



O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração

Maria de Fátima Ribeiro¹

1. O contrato de mediação.
2. A onerosidade do contrato de mediação: a remuneração do mediador. 2.1. A actividade do mediador. 2.2. A conclusão do negócio. 2.2.1. A remuneração do mediador e a celebração de contrato-promessa relativo ao negocio visado. 2.3. O nexu de causalidade entre a actividade de mediação e a conclusão do negócio.
3. A cláusula de exclusividade e o direito do mediador à remuneração.

A mediação é um contrato que desempenha um relevante papel no tráfico mercantil e que, em grande parte devido à sua atipicidade legal, levanta um número significativo de problemas, de entre os quais se destaca, pela frequência com que surge, o da determinação da existência do direito do mediador à remuneração.

Neste estudo, propomo-nos abordar a questão de saber como e quando se constitui, em regra, o direito do mediador à remuneração.

¹ Doutora em Direito. Professora Associada da Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa.



1. O contrato de mediação

A mediação costuma ser definida como um 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 remuneração². A pessoa que se obriga a promover a celebração do negócio é o mediador³, aquele que o contrata para o efeito é o comitente (ou solicitante)⁴ e aquele que

² O contrato de mediação pode ser celebrado por qualquer forma, salvo no caso de lei especial que excepcionalmente imponha uma forma específica – como acontece na mediação imobiliária, nos termos do disposto no artigo 16.º da Lei n.º 15/2013, de 8 de Fevereiro. Mas a mediação pode também ocorrer sem que tenha existido a prévia celebração de contrato entre o mediador e os intervenientes no negócio, caso em que se falará de mediação liberal. Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 663.

³ Embora no Código Comercial de Veiga Beirão, de 1888, nos artigos artigos 64.º e seguintes, a designação do mediador tenha sido “corrector”, mas correspondendo a um mediador público. Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, Lisboa, 1964, pág. 15; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pp. 671 ss..

⁴ A mediação pode ser unilateral ou bilateral. É unilateral, quando o mediador tiver celebrado um contrato de mediação apenas com uma das partes interessada no negócio. Será bilateral, sempre que o mediador tiver celebrado contratos de mediação com ambas as partes interessadas no negócio (o que será mais frequente no sector imobiliário). Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pp. 688 ss.. Se a mediação é bilateral, o mediador não toma, nessa actividade, qualquer posição de defesa dos interesses de uma das partes no negócio pretendido. Cfr. FERNANDO PESSOA JORGE, *O Mandato sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001 (reimpressão), pág. 233.



o mediador interessa na conclusão do negócio pretendido é o terceiro (ou solicitado). A remuneração devida pelo comitente ao mediador é a comissão.

Pelo contrato, o mediador obriga-se a aproximar o comitente de terceiros, estabelecendo os contactos necessários, informando e esclarecendo potenciais interessados no negócio pretendido. Cabe esclarecer que por negócio deve entender-se, precisamente, negócio jurídico, pelo que (dado que o mediador aproxima o comitente e um terceiro) a mediação visa proporcionar a celebração de um contrato, ficando afastada a qualificação como contrato de mediação de todo o contrato pelo qual uma das partes se obriga à produção de outro tipo de resultado⁵. Concluído o negócio pretendido – no qual, sublinhe-se, o mediador não intervém⁶ –, ou tornando-se este definitivamente impossível, cessa o contrato de mediação⁷.

Vale ainda, portanto, a definição de Vaz Serra: contrato de mediação é o “contrato pelo qual uma das partes se obriga a

⁵ Sobre o tema, cfr. HIGINA ORVALHO CASTELO, *O Contrato de Mediação, O Contrato de Mediação*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 225 ss..

⁶ Pois o mediador é um “facilitador”. Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial. Volume I. Parte Geral. Contratos Mercantis. Títulos de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 197. Nas palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contrato de Agência (Anteprojecto)”, in *BMJ*, n.º 360, Novembro 1986, 43-139, pág. 85: “a obrigação fundamental do mediador é conseguir interessado para certo negócio que, raramente, conclui ele próprio. Limita-se a aproximar duas pessoas e a facilitar a celebração do contrato”.

⁷ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pp. 253 e 261; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pág. 622. Cf. também o acórdão do TRL de 12 de Julho de 2007 (Fátima Galante), in www.dgsi.pt (todos os acórdãos referidos e citados neste trabalho podem ser consultados nesta fonte).



conseguir interessado para certo negócio e a aproximar esse interessado da outra parte; tal contrato pode ser feito de modo a o mediador agir com autonomia [...], e pode ainda ser celebrado de modo a o mediador agir no interesse de umas das partes do eventual futuro contrato, devendo promovê-lo e, em geral, defender aquele interesse”⁸.

1.1. Atipicidade e natureza do contrato de mediação

Historicamente, o mediador fazia da actividade de mediação a sua profissão (era um comerciante), o que levou a intervenções legislativas tendentes à regulação do seu exercício e à sua sujeição a autorização. Esta evolução veio a ser contrariada com a Revolução Francesa e a afirmação da liberdade do exercício da mediação, embora logo se tenha assistido a um movimento quase generalizado de regulação desta actividade profissional, qualificando-a frequentemente como de tipo público e, por isso, solicitando e justificando a intervenção do Estado⁹.

⁸ Cf. ADRIANO VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Março de 1967”, in *RLJ*, ano 100º, n.º 3355, 15 de Março de 1968, 343-348, pág. 343. Note-se que, embora seja frequente a afirmação de que a actuação do mediador é imparcial ou neutra, tal pode não se revelar inteiramente exacto no caso da mediação unilateral. Cfr. a análise de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, in *Scientia Iuridica*, tomo LXII, n.º 331 – Janeiro/Abril, 2013, 77-106, pp. 90 ss..

⁹ Cf. MASSIMO BRUTTI, “Mediazione (profili storici e dottrinali)”, in *Enciclopedia del Diritto*. XXVI. Giuffrè, Milano, 1976, 12-33, pp. 12 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pp. 665 ss..



Entre nós, o contrato de mediação é contrato socialmente típico¹⁰, mas legalmente atípico, muito embora o legislador português regule alguns contratos especiais de mediação (v.g. o contrato de mediação de seguros, o contrato de mediação imobiliária, o contrato de mediação de emprego, ou o contrato de mediação financeira¹¹)^{12/13}. Pode, assim, falar-se em mediação

¹⁰ Cf. CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo. Volume I*, Almedina, Coimbra, 2002, 185-231, pp. 190 ss., 208; MANUEL SALVADOR, “Contrato de Mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964)”, Separata de *O Direito*, n.º 2, 1970, Lisboa, 1970, pp. 12 ss.; *idem*, *Contrato de Mediação*, Lisboa, 1964, pp. 36 ss.; LUÍS POÇAS, *Estudos de Direito dos Seguros*, Almeida & Leitão, Porto, 2008, pág. 175.

¹¹ Cabe assinalar que nem sempre o exercício destas actividades é qualificado pela doutrina pátria como mediação em sentido próprio, sobretudo quando não se possam identificar nessa actuação as alegadas características da imparcialidade e da ocasionalidade. Atente-se, nomeadamente, no caso dos agentes de seguros, dos mediadores de seguros ligados, dos angariadores imobiliários. Cf. LUÍS POÇAS, *Estudos de Direito dos Seguros*, cit., pp. 178 ss.; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial. Vol. I. Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 142; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 461.

