanto os primeiros eram aqueles cujo trabalho se caracterizava pelo predomínio do esforço intelectual sobre o físico, os assalariados eram os operários das artes e ofícios e, em

⁵⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 2010, 5ª Edição, Almedina, pp 38.

⁵⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte I.- Dogmática Geral*. 2ª Edição. Almedina. 2009, pp 323.

geral, os trabalhadores cujo serviço se reduzia à simples prestação de mão-de-obra. Esta classificação encontra-se hoje superada e recorrendo à Constituição da República Portuguesa, ao que está previsto no artigo 59º verifica-se que aí são utilizados ambos os termos não parecendo atribuir-lhe significados distintos.

III - O que se pode indagar, neste momento, então, é o que pode ser *objeto* de um contrato de trabalho. Cabe no âmbito de um contrato de trabalho as atividades criativas como as literárias, artísticas ou invenções tecnológicas? Vale a pena começar por dizer que através de um contrato de trabalho o trabalhador obriga-se a desenvolver uma atividade cujo conteúdo é *hetero determinado* no sentido em que carece de ser concretizada pelo empregador ao longo da execução do contrato em questão. A prestação a desempenhar é uma prestação de facto positiva que se traduz numa conduta humana ativa apta a satisfazer as necessidades de outra pessoa. Por outro lado, a prestação a desenvolver pelo trabalhador caracteriza-se por ter uma natureza continuada na medida em que, por regra, não tem duração predeterminada. Pode acontecer que em dadas circunstâncias o trabalhador, não obstante a subordinação jurídica a que está adstrito, desenvolva a sua atividade com autonomia. É o que acontece no âmbito das atividades criativas. Fala-se, nestes casos, de autonomia técnica que é compatível com o contrato de trabalho e que de resto vem prevista no artigo 127º nº1 e) CT que estipula expressamente que “*o empregador deve, nomeadamente, respeitar a autonomia técnica do trabalhador que exerça atividade cuja regulamentação ou deontologia profissional a exija.*” O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Janeiro de 2008⁵⁶ prescreve, a este propósito, que “*II. - Não obstante o elevado grau de autonomia exigível nesses casos, é possível o desempenho de funções de elevada craveira técnica e intelectual em regime de subordinação jurídica (...).*” Como assinala MOTTA VEIGA⁵⁷ há como que uma emanção da personalidade de quem executa o contrato de trabalho para que o seu perfil e competências intelectuais se manifestem ou se exteriorizem na atividade desenvolvida e no resultado desta. Recorrendo ao exemplo da atividade de um jurisconsulto e consultando para o efeito o que FERNANDO RIBEIRO LOPES⁵⁸ escreveu a este propósito, é-nos dito que “*A atividade do jurisconsulto pode ser recrutada por*

⁵⁶ Consultável em www.dgsi.pt.

⁵⁷ MOTTA VEIGA, Lições de Direito do Trabalho, op.cit.pp 348.

⁵⁸ FERNANDO RIBEIRO LOPES, Revista de Direito e Estudos Sociais, nº1, 1987, pp 61.

terceiro através do contrato de trabalho ou da prestação de serviço. Mas, no quadro da relação de trabalho subordinado, a atividade do juriconsulto, de que a outra parte é credora, só é concretizável e apreensível na sua projeção sobre um resultado: um parecer relativo a determinada questão.” No que concerne à atividade criativa em geral ALBERTO DE SÁ E MELO⁵⁹ entende que a *“prestação criadora do trabalhador subordinado deve ter o objeto abstratamente prefigurado pelo credor empregador. Tal não cerceia a criatividade do resultado que, em concreto, virá (poderá vir) a formalizar-se em uma ou mais obras intelectuais que o trabalhador crie; simplesmente, as obras criadas neste âmbito devem servir os fins de utilização prefigurados pelas partes contratantes ao fixar o objeto da prestação devida pelo trabalhador.*” Quando o objeto do contrato de trabalho apresente estes contornos específicos tal vai ter reflexos em termos remuneratórios como se verá infra.

IV - A noção atualmente em vigor, e ao contrário da contida no código de trabalho de 2003, prevê que a atividade seja desenvolvida *“ no âmbito de uma organização ”*. No que concerne a este novo elemento ROMANO MARTINEZ⁶⁰ entende que se pode estar a apontar caminho para a *para subordinação*. Na esteira do que foi dito o autor, em anotação ao artigo em causa, acaba por concluir que a introdução deste novo elemento leva a que se possa entender que *“ passa a haver dois tipos de contrato de trabalho: o contrato de trabalho no âmbito empresarial, em que há uma organização, e o contrato de trabalho em que falta a organização ao empregador. Nesta perspectiva, o regime laboral só se aplicaria ao primeiro tipo. Esta conceção, não obstante o apoio na letra do preceito, suscitaria uma dificuldade de desproteger os trabalhadores que prestam a sua atividade para empregadores sem estrutura organizativa.*”⁶¹ Pode-se, então, neste caso, trazer à colação a figura do trabalho no domicílio que hoje vem previsto na Lei nº 101/2009, de 8 de Setembro, que vem substituir o regime jurídico constante dos artigos 14 a 26 da RCT. Nestes casos estamos perante realidades que se situam entre o trabalho subordinado e o trabalho autónomo. Fala-se, assim, de situações de *para subordinação* pois, do ponto de vista

⁵⁹ ALBERTO DE SÁ E MELO, Contrato de Direito de Autor. Autonomia contratual na formação do direito de autor, op. cit. pp 372.

⁶⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, op. cit. pp 115.

⁶¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ/LUÍS MIGUEL MONTEIRO/JOANA VASCONCELOS/PEDRO MADEIRA DE BRITO/GUILHERME DRAY/LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Código do Trabalho Anotado. 8ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp 131 e ss.

jurídico, a prestação do trabalho é feita em moldes formalmente autónomos, isto é, sem subordinação jurídica. À autonomia formal do prestador corresponde uma situação de dependência económica ou material. O problema que se suscita neste âmbito não é um problema de qualificação, já que o contrato não contém os elementos essenciais que compõem um contrato de trabalho e portanto será sempre considerado trabalho autónomo devendo, por isso, ser reconduzido a um contrato de prestação de serviços. A questão, pelo contrário, assume-se como um problema de equiparação do seu regime jurídico ao regime laboral na medida em que a dependência económica em que se encontra o prestador de serviço justifica que o seu vínculo negocial venha a ser equiparado, no todo ou em parte, ao contrato de trabalho. É de realçar que a atividade prestada no âmbito deste contrato é realizada de acordo com o artigo 1º Lei nº 101/2009, de 8 de Setembro “ no domicílio ou em instalações do trabalhador.”

