



Entre a aleatoriedade e a condicionalidade: reflexões a propósito do direito à remuneração do mediador imobiliário

Mafalda Miranda Barbosa¹

1. Introdução

O setor imobiliário tem suscitado inúmeros problemas, a maior parte dos quais respeitantes às questões relacionadas com o acesso à habitação². Estes não esgotam, porém, o âmbito de problematidade com que nos podemos confrontar a este nível. A própria atividade de mediação imobiliária vê-se muitas vezes mergulhada em dificuldades que estiveram, aliás, na origem da sua regulamentação, nos idos anos 60 do século XX, através do DL nº 43.767, de 30 de junho de 1961. Em causa estava a consciência do notável incremento na atividade de mediador na compra e venda de bens imobiliários e na realização de empréstimos com garantia hipotecária, mobiliária ou imobiliária, bem como a consciência da importância que a mesma assumia na colocação de capitais alheios

¹ Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Associada com Agregação. Orcid: 0000-0003-0578-4249

² Cf. KERRY-U. BRAUER, *Grundlagen der Immobilienwirtschaft*, Gabler Verlag Wiesbaden, 2009



e da relevância das perturbações que daí poderiam resultar para a normalidade dos mercados financeiros e monetários. A preocupação era nitidamente macroscópica, o que justifica a menor atenção que a disciplina jurídica dispensou à relação jurídica estabelecida entre o mediador e o seu cliente. De facto, seria apenas com o DL nº285/92, de 19 de dezembro, que se criaram as primeiras normas de regulação do contrato de mediação imobiliária, numa lógica de reforço da transparência da atuação das empresas mediadoras e da qualidade dos serviços por si prestados. A preocupação, evidenciada de forma ainda mais acutilante ao nível do DL nº77/99, de 16 de março, seria a de dar resposta às expectativas dos consumidores. A necessidade de garantir um melhor serviço ao consumidor contaminaria, igualmente, a intencionalidade da disciplina contida no DL nº 211/2004, de 20 de agosto, no DL nº69/2011, de 15 de junho, resultado da necessidade de transposição da Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, e na atualmente vigente Lei nº15/2013, de 8 de fevereiro, surgida pela necessidade de conformar o regime da atividade de mediação imobiliária com a disciplina constante do DL nº92/2010, de 26 de julho, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno.

No último diploma citado, que nos vincula, são introduzidos dados relevantes para orientar o decidente na resolução de muitos aspetos atinentes à relação contratual que se estabelece entre o mediador e o solicitador (cliente) e entre o mediador e o terceiro, destinatário do serviço, sem que, contudo, sejam oferecidas soluções acabadas para os diversos problemas de *quid iuris*. Por



outro lado, a prática negocial vem evidenciando que, a despeito da natural vulnerabilidade que atinge os consumidores, fruto da falta de especialização no setor em que negociam diante de um profissional, a situação material dos mediadores imobiliários, sobretudo daqueles que atuam sem o amparo de uma pessoa coletiva – o que passou a ser novamente permitido depois de 2011 –, não deixa de se pautar por alguma fragilidade que parece ser agudizada pelas características próprias da relação contratual que se estabelece.

Não sendo nosso propósito estudar de forma abrangente quer o regime da mediação imobiliária, quer o regime da relação contratual que se estabelece entre o mediador e o solicitador/cliente, procuraremos nas páginas que se seguem solucionar um problema que, de forma não completamente concludente nas respostas que tem obtido, tem ocupado a doutrina e a jurisprudência. Trata-se, no fundo, do problema de saber se, sempre que o negócio mediado, do qual depende a remuneração do mediador, não se celebra por facto imputável ao cliente, pode ou não haver um mecanismo de salvaguarda do profissional do setor, compensando-o pelas perdas ou, no limite, remunerando-o negocialmente.

A resposta a esta questão implica uma aprofundada análise do contrato de mediação imobiliária em termos estruturais, funcionais e intencionais, ao mesmo tempo que nos obriga a mergulhar nas diversas categoriais de negócios jurídicos com que, dogmaticamente, nos podemos confrontar para, *in fine*, animados pelo sentido ético-axiológico que preside ao mundo contratual, à luz da boa fé, conseguirmos fixar critérios de solução do problema pressupponente, sem esquecer o impacto que a aposição de uma



cláusula de exclusividade pode ter a este nível.

2. O contrato de mediação imobiliária

2.1. Noção e estrutura obrigacional

O contrato de mediação, em geral, costuma ser definido como o contrato pelo qual “uma das partes se obriga a promover a aproximação de duas ou mais pessoas, com vista à conclusão de determinado negócio entre elas, mediante remuneração”³. Antecipando a possibilidade de o mediador não ficar vinculado por uma obrigação em sentido estrito, Hígina Castelo define-o como o

³ Neste sentido, cf. Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, *Revista de Direito Comercial*, 2017, 214 s. Uma noção próxima pode ser encontrada em Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Março de 1967”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 100, 1968, 343 s. (“contrato pelo qual uma das partes se obriga a conseguir interessado para certo negócio e a aproximar esse interessado da outra parte”); Engrácia ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, 458 s. (“contrato pelo qual uma parte – o mediador – se vincula para com a outra – o comitente ou solicitante – a, de modo independente e mediante retribuição, preparar e estabelecer uma relação de negociação entre este último e terceiros – os solicitados – com vista à eventual conclusão definitiva de negócio jurídico”); Miguel Pupo CORREIA, *Direito comercial*, Universidade Lusíada Editora, 15ª edição, 2022, 132 s. (contrato nos termos do qual “uma pessoa – o mediador – se obriga a prestar uma atividade de intervenção, mediante remuneração, nas negociações entre duas ou mais pessoas, com vista à conclusão de determinado negócio jurídico”).



“contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar a outra uma remuneração se estoura lhe conseguir interessado para certo contrato e se a primeira vier a celebrar o desejado contrato como consequência da atividade da segunda”⁴.

Por seu turno, Paulo Olavo Cunha sustenta que o que caracteriza o contrato de mediação é o facto de “uma pessoa ou entidade (mediador) coloca[r] em contacto dois interessados em concluir um determinado contrato – nomeadamente de compra e venda –, contribuindo para o esclarecimento das partes sobre o âmbito e escopo do negócio e favorecendo, desse modo, a respetiva conclusão, mediante uma retribuição”⁵ e Pedro Pais de Vasconcelos ensina que se caracteriza “pela intermediação entre o comprador e o vendedor, ou entre as partes num outro negócio que não a compra e venda, em que o intermediário – o mediador – aproxima as partes no negócio, põe-nas em presença, por vezes até intervém na negociação para o promover, mas não participa no negócio”⁶.

Não se podendo deduzir das noções apresentadas pelos autores uma tomada de posição relativamente a questões de fundo atinente à natureza da prestação a cargo do mediador, releva nas definições a ausência de referência à obrigação de promover a celebração do negócio objeto do contrato.

Em causa estaria o problema (com relevância evidente para a questão concreta que nos ocupa) de saber se o mediador fica ou

⁴ Higinia CASTELO, Contrato de mediação. Estudo das prestações principais, UNL, 2013, 16 s.

⁵ Paulo Olavo CUNHA, *Lições de direito comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, 200

⁶ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Direito Comercial*, I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, 240 s.



não vinculado, através do contrato de mediação, por uma verdadeira obrigação ou se apenas impende sobre ele um encargo, um ónus ou uma incumbência⁷, e, em certa medida, se existe no quadro do nosso direito uma tendencial influência do ordenamento jurídico alemão, onde se cinde o contrato de mediação simples (*einfacher Maklervertrag*), previsto no § 652 BGB, no qual o mediador não assume qualquer obrigação⁸, do contrato de mediação comercial, previsto nos §§ 93 e seguintes HGB, exceto quando, o que ocorre frequentemente no mundo negocial, é inserida no contrato uma cláusula de exclusividade, a permitir autonomizar um outro tipo contratual, o *Alleinauftrag*.

Consoante explica, entre nós, Higinia Castelo⁹, o *Alleinauftrag* caracteriza-se pela assunção de um dever de não recorrer a outros mediadores durante um determinado lapso temporal, ou mesmo, sendo o *Alleinauftrag* qualificado, de o próprio cliente se abster de encontrar um interessado na celebração do contrato objeto do negócio de mediação, de tal sorte que, em caso de incumprimento deste regime de exclusividade, mesmo que a atividade do mediador

⁷ Com grande desenvolvimento sobre este ponto, cf. Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, FDUNL, 2013, 90 s.

⁸ O § 652/I, 1 dispõe que aquele que promete remuneração pela indicação da oportunidade de celebrar um contrato ou pela mediação de um contrato apenas está obrigado a pagá-la se, em consequência dessa indicação ou dessa mediação, o contrato vier a ser concluído. A doutrina germânica tem entendido que a ausência de previsão de uma obrigação e o facto de a remuneração só ser devida quando e se o negócio mediado for celebrado são argumentos suficientes para afastar a ideia de existência de uma verdadeira obrigação por parte do mediador. Sobre o ponto, cf. Olaf JANSEN, *Die Nebenpflichten im Maklerrecht*, Christian-Albrechts-Universität Kiel, 2000, 7 s.

⁹ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 90 s.



não tenha contribuído para a celebração do contrato mediado, ele terá direito a uma remuneração. A diferença de regime resultaria do facto de, no *Alleinauftrag*, o mediador ficar vinculado por uma obrigação, dado que não ocorreria no *einfacher Maklervertrag* ou mesmo na mediação comercial sem cláusula de exclusividade.

A ideia de que o mediador não fica vinculado por uma obrigação é comum a outros ordenamentos jurídicos, como o suíço¹⁰. A generalidade da doutrina entende, aí, que estamos na presença de uma *Obliegenheit*, um encargo, que o sujeito deve satisfazer para evitar uma desvantagem jurídica ou garantir um benefício¹¹.

Mais dividida encontra-se a doutrina italiana quanto ao ponto.

¹⁰ Entre nós, para uma análise das especificidades no seio do ordenamento jurídico suíço, v. Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 103 s. No âmbito especificamente suíço, cf. Joseph HOFSTETTER, “Le contrat de courtage”, *Traité de droit privé suisse*, VII/II, Ed. Universitaires, Fribourg, 157 s. Em causa, na formulação que aí se encontra, está a cisão entre o contrato de mandato e o contrato de mediação, entendendo-se que a principal diferença reside exatamente no facto de o mediador não ficar, contrariamente ao mandatário, vinculado por uma obrigação.

¹¹ Veja-se Christian MARQUIS, *Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier*, Payot, 1994, 48 s.

O conceito de *Obliegenheit* foi autonomizado para lidar com obrigações de menor intensidade (*Pflicht minderer Intensität*), não se restringindo ao domínio da mediação. A este propósito, em geral, cf. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 540, nota 2; LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 552 e 576; Olaf HENSS, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerliches Recht*, Frankfurt am Main, Berne, New York, Paris, 1988. Entre nós, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 918 s., falando de um ónus de natureza material.