¹² Cf. o acórdão do STJ de 6 de Dezembro de 2012 (Ana Paula Boularot). A mediação de seguros está regulada no Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho; a mediação imobiliária, na Lei n.º 15/2013, de 8 de Fevereiro; a mediação de emprego, no Decreto-Lei n.º 124/89, de 14 de Abril; e a mediação financeira, nos artigos 289º e seguintes do Código dos Valores Mobiliários.

¹³ O mesmo acontece noutros ordenamentos jurídicos do espaço europeu, embora em alguns deles o contrato de mediação possa considerar-se legalmente tipificado. Para mais desenvolvimentos, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, cit., pp. 80 ss.; HIGINA ORVALHO CASTELO, *O Contrato de Mediação*, cit., pp. 85 ss..



típica e mediação atípica¹⁴.

Também devido à sua atipicidade legal, o contrato de mediação não é um contrato cuja natureza comercial ou civil decorra de uma específica norma legal¹⁵; contudo, a sua natureza comercial pode ser afirmada, desde logo, quando o negócio a cuja conclusão se dirige a actividade do mediador seja um contrato comercial, por conexão ou acessoriedade com esse contrato, por analogia com o que acontece, nomeadamente, quanto ao mandato mercantil, no artigo 231.º do Código Comercial¹⁶. Também pode entender-se que este contrato é um contrato comercial quando seja praticado no âmbito de uma “empresa aberta ao público, e mediante salário estipulado”, por aplicação directa ou por analogia – neste aspecto, não existe consenso doutrinal – do n.º 3 do artigo 230.º do Código Comercial¹⁷. Ainda devem ser considerados objectivamente

¹⁴ Cabe na mediação atípica, nomeadamente, aquela que visa promover a compra e venda de máquinas industriais e de têxteis. Cf. o acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 1994 (Figueiredo de Sousa).

¹⁵ Diferentemente se passa no direito alemão, uma vez que a mediação civil está prevista e regulada nos §§ 652 a 656 do BGB, enquanto para a mediação comercial regem especificamente os §§ 93 a 104 do HGB.

¹⁶ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 85.

¹⁷ Na verdade, não existe consenso quanto ao facto de o contrato de mediação ser subsumível à actividade de “[a]genciar negócio ou leilões por conta de outrem em escritório aberto ao público, e mediante salário estipulado”. Em sentido afirmativo, cf. MANUEL JANUÁRIO GOMES, “Da qualidade de comerciante do agente comercial”, in *BMJ*, n.º 313, Fevereiro 1982, 17-49, pág. 29; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial*, Reproset, Coimbra, 1995, pág. 388; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial. Volume I. Institutos Gerais*, FDL, Lisboa 1998/1999, pp. 261 ss.; LUÍS BRITO CORREIA, *Direito Comercial. Volume I*, AAFDL, 1987, pág. 203; MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial. Direito da Empresa*, 12.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2011, pág. 109; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de*



comerciais os contratos de mediação previstos e regulados em leis comerciais especiais (como é o caso do contrato de mediação de seguros, ou de mediação imobiliária). Finalmente, quando não esteja verificada nenhuma das situações precedentes, pode não ficar completamente afastada a possibilidade de se entender que o contrato de mediação é um contrato comercial, uma vez que a actividade do mediador se destina, sempre, a colaborar na intermediação entre a oferta e a procura, sendo portanto jurídica e economicamente mercantil¹⁸.

Quando não se trate de um contrato de mediação típico, o regime que lhe é aplicável, em tudo aquilo que não resulta da regulação que lhe for dada pelas próprias partes e não contrarie normas legais imperativas, é, em primeiro lugar, constituído pelas regras legais previstas para os contratos análogos (também cabe aqui o recurso às regras gerais das obrigações, bem como a outras regras que sejam directamente aplicáveis à situação em apreço)¹⁹.

Direito Comercial. Vol. I. Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos, cit., pp. 60, 78 ss., 144. Contra, CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, cit., pp. 190 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pág. 690 ss..

¹⁸ Cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial. Vol. I. Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, cit., pág. 144. Contra, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial. Volume I. Institutos Gerais*, cit., pág. 262, para quem o mediador ocasional, bem como o mediador que não constituiu empresa, não é comerciante. A solução proposta por COUTINHO DE ABREU assenta no recurso à *analogia iuris* com “princípios gerais” extraídos de grupos de normas qualificadoras de actos como mercantis, como decorre do que expõe na últ. ob. cit., a pp. 71 ss.. Este entendimento não tem, contudo, merecido a adesão da nossa doutrina.

¹⁹ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 36.



A doutrina costuma salientar, para este efeito, as semelhanças que existem entre mediação e mandato; contudo, em vários pontos, ele aproxima-se claramente mais da agência²⁰. E como “[h]á analogia sempre que no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”, nos termos do artigo 10.º, n.º 2, do Código Civil, o intérprete estará autorizado a recorrer às normas de um ou do outro contrato, consoante o aspecto de regime que se apresente omissivo: se, na situação a regular, o conflito de interesses apresentar maior similitude com aquele a que o legislador pretendeu dar resposta ao regular um destes outros contratos, o de mandato ou o de agência, é das regras desse outro que o intérprete deve socorrer-se para resolver a questão que lhe é colocada²¹.

Naturalmente, a qualificação do contrato como civil ou comercial também terá consequências a este nível, embora o artigo 3.º do Código Comercial deva ser interpretado com o sentido de estabelecer o recurso à analogia nos termos que ficam expostos, ou seja, sem que seja respeitada uma ordem de precedência nesse processo (das normas que regulam os casos análogos previstos na lei comercial, relativamente aos que estão regulados na lei civil), como parece equivocadamente resultar da sua letra²².

²⁰ Para o confronto entre mediação e mandato e mediação e agência, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração”, cit., pp. 86 ss..

²¹ Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1996 (reimpressão), pág. 202.

²² Cf. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito Comercial. Sumários das Lições ao 3.º Ano Jurídico*, ed., policopiada, Coimbra, 1977-1978, pp. 12 ss..



2. A onerosidade do contrato de mediação: a remuneração do mediador

O contrato de mediação é pacificamente considerado um contrato oneroso²³. O mediador terá, assim, direito a receber uma comissão, que lhe é devida pela parte que o contratou (pelo que o seu pagamento pode ser-lhe devido por uma das partes, ou por ambas, consoante se trate de mediação unilateral ou bilateral)^{24/25}.

²³ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pp. 20 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pág. 699; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial. Volume I. Parte Geral. Contratos Mercantis. Títulos de Crédito*, cit., pág. 197. Noutros quadrantes, neste sentido, cf. também FRANCISCO VICENT CHULIÁ, “Contrato de mediación” in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, 1594-1596, pág. 1595.

²⁴ As partes do negócio pretendido podem convencionar a partilha dos custos da comissão, a cargo de uma delas ou repartidos entre ambas na proporção que fixarem, mas o direito do mediador deverá ser exercido, em princípio, relativamente à parte que o contratou. Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial. Volume I. Parte Geral. Contratos Mercantis. Títulos de Crédito*, cit., pág. 198. Em sentido diferente, contudo, PAULO OLAVO CUNHA, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 200, expõe que a comissão é normalmente suportada pelo adquirente, a menos que as partes do contrato tenham convencionado uma forma diferente de proceder à remuneração do mediador.

²⁵ No direito italiano, estabelece-se que o mediador tem direito a receber uma comissão de cada uma das partes, desde que o negócio tenha sido concluído devido à sua intervenção, o que é consequência do modo como o contrato está tipificado nesse ordenamento jurídico e da própria concepção dominante da relação de mediação como relação plurilateral. Cf. ANTONINO CATAUDELLA, “Mediazione”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1-13, pág. 12.