V - Por fim, a noção legal aponta para o facto de a atividade ter que ser desenvolvida para outra ou outras pessoas “*sob a autoridade destas.*” Cabe, assim, fazer referência à subordinação jurídica, enquanto elemento essencial e distintivo do contrato de trabalho relativamente a outros contratos nomeadamente aos contratos de prestação de serviços. Esta pode entender-se como um “*estado jurídico*”, na terminologia de MAZZONI⁶², pois corresponde a um estado pessoal do trabalhador no seio do vínculo laboral e não a uma qualidade da atividade prestada pois esta tanto pode ser compatível com o seu exercício em regime de subordinação como de forma autónoma. Assim, a subordinação jurídica põe em evidência a desigualdade da relação laboral. É a posição dominial do empregador que determina a função a desempenhar pelo trabalhador, nos termos do artigo 118º nº1 CT, ou que define o modo de execução da sua prestação por meio de ordens concretas ou instruções genéricas, artigo 97º CT. A subordinação jurídica tem, deste modo, um conteúdo amplo: para além de identificar a posição subjetiva de dependência do trabalhador relativamente ao empregador, que se manifesta no seu dever de obediência às instruções e ordens dimanadas do poder diretivo, também justifica a sujeição do trabalhador ao poder disciplinar, tanto na vertente sancionatória, sujeição às sanções disciplinares, como na vertente prescritiva, que se traduz no dever de obediência às regras disciplinares e organizacionais estabelecidas pelo

⁶² Cfr. MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 14ª Edição, 2009, Almedina, pp 141.

empregador. Elemento essencial do contrato de trabalho é a subordinação jurídica tal como a descrita até aqui. Distingue-se da subordinação económica em que se encontra o trabalhador quando depende da retribuição auferida para sobreviver não tendo outros rendimentos provindos de trabalho dependente. Dito isto poder-se-á afirmar que pode haver dependência económica e não haja subordinação jurídica. Pense-se, no caso, de um trabalhador autónomo que produz em exclusivo para uma empresa no âmbito do regime jurídico do trabalho no domicílio. E pode, por outro, haver subordinação jurídica a que não corresponde uma dependência económica. É o caso de um trabalhador subordinado para quem a retribuição não representa o único nem o principal meio de subsistência. Podemos estar perante a figura do pluriemprego. Num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Março de 1991⁶³ é referido que são dois os elementos essencialmente constitutivos do contrato de trabalho: a subordinação jurídica e a subordinação económica na medida em que esta se traduz na retribuição que o trabalhador recebe do seu empregador. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁶⁴ concretiza este entendimento afirmando que a dependência económica tem aqui o sentido de retribuição, ou seja, a exigência da percepção de um salário pelo trabalhador pois o contrato de trabalho é um contrato necessariamente oneroso e sinalagmático que pressupõe atribuições patrimoniais para ambas as partes. O artigo em análise continuando, é certo, a considerar e a elencar a subordinação jurídica como elemento essencial do contrato de trabalho parece que aquele elemento, de revisão em revisão, vai perdendo a “*sua força*”. Senão vejamos: a Lei nº 1952 de 10 de Março de 1937 foi a primeira lei que estabeleceu o regime jurídico do contrato individual de trabalho definindo o tipo contratual em questão. Esta previa que a pessoa que se obriga a prestar a sua atividade a outrem fica, no exercício desta, sob as “*ordens, direção ou fiscalização da pessoa servida.*” Posteriormente, a lei traça a subordinação jurídica deixando cair o termo fiscalização, mencionando agora apenas que a atividade deve ser exercida sob “*autoridade e direção*” desta. É o código de trabalho de 2009 que continuando a atender à subordinação jurídica associada à autoridade, e já não à direção do empregador introduz, então, um novo elemento que é a organização empresarial. Não obstante esta realidade ROMANO MARTINEZ⁶⁵ entende que o poder de direção do empregador continua a relevar pois se

⁶³ Processo nº 2658.

⁶⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho. Parte II, op. cit. pp 35, nota 43.

⁶⁵ ROMANO MARTINEZ, O Código de Trabalho revisto, O Direito, Ano 141, 2009, II, Almedina, pp 259 e ss.

atentarmos ao previsto no artigo 12º nº 1, alínea e) do CT 2009 constata-se que se verifica uma presunção de contrato de trabalho sempre que “ *o prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.* ” Na mesma linha, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO entende que pelo facto de se ter suprimido o elemento direção do empregador tal não significa um menor vigor do elemento subordinação jurídica como elemento essencial do contrato de trabalho porque, de acordo com a autora, o poder de direção é uma das projeções da “autoridade” do empregador. Ainda segundo a autora o facto de a lei não o contemplar expressamente não significa a abertura do regime laboral ao trabalho autónomo.

No entanto, ter-se-á que levar em consideração que se foi exigindo no âmbito do mercado laboral um nível de qualificações cada vez mais exigentes introduzindo novas tecnologias com o conseqüente aumento de trabalhadores que exercem a sua atividade com uma larga autonomia técnica. O que daqui decorre é uma maior responsabilidade para o trabalhador pois é patente o menor grau de subordinação a que o trabalhador está submetido. Nestes casos há uma redução efetiva do grau de subordinação aliada a uma menor hetero determinação do conteúdo da atividade a desenvolver. Assim, a subordinação jurídica e o conseqüente poder de direção do empregador manifesta-se, por um lado, pelo facto de o trabalhador se integrar no domínio ou autoridade do empregador e, por outro, no carácter meramente potencial que a da subordinação jurídica pode apresentar. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁶⁶ fala mesmo que “ *a situação de subordinação se compadecer com a mera possibilidade do exercício dos poderes laborais (...) não sendo necessária a atuação efetiva e constante destes poderes.* ”

VI - Urge, então, fazer uma análise à expressão vertida na noção legal que dita que a atividade tem que ser desenvolvida “ *para outra ou outras pessoas.* ” Há assim que aludir a um conceito caro na doutrina espanhola que é a “ *ajenidad* ” ou a alienidade. Esta pressupõe que o trabalhador exerça uma atividade para outrem, alienando a sua força de trabalho. Por influência de ALONSO OLEA considerou-se que a subordinação jurídica era afinal uma conseqüência de se estar a trabalhar por conta de outrem sendo a integração numa empresa

⁶⁶ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática geral. 2ª Edição, 2009, Almedina, pp 437.

alheia o critério primordial. De acordo ainda com esta característica existem cinco teorias distintas sobre a referida “alienidade”. É de apontar, para o que ora nos interessa, a *alienidade dos frutos ou dos resultados* e a *alienidade dos riscos*.

No que concerne à *alienidade dos frutos* poder-se-á dizer que todo o resultado do trabalho produtivo do homem é atribuído inicial e diretamente a pessoa distinta de quem executa o trabalho. Esta doutrina foi posteriormente retomada e desenvolvida por DE LA VILLA para quem trabalhar por conta de outrem pressupõe que uma pessoa ceda a outra os seus direitos sobre o trabalho incorporável no produto final, mediante a garantia de uma contrapartida económica, determinada ou determinável. Esta conceção de alienidade, aplicável à generalidade dos contratos de trabalho, pode sofrer algumas alterações no que concerne aos contratos de trabalho em que se desenvolve uma atividade criativa. Nestes casos, a quem pertence a “*titularidade dos resultados*” da atividade laboral? ALBERTO DE SÁ E MELO⁶⁷ formula a questão de outra forma: a autoria destas obras pode ser imputada ao trabalhador “criativo”?