Aliás, no ordenamento jurídico transalpino, as clivagens entre os autores no tocante à mediação afiguram-se mais profundas, não havendo sequer unanimidade quanto à natureza contratual da relação firmada entre mediador e solicitador. No grupo dos que reconhecem a contratualidade, os autores dividem-se¹² entre os que entende que a atividade do mediador corresponde ao cumprimento de uma prestação em sentido estrito¹³; os que sustentam que estamos diante de um ónus¹⁴; e aqueles para quem a atividade mediadora constitui um elemento do processo formativo do contrato de mediação¹⁵.

Pelo contrário, a doutrina francesa tem vindo a considerar que o mediador – *courtier* – assume uma obrigação *de meios*, que se traduz em envidar os seus melhores esforços para encontrar uma contraparte para o seu cliente e conseguir que este celebre o contrato que pretende, podendo, caso não o faça, incorrer em

¹² Segue-se, aqui, a síntese disponibilizada por Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 136.

¹³ *Inter alia*, Carlo VARELLI, *La mediazione*, Casa Editore Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, 25 e 49, considerando embora que estamos diante de uma obrigação de meios. Autores como Giuseppe MUSOLINO, “La figura del mediatore fra codice civile e leggi speciali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 44/3, 1990, 1041, vão mais longe e falam de uma verdadeira obrigação de resultado.

¹⁴ Cf. Francesco GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 2ª edição, CEDAM, Pádua, 1993, 106; Francesco MESSIONE, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 9ª edição, Giuffrè, Milano, 1972, 74

¹⁵ Cf. Annibale MARINI, “La mediazione”, *Il codice civile, commentario*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, 43, *apud* Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 138.



responsabilidade contratual¹⁶, à semelhança da generalidade da doutrina espanhola¹⁷.

Entre nós, a jurisprudência tem-se mostrado majoritariamente favorável ao entendimento segundo o qual o mediador se vincula a uma prestação obrigatória, sendo o contrato bilateral. Consoante esclarece Hígina Castelo, “no que ao contrato de mediação imobiliária diz respeito, e é sobre ele que incide a maioria dos acórdãos, isso era quase inevitável, pois tal característica afirmou-se *ex lege* como integrante do conteúdo do contrato, desde a vigência do primeiro diploma que o regulou (o DL nº285/92, de 19 de dezembro) até ao RJAMI aprovado pela Lei nº15/2013”¹⁸. A

¹⁶ Philippe DEVESA, *L'opération de courtage: un groupe de contrats au service de la notion d'entremise*, Litec, Paris, 1993, 108 s.

¹⁷ Carlos LASARTE, *Principios de derecho civil*, III, 21ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2019, 384. Para uma análise mais aprofundada das diversas posições afirmadas no ordenamento jurídico espanhol, cf. Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 176, dando conta que “Há autores que põem a hipótese de poder ser celebrado com ou sem prestação (obrigatória) do mediador. Entre estes, uns fazem depender a obrigatoriedade da prestação do mediador apenas do acordo das partes. Outros atribuem relevância ao exercício profissional e ao pacto de exclusividade: tendencialmente, na mediação eventual a atuação do mediador não incorporaria uma obrigação, sendo apenas uma condição para a obtenção da remuneração prometida, mas na mediação profissional sim, haveria, pelo menos, um compromisso tácito de desenvolvimento da dita atividade mediadora, sobretudo quando acordada a exclusividade do mediador, caso em que o contrato seria sempre bilateral. Para os autores que entendem que a atividade de mediação corresponde sempre a uma prestação contratual, o pacto de exclusividade afeta apenas as obrigações do cliente, não as do mediador”.

¹⁸ Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 217.



posição não é, contudo, unânime. Num acórdão de 1993¹⁹, o Supremo Tribunal de Justiça veio considerar que a mediação se traduz num “contrato que pode revestir uma dupla natureza: a) a de contrato bilateral – com a feição de um contrato de prestação de serviços e constituindo uma modalidade do que se prevê no artigo 1154º do Código Civil – quando por via dele uma pessoa incumbe outra de conseguir interessado para certo negócio com vista à realização deste, mediante o pagamento de uma remuneração, na medida em que, enquanto o mediador se obriga a um procedimento conducente a obter um interessado no negócio e a aproximá-lo do comitente, também este (o dador do encargo) se obriga a pagar a remuneração àquele; e b) a de contrato [unilateral], quando, por virtude do mesmo, só uma das partes (o comitente) se obriga realmente – comprometendo-se a pagar a remuneração acordada – perante a outra. Neste segundo caso, quem recebe o encargo não se obriga a nada, mas o comitente, salvo acordo em contrário, também só se obriga para a hipótese de o serviço a prestar vir a ter êxito, isto é, a conduzir a um resultado positivo”.

Do ponto de vista doutrinário, como adiantámos *supra*, Hígina Castelo adere à posição dualista para que somos remetidos no ordenamento jurídico alemão. Para a autora, “num contrato de mediação simples, desprovido de cláusulas especiais e nomeadamente da que lhe concede exclusividade”, a prestação a cargo do mediador “não equivale a uma obrigação em sentido estrito. Com efeito, o mediador não está sujeito a ver-se compelido a desenvolver a sua atividade de promoção do contrato desejado,

¹⁹ Ac. STJ 09-12-1993, proc. nº 083924, *apud* Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 217.



nem a ter de pagar uma indemnização caso não a desenvolva. À situação passiva do mediador num contrato de mediação simples não corresponde um direito do cliente de exigir a prestação, ou a sua execução por terceiro a expensas do mediador, ou indemnização substitutiva. Esta relativa liberdade do mediador tem o seu contraponto na liberdade do cliente de contratar outros mediadores e na sua liberdade de celebrar o contrato com a pessoa encontrada pelo mediador, sem prejuízo de responder por um eventual abuso da sua parte. O que se passa no contrato de mediação simples é que o mediador tende a desenvolver a atividade necessária a satisfazer o interesse do cliente no seu próprio interesse também, pois a efetiva e bem-sucedida atividade é condição necessária, ainda que não suficiente, para que aufera a remuneração”. Conclui, por isso, que a “situação passiva corresponde melhor a uma *Obliegenheit*”²⁰. O contrato seria, nesta aceção, unilateral, exceto se lhe fosse aposta uma cláusula de exclusividade, apta a alterar estruturalmente o acordo das partes²¹.

Não cremos, porém, que a conclusão a que Higinia Castelo chega possa ser assumida sem mais.

A questão da vinculatividade negocial tem suscitado, de forma alargada, múltiplas dificuldades aos juristas, a implicar uma tomada

²⁰ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 221.

²¹ Falando da dicotomia entre contratos unilaterais e bilaterais, a este propósito, mas numa aceção diferente, cf. Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 216, nota 4. O contrato seria unilateral se o mediador celebrou o contrato de mediação com uma das partes interessada no negócio; seria bilateral se o mediador celebra contratos de mediação com as ambas as partes interessadas no negócio, o que seria comum no setor imobiliário.



de posição firme no que respeita ao próprio modo como se compreende o negócio jurídico, oscilando-se entre posições objetivistas e posições subjetivistas. Nas primeiras, podemos filiar autores como Krüchmann, Wolloweit, Hepting. Em resumo, o objetivismo conduz-nos a algumas ideias-guia: negação da existência de acordos excluídos da vinculação jurídico-negocial; existência de relações contratuais onde está ausente o dever de prestação, cujo conteúdo é integrado por deveres de proteção, que teriam a sua fonte no contrato; impossibilidade de a ordem jurídica ser afastada em bloco, podendo quanto muito afastar-se certos efeitos jurídicos; impossibilidade de o ordenamento jurídico abdicar da valoração do acordo das partes; autovinculação como resultado da dialética entre liberdade e proteção da confiança, representando a confiança um elemento desta vinculação²². Para as posições subjetivistas, o elemento determinante seria a vontade de vinculação, ou seja, a intenção de produzir determinados efeitos práticos com o fito de que sejam juridicamente relevantes.

Em confronto surgem duas concepções de negócio jurídico. A uma visão mais liberal contrapõe-se uma visão socializante, que aponta para o negócio jurídico uma função social e coletiva que justifica que o ordenamento jurídico dispense os seus meios à tutela dos interesses que por meio dele são firmados. Sem que, contudo, esta dicotomia esgote o universo de compreensão do negócio jurídico, enquanto categoria autónoma.

É neste quadro que se pode compreender a perspetiva para a

²² Para uma súmula destes postulados, cf. Júlio GOMES/António Frada de SOUSA, "Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos", *Estudos dedicados ao Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, UCP Editora, 2002, 875 s.



qual Menezes Cordeiro chama a atenção, segundo a qual este seria visto como um “ato de autorregulamentação de interesses”²³, com forte inspiração kelsiana e da sua doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica. Kelsen vem, de facto, sustentar – a partir da sua fundamentação da juridicidade na *Grundnorm*²⁴ – que na ordem jurídica há que distinguir três níveis, todos eles indispensáveis, entre os quais se estabelece uma relação de precedência lógica. E se é claro que a aplicação de uma norma de escalão superior, pela sua concretização numa norma de escalão inferior, implica um ato de constituição do direito e que a sentença não se queda num puro processo de declaração de direito, não é menos seguro que o ato interpretativo é concebido como um exercício teórico de indicação das significações possíveis, dentro do quadro de sentidos literais por ela delineado, rejeitando-se a mobilização dos elementos sistemáticos e teleológicos na consecução de tal tarefa²⁵.

²³ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, Almedina, Coimbra, 2014, 54 s. Seria esta a conceção perfilhada por BETTI, *Teoria Generale del negozio giuridico*, 1943, 44 s.; e, entre nós, por Dias MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 1959, 27 s. e, tendencialmente, por Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 73 s.

²⁴ Cf. Hans KELSEN, *Teoria pura do direito*, 4ª edição, Arsénio Amado, Coimbra, 1976, 9 s.

²⁵ Cf. KELSEN, *Teoria pura do direito*, 349.

Cultor do positivismo jurídico (cf. Hans KELSEN, *Teoria pura do direito* e “Was ist die reine Rechtslehre?”, *Festschrift für Giacometti*, Zurich, 1953, 153), o jurista, profundamente influenciado pelo Círculo de Viena, parte da pressuposição de que só se pode aceder à compreensão do que é verificável, pelo que restringe a sua análise às normas, tidas como meras estruturas lógicas. É certo que o próprio contesta a ideia de lógica associada à sua teoria pura do direito, atribuindo-lhes o papel de funções de uma teoria geral, à semelhança do que, na geometria, é



Pelo que, uma vez criada a norma legal, como processo de aplicação-constituição da norma superior através de um ato de vontade, a norma fundamental – de si meramente formal, dado configurar-se como um expediente necessário para garantir a coerência interna do sistema e impedir o retrocesso *ad infinitum* – deixa de derramar qualquer influência na decisão concreta do caso que se obtenha. Seria esta mesma pirâmide de normas, tal como concebida pelo autor, que justificaria o surgimento do negócio jurídico: este seria legitimado por normas superiores e seria capaz de regular interesses como qualquer norma. Assume, portanto, uma feição normativa, como uma juridicidade particular que decorre da normatividade de nível superior.