Mas existe, na remuneração do mediador, uma nota específica: o direito à remuneração depende directamente da produção do resultado pretendido pelas partes (de resto, consiste habitualmente numa percentagem do valor do contrato definitivo). Ou seja, para que se torne devida a remuneração acordada, não basta que o mediador tenha desenvolvido todos os esforços para a produção desse resultado, sendo ao invés necessário que esses esforços tenham conduzido à celebração do negócio visado e que o negócio assim celebrado tenha resultado directamente dessa actividade do mediador²⁶.

Pode, então, qualificar-se a obrigação do mediador como uma obrigação de resultado: o mediador obriga-se a causar certo resultado, resultado esse que define a prestação, pelo que apenas existe cumprimento se o resultado vier a ocorrer em consequência da actuação do mediador. Nas obrigações de meios, ao invés, o devedor obriga-se a tentar adequadamente (praticando os actos adequados) causar o resultado, pelo que existe cumprimento quando o tenha assim tentado, ainda que o resultado não se tenha produzido, ou se tenha produzido devido a factos estranhos à sua actuação²⁷.

²⁶ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pp. 20 ss.; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 14 de Janeiro de 1964”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1965, n.º 3278, 268-272, pág. 269.

²⁷ Cf. PEDRO MÚRIAS/MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem* (coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, Almedina, 2012, 999-1018, pp. 1000 ss.. Neste sentido, cf. o Acórdão do TRL de 14 de Abril de 2011 (Maria Manuela Gomes): “[s]ão pressupostos do contrato de mediação: a) Um acordo de vontades pelo



A questão da remuneração está intimamente ligada a esta qualificação: apesar de, na realidade, poderem ser semelhantes os actos que o devedor há-de praticar, nas obrigações de resultado a remuneração só é devida se o resultado ocorrer como consequência adequada desses actos (o que resulta de forma clara, nomeadamente, das normas legais que regulam a mediação imobiliária²⁸), enquanto nas obrigações de meios existe o dever de

qual uma pessoa – o mediador – se encarrega, perante outra – o comitente – de encontrar uma terceira pessoa – interessado - com vista à conclusão, entre ambas, de um negócio pretendido pela segunda; b) Conclusão efectiva do negócio entre o comitente e o terceiro, como consequência adequada da actividade do mediador. Do contrato de mediação nasce uma obrigação de resultado”. Particularmente ilustrativo quanto à distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios é o Acórdão do TRC de 6 de Março de 2012 (Carlos Querido): “[a] fronteira entre os conceitos de «obrigação de resultado» e de «obrigação de meios» reside na diferente vinculação do devedor: nas de resultado, obriga-se a causá-lo; nas de meios, obriga-se a tentar adequadamente causá-lo. Daí decorre que: i) só há cumprimento das primeiras quando ocorra o resultado definidor da prestação, em consequência da acção do devedor; ii) nas de meios há cumprimento quando o resultado foi adequadamente tentado, ainda que não conseguido”.

²⁸ O n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 15/2013, de 8 de Fevereiro, define actividade de mediação imobiliária como aquela que consiste “na procura, por parte das empresas, em nome dos seus clientes, de 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 posição em contratos que tenham por objecto bens imóveis”. Acrescenta o n.º 2 que essa actividade também se consubstancia na “[p]rospeção e recolha de informações que visem encontrar os bens imóveis pretendidos pelos clientes” e na “[p]romoção dos bens imóveis sobre os quais os clientes pretendem realizar negócios jurídicos, designadamente através da sua divulgação ou publicitação, ou da realização de leilões”. Dispõe o n.º 4 que “[a]s empresas de mediação imobiliária podem ainda prestar serviços que não



remunerar a actividade do obrigado (e, normalmente, essa remuneração é calculada tendo em conta factores como as horas que o devedor despendeu na prática dos actos devidos)^{29/30}.

O facto de a remuneração do mediador depender do resultado da sua actividade leva, no fundo, à obrigatoriedade da verificação

estejam legalmente atribuídos em exclusivo a outras profissões, de obtenção de documentação e de informação necessários à concretização dos negócios objeto dos contratos de mediação imobiliária que celebrem”. E no artigo 19.º estabelece-se claramente que “[a] remuneração da empresa é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação”.

²⁹ Cf. PEDRO MÚRIAS/MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação”, cit., pp. 1016 ss.. Cf., ainda, os Acórdãos do TRL de 27 de Janeiro de 2004 (Pimentel Marcos), e de 14 de Abril de 2011 (Maria Manuela Gomes). No dizer do Acórdão do STJ de 28 de Abril de 2009 (Fonseca Ramos), cuja doutrina se acompanha, “[o] comitente só fica constituído na obrigação de remunerar o mediador se o negócio tido em vista pelo incumbente for concretizado em virtude da actividade do mediador, ou seja, a obrigação de meios que lhe incumbe há-de desembocar no resultado pretendido – a celebração do negócio para que foi mandatado o mediador – sob pena de se considerar que o contrato não almejou a perfeição e, não surtindo efeito útil a actividade do mediador – o risco, a álea negocial – não há lugar à remuneração (comissão)”.

³⁰ Também noutros quadrantes, face à atipicidade do contrato de mediação, se equaciona o direito à remuneração em moldes semelhantes: nos tribunais espanhóis, tem-se entendido que o mediador tem direito a receber uma comissão, apenas quando o contrato que promoveu chegue a celebrar-se, por o contrato de mediação ser consensualmente havido como um contrato do qual nasce para o mediador uma obrigação de resultado, e não de meios – mas o resultado será a celebração do contrato, não a sua execução ou cumprimento (a menos que as partes tenham convencionado diferentemente): Cf. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 19.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 886 ss.; LAURA GÁSQUEZ SERRANO, *El Contrato de Mediación o Corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 96 ss..



cumulativa de três requisitos para que ela seja devida: a actividade do mediador; a conclusão do contrato pretendido entre o comitente e um terceiro; um nexo de causalidade entre aquela actividade e a conclusão deste contrato^{31/32}. Nos ordenamentos jurídicos nos quais o contrato de mediação é contrato típico, podemos encontrar este aspecto especificamente regulado, nestes precisos termos³³.

2.1. A actividade do mediador

É certo que o mediador apenas adquire o direito a ser remunerado se exercer a sua actividade; mas, a menos que tal resulte expressamente do contrato de mediação, dificilmente se pode determinar, em termos muito exactos, em que actos deve ela consistir, sendo apenas relevante que essa actividade (material) tenha sido causal do negócio que o comitente veio a celebrar com

³¹ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pp. 53 ss.; SYLVAIN MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, in *Pour um Droit Équitable, Engagé et Chaleureux. Mélanges en l’Honneur de Pierre Wessner*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, 445-466, pp. 445 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pág. 699 ss.; LAURA GÁSQUEZ SERRANO, *El Contrato de Mediación o Corretaje*, cit., pp. 100 ss.; ANTONINO CATAUDELLA, “Mediazione”, cit., pp. 11 ss.; MARCELLO MINASI, “Mediazione (diritto privato)”, in *Enciclopedia del Diritto. XXVI*. Giuffrè, Milão, 1976, 33-47, pp. 44 ss..

³² Note-se que impende sobre o mediador o ónus de provar que estão verificados estes requisitos para o exercício do seu direito à comissão – incluindo a existência de um nexo causal entre a sua actividade e a conclusão do negócio. Cf. CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, cit., pág. 207; ANTONINO CATAUDELLA, “Mediazione”, cit., pág. 12.