ROMANO MARTINEZ⁶⁸, distingue dois tipos de resultados criativos que podem resultar de uma atividade laboral: aqueles em que o objeto do contrato pressupõe a realização dessa atividade criativa e aqueles outros contratos em que a atividade criativa, não sendo o objeto do contrato, resultou do exercício da prestação laboral. Em relação ao primeiro caso pode-se dar o exemplo de um trabalhador contratado para desenvolver programas de computador. A solução que melhor se coaduna com estas situações é, segundo ROMANO MARTINEZ⁶⁹, a que seja o objeto do contrato de trabalho que preveja o desenvolvimento de uma atividade criativa e que estipule uma retribuição em correspondência. Como o próprio esclarece “*nem se poderá dizer que o empregador enriqueceu sem causa à custa do trabalhador, porque a vantagem daquele tem como causa o contrato de trabalho.*” Pode acontecer que naqueles casos em que a vantagem patrimonial do empregador exceda o que tiver sido contratualmente estipulado é, então, de recorrer às regras da alteração das circunstâncias contratuais prevista no artigo 437º c.c. ou ao enriquecimento sem causa, artigo 473º c.c., por forma a evitar um desequilíbrio ou uma desproporção das vantagens entre as partes

⁶⁷ ALBERTO DE SÁ E MELO, *Contratos de Direito de Autor. Autonomia Contratual na formação do direito de autor*, op. cit. 372.

⁶⁸ ROMANO MARTINEZ, “Tutela da atividade criativa do trabalhador”, em *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 2000, nº 3/4, pp 242 e ss.

envolvidas. Relativamente à segunda hipótese pode-se estar perante a previsão do artigo 14º nº 4 CDADC que dita que *“Ainda quando a titularidade do conteúdo patrimonial do direito de autor pertence àquele para quem a obra é realizada, o seu criador intelectual pode exigir, para além da remuneração ajustada e independentemente do próprio facto da divulgação ou publicação, uma remuneração especial: a) Quando a criação intelectual exceda claramente o desempenho, ainda que zeloso, da função ou tarefa que lhe estava confiada; b) Quando da obra vierem a fazer-se utilizações ou a retirar-se vantagens não incluídas nem previstas na fixação da remuneração ajustada.”* Ou seja, é pacífico o entendimento de que autor é aquele que cria a obra. É o que decorre do artigo 11º CDADC que dita que *“O direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário”*, entendimento corroborado pelo artigo 27º nº 1 do mesmo diploma legal. Pode suceder que o titular do direito de autor não seja ou não coincida com o criador intelectual da obra. É o que decorre do artigo 14º CDADC. A regra geral aí plasmada é que a titularidade do direito de autor relativa a obra feita por conta de outrem em cumprimento de um contrato de trabalho determina-se de harmonia com o que tiver sido convencionado. Impera aqui o princípio da autonomia da vontade nos termos do artigo 405º c.c. MENEZES LEITÃO⁷⁰ acerca desta realidade entende que *“é extremamente comum, no entanto, que em virtude do seu maior poder económico, o empregador ou o comitente exijam ao criador intelectual que lhe atribua os correspondentes direitos de autor, constando muitas vezes essa atribuição de cláusulas contratuais gerais presentes nos contratos de trabalho (...).”* Ainda segundo o autor, estas cláusulas ínsitas nos contratos de trabalho são lícitas pois encontram-se abrangidas pelas proibições constantes nos artigos 17º ss da LCCG aplicando-se ao contrato em questão através do artigo 105º CT. Na falta de convenção, prossegue o nº 2 do artigo 14º, presume-se que a titularidade do direito do autor relativo a obra feita por conta de outrem pertence ao seu criador intelectual. MENEZES LEITÃO finaliza a exposição dando conta da circunstância plasmada no nº 3 do artigo 14º que se refere aos casos *“de o nome do criador da obra não vir mencionado nesta ou não figurar no local destinado para o efeito segundo o uso universal constitui presunção de que o direito de autor fica a pertencer à entidade por conta de quem a obra é feita.”*

⁷⁰ MENEZES LEITÃO, Direitos de Autor, op. cit. pp 108.

Será agora altura de mencionar os casos em que a obra é realizada em contexto laboral mas por vários trabalhadores ou autores. Designa-se, assim, *obra coletiva* aquela que for criação de uma pluralidade de pessoas quando organizada por iniciativa de entidade singular ou coletiva e divulgada ou publicada em seu nome (artigo 16º nº 1 b) CDADC). Prossegue o artigo 19º que a este propósito dita que “ *O direito de autor sobre obra coletiva é atribuído à entidade singular ou coletiva que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada.*” A título de exemplo de obra coletiva pode-se lançar mão dos programas de computador. Estes, de acordo com o artigo 1º nº 2 do DL nº 252/94 de 20 de Outubro, se tiverem carácter criativo têm proteção análoga à conferida às obras literárias. Assim, se o programa for realizado no âmbito de uma empresa presume-se obra coletiva (artigo 3º nº2). No caso de o programa de computador ser criado por um empregado no exercício das suas funções ou segundo instruções emanadas do dador de trabalho, ou por encomenda, pertencem ao destinatário do programa os direitos a ele relativos, salvo estipulação em contrário ou se outra coisa resultar das finalidades do contrato. Outro exemplo que se pode dar a propósito é aquele que vem plasmado no artigo 174º nº1 CDADC. Segundo este artigo “*O direito de autor sobre trabalho jornalístico produzido em cumprimento de um contrato de trabalho que comporte identificação de autoria, por assinatura ou outro meio, pertence ao autor.*” Ter-se-á, todavia, que harmonizar este preceito normativo com o previsto no artigo 19 nº 3 CDADC que se refere aos jornais e publicações periódicas enquanto obras coletivas.