Menezes Cordeiro mostra-se profundamente crítico desta impositação. Em primeiro lugar, sublinha o insigne civilista que, na

cumprido pelas figuras do círculo ou do quadrado [cf. HANS Kelsen, “Was ist die reine Rechtslehre?”, 150], mas não é menos verdade que, na sua ânsia de depurar a ciência jurídica de múltiplas contaminações, vem afirmar a irrelevância dos seus conteúdos, definindo o dever ser como categoria do pensamento, numa clara inspiração kantiana. O importante é a legitimidade da sua prescrição a partir da norma fundamental. Para uma crítica à impositação kelsiana da ciência jurídica pura, cf. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª Edição, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1997, 100 e 105 s. Afirma o autor, na análise do problema da interpretação em Kelsen, que “o trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior e criação do direito, isto é, produção da norma inferior. Esta dupla natureza partilha-a a sentença judicial com a lei, o decreto, o ato administrativo e o negócio jurídico. Ora, a norma de grau superior (...) não pode nunca determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (...). Fica sempre uma margem de discricionariedade para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior”.



ausência de interesse, pode continuar a haver negócio jurídico. Do mesmo modo, salienta que, por falta de generalidade, o negócio não pode ser entendido como uma norma. Ademais, relembra que a ideia de regulamentação própria suscita dúvidas, na medida em que se admite que a eficácia negocial transcenda o círculo estrito das partes, como ocorre com o contrato a favor de terceiro, e na medida em que nem sempre o negócio regula os interesses do seu autor, como se verifica ao nível do testamento. *In fine*, a conceção não permite distinguir o negócio do ato jurídico, pelo menos por referência a alguns dos entendimentos que sobre ele são derramados²⁶.

A todas estas críticas concludentes associamos mais uma. De facto, a conceção normativista kelsiana de que parte o entendimento em análise torna-o inviável. O autor, negando abertamente o direito natural, vem colocar o problema da validade de uma norma positiva – a que reduz a juridicidade –, para afirmar que o fundamento daquela se encontra numa norma fundamental, “cuja validade objetiva é pressuposta sempre que o dever-ser que constitui o sentido subjetivo de quaisquer atos é legitimado como sentido objetivo de tais atos. (...) Consideramos um determinado tratamento de um indivíduo por parte do outro como justo quando este tratamento corresponde a uma norma por nós havida como justa. A questão de saber por que é que nós consideramos esta norma como justa conduz, em último termo, a uma norma fundamental por nós pressuposta que constitui o valor da justiça”²⁷. Cabendo à ciência “analisar as normas que os homens efetivamente

²⁶ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 55 s.

²⁷ KELSEN, *A justiça e o direito natural*, Almedina, Coimbra, 2001, 51 s.



considerem como válidas quando valorem algo como justo”, acaba por negar uma ordem valorativa pressuposta e redundar na afirmação de que “há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si (...)”, pelo que só é “lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através desses ideais”²⁸.

Dicotomizando o conceito de direito do conceito de justiça, erige o último como referente de sindicância da validade do primeiro, para, logo em seguida, esclarecer que existem diversas formas de pensar a relação entretecida entre ambos. Assim: 1) para alguns pensadores, o direito positivo só é válido se justo, isto é, “a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo”; 2) para outros, situados nos antípodas destes e cultores do positivismo jurídico, o direito positivo é independente de qualquer pressuposição do justo²⁹. A segunda posição é, para Kelsen, a única compatível com o relativismo axiológico, isto é, com a ideia da inexistência de um “absoluto em geral e de valores absolutos em particular”, pelo que “uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em qualquer das muitas normas de justiça (...) mas numa norma fundamental hipotética por força da qual nos devemos conduzir e por força da qual devemos tratar os homens tal como for conforme a uma primeira constituição histórica”.

O contrato enquanto autorregulamentação de interesses ficaria assim dependente de uma norma superior que concretizaria e que o legitimaria, mas perderia qualquer referente de sentido

²⁸ KELSEN, *A justiça e o direito natural*, 53.

²⁹ KELSEN, *A justiça e o direito natural*, 99.



axiológico.

Ora, não só o direito não se reduz ao direito positivo, como esta compreensão normativista e escalonada (piramidal) da ordem jurídica não pode ser aceite em termos metodológicos. De facto, a pressuposição da *Grundnorm* pelo autor restringe-se ao momento de explicitação da validade da estrutura normativa a que se reduz todo o direito, e a depuração do sentido ético de qualquer conceito quando assumido pela norma, ao transformá-la numa mera estrutura formal, acaba por prescindir do sentido axiológico de que recusamos abdicar³⁰.

O negócio jurídico não poderá, portanto, ser compreendido como uma estrutura formal com raiz numa norma superior que olvide, em simultâneo, os pilares estruturais da autonomia privada – em que assenta a categoria – e o referente axiológico em que tal autonomia se move, até porque tal nos condenaria a um entendimento positivista do direito que olharia para o Estado – e o legislador – como o único criador do Direito³¹. A compreensão do negócio que defendemos deve fazer apelo a uma ideia de justiça, a corresponder a uma visão do direito fundada numa axiologia que prescinde da liberdade individual para afirmar a liberdade pessoal, que terá de surgir paredes-meias com uma ideia de confiança.

³⁰ Para uma crítica ao pensamento de Kelsen, cf. Castanheira Neves, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma repositão crítica)*. *A Crise*, Almedina, Coimbra, 1967, 619 s.

³¹ Sobre o ponto, diferenciando, contudo, a posição kelsiana de outros entendimentos positivistas que sustentam que a fonte de vinculatividade do negócio é a lei e não a autonomia, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 66 s.



Acresce que não nos podemos esquecer que uma coisa é o negócio jurídico enquanto ato de vontade, outra será a regulamentação que daí resulta, que se deve ordenar em função dos princípios normativos do sistema, em consonância com os quais a própria autonomia deve ser exercitada³². No fundo, a autonomia que se tutela e exercita a este nível é uma autonomia axiologicamente conformada, o que terá repercussões no tocante a inúmeros aspetos particulares do regime negocial.

A recondução da doutrina da autorregulação dos interesses a uma perspetiva socializante e positivista não é, porém, a única via com que ela pode ser captada. Entre nós, Oliveira Ascensão parece aderir ao posicionamento, exceto se o mesmo implicar que a autonomia tem caráter perceptivo, isto é, se implicar necessariamente a criação de normas jurídicas³³. Vinca-se, nesta medida, a dimensão regulatória gerada pelo contrato, olhando sobretudo para o seu conteúdo e os efeitos que dele resultam, embora ligando-o à autonomia privada.

Menezes Cordeiro também apresenta o negócio jurídico como um ato de autonomia privada³⁴, a que o direito associa a constituição, modificação e extinção de situações jurídicas,

³² Veja-se, a este propósito, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 69, questionando se do negócio jurídico derivam normas jurídicas. Consciente de que alguns autores falam de normas contratuais e que outros reservam essa categoria para os contratos normativos ou regulamentares, o autor aduz que basta falar de preceito negocial para abranger tais fenómenos. Mais refere o autor que não podemos admitir que do contrato resultem normas, porque estas são necessariamente gerais

³³ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 74.

³⁴ No mesmo sentido, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 63



caracterizando-se dentro dessa categoria pela liberdade de celebração e pela liberdade de estipulação. Assim sendo, a positividade do negócio jurídico decorre da autonomia privada, sendo os efeitos concretamente verificados os que são indiciados pelas partes através das suas declarações³⁵.

Para o autor, a vontade deve abranger os efeitos fundamentais, ficando os outros a cargo das normas supletivas. Em simultâneo, provoca-se a aplicação de normas imperativas³⁶. E, consoante explica Menezes Cordeiro, “os efeitos assim desencadeados não podem assumir natureza negocial”, operando a vontade como uma *facto jurídico* em sentido estrito, ainda que subordinada a um negócio em sentido próprio³⁷.

Não podemos aderir sem cautelas à posição de Menezes Cordeiro. O negócio jurídico estará presente mesmo quando não haja liberdade de estipulação e de celebração³⁸. O que releva, portanto, ao nível da compreensão do negócio jurídico, é a existência de uma autonomia axiologicamente comprometida e conformada que não se confunde com o puro livre-arbítrio. Por outro lado, embora seja certo que determinados efeitos resultam de normas imperativas ou de imperativos impostos pela boa-fé, não

³⁵ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 56 s.

³⁶ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 56.

³⁷ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 56.

³⁸ Sobre a questão, veja-se o posicionamento de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 70, distinguindo a autonomia perceptiva e não perceptiva e considerando que esta última existiria quando só restasse a liberdade de celebração, enquanto da primeira só poderíamos falar se as partes pudessem criar preceitos que não fossem meras reproduções de preceitos ou normas heteronomamente estabelecidos.



é menos seguro que esses efeitos podem ainda ser reconduzidos à disciplina que foi gizada a partir da autonomia das partes (ou da parte, consoante a modalidade de negócio concretamente em causa). O negócio jurídico vincula porque os sujeitos pretendem – voluntariamente – colocar sob a alçada do direito a produção de determinados efeitos práticos. Ora, para o conseguirem, aceitam que se produzam efeitos que vão para além daquilo que poderia ser imediatamente intencionado. Mas, tais efeitos podem ainda ser reconduzidos ao núcleo de relevância de uma vontade que não é individualisticamente pensada, mas que é materialmente conformada³⁹. Dito de outra forma, o negócio obriga porque é manifestação de uma vontade tendente à produção de determinados efeitos que se colocam sob a alçada do direito. Mas a tutela que o direito dispensa a esta vontade autónoma dirige-se à vontade da pessoa e não do indivíduo, de tal sorte que a regulamentação final que resulta daquela manifestação de autonomia pode ultrapassar a que era a pura volição dos sujeitos. Só esta ideia permite compreender que a vinculatividade negocial esteja associada não só à autonomia, mas também a uma ideia de confiança normativamente conformada através da boa-fé, aspeto que será fundamental para a compreensão de muitas das soluções

³⁹ Sobre o ponto, cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 66, questionando se os efeitos do negócio jurídico derivam da autonomia privada ou da lei, e considerando que o fundamento da juridicidade do negócio é a primeira. Nas suas palavras “esta impõe-se ao Estado, como momento da pessoa; não é um favor da lei”. Na explicitação do autor, as pessoas criam o seu próprio ordenamento, que dialoga com outros ordenamentos e se integra num ordenamento mais amplo. Nas palavras do autor, “mais do que limites à autonomia privada, há que falar na integração nesse ordenamento mais amplo”.



legais em sede de negócio jurídico⁴⁰. Aspeto, aliás, fundamental para se perceber a importância que, em sede da teoria geral do negócio jurídico, assumirá a declaração negocial – o negócio, na verdade, não vincula por ser um ato performativo, por ser um ato de linguagem, mas por ser o exercício de uma autonomia pessoal (e, como tal, responsável) e iluminada pela boa-fé⁴¹.