³³ Cf. o artigo 413 do *Code des Obligations* suíço.



terceiro³⁴. Por outras palavras, não se exige nenhum grau de esforço específico, nem é necessário que o mediador intervenha em todas as fases do negócio. Porém, deve ter agido de modo a proporcionar a aproximação entre o comitente e o terceiro especificamente interessado no negócio que o comitente quer celebrar.

2.2. A conclusão do negócio

O segundo requisito da existência do direito à remuneração é a conclusão do negócio pretendido pelo comitente. Note-se que não basta, em regra, para que exista o direito à remuneração, a promessa de contratar, ou manifestações de vontade que não correspondam à celebração do negócio visado. Mas, por outro lado, já deverá considerar-se suficiente, para o efeito, a conclusão de negócio válido, não sendo exigível o seu cumprimento ulterior^{35/36} – tudo, evidentemente, a menos que o contrário resulte do próprio contrato de mediação.

³⁴ Cfr. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 113.

³⁵ Neste último aspecto, o contrato de mediação distingue-se do de agência, uma vez que a remuneração do agente depende do cumprimento do contrato, nos termos do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho. Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 57.

³⁶ Também na doutrina francesa se entende pacificamente que o mediador terá direito à comissão desde que o contrato que ele preparou seja celebrado, mesmo que não tenha sido cumprido (a menos, naturalmente, que o incumprimento lhe seja imputável). Cf. PHILIPPE DEVESA, *L'Opération de Courtage*, Litec, Paris, 1993, pp. 244 ss.; JACQUES MESTRE/MARIE-ÈVE PANCRASI, *Droit*



Na doutrina pátria já muito foi discutida a questão de saber o que deve entender-se, neste âmbito, por “conclusão do negócio” – mais precisamente, se a celebração de um contrato-promessa preenche este requisito³⁷. Em regra, tem-se entendido que a celebração de um contrato-promessa entre o comitente e terceiro não equivale à conclusão do contrato para efeitos de exigibilidade da remuneração por parte do mediador. E mesmo que tenha existido culpa do comitente no incumprimento do contrato-promessa, ou seja, se o contrato definitivo não chegou a ser celebrado por culpa exclusiva daquele, não se deve considerar verificado o requisito de que depende o direito à remuneração – excepto se existirem elementos dos quais se possa retirar que as partes satisfizeram os seus interesses com a celebração do contrato-promessa³⁸ – o que não equivale a admitir que,

Commercial. Droit Interne et Aspects de Droit International, 27.ª ed., LGDJ, Paris, 2006, pág. 654.

³⁷ Veja-se que já MANUEL SALVADOR, em comentário ao Acórdão do STJ de 1 de Abril de 1964, conclui que a celebração do contrato preliminar não corresponde à conclusão do negócio tido em vista pelo comitente – porém, ressalva o Autor, tal apenas será verdade se o contrário não for de retirar da vontade das partes, ou seja, se no caso concreto “o contrato-promessa foi considerado pelos intervenientes como um acto conclusivo por si mesmo”. Cf. MANUEL SALVADOR, “Contrato de Mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964)”, cit., pp. 14 ss.. Ora, como se verá adiante, tal só deve ser de admitir em situações verdadeiramente excepcionais.

³⁸ Como parece ter acontecido no caso em apreço no comentário de MANUEL SALVADOR, uma vez que o comitente apenas veio a rescindir o contrato-promessa alguns anos mais tarde, motivado pela valorização dos imóveis objecto do negócio, o que indicia que, até aí, terá considerado a “situação já firme e definida”; e também dado o valor avultado do sinal entregue pelos



genericamente, um contrato de mediação possa visar a celebração de um contrato-promessa. O tema será retomado em sede de análise do problema no âmbito da mediação imobiliária.

Por outro lado, se o mediador conseguir interessar um terceiro no negócio, mas o comitente decidir que não quer celebrar o contrato assim promovido, deve entender-se que o mediador não tem direito à remuneração (a menos que seja de considerar ter havido, no caso, um comportamento abusivo³⁹)⁴⁰. Daqui decorre

compradores, que assegurava que o contrato definitivo seria, com toda a probabilidade, celebrado - Cf. MANUEL SALVADOR, *últ. ob. cit.*, pp. 16 ss..

³⁹ Cf. CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, *cit.*, pp. 205 ss..

⁴⁰ Os tribunais suíços referem, nesta situação, a existência de uma *condição potestativa suspensiva*: a outra parte é livre de celebrar ou não celebrar o negócio proposto pelo mediador, sempre dentro dos limites impostos pela boa fé. No caso em que a outra parte se desinteresse da conclusão do negócio visado, é seu dever comunicar tal facto, tão cedo quanto possível, ao mediador – pois caso não o faça incorre em responsabilidade contratual, tornando-se responsável pelas despesas que o mediador tenha feito, inutilmente, nessas circunstâncias. Cf. SYLVAIN MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, *cit.*, pp. 451 ss.. Fora desses casos, e estabelecendo a lei suíça que a remuneração apenas é devida quando o contrato venha a ser efectivamente celebrado em resultado da actividade do mediador, este apenas poderá ver os seus interesses patrimoniais acautelados para o caso de o comitente não querer celebrar o contrato com o terceiro, desde que tenha previsto, contratualmente, uma cláusula de “garantia de provisão”, ou seja, uma cláusula pela qual as parte renunciaram ao resultado como condição da remuneração, atenuando assim o carácter aleatório do contrato de mediação – pode estipular-se, por exemplo, que a remuneração do mediador é devida em função do número de horas despendidas no exercício da actividade de mediação, independentemente do resultado alcançado. Todavia, uma cláusula deste tipo deve, no entender dos tribunais suíços, ser redigida com clareza e rigor, além do que pode levar à *requalificação do contrato em*



que este contrato costuma ser qualificado como aleatório^{41/42}, pois o direito à remuneração depende da verificação de um facto eventual⁴³: ela depende, não apenas do facto de o mediador conseguir interessar um terceiro no negócio pretendido, mas também da vontade do comitente de celebrar o contrato proposto ou indicado pelo mediador, pelo que este corre o risco de não ser remunerado pela actividade desenvolvida – aliás, este risco é característico do contrato de mediação⁴⁴ e é ele que justifica, economicamente, os elevados montantes fixados como remuneração na generalidade dos contratos (pois, à partida, o mediador conhece o facto de, numa parte significativa dos casos, se poder frustrar a existência desse seu direito).

Importa, aqui, referir a questão do reembolso das despesas do mediador: se, por qualquer razão (de entre as quais a mais frequente será a não conclusão do negócio entre o comitente e o

causa. Cf. SYLVAIN MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, cit., pp. 452 ss..

⁴¹ Cf. MANUEL SALVADOR, “Contrato de Mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964)”, cit., pp. 14 e ss.: “o mediador só tem direito à remuneração se o negócio foi concluído. Daí até a natureza aleatória da mediação”; idem, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 22; CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, cit., pág. 209; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pp. 693 e 703.

⁴² Contudo, existem vozes discordantes: para alguns autores a mediação de seguros é contrato comutativo, uma vez que no momento da sua celebração são conhecidas as vantagens patrimoniais que dele resultarão para as partes. Cf. LUÍS POÇAS, *Estudos de Direito dos Seguros*, cit., pp. 167 e 177; JOSÉ VASQUES, *Novo Regime Jurídico da Mediação de Seguros*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 66.

⁴³ Cf. CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, cit., pág. 209.