Falar, pelo contrário, em *alienidade dos riscos* num contrato de trabalho é falar no sentido em que trabalhar por conta alheia significa trabalhar sem assumir os riscos do trabalho ou do processo produtivo. Esta ideia encontra expressão na própria estrutura do contrato de trabalho e no que está plasmado no artigo 128º nº 1 c) CT. Segundo tal norma o trabalhador deve “*realizar o trabalho com zelo e diligência.*” Daqui decorre que a noção de alienidade dos riscos não é mais do que uma consequência lógica da *alienidade dos frutos ou dos resultados*. O que se coaduna com o facto de o trabalhador apenas se vincular a uma obrigação de meios e não de resultado. Assim se o trabalhador desenvolver a sua atividade diligentemente de acordo com o previsto na norma acima assinalada mas por causa que não lhe seja imputável o fim pretendido pelo empregador não se verificar, continua a ser devido ao trabalhador a remuneração contratualmente estipulada. Caso não se atinja o fim pretendido o risco corre por conta da entidade patronal. É o que acaba por esclarecer

ALBERTO DE SÁ E MELO⁷¹ ao afirmar que as obras criadas no âmbito de um contrato de trabalho “ *devem servir os fins de utilização prefigurados pelas partes contratantes ao fixar o objeto da prestação devida pelo trabalhador.*”

VII - Dos elementos que compõem o contrato de trabalho cabe, por fim, aludir ao facto de que este tipo contratual ter necessariamente um carácter oneroso. De acordo com o artigo 258º nº 1 CT considera-se retribuição a prestação que o trabalhador tem direito em contrapartida do trabalho prestado. Para efeitos do direito laboral, a retribuição deve ser entendida como incluindo a retribuição base que, nos termos do artigo 262º nº 2 a) CT, é a contrapartida da atividade do trabalhador no período normal de trabalho. Esta pode assumir as modalidades de certa, variável ou mista nos termos do artigo 261º CT. Se, no que concerne à retribuição certa, esta é calculada em função do tempo de trabalho a retribuição variável baseia-se no resultado ou no rendimento do trabalho. É, no entanto, de notar que esta tem que ter uma parte certa correspondente à denominada retribuição mínima garantida. Encontrando-se prevista tanto a nível internacional como a nível constitucional, aqui no artigo 59º nº 1 a) CRP, no âmbito do código laboral é o artigo 273º nº 1 CT que contempla que “ *É garantido aos trabalhadores uma retribuição mínima mensal, seja qual for a modalidade praticada.*” Este tipo de retribuição não é, assim, incompatível com o facto de o trabalhador apenas se comprometer a prestar uma determinada atividade para com o empregador. Nos casos em que é estipulado contratualmente uma retribuição variável esta está dependente necessariamente do resultado obtido pelo trabalhador no desenvolvimento da atividade a que se vinculou. Como assinala LEAL AMADO⁷² “ *o trabalhador não deixa de cumprir o contrato caso não atinja os resultados pretendidos, mas o certo é que o seu inêxito acaba por se repercutir negativamente em sede remuneratória.*” Sobre esta modalidade de retribuição MONTEIRO FERNANDES⁷³ é da opinião que é nestes casos que surgem dificuldades sérias aquando da delimitação do contrato de trabalho com o contrato de prestação de serviços, nomeadamente, o contrato de empreitada. O autor prossegue afirmando que nestes casos ter-se-á que saber se “ *existe ou não subordinação jurídica do prestador de trabalho e se, paralelamente, o resultado da sua atividade constitui o próprio*

⁷¹ ALBERTO DE SÁ E MELO, Contrato de Direito de Autor, op. cit. pp 372.

⁷² JOÃO LEAL AMADO, Contrato de Trabalho, Coimbra Editora, 2009, pp 301.

⁷³ MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 14ª Edição, 2009, Almedina, Coimbra, pp 489, nota 2.

objeto do contrato ou a mera base de cálculo da retribuição.” A retribuição variável pode, assim, apresentar várias modalidades de entre as quais se destaca o chamado *trabalho à peça*, em que o salário decorre do número de unidades produzidas ou o *trabalho à tarefa* em que a base de cálculo é ainda, afinal, o tempo de trabalho consumido na realização de certos objetivos mas valorizado em função do rendimento normal de cada unidade cronológica. Tanto a retribuição certa como as várias modalidades da retribuição variável para se poderem qualificar como retribuição têm de revestir carácter regular e periódico já que a prestação devida ao trabalhador não é mais do que uma consequência da natureza continuada do contrato de trabalho. Pelo facto de a retribuição assumir estas duas características excluem-se desta noção, de acordo com o artigo 260º nº1 c) CT “ *as prestações decorrentes de factos relacionados com o desempenho ou mérito profissionais (...) cujo pagamento, nos períodos de referência respectivo, não esteja antecipadamente garantido*”. A este propósito pode-se trazer à colação o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de Maio de 2012⁷⁴ onde se pode ler que “ *Os prémios pagos pelos bons serviços do trabalhador não se consideram retribuição (Artigo 88º nº 1 LCT) expecto se, pela sua importância e carácter regular e permanente, os mesmos se deverem considerar como remuneração do trabalho (nº 2).*” A noção de retribuição tal como descrita até aqui aliada às suas várias modalidades assume importância tal no que concerne às atividades criativas desenvolvidas no âmbito de um contrato de trabalho. Nestes casos, o trabalhador criativo vinculando-se a uma obrigação de meios, por um lado, e gozando de autonomia técnica, por outro, poderá, então, ser remunerado tendo em conta o resultado a que chegou lançando-se mão de uma das modalidades de retribuição supra citadas. Pode ainda dar-se o caso, como menciona GARCIA PEREIRA⁷⁵, de a própria manutenção do vínculo laboral estar dependente dos resultados obtidos pelo trabalhador. Nestas situações o empregador encontra apoio no despedimento por inadaptação, enquanto causa objetiva do posto de trabalho, previsto no artigo 374º nº 2 CT. Segundo este preceito normativo verifica-se “ *a inadaptação de trabalhador afeto a cargo de complexidade técnica ou de direção quando não se cumpra*

⁷⁴ Consultável em www.dgsi.pt.

⁷⁵ GARCIA PEREIRA, “ As Lições do Grande Mestre Alonso Olea – A Atualidade do Conceito da Alienação no Século XXI”. Um Prólogo Indispensável, em Estudos em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso, 2004, pp 59, nota 7.

os objetivos previamente acordados, por escrito, em consequência do seu modo de exercício de funções e seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.”

A resposta à primeira pergunta formulada impõe-se: compatibiliza-se a atividade intelectual do trabalhador com o poder de direção e autoridade do empregador? Em termos sucintos, fazendo uma pequena sinopse do que foi dito supra, pode-se dizer o seguinte:

- O objeto do contrato de trabalho caracteriza-se pelo desenvolvimento de uma atividade que é hetero determinada e infungível. Em determinadas circunstâncias, no entanto, como é o caso do desenvolvimento de atividades criativas assiste-se, nestes casos, à manifestação do carácter intuito personae em que a prestação se traduz;
- A atividade é desenvolvida com uma larga autonomia técnica que de resto vem prevista no código laboral – artigo 127º nº 1 e) CT e artigo 116º CT;
- Elemento essencial do contrato de trabalho é a existência de subordinação jurídica a qual se traduz no poder de autoridade e direção do empregador. Nestes casos, a subordinação jurídica compadece-se com a mera possibilidade de exercício dos poderes laborais;
- A realização da atividade a outra ou a outras pessoas, ou seja, por conta alheia relaciona-se com aquilo que se costuma designar por alienidade. De acordo com a alienidade dos frutos, no que concerne às obras criativas, os resultados obtidos da atividade desenvolvida entram na esfera jurídica do empregado.
- Por outra banda, no que respeita à alienidade dos riscos, esta não é mais do que uma consequência lógica da alienidade dos frutos ou dos resultados. Também aqui o risco do desenvolvimento de uma atividade criativa por parte do trabalhador corre por conta do empregador.
- Resta acrescentar, a este propósito, que o contrato de trabalho é um contrato necessariamente oneroso que no âmbito das atividades criativas pode assumir contornos específicos nomeadamente encontrando formas remuneratórias que de alguma forma tenham correspondência com o tipo de atividade estipulada contratualmente.