Em suma, podemos considerar que o negócio jurídico é um instrumento de exercício da autonomia privada; que essa autonomia é a autonomia da pessoa e, como tal, é axiológica e materialmente conformada, pelo que só se tutelam manifestações de vontade eticamente valiosas; que, por encontrar na sua gênese fundacional a autonomia pessoal e não individual, encontrará um vetor importante na confiança normativizadas pela boa-fé, o que nos permitirá descobrir um critério de solução também para a difícil questão da delimitação de fronteiras entre o negócio jurídico e acordos não negociais. Com o negócio jurídico pretendem os sujeitos alcançar determinados efeitos práticos; e, porque os querem ver tutelados pelo direito, porque o direito não tutela qualquer manifestação de vontade, mas apenas aquelas que forem expressão da personalidade do sujeito, aceitam submeter-se a outros efeitos que ultrapassam a sua previsão inicial. A sua vontade é manifestada através de declarações negociais que, tendencialmente, correspondem àquela, mas que, em determinadas circunstâncias, podem sobrelevá-las em importância

⁴⁰ Admitindo-o, cf. também Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 57.

⁴¹ A este propósito, em sentido inverso, cf. Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992.



atentos os valores em jogo⁴².

A vinculatividade negocial, cuja ausência não equivale à falta de relevância jurídica da situação material de base, ficará sempre condicionada pela intenção manifestada pelas partes no negócio, intencionalidade essa que não pode deixar de ser enquadrada do ponto de vista sistemático, teleológico e axiológico. Dito de outro modo, embora não se adira a um objetivismo puro, haveremos de considerar que o subjetivismo deve estar balizado pelos princípios normativos vigentes no ordenamento no seio do qual a vontade, enquanto elemento preponderante, vai derramar a sua eficácia.

Transpondo estas reflexões para o domínio da mediação, podemos concluir que nada obsta a que haja mediação sem a prévia celebração de um contrato entre o mediador e as partes, falando a doutrina, a este propósito, de mediação liberal⁴³, ou que os sujeitos interessados estabeleçam um acordo ao qual não pretendem conferir vinculatividade negocial.

Contudo, estando em causa certos setores específicos de atividade – como é o caso do mercado imobiliário –, nos quais os interesses assumem importância acrescida, e estando em causa a

⁴² A este propósito, cf. a posição de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 62-63. Entende o autor que podemos olhar para o negócio jurídico como a ação; como um conjunto de efeitos jurídicos da ação; ou como um preceito jurídico que fica a comandar a atuação das partes. Não cremos, porém, que haja qualquer benefício em decompor estas perspetivas que só artificialmente se cindem.

⁴³ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3ª edição, 2012, 663.



atuação de sujeitos com um estatuto especial⁴⁴, parece que a remissão do acordo firmado para o ordenamento jurídico globalmente considerado não pode senão apontar-nos para a obrigatoriedade de vinculação negocial.

Do ponto de vista do direito positivo, a lei é clara – no que diz respeito à mediação imobiliária – em exigir a celebração de um contrato⁴⁵. Do ponto de vista dos princípios, havendo um desequilíbrio entre as partes no contrato, torna-se operante a boa-fé, impondo exigências especiais que devem apontar no sentido da

⁴⁴ No caso da mediação imobiliária, o acordo é celebrado entre uma empresa (pessoa singular ou coletiva cujo domicílio ou sede se situe em qualquer Estado do Espaço Económico Europeu e, sendo pessoa coletiva, tenha sido constituída ao abrigo da lei de qualquer desses Estados e se dedique à atividade de mediação imobiliária) e um cliente. Este pode assumir o estatuto de consumidor, ao obter de um profissional a prestação de um serviço que aloca a um fim não profissional. Aquela empresa, por seu turno, deve ser qualificada como consumidor. Na verdade, a atividade de mediação imobiliária tem natureza comercial, quer porque a atividade do mediador se dirige à celebração de um contrato comercial, assim qualificado por analogia com o artigo 231º C.Com., quer porque a Lei nº15/2013 pode ser considerada legislação comercial especial, quer porque a mediação é praticada por uma empresa que, nos termos do artigo 230º C.Com., deve também ser considerada comercial. Sobre o ponto, com maiores desenvolvimentos, cf. Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 221 s.

⁴⁵ Cf. artigo 3º/1 Lei nº15/2014, nos termos do qual “a atividade de mediação imobiliária só pode ser exercida em território nacional por empresas de mediação imobiliária e mediante contrato”. Problemas particularmente interessantes se colocam quanto à possibilidade de uma mediação informal ou liberal estando em causa a transmissão de um direito real sobre um imóvel. Mais se tem questionado quanto à validade ou invalidade do contrato de mediação imobiliária celebrado em desrespeito às regras estabelecidas na lei.



vinculação.

A existência de uma obrigatória vinculação contratual não implica insofismavelmente que cada um dos contraentes fique vinculado por uma efetiva obrigação. É viável configurarem-se contratos nos quais, ou porque uma das partes pretende gerar um benefício em relação à outra (no caso dos contratos gratuitos), ou porque as partes se submetem a uma álea (no caso dos contratos aleatórios), ou porque estruturalmente as prestações a que as partes se vinculam não podem ser vistas como uma verdadeira obrigação (v.g. no caso dos contratos onerosos que são simultaneamente reais quanto à constituição), se geram obrigações para apenas uma das partes.

O cerne do problema para quem queira compreender a estrutura obrigacional do contrato de mediação passa exatamente por aqui, por saber se o mediador fica ou não vinculado através de uma prestação.

Em teoria, o cliente pode obrigar-se a pagar uma determinada quantia ao mediador, se este conseguir um interessado para a celebração de um negócio. Ficando ambos vinculados pelo contrato, este apenas gera uma obrigação para o solicitador. O mediador veria recair sobre si um encargo material, que, uma vez cumprido, lhe conferiria um benefício. Ou o solicitador pode obrigar-se a pagar uma determinada quantia ao mediador, se este conseguir um interessado para a celebração de um negócio, obrigando-se, igualmente, o mediador a realizar uma prestação.

Alguns autores entendem que a não vinculação do mediador seria uma contrapartida para o facto de o solicitador poder decidir livremente se celebra ou não o contrato com o terceiro angariado,



bem como uma contrapartida para o facto de o cliente poder recorrer a outros mediadores. Por esse motivo, autores como Hígina Castelo sustentam que, havendo uma cláusula de exclusividade, o mediador fica efetivamente vinculado por uma obrigação, devendo, em compensação, ser paga a sua retribuição obrigatoriamente⁴⁶.

No caso do contrato de mediação imobiliária, que com o contrato de mediação em geral comunga das principais características e pode ser definido, com base na articulação entre o artigo 2º e o artigo 16º Lei nº15/2013, como o contrato pelo qual uma das partes (o mediador) procura em nome dos seus clientes⁴⁷ destinatários para a realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, bem como a permuta, o trespasse ou o arrendamento dos mesmos ou a cessão de posições em contratos que tenham por objeto bens imóveis, parece-nos que a vontade manifestada pelas partes – a partir da qual se estrutura a vinculatividade – não pode deixar de ser balizada pelo sentido ordenador da disciplina legal e da boa fé que ela integra. Repare-se, aliás, que as declarações negociais, devendo ser interpretadas com o sentido que um declaratório normal colocado na posição do real declaratório delas tivesse depreendido, não podem deixar de ser compreendidas à luz da boa fé, numa lógica de uma interpretação complementadora de que não podemos abdicar, sob pena de incompreendermos o sentido material da juridicidade que baliza o acordo das partes.

⁴⁶ Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 103 s.

⁴⁷ O “em nome de” não tem aqui o sentido técnico jurídico que aponte para a representação, suscitando na doutrina críticas a formulação legal. Cf. Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 304 s.



Nessa medida, parece-nos difícil que, mesmo nas hipóteses de ausência de cláusula de exclusividade, o mediador não se encontre vinculado por uma obrigação.

Nos termos do artigo 2º Lei nº15/2013, o mediador imobiliário conforma a sua atividade procurando destinatários para a realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, bem como a permuta, o trespasse ou o arrendamento dos mesmos ou a cessão de posições em contratos que tenham por objeto bens imóveis, e desenvolve, igualmente, a sua atividade fazendo prospeção e recolha de informações que visem encontrar os bens imóveis pretendidos pelos clientes, promovendo bens imóveis sobre os quais os clientes pretendam realizar negócios jurídicos, designadamente através da sua divulgação ou publicitação, ou da realização de leilões.

Exercendo a sua atividade por meio de um contrato, obrigatoriamente, o mediador imobiliário fica vinculado pelos deveres previstos no artigo 17º Lei nº15/2013: certificar-se, no momento da celebração do contrato de mediação, que os seus clientes têm capacidade e legitimidade para contratar nos negócios que irá promover; certificar-se da correspondência entre as características do imóvel objeto do contrato de mediação e as fornecidas pelos clientes; propor aos destinatários os negócios de que for encarregado, fazendo uso da maior exatidão e clareza quanto às características, preço e condições de pagamento do imóvel em causa, de modo a não os induzir em erro; comunicar imediatamente aos destinatários qualquer facto que possa pôr em causa a concretização do negócio visado.

Significa isto que, no exercício da sua atividade, e tendo em conta



a triangularidade que necessariamente existirá ao nível da mediação (solicitador – mediador – destinatário/terceiro), ele está vinculado por uma série de deveres que, sendo impostos por lei, não deixam de ser inspirados pela boa fé e se dirigem sobretudo à proteção do terceiro com quem será celebrado o negócio mediado.

Estranhar-se-ia, portanto, que na relação direta entre o mediador e o solicitador não houvesse idêntica vinculação ainda que não decorrente automaticamente da lei. Significa isto que o mediador fica onerado necessariamente por deveres para com o solicitador, que, uma vez incumpridos, quando geradores de danos, podem, inclusivamente, gerar responsabilidade contratual. Parece, portanto, razoável considerar que a mesma boa fé impede a inação do mediador, o seu total alheamento relativamente ao eventual destino de uma futura negociação tendente a transacionar um imóvel. Simplesmente, ainda que estejamos a falar de deveres inspirados pela boa fé, eles não se orientam para a proteção do restante património ou para a proteção da pessoa do solicitador, não se podendo simplesmente qualificar como deveres laterais ou deveres de conduta. Em causa está um verdadeiro dever de prestação, ordenado à satisfação do interesse do próprio credor.

Nessa medida, não estaríamos apenas diante de um encargo que, a não ser cumprido, impediria o surgimento de um benefício na esfera do mediador, mas de uma verdadeira obrigação, o que significa que estruturalmente o contrato de mediação imobiliária, quer haja, quer não haja uma cláusula de exclusividade, deve ser qualificado como um contrato bilateral. Trata-se, porém, de um contrato bilateral imperfeito, na medida em que a obrigação do solicitador – de pagar a remuneração – apenas surge posteriormente, se e quando for celebrado o contrato visado pela



mediação.