⁴⁴ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pp. 91 ss..



terceiro solicitado), o mediador não tiver direito à remuneração, tendo, contudo, desenvolvido a actividade de mediação, importa apurar se impende sobre o comitente a obrigação de o reembolsar das despesas realizadas⁴⁵.

Ora, a doutrina responde à questão negativamente, com base na natureza aleatória do contrato e na sua economia (pois a remuneração do mediador “já é, em regra, suficientemente alta para que não se justifique que seja pago ainda pelas despesas que fez”⁴⁶): o mediador corre este risco, a menos que o contrário resulte do contrato de mediação^{47/48}.

⁴⁵ A resposta a esta questão não resulta directamente da letra da lei – ao contrário do que acontece, por exemplo, no direito suíço: o artigo 413 do *Code des Obligations* suíço estabelece expressamente que as despesas que o mediador tenha feito não serão reembolsadas se o contrato pretendido não chegou a ser realizado, a menos que o contrário tenha sido convencionado pelas partes (no direito suíço, o contrato de mediação assume contornos distintos: o artigo 412 do *Code des Obligations* define contrato de mediação como o contrato pelo qual o mediador se compromete a servir de intermediário para a negociação de um contrato; mas também cabe no tipo legal o contrato pelo qual o mediador se obriga a indicar à outra parte uma ocasião de negócio, uma oportunidade concreta, com um terceiro específico, de conclusão do contrato por esta desejado; deste modo, a remuneração será devida sempre que o mediador indique à outra parte a oportunidade de concluir o referido contrato, ou sempre que o mediador tenha negociado por conta da outra parte com um eventual co-contratante; em qualquer caso, é sempre necessário que essa actividade do mediador leve à conclusão do contrato pretendido).

⁴⁶ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 111.

⁴⁷ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pp. 109 ss; CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, cit., pág. 207. Também neste sentido vai o disposto em ordenamentos jurídicos nos quais o problema encontra solução expressa: o § 652 II *BGB* (onde se estabelece que o comitente apenas deve



Na mediação imobiliária, a reposta legislativa é idêntica^{49/50}. Também os tribunais superiores seguem esta orientação, com fundamento no risco, na “álea negocial” próprios do contrato de mediação⁵¹. E não cabe aqui a aplicação das regras do mandato,

reembolsar o mediador das despesas que realizou se tiver havido convenção expressa nesse sentido), e o artigo 1756 do *Codice Civile* italiano, embora quanto a este último existam dúvidas interpretativas (o artigo 1756 dispõe textualmente que “[s]alvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso”, mas a doutrina tende a reconhecer na norma a consagração da obrigação de reembolso daquelas despesas para a realização das quais tenha existido encargo específico do comitente, afastando essa consequência quanto a todas as despesas que resultem da actividade genérica de mediação. Cf. LUIGI CARRARO, *La Mediazione*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 1960, pág. 51).

⁴⁸ Este entendimento também se liga ao facto de o mediador se obrigar à produção de um resultado: as obrigações de meios são palco típico das obrigações de reembolso do devedor pelas despesas realizadas, o mesmo não acontecendo nas obrigações de resultado. Cf. PEDRO MÚRIAS/MARIA DE LURDES PEREIRA, *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação*, cit., pp. 1017 ss..

⁴⁹ O legislador do Decreto-Lei n.º 77/99, de 16 de Março, depois do Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto, e agora da Lei n.º 15/2013, de 8 de Fevereiro quis, pela redacção que veio a dar aos preceitos atinentes à remuneração do mediador – arts. 19.º, 18.º e 19.º, respectivamente –, expressamente fazer depender o direito à remuneração da concretização do negócio pela acção concreta do mediador, pondo a cargo deste, sem remuneração, todos os seus actos que não conduzissem àquele efeito. É um risco do negócio.

⁵⁰ Solução semelhante está também consagrada para o contrato de agência, no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho.

⁵¹ Cf. o Acórdão do STJ de 28 de Abril de 2009 (Fonseca Ramos), onde se lê expressamente: “[o] comitente só fica constituído na obrigação de remunerar o mediador se o negócio tido em vista pelo incumbente for concretizado em



porque, como precisamente a este propósito afirma Manuel Salvador, a essas regras “só se pode recorrer naquilo que não contrarie a natureza e disciplina própria do contrato de mediação”⁵².

2.2.1. A remuneração do mediador e a celebração de contrato-promessa relativo ao negócio visado

Questão que tem merecido particular atenção da parte da doutrina e jurisprudência⁵³ é a de saber se pode ser devido o pagamento da comissão com a celebração do contrato-promessa relativo ao negócio visado com o contrato de mediação,

virtude da actividade do mediador, ou seja, a *obrigação de meios* que lhe incumbe há-de desembocar no resultado pretendido – a celebração do negócio para que foi mandatado o mediador – sob pena de se considerar que o contrato não almejou a perfeição e, não surtindo efeito útil a actividade do mediador – o risco, a *álea negocial* – não há lugar à remuneração (comissão), nem ao pagamento de despesas se o contrato for celebrado pelo incumbente com terceiro, que não se interessou no negócio por causa da actuação do mediador”; e “uma vez que o contrato, para o mediador, comporta uma certa margem de aleatoriedade [a retribuição só será paga se o negócio se concretizar em virtude da acção do mediador] correm por sua conta as despesas feitas na busca de interessado no negócio, pelo que essas despesas, a menos que diversamente tenha sido convencionado, não são autónomas, não podendo ser exigidas ao incumbente se o negócio não foi celebrado, por mor da actuação do mediador”.

⁵² Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 112.

⁵³ Para uma análise das questões que mais têm ocupado a jurisprudência em matéria de mediação imobiliária, sobretudo no que respeita à remuneração do mediador, cfr. FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *Direito dos Contratos – O Contrato de Mediação Imobiliária na Prática Judicial: uma Abordagem Jurisprudencial*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2016, *passim*.



particularmente no contrato de mediação imobiliária, quando tal solução resulte ou aparente resultar deste contrato – tendo em conta o regime legal vigente. As respostas têm sido as mais díspares, justificando, a nosso ver, fazer uma mais aturada reflexão neste ponto⁵⁴.

A interpretação de uma cláusula pela qual o cliente e o mediador convençionem que o valor da comissão, constituída por uma percentagem sobre o preço de venda do bem negociado, deva ser pago pelo cliente antes da conclusão do contrato visado, “à medida que [vá] recebendo o preço ajustado, e em fracções correspondentes proporcionalmente às prestações efectivamente recebidas”, pode apresentar grande dificuldade. Sobre o tema pronunciou-se já PINTO COELHO, em anotação ao acórdão do STJ, de 14 de Janeiro de 1964⁵⁵. No caso, tratava-se de uma situação em que, tendo sido pactuada esta cláusula, o cliente e um terceiro celebraram um contrato-promessa relativamente ao negócio pretendido e angariado pelo mediador; simplesmente, o cliente decidiu mais tarde não celebrar o contrato prometido, devolvendo ao terceiro o valor do sinal em dobro. Analisou-se a existência do direito do mediador à comissão e, por via disso, a qualificação da referida cláusula. PINTO COELHO considerou a cláusula uma *cláusula de tempo* (estipulando que a comissão seria paga à medida que fossem sendo recebidas as prestações do preço, o cliente queria regular o modo de pagamento da comissão de que já se consideraria devedor), não como uma comissão, pelo que sufragou

⁵⁴ Cf. os Acórdãos do STJ de 5 de Junho de 1996 (Metelo de Nápoles) e de 11 de Março de 1999 (Lemos Triunfante).