- A atividade subordinada, de acordo com a noção legal, terá que ser desenvolvida no âmbito de uma organização empresarial distinguindo-se deste modo dos contratos equiparados onde releva o contrato de trabalho no domicílio.

III PARTE

Distinção entre contrato de empreitada de obra intelectual e contrato de trabalho com o mesmo objeto.

É agora o momento de tentar dar resposta à pergunta anteriormente formulada, iniciando, assim, uma análise comparativa entre o contrato de empreitada de obra intelectual e contrato de trabalho com o mesmo objeto por forma a, na prática, os poder distinguir. Isto é, se alguém se compromete perante outrem a realizar uma determinada atividade de natureza intelectual

ou criativa donde advém um determinado resultado como distinguir se estamos perante um contrato de trabalho ou um contrato de empreitada? Este facto tem relevância prática pois em muitos casos celebra-se um contrato de empreitada e não um contrato de trabalho por forma a obstar à aplicação do regime laboral pois aquele sempre é mais vantajoso ao prestador de trabalho. Por outro lado, é de salientar que os contraentes têm interesses contrapostos podendo dizer-se que ao empregador interessa-lhe uma maior produtividade para, desta forma, alcançar uma maior competitividade enquanto que ao trabalhador interessa estabilidade no vínculo contratual.

I - Assim, pode-se, desde logo, argumentar que num caso se promete o desenvolvimento de uma atividade e, no outro, o resultado dessa atividade. No primeiro caso pressupõe-se um prestar constante durante um período de tempo mais ou menos longo enquanto o contrato de empreitada se concentra numa prestação única. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 2014⁷⁶ refere a propósito que *“Também nem sempre é fácil integrar na dicotomia atividade-resultado algumas situações em que, sendo contratualizado o próprio trabalho (e não o seu resultado), ele se desenvolve com elevado grau de independência e autonomia técnica, embora no âmbito do quadro organizativo do outro contraente, que – com maior ou menor nitidez, ainda que apenas potencialmente – oriente/dirige o seu trabalho. Paradigmáticas destas dificuldades são as múltiplas situações em que a atividade é susceptível de ser levada a cabo indistintamente, quer num quadro de subordinação, quer em termos autónomos (...).”*

Tal facto leva alguns autores a afirmar, onde se destaca MENEZES LEITÃO⁷⁷, que a distinção entre prestação de meios e de resultado é uma distinção sujeita a críticas pois segundo o autor *“ em ambos os casos aquilo a que o devedor se obriga é sempre a uma conduta (a prestação) e o credor visa sempre um resultado, que corresponde ao seu interesse (artigo 398º nº 2). Por outro lado, ao devedor cabe sempre o ónus da prova de que realizou a prestação (artigo 342º nº 2) ou de que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (artigo 799º c.c.). ”* Tratando-se de uma atividade desenvolvida em contexto

⁷⁶ Consultável em www.dgsi.pt.

⁷⁷ MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Vol. I. Introdução. Da Construção das Obrigações. 4ª Edição. 2005. Almedina., pp 129.

laboral e de acordo com o artigo 128º nº 1 c) CT o trabalhador deve realizar o seu trabalho com zelo e diligência. Tendo em atenção que no âmbito de atividades criativas o que está em causa são as especiais qualidades técnicas e profissionais do trabalhador poder-se-á afirmar que nestes casos a diligência exigível seja estabelecida em termos superiores em relação aos outros trabalhadores. A violação deste dever constitui infração disciplinar nos termos do artigo 328º ss CT podendo constituir justa causa de despedimento de acordo com o artigo 351º nº 2 d) CT onde se fala do “ *Desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto a que está afeto.* ” Note-se que, também aqui, se pode trazer à colação o previsto no artigo 374º nº 2 CT que se reporta ao despedimento por inadaptação.

II – O acento tónico pode também ser colocado no âmbito da onerosidade dos contratos. Ambos são contratos que geram sacrifícios para ambas as partes. Dispõe o artigo 1152º c.c. que o contrato de trabalho é aquele em que uma pessoa se obriga a desenvolver uma atividade mediante retribuição. Pelo contrário, o conceito legal de empreitada previsto no artigo 1207º c.c. prevê que uma das partes se obriga a realizar uma obra a outrem, mediante um preço. A questão a colocar, neste momento, é: o que diferencia retribuição e preço? Como advém do código de trabalho retribuição é aquilo que o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho e é composta por numerosas prestações pecuniárias mas também por prestações em espécie, de acordo com o artigo 258º CT. Ter-se-á, no entanto, de ter presente o plasmado no artigo 259º nº 2 CT que dita que “ *o valor das prestações retributivas não pecuniárias não pode exceder o da parte em dinheiro (...).* ” Por outra banda, no que concerne ao contrato de empreitada, a retribuição a pagar pelo dono da obra assume a designação de *preço*. Ou seja, este tem sempre que ser fixado em dinheiro e não pode assumir outras formas de pagamento. De acordo, no entanto, com o artigo 1211º c.c. o preço na empreitada pode ser fixado tendo em atenção várias modalidades. Se, no entanto, a denominada empreitada por *preço global* não oferece dúvidas em relação à sua distinção no que concerne às modalidades de retribuição variáveis praticadas no âmbito do contrato de trabalho, já as restantes causam alguns problemas. De entre essas modalidades de fixação do preço o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Maio de 2012⁷⁸, aludindo ao *preço por artigo*, escreve que “*as*

⁷⁸ Consultável em www.dgsi.pt.