De facto, a remuneração do mediador só é devida quando, para além da sua atividade, se conclua o contrato pretendido entre o solicitador e o cliente/destinatário do serviço, devendo estabelecer-se um nexo de causalidade entre aquela atividade e a conclusão desse contrato.

Do ponto de vista estrutural, o contrato de mediação imobiliária caracteriza-se pela nota da triangularidade, no sentido de o interesse contratual apenas se satisfazer com a colaboração de um terceiro, com o qual o mediador também estabelece uma relação, e pela ausência de uma sinalagmaticidade perfeita.

É exatamente este ponto que tem suscitado inúmeras dificuldades judicativas, quando esteja em causa a determinação do direito à remuneração do mediador.

2.2. O direito à remuneração do mediador imobiliário

Nos termos do artigo 19º Lei nº 15/2013, a remuneração do mediador é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação ou, se tiver sido celebrado contrato-promessa e no contrato de mediação imobiliária estiver prevista uma remuneração à empresa nessa fase, logo que tal celebração ocorra.

Decorre do citado preceito que o contrato de mediação



imobiliária é, necessariamente, um contrato oneroso⁴⁸. Mas resulta da norma que não basta a atividade do mediador para que haja direito à remuneração, dado que leva alguns autores a qualificar a obrigação emergente como uma obrigação de resultado⁴⁹.

Suficiente é, para que o mediador tenha direito ao pagamento da comissão, a celebração do negócio visado pelo contrato de mediação. De acordo com a melhor doutrina, exige-se que o negócio seja válido e eficaz. Nessa medida, se ele estiver sujeito a uma condição suspensiva, não haverá direito à remuneração, o mesmo se devendo sustentar quando enferme de uma invalidade que impeça a produção de efeitos⁵⁰. Admite-se, porém, que o pagamento da remuneração, havendo previsão de um contrato promessa e sendo estipulado no contrato que parte do pagamento seja feito no momento da vinculação provisória, ocorra quando aquele seja efetivamente celebrado⁵¹.

⁴⁸ Veja-se, a este propósito, Engrácia ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, 462; A. Menezes CORDEIRO, *Direito comercial*, 703; Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 223; Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 221

⁴⁹ Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 224, numa posição que analisaremos *infra*.

⁵⁰ Cf. Manuel SALVADOR, *Contrato de mediação*, Lisboa, 1964, 176 s.; Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 227; Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 246

⁵¹ A interpretação da norma não é, porém, pacífica. Conforme se pode ler no Ac. TRL de 7-2-2017, relator Alziro Cardoso (*apud* Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 236), “[d]eixou de se admitir (como antes se admitia) que pura e simplesmente se estabeleça uma antecipação de pagamento da prestação devida pela concretização do



negócio que não atenda ao carácter prematuro do momento da celebração da promessa, na lógica da mediação imobiliária”. Tendo as partes estipulado que “[o] pagamento da remuneração (...) será efetuado nas seguintes condições: o total da remuneração aquando da celebração do contrato-promessa”, o coletivo de juízes veio sustentar que “remuneração devida com a celebração da promessa tem de ter sido especificamente acordada e, para além disso, deve ter sido prevista especificamente para essa situação, não meramente se identificando com a remuneração devida pela concretização do negócio ou com o efeito de antecipação do pagamento antes admitido: o espaço de liberdade para estipular conteúdos contratuais que se oferece aos contratantes é, hoje, sensivelmente mais restrito, já que não é possível convencionar que a remuneração pela concretização do negócio é devida logo na outorga da promessa (como sucedia no domínio do DL nº 211/2004 de 20/08), mas, apenas, que pode ser estabelecida uma remuneração específica para quando exista sucesso na obtenção de uma promessa obrigacionalmente vinculativa respeitante ao negócio mediado”. Ou seja, numa lógica que é subscrita por Maria de Fátima Ribeiro, há que distinguir “entre a liberdade das partes para convencionarem que existe uma remuneração autónoma na situação em que seja celebrado um contrato-promessa e a sua liberdade para acordarem que a remuneração prevista no contrato de mediação para a conclusão do negócio pretendido é devida no momento em que seja celebrado contrato-promessa. Neste último caso, ainda cabe distinguir o seguinte: uma coisa será acordar que a obrigação de pagamento da remuneração nasce com a celebração do contrato-promessa, outra bem diferente é pactuar que o pagamento da mesma pode ser antecipado para o momento da celebração do contrato-promessa”. Por isso, o tribunal veio considerar que a cláusula em apreço era nula, nos termos do artigo 280º CC, conjugado com o artigo 19º. Já para Maria de Fátima Ribeiro (“O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 237), “letra da lei admite que, quando se celebre contrato-promessa relativo ao negócio visado pelo contrato de mediação (e não, imediatamente, o negócio definitivo visado com este contrato), o pagamento da remuneração pode ser devido após a celebração do contrato-promessa (e não apenas com a conclusão e perfeição do negócio visado), desde que as partes o prevejam. Deste modo, a alteração da letra da lei nada terá alterado,



A celebração do contrato visado pela mediação não é, porém, suficiente. Ao invés, exige-se um nexó entre a atividade do mediador e a conclusão do negócio. O que se deve entender por este nexó tem suscitado intenso debate entre a doutrina. Enquanto para alguns autores a mera indicação de um terceiro interessado na celebração do negócio que venha a celebrar-se é suficiente para gerar o direito à remuneração⁵², outros entendem que se deve exigir uma *ligação psicológica* entre a atividade do mediador e a vontade de o terceiro concluir o negócio com o solicitador⁵³, que a atividade do mediador seja *causa próxima* ou *causa adequada* da

aparentemente – mas na lei revogada parecia admitir-se que este acordo tivesse lugar em qualquer altura, mesmo que em momento ulterior ao da celebração do contrato de mediação (porque, por exemplo, só mais tarde as partes percebam que o interessado no negócio não queria celebrar imediatamente o negócio definitivo, ou não estaria em condições de o fazer), enquanto na norma vigente se exige que uma cláusula com este teor esteja prevista no próprio contrato de mediação, o que se traduz, em princípio, num aumento da segurança jurídica para estas situações”. Mais continua a autora referindo que “esta leitura da lei não exclui que as partes possam convencionar a existência do direito a uma outra remuneração, autónoma: contrapartida, não da prestação objeto do contrato de mediação, mas de uma outra, como o é a celebração de um contrato-promessa relativamente ao negócio visado. O que releva, nesta sede, é que se identifique claramente no contrato a contrapartida estabelecida para a celebração do contrato-promessa e a remuneração prevista para a conclusão do negócio visado com o contrato de mediação”. O que não será possível, no seu entendimento, é “acordar que a obrigação de pagamento da remuneração nasce com a celebração do contrato-promessa”, de tal sorte que, caso o contrato definitivo não venha a ser celebrado, as quantias recebidas no momento da celebração do contrato promessa devem ser devolvidas (cf. pág. 241).

⁵² Cf. Manuel SALVADOR, *Contrato de Mediação*, 104

⁵³ Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 226.



celebração do contrato visado pela mediação, embora se sustente que não tem de ser causa exclusiva⁵⁴.

O requisito torna-se particularmente importante para resolver muitos problemas que recorrentemente emergem na prática negocial. Assim, quando o contrato venha a ser celebrado depois de caducar ou ser denunciado o contrato de mediação, o mediador continua a ter direito à remuneração, desde que a sua atividade tenha sido determinante da celebração do negócio; quando haja, por falta de exclusividade, vários mediadores, o direito à remuneração caberá àquele relativamente ao qual se pode estabelecer um nexo de influência decisiva⁵⁵. Do mesmo modo, “quando, apesar de celebrado com pessoa diferente da angariada pelo mediador, exista um nexo causal entre a atividade do mediador e a celebração do contrato por o novo interessado ter, graças a uma qualquer relação com o angariado, celebrado o contrato apenas para frustrar o direito do mediador à remuneração, beneficiando o angariado do contrato a final celebrado de modo semelhante ao que beneficiaria se o tivesse celebrado pessoalmente”, deve reconhecer-se o direito à remuneração⁵⁶.

⁵⁴ Cf. A. Menezes Cordeiro, *Direito comercial*, 700 s.; Higinia Castelo, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 270

⁵⁵ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 272.

⁵⁶ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 272. Sobre o ponto, cf., ainda, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Direito Comercial*, I, 243, considerando que não raras vezes o solicitador termina a relação contratual com o mediador com o intuito de evitar o pagamento de uma comissão, vindo depois a celebrar o contrato com o sujeito angariado pelo mediador, ou diretamente ou através de outro mediador, com



quem acordou um valor mais baixo da comissão. Nestas situações, alguma jurisprudência admite que, por existir um nexó de causalidade, o direito à remuneração se mantém – nesse sentido, cf. Ac. STJ 15-11-2007, relator João Bernardo. A solução não é, contudo, aceite unanimemente. Em sentido diverso, v. Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, n.74, considerando que “apesar de ser de reconhecer, aqui, a existência do referido nexó de causalidade, parece-nos duvidoso que o direito à comissão possa fundamentar-se deste modo, uma vez que, no momento da sua constituição, não existia entre o proprietário do imóvel e aquele que reclama o direito à comissão qualquer relação contratual”. Admite, porém, a autora, num entendimento que nos parece de aplaudir, que é possível tentar fundamentar a solução na pós-eficácia das obrigações, no artigo 422º CC e, por analogia, na norma do artigo 16º do DL nº 178/86, de 3 de julho, relativo ao contrato de agência, nos termos do qual “agente só tem direito à comissão pelos contratos celebrados após o termo da relação de agência provando ter sido ele a negociá-los ou, tendo-os preparado, ficar a sua conclusão a dever-se, principalmente, à atividade por si desenvolvida, contanto que em ambos os casos sejam celebrados num prazo razoável subsequente ao termo da agência”. Em causa está uma tentativa de evitar um enriquecimento injusto do principal.

Para uma análise da possibilidade de aplicação analógica da disciplina do contrato de agência a outros contratos de distribuição comercial, cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, anotação, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, 43 s.; A. Pinto MONTEIRO, “Contrato de agência (Anteprojecto)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 360, 43 s.; R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising*, 7ª edição, Milão, 2001, 390 s.; Carolina CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

A nota da estabilidade ínsita à relação de agência seria fundamental para a distinguir do contrato de mediação. Consoante explica Pinto Monteiro, “não se confunde, assim, a agência com o contrato de mediação, visto que, apesar de em ambos alguém atuar como intermediário, aproximando os contraentes e preparando a conclusão do contrato, o mediador, ao contrário do agente, atua com imparcialidade e só ocasionalmente, quando solicitado para determinado ato concreto”. Sobre o ponto, cf. R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di*



Contrariamente, a doutrina tem entendido que, se o contrato definitivo não se chega a celebrar, ainda que por culpa exclusiva do solicitador, o mediador não tem direito à remuneração. Só assim não será naquelas hipóteses em que o contrato de mediação visava a celebração de um contrato promessa⁵⁷. Do mesmo modo, havendo um interessado angariado pelo mediador na celebração do

vendita. Il franchising, 46 s. Não obstante as diferenças, a doutrina e jurisprudência vêm entendendo que, na falta de um regime legal próprio, se podem mobilizar, num juízo de pendor analógico, as regras próprias da agência para orientar o decidente na solução de problemas que surjam no seio de outros contratos de cooperação. Sobre o ponto, veja-se, ainda, A. Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, I, 513; L. Menezes LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Almedina, Coimbra, 2006, 84 s.; A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 59 s. e 138 s. Do preceito poder-se-ia, assim, retirar um princípio geral que, entroncando na boa fé, nos viabiliza a sua extensão para além do contrato de agência.