⁵⁵ Cfr. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 14 de Janeiro de 1964”, cit., pp. 269 ss..



a solução adoptada no acórdão, de condená-lo ao pagamento da comissão ao mediador, apesar da não celebração do contrato definitivo. Note-se que, no caso, o acordo quanto ao modo como seria paga a comissão apenas teve lugar aquando da celebração do referido contrato-promessa, tendo-se entendido que, para o cliente, esse facto seria constitutivo do direito do mediador à comissão.

Na actualidade, a aplicação das normas que regulam a remuneração do mediador na mediação imobiliária continua a apresentar especiais dificuldades. No n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 15/2013 determina-se: “[a] remuneração da empresa 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, é a mesma devida logo que tal celebração ocorra”. Antes da vigência desta lei, a matéria estava regulada no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto, nos seguintes termos: “[a] remuneração só é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação”, exceptuando-se, nomeadamente, “[o]s casos em que tenha sido celebrado contrato-promessa relativo ao negócio visado pelo contrato de mediação, nos quais as partes podem prever o pagamento da remuneração após a sua celebração”.

A alteração que sofreu a redacção das normas em causa veio gerar nova controvérsia: já se decidiu que “[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”⁵⁶. Estava em causa, *in casu*, uma cláusula contratual pela qual as partes acordaram que “[o] pagamento da remuneração apenas será efectuado nas seguintes condições: o total da remuneração aquando da celebração do contrato-promessa”. O tribunal considerou que “a 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 Decreto-Lei n.º 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”. Em consequência, decidiu que “a estipulação contratual viola o âmbito proibitivo do disposto no art. 19.º/1 da Lei n.º 15/2013 de 08.02, razão por que tal estipulação se tem por nula, ex vi art. 280.º do CC, vício de apreciação oficiosa de que aqui se toma conhecimento e que a destitui integralmente de produção de efeitos (cfr. arts. 286.º e 289.º/1, ambos do CC)”.

Pois bem, a nosso ver, cabe fazer aqui a distinção entre a liberdade das partes para convencionarem que existe uma remuneração autónoma na situação em que seja celebrado um

⁵⁶ Cfr. o acórdão do TRL, de 7 de Fevereiro de 2017 (Alziro Cardoso).



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.

Está, pois, em causa a interpretação do texto “[o]s casos em que tenha sido celebrado contrato-promessa relativo ao negócio visado pelo contrato de mediação, nos quais as partes podem prever o pagamento da remuneração após a sua celebração”, enquanto exceção possível à regra de que “[a] remuneração só é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação”. Em nosso entender, a 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 prevejam⁵⁷. Deste modo, a alteração da letra da lei nada terá alterado, 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

⁵⁷ Note-se que a lei parece afastar a possibilidade de existir convenção pela qual se antecipe o pagamento da remuneração do mediador sem que tenha sido celebrado contrato-promessa relativo ao contrato visado.



mais tarde as partes percebiam 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 (até por força da exigência de forma escrita para o contrato de mediação imobiliária, nos termos do n.º 1 do artigo 16.º). Precisamente, agora é claro que este acordo se refere exclusivamente ao momento, à “fase” em que é devido o pagamento – e não à aquisição ou constituição do direito à remuneração própria do contrato de mediação⁵⁸, ou de uma outra. A interpretação proposta pelo tribunal parece assentar no facto de a norma referir, agora, a previsão de “*uma remuneração à empresa nessa fase*”⁵⁹. Porém, a indefinição do artigo pode simplesmente corresponder à pretensão de se admitir que a antecipação da remuneração a fase anterior seja total ou parcial (pelo facto de uma fórmula que possibilitasse a *antecipação da remuneração* à empresa nessa fase aparentar excluir a antecipação parcial).

Esta leitura da lei não exclui que as partes possam convencionar a existência do direito a uma outra remuneração, autónoma: contrapartida, não da prestação objecto 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

⁵⁸ Com entendimento diferente, cfr. HIGINA ORVALHO CASTELO, “Contrato de mediação imobiliária”, *Portal Verbo Jurídico*, 2016, 1-21, pp. 6 ss..

⁵⁹ Itálico nosso.



remuneração prevista para a conclusão do negócio visado com o contrato de mediação – sendo certo que, como se viu, o contrato de mediação é necessariamente oneroso. Deste modo, colocam-se-nos hoje muitas dúvidas quanto à validade de um clausulado como o seguinte⁶⁰: “A agência tentará obter para o vendedor um sinal de 20%. Se conseguir, a comissão será entregue à Agência na totalidade na data do pagamento do referido sinal”; “Se o sinal for inferior a 20%, 50% da comissão será entregue na data do pagamento do referido sinal. O remanescente da comissão, ou seja, 50%, será pago na data da escritura notarial”; “Se a venda não se concretizar, quer seja por culpa do vendedor ou do comprador, este mediador terá direito a reter a comissão já recebida”. As dúvidas resultam do facto de o mediador ficar autorizado a reter a totalidade do valor fixado como remuneração do contrato de mediação que tenha, eventualmente, recebido aquando da celebração do contrato-promessa, sem que se concretize a celebração do contrato visado⁶¹, pois deste modo tudo indica que se faz depender a aquisição do direito à remuneração (e não a antecipação do seu pagamento) da celebração deste contrato – e não do contrato visado. Neste caso, a (já referida) álea caracterizadora da atividade do mediador é inteiramente transferida para o cliente ainda em fase anterior à celebração do contrato visado, o que o tipo não parece admitir (ao

⁶⁰ Que estava em causa no acórdão do TRE, de 17 de Março de 2005 (Maria Alexandra Moura), embora o tribunal não tenha apreciado a validade destas cláusulas.

⁶¹ Embora, a nosso ver, nada obste a que se antecipe para o momento da celebração do contrato-promessa o pagamento da totalidade (e não apenas de parte) da remuneração convencionada.



contrário do que acontece quanto à fase subsequente a essa, uma vez que a lei apenas faz nascer o direito à remuneração da conclusão e perfeição do negócio visado, mas já não do efectivo cumprimento das obrigações que com ele nasçam, como, por exemplo, a de pagamento do preço, se o negócio visado é a venda de um imóvel).

Mas cabe ainda responder, nesta sede, à questão de saber se as partes podem acordar que a obrigação de pagamento da remuneração nasce com a celebração do contrato-promessa. Ora, a nosso ver, tal não é possível, por razões que se prendem com a economia do contrato de mediação e que decorrem de tudo o que fica exposto *supra*⁶². Assim sendo, se as partes convencionam, nos termos referidos, a antecipação do pagamento de parte ou da totalidade da remuneração para o momento da celebração do contrato-promessa e, afinal, não se celebra o negócio definitivo, as quantias recebidas pela empresa devem ser devolvidas ao cliente. Esta solução encontra lugar paralelo no n.º 3 do artigo 19.º (onde se estabelece que, quando o cliente for um potencial comprador ou arrendatário, a empresa, desde que tal resulte expressamente do respetivo contrato de mediação imobiliária, pode cobrar quantias a título de adiantamento por conta da remuneração acordada, devendo as mesmas ser devolvidas ao cliente caso o negócio não se concretize) – de resto, o teor deste n.º 3 também

⁶² A única excepção à regra de que o direito à remuneração apenas se adquire com a conclusão e perfeição do negócio visado é que vem prevista, actualmente, no n.º 2 do artigo 19.º: quando o negócio visado no contrato de mediação tenha sido celebrado em regime de exclusividade e não se concretize por causa imputável ao cliente proprietário ou arrendatário trespassante do bem imóvel.



conforta o entendimento de que a lei não poderia, agora, pretender afastar a possibilidade de as partes, por acordo, anteciparem o momento do pagamento da remuneração à empresa para a celebração do contrato-promessa relativo ao negócio visado.