partes podem estabelecer que o preço da obra seja determinado por cada artigo, por unidade a executar.” Continuando, o aresto em questão dá o exemplo “ *o empreiteiro obriga-se a fazer vinte cadeiras a X por objeto, ou a plantar mil eucaliptos a Y por unidade. A determinação do preço por unidades implica a perfeita diferenciação e divisão das partes que integram a obra, com respeito ao todo a obter.”* O mesmo problema se põe em relação ao preço por medida ou ao preço fixado em função do tempo de trabalho. Neste último caso ao empreiteiro pode ser conferida uma remuneração diária vindo ele a ser pago em função do número de dias que tiver demorado a realizar a obra. Isto é dito por VAZ SERRA⁷⁹ que entende que no âmbito da empreitada “ *concebe-se que a remuneração seja fixada não em atenção ao resultado, mas em consideração de outros fatores.”* A esta posição PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA acrescenta que “*um desses fatores pode mesmo ser, ostensivamente, o tempo de trabalho.”* Nestes casos, para destrinça destes dois tipos contratuais sempre se poderá recorrer ao artigo 276º nº 3 CT. O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2014⁸⁰ escreve a propósito que “ *Este preceito ao exigir que, no ato de pagamento da retribuição, a entidade empregadora entregue ao trabalhador documento onde conste o período a que respeita a retribuição, com discriminação da retribuição base e das demais prestações, não contém qualquer regra de direito probatório que afaste outros meios de prova e o princípio geral da liberdade de prova e da livre convicção do julgador, previsto no nº 1 do artigo 655º do CPC, nada impedindo que o empregador prove, através do recurso a outros meios de prova, incluindo a testemunhal e a confissão, o pagamento das prestações salariais ou que, através desses meios de prova, se proceda, no processo, à integração do contexto de determinados documentos e se apure quais as prestações ou qual a natureza das concretas prestações a que se destinaram os pagamentos das quantias neles mencionadas.”*

Outro facto que deve ser ponderado é o regime fiscal e o regime da segurança social aplicada à situação em concreto. De acordo com o que vem prescrito no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2014⁸¹, aí é dito que “ *se o trabalhador estiver inscrito no regime de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem e se o empregador proceder ao desconto e à retenção na fonte do seu IRS nos termos previstos para o regime*

⁷⁹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Vol. II, ob. cit. pp 864.

⁸⁰ Consultável em www.dgsi.pt.

⁸¹ Consultável em www.dgsi.pt.

fiscal dos trabalhadores dependentes, adivinha-se a subordinação jurídica; já se o trabalhador descontar para o regime de segurança social dos trabalhadores independentes ou se emitir recibos fiscais como trabalhador independente, a favor do empregador, há um indício da sua autonomia, que poderá justificar a qualificação do negócio como um contrato de prestação de serviços.”

Ainda a este propósito, há que atentar agora ao seguinte: tanto o contrato de empreitada como o contrato de trabalho são contratos que se caracterizam por serem contratos comutativos, isto é, são contratos que por serem onerosos, ambas as atribuições patrimoniais se apresentam como certas quanto à sua existência (*an*) ou conteúdo (*quantum*) o que exclui a verificação de uma álea ou risco económico próprio dos contratos aleatórios. Se no contrato de empreitada esta característica é bem visível no contrato de trabalho podem surgir dúvidas nos casos em que é estipulado uma retribuição variável. No entanto MENEZES LEITÃO⁸² entende que “*O único risco que existe na celebração do contrato de trabalho e que recai sobre o empregador respeita à obtenção ou não do resultado visado com a prestação do trabalhador, mas essa atribuição do risco não chega para conferir carácter aleatório ao contrato, o que só ocorreria se a prestação de alguma das partes estivesse dependente de um facto futuro e incerto em termos de existência e conteúdo.*”

Pode acontecer que o trabalhador participe nos lucros da empresa como forma de retribuição complementar. Esta situação vem prevista no artigo 260 n.º 1 d) CT. O que não pode é haver igualmente uma participação nos prejuízos pois neste caso estaremos perante uma forma de associação do trabalhador na empresa o que exclui, pela sua natureza, qualquer vínculo de subordinação.

III – Se atendermos à forma como a prestação é desenvolvida poder-se-á detetar os traços característicos do trabalho subordinado. Assim, o trabalhador que desenvolva a sua atividade com uma larga autonomia técnica fica “*somente sujeito à observância das diretrizes do empregador em matéria de organização do trabalho – local, horário, número de clientes,*

⁸² MENEZES LEITÃO, Direito do Trabalho, op.cit. pp 121

etc.”, de acordo com o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 1995.⁸³ Há como que, nestas situações, um “*enfraquecimento ou real inefetividade*” nas palavras de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁸⁴ do poder de direção do empregador. Nestas situações o contrato de trabalho não se descaracteriza pois o que está em causa é o menor poder do empregador na determinação e concretização da atividade laboral na medida em que continua a vigorar tanto o poder disciplinar na sua vertente prescritiva, traduzido na definição das regras de comportamento e organização empresarial, como o poder disciplinar vertente sancionatória aplicando-lhes as sanções disciplinares previstas no artigo 328º CT. Relativamente ao contrato de empreitada tal como afirma ROMANO MARTINEZ⁸⁵ “*Poder-se-ia admitir que há uma certa similitude entre fiscalização, a que o empreiteiro está sujeito, e a subordinação, própria do contrato de trabalho; porém, fiscalizar não é o mesmo que dar ordens, pois o comitente limita-se a verificar se a obra está a ser feita em conformidade com os requisitos a que deve obedecer a execução.*” MOTA VEIGA⁸⁶ completa este entendimento dando exemplos de algumas decisões dos tribunais que distinguem ordens de instruções acabando por concluir que só as instruções são compatíveis com o contrato de prestação de serviço. Por outro lado, o trabalhador autónomo maxime o empreiteiro não está sujeito ao dever de obediência e o desrespeito pelas instruções emanadas pelo dono da obra apenas permite a este o recurso aos meios comuns de cumprimento coercivo e de ressarcimento dos danos.

IV - Por outro lado, com as alterações introduzidas ao Código de Trabalho pela Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro o artigo 11º, na noção que dá de contrato de trabalho, faz referência ao *âmbito organizacional* do empregador. Este novo elemento aliado à subordinação jurídica em que a atividade deve ser realizada leva MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁸⁷ a afirmar que “*com a celebração do contrato de trabalho, o trabalhador se insere numa organização alheia (a organização do credor) que tem regras próprias de funcionamento e vai condicionar o desenvolvimento do seu vínculo.*” Dito de outro modo, é no âmbito da organização do empregador que este exerce o poder de

⁸³ BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Nº 447, 1995.

⁸⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte II, pp 55.

⁸⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Contrato de Empreitada, 1994, pág. 31.

⁸⁶ MOTA VEIGA, Lições de Direito de Trabalho, op. cit. pp 349, nota 1.

⁸⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte II, op. cit. pp 31.

autoridade e direção em que se traduz a subordinação jurídica. Em último termo, a introdução deste novo elemento no âmbito da noção de contrato de trabalho é importante como nota MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁸⁸ porque através dele consegue-se “*delimitar em relação a outros vínculos, que, apesar de envolverem também uma atividade de trabalho, não pressupõem esta integração do trabalhador na esfera organizacional do credor.*” É de referir, aqui, o trabalho no domicílio, enquanto contrato equiparado que cai no âmbito do artigo 10 CT. A este propósito BERNARDO LOBO XAVIER⁸⁹ conclui da seguinte forma “*É certo que todos os serviços se destinam (tal qual as matérias primas e outros bens) a serem inseridos na organização, mas o trabalhador autónomo presta serviço para a organização e o trabalhador desenvolve atividade “no âmbito da organização.”*” Harmonizando o elemento organizacional do contrato de trabalho com o seu carácter institucional poder-se-á concluir que o trabalhador está inserido na organização do empregador e por tal facto obriga-se ao desenvolvimento de uma atividade contra uma retribuição mas também fica adstrito ao dever de colaboração com a entidade patronal por forma a obter uma maior produtividade, nos termos do artigo 126º nº 2 CT.