A este propósito, veja-se, ainda, o Ac. TRL 12-9-2023, proc. nº673/22.3T8CSC.L1-7, relatora Alexandra Rocha, considerando que “o direito à remuneração do mediador imobiliário, no caso de contrato não sujeito a regime de exclusividade, implica a verificação cumulativa de três requisitos: atividade do mediador no sentido de aproximar o cliente de um terceiro interessado no negócio que aquele quer celebrar; conclusão válida do contrato pretendido; nexos de causalidade adequada entre aquela atividade e a conclusão deste contrato. Apesar de, em princípio, não existir direito à remuneração se o negócio pretendido pelo cliente vier a ser concluído com alguém não foi “angariado” pelo mediador, deve entender-se que tal direito subsiste no caso de o contrato pretendido ser celebrado com alguém especial e indissociavelmente ligado, nomeadamente através de representantes legais comuns e de negócios tendentes ao mesmo fim, ao terceiro relativamente ao qual a mediadora exerceu a sua atividade”.

⁵⁷ Manuel SALVADOR, “Contrato de Mediação (Anotação ao Acórdão do STJ de 1-4-1964)”, *O Direito*, 2, 1970, 14 s.; Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 229



negócio visado pela mediação e desistindo o solicitador da celebração do mesmo, entende-se que não emerge qualquer direito remuneratório.

No caso da mediação imobiliária, esta solução parece ser afastada nas hipóteses em que é aposta ao contrato uma cláusula de exclusividade, quer se trate de uma exclusividade simples (quando o solicitador não possa celebrar idêntico contrato com outro mediador), quer se trate de uma exclusividade reforçada (quando, para além de não poder celebrar um contrato que vise o mesmo negócio com outro mediador, também o solicitador não possa procurar um terceiro interessado).

Conforme o artigo 19º/2 Lei nº15/2013, havendo uma cláusula de exclusividade, é devida ao mediador a remuneração acordada nos casos em que o negócio visado no contrato de mediação não se concretize por causa imputável ao solicitador.

De acordo com Higinia Castelo, tendo de se apurar casuisticamente o efeito da exclusividade, sempre se terá de reconhecer que a cláusula opera uma mudança estrutural na relação, fazendo avultar uma obrigação a cargo do mediador, ou seja, a vinculação do mediador à obrigação de prestar a atividade de mediação⁵⁸, o que implicará, por seu turno, um direito à remuneração mesmo que o contrato pretendido não venha a ser celebrado por causa imputável ao solicitador. Nas palavras da autora, “a remuneração da mediadora depende aqui quase unicamente do cumprimento da sua obrigação e do sucesso

⁵⁸ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 384 s.



desta”⁵⁹, de tal sorte que se faz confluír uma *cláusula de exclusividade* com uma *cláusula de irrevogabilidade*, ou seja, o solicitador fica “vinculado à celebração do contrato visado com o interessado que o mediador exclusivo lhe encontre”, não podendo desistir do contrato inicialmente desejado⁶⁰.

Do mesmo modo, respondendo à questão de saber quais as consequências da violação da regra da exclusividade por parte do solicitador, Higinia Castelo sustenta que o mediador tem direito à remuneração⁶¹. Consoante se pode ler na sua obra, “uma cláusula de exclusividade implica a assunção pelo mediador de uma obrigação principal *de facere*, mesmo nos ordenamentos em que o contrato de mediação simples não a comporta. Tal obrigação mantém com a obrigação de remuneração a cargo da contraparte uma relação de sinalagmaticidade. Nos contratos bilaterais, se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação (artigo 795º, nº 2, do CC). É também esta a solução conferida para o caso análogo do contrato de agência exclusivo – o agente tem direito à comissão por atos

⁵⁹ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 387.

⁶⁰ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 388-389, sublinhando ainda que “a norma do artigo 19º, n.º 2, do RJAMI obriga o cliente a pagar a remuneração desde que, durante a vigência do contrato, o mediador lhe apresente um real interessado e o contrato não se concretize apenas por causa imputável ao cliente. Tanto significa que esta norma acopla às estipulações de exclusividade o efeito próprio de uma cláusula de irrevogabilidade. As cláusulas, embora conceitualmente divergentes, perante o regime jurídico português do contrato de mediação imobiliária convergem necessariamente”.

⁶¹ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 391.



concluídos durante a vigência do contrato (mesmo que não os tenha promovido nem tenham sido celebrados por clientes por si angariados), se gozar de um direito de exclusivo para uma zona geográfica ou um círculo de clientes e os mesmos tenham sido concluídos com um cliente pertencente a essa zona ou círculo de clientes (cfr. artigo 16º, nº 2, conjugado com o nº 1, do RCA)”.

A posição da autora não gera, contudo, unanimidade. Se para Higinia Castelo a cláusula de exclusividade nos faz, nos casos de não celebração do negócio por facto imputável ao solicitador, prescindir do nexu de causalidade, outros entendimentos apontam para um efeito mais modesto. De acordo com Maria de Fátima Ribeiro, “a função da cláusula de exclusividade é (...) tão-só a de afastar a necessidade de demonstração do nexu de causalidade entre a atividade do mediador e a conclusão desse negócio. Por outras palavras, também na presença de uma cláusula de exclusividade, o mediador só adquire o direito à comissão quando estejam presentes todos os requisitos necessários para a sua constituição”⁶², o que faz com que não seja perentória a resposta à questão de saber se o mediador tem direito à comissão em caso de denúncia do contrato de mediação⁶³. Não obstante, a autora considera que se deve “se admitir o reconhecimento do direito à comissão, mesmo quando não se prove que a conclusão do negócio ficou a dever-se à atividade do mediador – sobretudo porque não é absurdo considerar que a denúncia do contrato de mediação pelo

⁶² Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 250 s.

⁶³ Cf. Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 252



comitente pode ter sido motivada, precisamente, pela sua vontade de evitar os efeitos de uma cláusula de exclusividade”⁶⁴.

Creemos que a solução terá de resultar das regras gerais em matéria contratual. Havendo exclusividade, o solicitador obriga-se a não permitir que um terceiro que não o mediador promova a celebração de um negócio. Significa isto que, se vier a celebrar um contrato com um destinatário angariado por terceiro (ou por si, nos casos de exclusividade reforçada), viola um dever de omissão, incorrendo em responsabilidade, pelo que deve o mediador ser colocado na posição em que estaria se não tivesse existido violação, ou seja, se o dever de atuação exclusiva tivesse sido pontualmente cumprido. Respondendo o solicitador pelo interesse contratual positivo, o mediador terá, pelo menos, direito ao valor da comissão acordada.

A solução, do ponto de vista da intencionalidade judicativa, não dista daquela a que se chega nas hipóteses em que, não tendo havido violação do acordo de exclusividade, o negócio visado pela mediação apenas não se celebra por facto imputável ao solicitador.

Na verdade, a regra consagrada no artigo 19º/2 Lei nº15/2013 mostra-se em consonância com as regras gerais de direito privado. Nos termos do artigo 813º CC, o credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os atos necessários ao cumprimento da obrigação. Havendo mora, o risco da impossibilidade superveniente da prestação, que resulte de facto

⁶⁴ Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 252



não imputável a dolo do devedor, corre por conta do credor (no caso o solicitador), que, ainda que perca total ou parcialmente o seu crédito (ou seja, a possibilidade vir a celebrar o negócio) não fica exonerado da contraprestação, nos termos do artigo 815º CC.

É claro que, sendo a mora do credor uma categoria específica, com contornos muito precisos, haverá situações em que a não celebração do contrato por causa imputável ao solicitador pode não configurar uma específica hipótese de mora. Contudo, havendo analogia estrutural e judicativa, poder-se-ia dispensar a essas hipóteses a solução pensada em especial para a mora em sentido estrito.

Do mesmo modo, estando em causa um contrato bilateral (ainda que imperfeito), haveremos de considerar o artigo 795º/2 CC. Dispõe o preceito que, nos contratos bilaterais, se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação⁶⁵.

A questão que se deve colocar é se não será possível chegar à mesma solução ou a uma solução similar fora das hipóteses de exclusividade.

3. O problema da não remuneração do agente não exclusivo

À questão formulada no final do ponto expositivo anterior, a

⁶⁵ A estes acrescem outros argumentos que analisaremos *infra*, por uma questão de facilidade expositiva.



doutrina tem respondido negativamente. Para tanto, invoca-se, desde logo, no que respeita à mediação imobiliária, o direito positivo. Se o artigo 19º/2 Lei nº15/2013 admite, quando haja aposição de uma cláusula de exclusividade, a remuneração do mediador quando o negócio visado não se venha a concluir por causa imputável ao solicitador, então, *a contrario*, dever-se-ia concluir que esse direito inexistente fora das hipóteses de exclusividade.

Diversos outros argumentos convergem no mesmo sentido.

Invocam alguns autores que, estando-se diante de um contrato unilateral, por não emergir qualquer obrigação de prestação principal a cargo do mediador, o solicitador mantém intocável a sua liberdade de decidir se celebra ou não o contrato, não podendo recair sobre ele qualquer sanção.

Além disso, ao não recair sobre o mediador uma obrigação em sentido estrito, conservando ele a sua inteira liberdade para levar ou não a cabo a sua atividade, o risco de não concretização do negócio de que depende o direito à remuneração corre por conta do mediador.

No polo oposto, insignes juristas consideram que, configurando-se a mediação como um contrato bilateral, resulta para o mediador uma obrigação de resultado, donde o cumprimento apenas se verifica com a celebração do contrato visado pela mediação, não podendo falar-se, antes disso, de um direito à remuneração.

Nenhum destes argumentos é, contudo, concludente. Nessa medida, haveremos de analisá-los aprofundadamente.



Supra, tivemos oportunidade de aduzir razões no sentido de sustentar que o mediador imobiliário não deixa de estar vinculado juridicamente e de, no seio dessa vinculação, emergir uma verdadeira obrigação. Mas, ainda que assim não fosse, a natureza unilateral do acordo não obstará a que emergissem deveres que, decorrendo da boa fé, poderiam gerar, se violados, responsabilidade para as partes. Nessa medida, fica em aberto a questão de saber se, não sempre, mas nas hipóteses de não concretização do negócio visado pelo contrato por facto imputável ao solicitador, quando tal facto denote a violação de deveres impostos pela boa-fé, não se pode justificar uma solução idêntica à pensada pelo legislador para as hipóteses de exclusividade.