A este propósito, atente-se no teor do sumário do acórdão do STJ, de 19 de Maio de 2009⁶³, que transcrevemos e subscrevemos na íntegra: “I - Na al. b) do n.º 2 do art. 18.º do DL n.º 211/2004, de 20-08, que regula a actividade de mediação imobiliária, consagra-se apenas a faculdade das partes de preverem o pagamento da remuneração após a celebração do contrato promessa, e não o direito da mediadora à remuneração, que se mostra consagrado apenas na excepção indicada na al. a) do mesmo artigo para a hipótese de não concretização do negócio visado por causa imputável ao cliente da mediadora, e não ao terceiro como é a hipótese dos autos. Isto é, aquela al. b) apenas se refere ao momento do pagamento da comissão, e não ao momento da constituição do direito à mesma. II - Assim, embora tenha sido celebrado o contrato promessa, como a angariação de interessado pressupõe, para este ser considerado como tal para efeitos do disposto no art. 2.º do referido DL, a celebração do contrato visado pela mediação, que aqui não é o contrato promessa mas o prometido, tem de se concluir que a actividade de mediação não se restringe à celebração daquele contrato promessa, tendo a empresa mediadora de prosseguir a sua

63 Revista n.º 5339/06.9TVLSB -6.ª Secção Silva Salazar (Relator) Nuno Cameira Sousa Leite, disponível in http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=29084&stringbusca=&exacta=.



actividade por forma a manter o interesse do terceiro angariado até à celebração do contrato visado, que era como se disse o contrato prometido, pelo que, não tendo este sido celebrado, não se pode dizer que a empresa mediadora tenha conseguido obter interessado para os efeitos do art. 2.º referido, não se podendo igualmente, por isso, sustentar que esta tenha adquirido definitivamente direito a comissão correspondente ao exercício da mediação. III - Daí que o mediador só tenha direito à remuneração quando haja desenvolvido uma actividade que haja influído na conclusão do negócio visado, sendo a sua actividade causal dessa efectivação”⁶⁴. Note-se que, *in casu*, existia no contrato de mediação uma cláusula com o seguinte teor: “A comissão deverá ser integralmente liquidada no momento da outorga do Contrato Promessa ou na escritura Notarial, caso não ocorra precedência de Promessa”; e que, celebrado o contrato-promessa de compra e venda de imóvel, nunca veio a celebrar-se o contrato definitivo, por razões imputáveis ao promitente-comprador (e não ao cliente). Independentemente das reservas (já expostas) que nos merece a consideração de que o contrato de mediação poderia, em abstracto, ter como contrato visado um contrato-promessa, subscrevemos inteiramente a posição adoptada pelo tribunal, bem como a respectiva fundamentação.

⁶⁴ Ora, no texto do acórdão pode ler-se ainda que, “a actividade de mediação não se restringe à celebração daquele contrato promessa, tendo a empresa mediadora de prosseguir a sua actividade por forma a manter o interesse do terceiro angariado até à celebração do contrato visado, que era como se disse o contrato prometido”.



2.3. O nexo de causalidade entre a actividade do mediador e a conclusão do negócio

A verificação da existência de um nexo de causalidade entre a actividade desenvolvida pelo mediador e a conclusão do contrato parece ser o requisito que mais dúvidas coloca, quando de trata de determinar a existência do direito do mediador à remuneração.

Desde logo, cabe apurar em que consiste e como se identifica esse nexo causal. O critério determinante deverá ser o da ligação psicológica entre a actividade do mediador e a vontade de o terceiro concluir um contrato com o comitente – e a afirmação dessa ligação não deve ser posta em causa pelo lapso temporal entretanto decorrido entre o exercício da actividade e a conclusão do contrato, nem pelos factos ocorridos nesse período de tempo, *v.g.*, a intervenção de um novo mediador.

Cabe salientar que não está em causa o contributo do mediador para a formação da vontade do comitente. Ou seja, o facto de o mediador ter aconselhado o comitente, determinando a celebração do contrato, não é suficiente para fazer nascer o direito à remuneração; para tal, será sempre necessário que a vontade do terceiro tenha sido determinada pela actuação do mediador⁶⁵.

Salienta-se que este entendimento não é, contudo, pacífico: para alguns autores, a mera indicação de um terceiro interessado na celebração do negócio em causa – que venha, efectivamente, a celebrar o negócio –, nos termos pretendidos, pode justificar o

⁶⁵ E, neste ponto, acompanhamos SYLVAIN MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, *cit.*, pp. 448 ss., bem como a orientação dos tribunais suíços na matéria.



direito à remuneração, a menos que do contrato se retire que o mediador se obrigou a negociar o contrato pretendido pelo comitente⁶⁶. Parece é que, neste caso, o mediador deverá sempre estabelecer o contacto entre o comitente e o terceiro interessado (“pôr em contacto” as partes do eventual futuro negócio⁶⁷), para que, depois, estes prossigam eventualmente as necessárias negociações⁶⁸.

⁶⁶ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 104. Atente-se, a este propósito, no Acórdão do STJ de 28 de Maio de 2002 (Dionísio Correia): considerou-se existir direito do mediador à remuneração, uma vez que, apesar de não ter sido este a negociar o contrato com o terceiro (o que o comitente levou a cabo), ficou provado que foi o mediador quem pôs o comitente em contacto com esse terceiro, já interessado naquele específico negócio; e até que, apesar de o pretendido negócio de compra e venda de um imóvel não ter sido celebrado entre o comitente e o terceiro que o mediador pôs em contacto com aquele, o foi com alguém que posteriormente veio a celebrar o negócio com esse terceiro, que era o verdadeiro interessado na aquisição do imóvel, tendo a interposição de outrem sido exclusivamente determinada por razões fiscais. Também no Acórdão do STJ de 6 de Dezembro de 2012 (Ana Paula Boularot), se entendeu que não é necessária, para a afirmação da existência do direito à remuneração, uma “coincidência perfeita” entre a actividade do mediador e os termos do negócio efectivamente concluído entre o comitente e o terceiro (a menos que as partes nisso tenham acordado expressamente), “sendo necessário antes que a entidade mediadora consiga a adesão do terceiro à celebração do negócio”.

⁶⁷ Cf. CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de mediação”, cit., pág. 192.

⁶⁸ Assim foi decidido, nomeadamente, no Acórdão do STJ de 9 de Dezembro de 1993 (José Magalhães): no caso, em que o mediador “se limitou a mostrar o imóvel ao referido casal, a identificar-lhe a vendedora e a informá-la das condições de venda – no que não foi a única –, pouco ou nada relevando o facto de ter sido ela a primeira a efectuar estas diligências”, não foi reconhecido o direito do mediador à remuneração, por não ter sido este “a estabelecer o



Dada a essencialidade da verificação deste nexos causal entre a actividade do mediador e a conclusão do negócio para a constituição do direito à remuneração do mediador, este não terá direito à remuneração se o negócio pretendido pelo comitente vier a ser concluído, mas com um terceiro que não foi “angariado” pelo mediador, não tendo a respectiva actividade de mediação sido causal na conclusão deste negócio (de modo a integrar-se de forma idoneamente determinada na cadeia dos factos que lhe deram origem^{69/70}. E é, naturalmente, ao mediador que cabe fazer a prova deste facto, por se tratar de um facto constitutivo do seu direito⁷¹.