V – Como estamos no âmbito de atividades criativas com uma forte componente intelectual e que por isso o carácter intuitu personae da atividade desenvolvida é marcante poder-se-á afirmar que contratos de trabalho com estas características contêm quase sempre cláusulas de exclusividade. Estas traduzem-se no dever de não concorrência na vigência do contrato. O que de é plausível e coaduna-se com o dever de lealdade previsto no artigo 128º nº 1 f) CT que dita que o trabalhador deve “*Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele (...).*” Assim, estas cláusulas são válidas não chocando com os princípios constitucionais que tutelam a matéria em questão nomeadamente o princípio constitucional da liberdade de trabalho previstos no artigo 58ª CRP. Nestes casos, o problema só se coloca quando “*dela resulte, para o trabalhador, a obrigação de não exercer para outrem ou por conta própria atividades não concorrentes com a do empregador.*” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2009.)⁹⁰ Ínsito nestes contratos podem também estar as cláusulas ou pactos de

⁸⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte II, op. cit. pp 40.

⁸⁹ BERNARDO LOBO XAVIER, Manual de Direito de Trabalho, op. cit. pp 300.

⁹⁰ Consultável em www.dgsi.pt.

não concorrência destinados, agora, a produzir efeitos após a cessação do contrato de trabalho. Estas estão legalmente previstas no artigo 136º CT. Estando no caso concreto preenchidos os requisitos elencados no nº 2 do preceito legal supra citado poder-se-á concluir que é *“lícito a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho.”* É de tomar em atenção a alínea b) e o que deve ser entendido como *“causar prejuízo ao empregador”*. MONTEIRO FERNANDES⁹¹ entende que *“o prejuízo de que aqui se trata refere-se aos objetivos económicos do ex-empregador, à sua clientela e ao volume de negócios.”*

VI – Por fim, há que fazer um pequeno apontamento para fazer referência ao ónus da prova no âmbito do contrato de trabalho. Ou seja, havendo problemas de qualificação contratual recaía, nos termos do artigo 342ª c.c., sobre o trabalhador fazer prova dos elementos constitutivos do contrato de trabalho. Com a entrada em vigor do Código de Trabalho de 2003 foi aí instituída uma *presunção da existência de contrato de trabalho*, no artigo 12º. Este artigo foi posteriormente alterado pela Lei nº 9/2006, de 20 de Março, e continua a constar, porém com significativas alterações, do Código de Trabalho de 2009. De acordo, então, com a nova versão, o artigo 12º presume a existência de contrato de trabalho quando se verificarem, pelo menos, duas características das legalmente elencadas. A crítica que, todavia, é feita a esta nova redação foi formulada por ROMANO MARTINEZ⁹² que entende que *“esta facilitação pode determinar a qualificação de um contrato como de trabalho apesar de faltarem os pressupostos básicos, nomeadamente por força da alínea a);”* Ou seja, caso haja problemas de qualificação do contrato de trabalho ter-se-á que atender se no caso concreto se encontram verificados alguns dos indícios plasmados no artigo 12º. Como resulta do artigo 349º c.c. a presunção é uma ilação que a lei tira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido. Assim, na presença de dois daqueles indícios constata-se a existência de um contrato de trabalho: desenvolvimento de uma atividade laborativa retribuída sujeitando-se o trabalhador á subordinação jurídica do empregador. Tratando-se de uma presunção ilidível nos termos do artigo 350º nº 2 c.c. a qualificação laboral do

⁹¹ MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, op. cit. pp 653.

⁹² ROMANO MARTINEZ, Código de Trabalho Anotado, op. cit. pp 137.

negócio pode ser afastada. Neste caso, cabe ao empregador provar a autonomia com que o trabalhador desenvolve a sua atividade.

VII - Dito isto, pode-se concluir o seguinte: a legislação laboral redigida e pensada, essencialmente, para as relações de trabalho típicas, como seja o contrato de trabalho por tempo indeterminado celebrado com um trabalhador dito subordinado vem cada vez mais dando lugar e regulando relações laborais ditas atípicas como pode ser o caso do teletrabalho. A par destas assiste-se com frequência ao recurso ao trabalho *para subordinado*, que de qualquer forma vem disciplinado no artigo 10º CT. São situações em que a autonomia jurídica do trabalhador corresponde a uma dependência económica do mesmo. Será, no entanto, de considerar que haverá outras atividades que mereçam igualmente tutela em contexto laboral, nomeadamente aquelas em que a atividade a desenvolver se consubstancia, não numa prestação de execução continuada, mas em prestações reiteradas ou periódicas. Poder-se-ia aqui sugerir o desenvolvimento de atividades de índole marcadamente intelectual ou criativa. Segundo ANTUNES VARELA⁹³ estas prestações são aquelas “*que se renovam, em prestações singulares sucessivas, por via de regra ao fim de períodos sucessivos.*” Nestes casos, pode, todavia, o prestador desenvolver a sua atividade com autonomia, não depender economicamente do credor da prestação porque desenvolve outras atividades, similares ou não, também elas remuneradas. O que se pretenderia, nestes casos, é que não obstante esta realidade residisse ainda assim um mínimo de estabilidade do vínculo contratual, por exemplo, aquando da sua cessação lançando-se mão, nestes casos, da denúncia do contrato com uma antecedência temporal mínima. Conseguia-se, deste modo, fazer a distinção entre contratos cuja prestação se prolonga no tempo, prestações reiteradas e prestações instantâneas. Ou seja, contratos de trabalho onde ainda vigora um grau mínimo de subordinação jurídica, contratos onde se desenvolve uma atividade com autonomia mas porque as prestações se renovam ainda assim mereciam tutela laboral e contratos em que o comportamento exigível do devedor se esgota num só momento.

⁹³ ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, op.cit. pp 94 ss.