Por outro lado, aceitando por bom o entendimento segundo o qual estamos diante de um contrato bilateral (imperfeito), importa considerar a natureza da obrigação que recai sobre o mediador. A imprevisibilidade do resultado da atividade do mediador, que fica sempre dependente da vontade de um terceiro, parece apontar para a ideia de que estamos diante de uma obrigação de meios. Na verdade, a contingência do resultado impede-nos de considerar que o resultado integra o interesse contratual e não apenas a finalidade do contrato⁶⁶. O mediador apenas se pode obrigar a envidar os seus melhores esforços para garantir aquela finalidade que se conxiona, necessariamente, com o interesse do credor.

Contudo, como explica Hígina Castelo, “a interdependência que no contrato de mediação se observa entre a atividade a que o

⁶⁶ Cf., a este propósito, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 157 s.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 491-2



mediador se vincula, o resultado para que ela se orienta (susceptível de integrar a prestação) e a finalidade do contrato (a celebração do contrato visado) é estreita ao ponto de a impossibilidade da celebração do contrato visado ter uma repercussão direta no interesse contratual (primário) do cliente e, conseqüentemente, na prestação. Assim, se a celebração do contrato visado deixa de poder ser atingida (por exemplo, porque o objeto mediato do contrato visado desaparece num incêndio), ou é obtida por um acontecimento externo à relação de mediação (o cliente celebra o contrato com terceiro por si encontrado ou angariado por outro mediador), isso tem como consequência a impossibilidade da prestação do mediador, com o sentido amplo que tem no âmbito do artigo 790º do CC, e a conseqüente extinção da sua obrigação. Com efeito, apesar de, em abstrato, ainda ser possível ao mediador encontrar um interessado para um contrato com determinadas características, já não lhe será possível encontrar um interessado no concreto contrato que era visado no contrato de mediação, uma vez que a sua celebração deixou de ser possível, dado o seu objeto mediato já não estar na titularidade do cliente (seja porque materialmente desapareceu, seja porque o cliente já dispôs dele)”⁶⁷.

Ou seja, o facto de a finalidade do contrato ter “uma conexão tão estreita com a prestação, não se repete, pelo menos tipicamente, noutros contratos e tem conduzido a alguma turbulência analítica”, com muitos autores a sustentar estarmos diante de uma obrigação

⁶⁷ Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 224.



de resultado⁶⁸.

Não cremos que este seja o melhor entendimento acerca da questão. Mas, sendo, então haveríamos de perceber que os autores que, concluindo que, porque não se verificou o resultado, não há cumprimento, não se podendo exigir a contraprestação, entram em contradição com os dados normativos do sistema, não tendo em conta o disposto no artigo 815º CC, sempre que o resultado seja recusado pelo solicitador ou sempre que ele impeça com os seus atos a celebração do negócio. É que, numa hipótese como essa, o risco da impossibilidade superveniente da prestação corre por conta do solicitador, exceto se houver dolo do mediador e puder ser imputado a esse dolo a não celebração do negócio, não ficando aquele exonerado do pagamento da remuneração. Do mesmo modo, estando em causa um contrato bilateral, se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação, nos termos do artigo 795º CC.

A exclusão da remuneração ficaria, assim, reservada para as hipóteses em que o solicitador, direta ou indiretamente, não tenha impedido a celebração do negócio visado pela mediação, ou seja,

⁶⁸ Higina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 224. A autora entende que “o interesse contratual do cliente do mediador é o conseguimento de um interessado para certo contrato. O resultado que em concreto satisfizer o interesse do credor equivale à prestação se a ele o devedor se tiver obrigado (caso em que estamos perante uma obrigação de resultado) ou será apenas o paradigma pelo qual se aferirá a bondade da prestação quando o devedor apenas aos melhores esforços para o conseguir se tenha vinculado (caso em que estamos perante uma obrigação de meios)” (pág. 231). Mais acrescenta que a dicotomia, que poderia ser relevante do ponto de vista da distribuição do ónus da prova, não tem impacto significativo ao nível da mediação (imobiliária).



para os casos em que a não verificação do resultado se ficou a dever à concretização do risco que a mediação envolve.

Estamos, na verdade, diante de um contrato que muitos qualificam como aleatório⁶⁹. A onerosidade que os reveste, em geral, resulta da submissão a uma *álea*, a uma possibilidade de ganhar ou de perder⁷⁰. No fundo, no momento da celebração do negócio, desconhece-se a quem vai pertencer a vantagem patrimonial que ele envolve ou, pelo menos, qual a dimensão das vantagens patrimoniais envolvidas. Estão em causa situações em que há apenas uma prestação, não sabendo quem a tem de efetuar; situações em que há duas prestações, sendo uma certa e outra incerta; situações em que há duas prestações certas, sendo uma incerta quanto ao montante⁷¹.

No contrato de mediação, estamos exatamente perante uma hipótese em que uma prestação – a do mediador – é certa (pelo menos para quem sustente que impende sobre ele uma verdadeira obrigação) e outra é incerta. Essa incerteza resulta do normal funcionamento do mercado e do facto de o resultado final pretendido (o fim do contrato) depender não exclusivamente do trabalho do mediador, mas de um evento externo que implica a colaboração de um terceiro.

Repare-se, contudo, que o contrato só poderá ser qualificado

⁶⁹ Manuel SALVADOR, *Contrato de mediação*, 22; A. Menezes CORDEIRO, *Direito comercial*, 703; Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, 230

⁷⁰ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2021, 403.

⁷¹ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 403



como aleatório se, como explica Menezes Cordeiro, a álea fizer parte da natureza do negócio de tal modo que ele não faça sentido de outro modo, sendo este um aspeto importante, já que, como recorda o autor, qualquer contrato implica a repartição de riscos⁷². Como enfatiza Hígina Castelo, a propósito do contrato de mediação, “enquanto a álea normal é exterior ao contrato, eventual e afeta o valor da prestação; a álea própria dos contratos aleatórios é intrínseca, necessária e afeta a existência ou a extensão da prestação”⁷³.

Contudo, Hígina Castelo chama a atenção para um ponto particularmente relevante: “o raciocínio expendido conduziria facilmente à classificação do contrato de mediação como contrato aleatório sempre que, como é regra, a remuneração esteja dependente da celebração do contrato visado, evento externo ao contrato de mediação porque não consistente na prestação do mediador e dependente de comportamentos que não estão na sua disponibilidade. E, no entanto, algo separa o contrato de mediação dos demais contratos habitualmente classificados como aleatórios. Nestes últimos, a prestação aleatória é sempre a prestação característica e nunca a prestação de pagamento ou retribuição”⁷⁴.

Tem razão a autora quando explica que “a função económico-

⁷² Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 111 s. Sobre o ponto, veja-se António Pinto MONTEIRO (coord.), *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015. No mesmo sentido, cf., especificamente a propósito do contrato de mediação, Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 262 s.

⁷³ Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 265.

⁷⁴ Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 266.



social dos contratos aleatórios reconduz-se [...] à cobertura de um risco exógeno e preexistente, ou criação de um risco novo. No contrato de mediação, por sua vez, a sua finalidade económico-social é a da troca de um serviço por um preço. O risco adveniente de o direito à remuneração estar dependente de um evento futuro e incerto não constitui a finalidade do contrato, mas apenas uma forma de o cliente se assegurar facilmente, sem custos, de que apenas paga se a parte contrária tiver cumprido satisfatoriamente a sua obrigação. Trata-se, a um tempo, de um mecanismo *autocoercivo*, gerador de um empenho acrescido do mediador no desenvolvimento de uma atividade eficaz, e de um mecanismo de segurança para o cliente que nada terá de pagar se não quiser aproveitar a oportunidade negocial encontrada pelo mediador, tendo em ambos os casos contrapeso no normalmente elevado valor da remuneração”⁷⁵.

Não cremos que esta *nuance* funcional nos afaste, aos nossos olhos, da classificação do contrato como aleatório, porquanto o critério classificatório é estrutural. Mas, a necessidade de operar a condição chama-nos a atenção para o facto de o direito à comissão ficar dependente de um evento futuro e incerto, não se cobrindo um risco ou não se criando um risco novo. Este dado leva-nos a um segundo nível de problematidade, fazendo-nos confrontar com o conceito de condição.

A condição é uma cláusula acessória típica por meio da qual as partes subordinam a eficácia de um negócio à verificação de um acontecimento futuro e incerto (artigo 270º CC), podendo ser

⁷⁵ Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 267.



suspensiva, se o negócio só passar a produzir efeitos a partir da verificação do evento condicionante; ou resolutive, se o negócio cessar a produção dos seus efeitos, a partir do momento em que se verificar o acontecimento futuro e incerto.

Para que se possa falar de condição é essencial que haja subordinação dos efeitos do negócio a um evento futuro e incerto e que essa subordinação resulte da vontade das partes e não da lei. Fala-se, por isso, por falta de algum destes requisitos, de *condições impróprias*: é o caso das condições referidas ao passado ou ao presente; das condições necessárias; das condições impossíveis e das condições legais⁷⁶.

Para além de suspensivas e resolutive, as condições podem ser *potestativas* ou *causais*. No primeiro caso, o evento condicionante fica dependente da vontade de uma das partes; no segundo caso, fica dependente da vontade de um terceiro ou traduz-se num facto natural. Tratando-se de uma condição potestativa, conforme ensina Menezes Cordeiro, “o participante em causa recebe o direito potestativo de deter ou de desencadear a eficácia do negócio, consoante seja resolutive ou suspensiva”⁷⁷. O autor entende, por isso, que não estamos diante de uma condição em sentido próprio.

Mota Pinto apresenta um entendimento diverso, mas não sem chamar a atenção para alguns problemas. Na verdade, a condição potestativa pode ser arbitrária, se o evento condicionante é um puro querer ou um facto complementemente insignificante, ou não

⁷⁶ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 358; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 562; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 641

⁷⁷ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 640.



arbitrária, se o evento condicionante é um facto com alguma gravidade ou seriedade. Por outro lado, a condição potestativa pode ser *a parte creditoris* e *a parte debitoris*, consoante o evento condicionante se trate de um ato do credor ou do devedor⁷⁸. Explica, então, o autor que “a condição potestativa arbitrária *a parte creditoris* é inútil” e que a “a condição potestativa arbitrária *a parte debitoris* é inadmissível”, alertando, contudo, que nos contratos bilaterais, a condição nunca será verdadeiramente arbitrária, “pois o contraente cujo ato funciona como evento condicionante terá ou não direito à contraprestação consoante a sua atitude, pelo que esta nunca consistirá num puro querer”⁷⁹.

O pouco que se disse acerca das condições é suficiente para percebermos que, estando em causa a remuneração devida no âmbito de um contrato de mediação imobiliária, não é possível, a este nível, falar de uma verdadeira e própria condição. Basta perceber para tanto que a subordinação dos efeitos do negócio a um evento futuro e incerto resulta diretamente da lei e não da vontade das partes.