Arrematando o que foi dito, poder-se-á dizer o seguinte:

- Em matéria de desenvolvimento de uma atividade predominantemente intelectual onde é patente a autonomia técnica em que o prestador a desenvolve e em que o credor espera um determinado resultado material a distinção entre obrigação de meios e de resultado é, pois, tendencial na medida em que se espera sempre a obtenção de um resultado, cuja realização corresponde à satisfação do credor.
- Tanto o contrato de empreitada como o contrato de trabalho são contratos onerosos. Ambos apresentam modalidades de pagamento que se podem dizer, em alguns casos, similares. Uma forma de os distinguir, portanto, será recorrer e verificar o regime fiscal e o regime da segurança social em que o prestador está inscrito.
- Relativamente à subordinação jurídica o mais comum nestas situações é o trabalhador ficar somente sujeito à observância das diretrizes do empregador em matéria de organização do trabalho. Continua, no entanto, a vigorar o poder disciplinar na sua vertente sancionatória. No que concerne ao trabalhador autónomo, verifica-se aqui que este apenas tem de observar as instruções do dono da obra. O seu desrespeito permite ao dono da obra o recurso aos meios comuns de cumprimento coercivo e de ressarcimento dos danos.
- O contrato de trabalho é para ser realizado no âmbito de uma organização do credor (empregador). Pelo contrário, o trabalhador autónomo está fora da organização da pessoa servida pois é ele que “constrói” a sua organização empresarial.
- Em princípio, os contratos de trabalho com estas características possuem cláusulas de exclusividade ou pactos de não concorrência.
- Em último termo, havendo problema de qualificação contratual poder-se-á lançar mão da presunção da existência de contrato de trabalho, instituída no artigo 12º do CT.

Conclusão

Após percorrer o regime jurídico destes dois tipos contratuais e colocando o acento tónico no desenvolvimento de atividades com um cariz marcadamente intelectual conclui-se que no quotidiano é difícil estabelecer a fronteira entre ambos. Poder-se-á recorrer a vários índices ou fatores para resolução do problema mas o que a prática demonstra, e essa será porventura a verdadeira querela, é que as partes envolvidas tem interesses contrapostos e conciliá-los será, assim, o objetivo ultimo do ordenamento jurídico-laboral, enquanto direito privado especial.

Atendendo a este facto pode-se avançar com uma noção já há muito considerada por MOTTA VEIGA e que está vertida naquilo que ele próprio designa de “*instabilidade das normas do direito do trabalho*” no sentido em que há uma conexão entre o Direito do Trabalho e a ideologia dos grupos dominantes de forma a melhorar, paulatinamente, as condições de trabalho da população trabalhadora. É este o escopo das normas laborais que são orientadas no sentido de proteção do trabalhador tanto a nível horizontal com vista a estender a tutela a um universo cada vez maior de trabalhadores, como a nível vertical com vista à intensificação progressiva e irredutível dos níveis de tutela.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, CARLOS SANTOS FERREIRA, Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca. Almedina. 2007.

ALMEIDA, MOITINHO, Responsabilidade Civil dos advogados, 2ª Edição, Coimbra, 1998.

AMADO, JOÃO LEAL, Contrato de Trabalho, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, MARIA PAULA GOUVEIA DE, Contrato de Tradução, Porto, 1991.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos. Coimbra Editora, 2012, 1ª Edição.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Tratado de Direito Civil, vol. III. Parte Geral. Coisas. 3ª Edição, Reformulada e atualizada. Almedina, 2013.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito do Trabalho. Almedina, 1999.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, Direito do Trabalho, 14ª Edição, 2009, Almedina.

FERNANDES, LUIS CARVALHO, Teoria Geral do Direito Civil. Introdução. Pressupostos da Relação Jurídica, 6ª Edição, Revista e atualizada. Universidade Católica Editora. Lisboa 2012.

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português. Coimbra. Coimbra Editora, IV, 1931.

LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, Direito das Obrigações, vol. I Introdução. Da construção das Obrigações. 4ª Edição. 2005. Almedina.

LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, Direito das Obrigações, Vol. III, contratos em especial, 2010, 7ª Edição.

LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, Direito de Autor, Almedina, 2011.

LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, Os efeitos do incumprimento dos contratos de propriedade intelectual, em Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial, org. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, LUIS COUTO GONÇALVES, CLAUDIA TRABUCO. Coimbra. Almedina, 2011.

MACHADO, JOÃO BATISTA, Lições de Introdução ao Direito Público, in obra dispersa, II, Braga, 1993

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada. 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2001.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, Direito do Trabalho, 2010. 5ª Edição. Almedina.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO/ LUIS MIGUEL MONTEIRO/JOANA VASCONCELOS/PEDRO MADEIRA DE BRITO/GUILHERME DRAY/LUIS GONÇALVES SILVA, Código de Trabalho Anotado, 8ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, O Código de Trabalho Revista, O Direito, Ano 141, 2009, II, Almedina.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, Tutela da atividade Criativa do Trabalhador, em Revista de Direito e Estudos Sociais, 2000, nº 3/4.

MELO, ALBERTO DE SÁ E, Contratos de Direito de Autor. Autonomia contratual na formação do Direito de Autor. Coimbra. Almedina, 2008.

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou informações, Almedina Ed. Coimbra, 1989.

PEREIRA, ANTONIO GARCIA, As Lições do Grande Mestre Alonso Olea – A atualidade do conceito da alienidade no Século XXI. Um prólogo indispensável, em Estudos em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso, 2004.

PEREIRA, JORGE DE BRITO, Do Conceito de Obra no Contrato de Empreitada, na ROA 54 (1994).

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª Edição Atualizada, Coimbra Editora, 1996.

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. I, 4ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora. Coimbra, 1987.

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Vol. II, 4ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora. Coimbra, 1989.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral. 2ª Edição. Almedina. 2009.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais. 3ª Edição. Almedina. 2010.

RIBEIRO, FERNANDO LOPES, Revista de Direito e Estudos Sociais, nº 1, 1987.

ROCHA, MARIA VITÓRIA, Obras de Arquitetura como obras protegidas pelo Direito de Autor, em Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial. Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves, Cláudia Trabuco, Coimbra, Almedina, 2011.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, Anotação. Direitos de Autor. Cláusula penal e sanção pecuniária compulsória, ROA, ano 47, I, Abril de 1987.

SOUSA, MARCELO REBELO/GALVÃO SOFIA, Introdução ao Estudo do Direito, 3ª Edição. 1994. Publicações Europa América.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, Das Obrigações em Geral, vol. I, 9ª Edição. Almedina. Coimbra.

VEIGA, ANTÓNIO JORGE DA MOTA, Lições de Direito do Trabalho, 6ª Edição revista e atualizada, 1995, S.P.B. Editores e Livreiros.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, Manual de Direito do Trabalho, 2011, Verbo.

Índice de Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. STJ de 2 de Fevereiro de 1988

Ac. STJ de 13 de Março de 1991

Ac. STJ de 24 de Maio de 1995

Ac. STJ de 10 de Dezembro de 2009

Ac. STJ de 8 de Maio de 2012

Ac. STJ de 24 de Abril de 2012

Ac. STJ de 10 de Dezembro de 2013

Ac. STJ de 15 de Janeiro de 2014

Ac. STJ de 12 de Fevereiro de 2014

Tribunal da Relação do Porto

Ac. RP de 7 de Novembro de 2013.

Ac. RP de 10 de Fevereiro de 2014.

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. RLx de 16 de Janeiro de 2008

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. RC de 10 de Maio de 2012