Por outro lado, mesmo não se exigindo, para que uma cláusula seja qualificada como condição, que ela afete a globalidade dos efeitos do negócio e não se deixando de reconhecer que, ao integrar um negócio jurídico, acaba por perder a sua autonomia, formando um todo unitário⁸⁰, há que reconhecer que falta o elemento de

⁷⁸ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 566

⁷⁹ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 566

⁸⁰ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 642; Castro MENDES, “Da condição”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 263, 1977, 50 s.; João de Oliveira



accessoriedade. Como explica Higinia Castelo, “não é uma cláusula acessória ou um elemento acidental, por referência a um tipo preexistente, mas um elemento caracterizador do contrato, sem o qual a qualificação se altera. O contrato de mediação, portador da referida característica, não é um tipo normal modificado, mas um tipo normal, sem mais”⁸¹.

Não obstante as diferenças que se assinalam, há um sentido intencional próximo porque, tal como nos contratos aos quais é aposta uma condição, no contrato de mediação um dos efeitos do acordo das partes fica dependente de um evento futuro e incerto. Denotando-se essa proximidade estrutural⁸², teremos de indagar se, na necessária remissão da norma para os princípios, se justificará mobilizar algumas das soluções pensadas em geral pelo legislador para as condições para o condicionamento do direito à remuneração do mediador. Dito de outro modo, há que aferir se se cumprem (ou não) os dois momentos da analogia jurídico: a analogia problemática e a analogia judicativa.

O exercício há de ser levado a cabo por referência a cada caso concreto que suscita a mobilização da norma ou das normas. Importa, por isso, relembrar que o nosso problema passa por saber se o solicitador pode simplesmente desistir do negócio depois de o

GERALDES, *Tipicidade Contratual e Condicionalidade Suspensiva - Estudo sobre a Exterioridade Condicional e sobre a Posição Jurídica resultante dos Tipos Contratuais Condicionados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 117 s.

⁸¹ Higinia CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 258.

⁸² Cf. Olaf JANSEN, *Die Nebenpflichten im Maklerrecht*, 9, considerando que o contrato de mediação está sujeito a uma condição potestativa; Christian Marquis, *Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier*, 343;



mediador lhe apresentar um interessado, sem causa justificativa, e sem necessidade de pagar a remuneração acordada; ou, noutras hipóteses, se o solicitador pode, sem assumir o encargo da comissão, obstaculizar indiretamente a celebração do negócio.

Tratando-se de uma condição, a solução seria simples. Prevendo situações de *sabotagem da condição*⁸³, o nº 2 do artigo 275º CC estabelece que, se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada. A solução tem sido entendida pelos autores como uma concretização do artigo 272º CC, nos termos do qual “aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou adquirir um direito sob condição resolutiva, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa-fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte”⁸⁴, estando em linha com o disposto no § 162 BGB. Nessa medida, surgiria como uma projeção do princípio da boa fé e da confiança, na medida em que o que se pretende é evitar que, sempre que a eficácia de um negócio fique dependente da verificação de um evento futuro, um dos contraentes possa influenciar, com o seu comportamento, o rumo dos acontecimentos, conduzindo à verificação de tais eventos ou impossibilitando tal verificação.

A boa-fé, entendida em termos objetivos, é chamada a depor a este nível para efeitos de consolidação das hipóteses de sabotagem. Não se exige uma conduta dolosa, mas apenas uma conduta que

⁸³ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 572.

⁸⁴ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 652.



contrarie aquilo que seria expectável a um contraente honesto, leal e correto⁸⁵. De acordo com Mota Pinto, “comporta-se contra a boa-fé quem não se comporta como se pode esperar, segundo o sentido do contrato, de um contraente que pense com lealdade; não é preciso que o contraente vise dolosamente a verificação da condição; basta que o seu comportamento, de uma forma reconhecível para ele, não corresponda ao que a outra parte, segundo a boa-fé, tem legitimidade para esperar dele”⁸⁶. Já para Menezes Cordeiro, estamos diante de uma manifestação da boa-fé objetiva, a implicar a observância de dois princípios fundamentais, a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente. Assim, “as partes não [podem] agir contra o que, pelas suas opções contratuais ou pela ordem natural das coisas, iria, em princípio, suceder, em termos que provocaram a crença legítima da outra parte”⁸⁷; e “a primazia da materialidade subjacente obriga a que a condição não possa transformar-se num jogo formal de proposições: ela deve exprimir, no seu funcionamento, a vontade condicional das partes, isto é, a sua subordinação ao facto futuro e incerto que escapa à vontade de qualquer delas”⁸⁸, pelo que haverá contrariedade à boa-fé se uma das partes incidir sobre o “*iter* formativo da condição, desde que se venha a interferir na sua ocorrência (ou não-ocorrência) em termos que contrariem a confiança da outra parte; e se venha a bulir com a essência futura e

⁸⁵ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 572. Bastar-nos-íamos, portanto, com uma conduta negligente ou com uma conduta que violasse em termos objetivos o princípio da confiança.

⁸⁶ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 572.

⁸⁷ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 653.

⁸⁸ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 653.



incerta da verificação da condição, transformando-a, por exemplo, num simples exercício potestativo da parte interventora”⁸⁹.

A questão que se coloca é a de saber se, apesar das diferenças, as semelhanças denotadas podem ou não sobrelevar, justificando a aplicação da solução pensada no artigo 275º/2 CC aos contratos de mediação, no tocante à verificação do evento futuro e incerto de que depende o surgimento do direito à comissão.

A resposta a esta questão só a conseguiremos encontrar se adequadamente remetermos a norma e o caso para as exigências de sentido que os princípios normativos nos comunicam. São vários os princípios que a este nível se tornam atuantes. Por um lado, há que ter em conta que o solicitador mantém a liberdade de celebrar ou não o contrato, podendo desistir dele. Mas esta liberdade não pode deixar de ser a liberdade de um contraente honesto, correto e leal, de tal sorte que, embora o risco de não verificação do resultado corra por conta do mediador, se a não celebração do contrato resultar de um comportamento do solicitador contrário à boa fé, deve entender-se que se ultrapassa o risco próprio do negócio e a álea que lhe está subjacente.

Sendo a solução relativa à sabotagem da condição uma projeção do princípio da boa fé, torna-se inequívoco que, também ao nível da mediação, com as diferenças que podemos recortar entre as duas hipóteses, aquela boa fé não pode deixar de derramar a sua eficácia.

Não será, portanto, qualquer desistência do negócio que implica o surgimento da obrigação de pagamento da comissão ao mediador.

⁸⁹ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 653.



Mas, se essa desistência for acompanhada de uma deslealdade, de uma incorreção ou de uma desonestidade, devemos dar por verificado o evento condicionante.

Assim, se A, solicitador, decide, no momento da celebração do contrato, que não o quer celebrar porque, apercebendo-se que o mesmo tem boa aceitação no mercado, resolve aumentar o preço de venda, depois de ter sido feito um estudo de mercado e discutido longamente o valor com o próprio intermediário; ou se A presta informações falsas ou omite documentação essencial para a celebração do negócio, impedindo a sua concretização; ou se A, já depois de todas as negociações (que podem até ter sido levadas a cabo pelo mediador), resolve não celebrar o contrato porque descobre que outro mediador, cobrando uma comissão mais baixa, lhe proporia o mesmo negócio ou porque decide negociar diretamente com o terceiro interessado, devemos entender que não se afasta o direito à remuneração.

E não se diga, em abono de uma posição diversa, que há que manter intocável a liberdade de celebração do contrato. Não só esta liberdade não está em causa, apenas se sustentando que, mesmo que o negócio não venha a ser celebrado, o direito à comissão emerge; como não é novidade que o ordenamento jurídico, não podendo forçar a celebração do negócio, exceto quando haja vinculação prévia do sujeito (v.g. no caso de contrato promessa), disponibiliza remédios para as hipóteses em que se geram danos, na fase de negociação do contrato, com violação da boa fé, havendo uma hipótese de responsabilidade pré-contratual. Ora, se a responsabilização a este nível, permitindo uma analogia bastante com a responsabilidade contratual, encontra o seu fundamento



direto na boa fé e na confiança que ela inspira⁹⁰, por maioria de razão ao nível da mediação ela surge reforçada por força da vinculatividade negocial que lhe anda associada.

Não colhe, contra este argumento, a ideia de que a obrigação de pagamento da remuneração é meramente condicional, correndo por conta do mediador o risco de não verificação do evento futuro e incerto, porque a imperfeição bilateral do contrato não afasta do núcleo da relação obrigacional que ele gera, entendida como uma relação obrigacional complexa, uma série de deveres de proteção que encontram o seu fundamento na boa fé. Significa isto que, havendo violação de tais deveres, o solicitador teria de, verificados todos os pressupostos da responsabilidade contratual, colocar o mediador na situação em que ele estaria se não tivesse havido preterição dos deveres em referência, podendo, dependendo dos casos concretos, este interesse contratual positivo vir a coincidir com a própria remuneração⁹¹.

⁹⁰ Em sentido diverso, no que toca ao fundamento da responsabilidade pré-contratual, cf. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2018

⁹¹ Noutras hipóteses, pode haver apenas direito à compensação pelas despesas em que o mediador incorreu. Tudo depende de determinar, tendo em conta o nexó de imputação objetiva que se há de estabelecer, os contornos do dano que se verificou. Se em causa estiver o dano que emerge em função da violação de determinados deveres de proteção, sem se pôr em causa um direito à remuneração, porque, de todo o modo, o solicitador não tinha ainda gerado expectativas suficientemente dignas de proteção no sentido da celebração do negócio, então, pode não fazer sentido uma indemnização pelo interesse contratual positivo que venha a corresponder à não celebração de um negócio a partir do qual surgiria a remuneração.



E se estes argumentos não fossem, por si só, concludentes, sempre se poderia fundar a mesma solução na ideia de abuso do direito⁹².

Próximo do nosso entendimento, embora não totalmente coincidente, é o juízo judicativo com que nos confrontamos no ordenamento jurídico suíço⁹³, no qual os tribunais entendem que, sendo o solicitador livre para celebrar ou não o negócio proposto pelo mediador, deve atuar sempre dentro dos limites impostos pela boa fé, de tal modo que, desinteressando-se do negócio, deve comunicar ao mediador tal facto o mais cedo possível, sob pena de incorrer em responsabilidade contratual, sendo obrigado a indemnizar as despesas em que o mediador tenha incorrido⁹⁴.

Mafalda Miranda Barbosa

⁹² Admitindo, embora sem desenvolver, a hipótese de abuso, cf. Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudo das prestações principais*, 362; Carlos Lacerda BARATA, “Contrato de mediação”, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, I, Almedina, Coimbra, 2002, 205 s.

⁹³ Sylvain MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, *Pour un Droit Équitable, Engagé et Chaleureux. Mélanges en l’Honneur de Pierre Wessner*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, 451, *apud* Maria de Fátima RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, n.40.

⁹⁴ Para outras considerações acerca desta solução indemnizatória, cf. *supra* nota 91.



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2023-10-07