Problema complexo, no âmbito da determinação da existência do direito do mediador à remuneração, é aquele que se coloca na situação em que o comitente denuncia o contrato de mediação (na ausência de cláusula em sentido diverso, o contrato de mediação é revogável por qualquer das partes⁷²) e vem, mais tarde, a celebrar

contacto entre a vendedora e os interessados na compra – uma diligência indispensável à prossecução do resultado pretendido”.

⁶⁹ Cf. o Acórdão do STJ de 27 de Maio de 2010 (Helder Roque).

⁷⁰ Note-se que o direito à remuneração subsiste mesmo no caso em que o contrato pretendido acaba por ser celebrado com alguém que não é o terceiro relativamente ao qual o mediador exerceu a sua actividade, mas alguém que está especialmente relacionado com este. Imagine-se, por exemplo, o caso de o contrato vir a ser celebrado com uma sociedade controlada pelo terceiro relativamente ao qual a actividade de mediação foi desenvolvida. Cf. SYLVAIN MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, cit., pp. 450 ss.. Atente-se, ainda, no que ficou exposto *supra*, nota 82.

⁷¹ Cf. o Acórdão do STJ, de 9 de Dezembro de 1993 (José Magalhães).

⁷² Neste sentido, cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pp. 254 ss., e ADRIANO VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 7 de Março de 1967”, cit.,



o contrato pretendido com um terceiro, terceiro esse que se interessou pelo negócio por força da actividade que o mediador desenvolveu ainda na vigência do contrato de mediação – sobretudo porque não é absurdo considerar que a denúncia deste contrato pode ter tido, precisamente, esta motivação⁷³. Nestes casos, ou se afasta o direito à remuneração, uma vez que o contrato entre o comitente e um terceiro foi celebrado já depois de extinto o contrato de mediação; ou se entende que o direito à remuneração existe sempre que e apenas quando se verifique o nexo de causalidade entre a actividade exercida, na vigência do contrato de mediação, pelo mediador e a celebração do contrato pretendido entre a outra parte e um terceiro⁷⁴.

pp. 345 ss., bem como o Acórdão do STJ, de 4 de Março de 1980 (Aquilino Ribeiro). MANUEL SALVADOR argumenta, a este propósito, que, se o comitente tem toda a liberdade de concluir ou não o negócio “angariado” pelo mediador, não faria sentido que não pudesse fazer cessar o contrato de mediação em qualquer altura. E, recorda-se, denunciado o contrato pelo comitente, não responde este pelo tempo dispendido pelo mediador na sua actividade, nem tampouco pelas despesas em que este haja incorrido para o efeito. Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 255.

⁷³ Como expõe PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial. Volume I. Parte Geral. Contratos Mercantis. Títulos de Crédito*, cit., pág. 198, é frequente o comitente pôr fim à relação contratual com o mediador com o intuito de evitar o pagamento de uma comissão: decorrido um determinado período de tempo, ele vem efectivamente a celebrar o contrato pretendido com o solicitado angariado pelo mediador (ou por um outro mediador, quando o primitivo contrato de mediação contenha uma cláusula de exclusividade), eventualmente reduzindo o valor da comissão ao preço do negócio.

⁷⁴ Pelo Acórdão do STJ, de 15 de Novembro de 2007 (João Bernardo), respondeu-se afirmativamente à questão de saber se o mediador conserva o direito a exigir a comissão, nestas circunstâncias, por se considerar que a conclusão do negócio não se deu sem a contribuição da actividade desenvolvida



3. A cláusula de exclusividade e o direito do mediador à remuneração

Encontram-se frequentemente, neste tipo de contratos, cláusulas de exclusividade: são cláusulas pelas quais as partes estabelecem que o comitente não poderá celebrar com outro

pelo mediador. Todavia, apesar de ser de reconhecer, aqui, a existência do referidonexo 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. Aliás, é isso mesmo o que se afirma do Acórdão do STJ, de 19 de Janeiro de 2004 (Moreira Camilo), em caso idêntico: “tendo posteriormente aquela entidade adquirido do anterior comitente esses mesmos (e outros) produtos por preço inferior, aproximado do preço anterior deduzido da prometida comissão, não tem o mediador direito a qualquer remuneração, pois que o nexode causalidade só tem de colocar-se perante um contrato ainda válido ou subsistente e se trata de um novo negócio sem interferência do mediador, efectuado após a revogação do acordo de mediação”. De facto, a afirmação do direito do mediador à comissão, nestas circunstâncias, carece de fundamentação mais rigorosa, a qual pode assentar, nomeadamente, na pós-eficácia das obrigações contratuais e no disposto no artigo 422.º do Código Civil. Mas também o recurso à aplicação analógica das regras do contrato de agência poderia ser, aqui, de grande utilidade, permitindo evitar um enriquecimento injustificado do comitente: nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, “[o] 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 actividade por si desenvolvida, contanto que em ambos os casos sejam celebrados num prazo razoável subsequente ao termo da agência”. Para a análise desta norma, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, cit., pp. 102.º ss..



mediador um contrato que tenha por objecto o mesmo negócio (exclusividade simples), ou ainda pelas quais se prevê também que o comitente não poderá ele próprio procurar um terceiro interessado no negócio (exclusividade reforçada). Do ponto de vista temporal, a cláusula de exclusividade pode ser limitada no tempo (por um determinado período), ou ilimitada (por toda a duração do contrato de mediação).

Quando do teor do próprio contrato de mediação não resulte expressamente qual o alcance da exclusividade estabelecida em benefício do mediador, saber se se está perante uma cláusula de exclusividade simples ou uma cláusula de exclusividade reforçada vai depender da interpretação do mesmo, considerando-se todas as circunstâncias conhecidas por ambas as partes⁷⁵, embora seja de considerar que, na dúvida, a exclusividade é simples⁷⁶ – pois deve resultar claramente do contrato que o comitente se abstém de procurar ele próprio o melhor negócio, dispondo-se a remunerar o mediador no caso em que o consiga directamente (e não em resultado da actividade de mediação).

Na verdade, não seria razoável partir do princípio de que o comitente não pode actuar na pendência de um contrato de mediação. Várias razões militam a favor desta tese: desde logo, se a solução fosse a oposta, o comitente ficaria impedido de conseguir o negócio pretendido, ainda quando vislumbrasse a

⁷⁵ Cf. SYLVAIN MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, cit., pp. 459 ss..

⁷⁶ E note-se que o ónus de provar que foi convencionada a exclusividade e/ou que a exclusividade convencionada é reforçada impende sobre o mediador, que será aquele que nisso tem interesse. Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., pág. 697 ss..



oportunidade de o celebrar; ou, conseguindo-o e concluindo-o em violação da cláusula de exclusividade, seria devedor do pagamento da comissão ao mediador, mesmo não tendo este cumprido a obrigação de resultado a que se vinculou e sendo certo que o comitente dificilmente pode controlar a actividade do mediador e o grau de diligência empregado por este – pelo que se chegaria a um resultado que seria economicamente injusto; finalmente, o comitente corre sempre o risco de que o mediador, a qualquer momento e sem que aquele o possa evitar, ponha fim ao contrato de mediação, sem que tenha, entretanto, conseguido um terceiro interessado no negócio, pelo que a sua passividade não é exigível⁷⁷.

Como já se depreende do que fica exposto, a exigibilidade da remuneração e a eventual existência de uma cláusula de exclusividade estão intimamente ligadas: pela cláusula de exclusividade, as partes determinam que o mediador terá direito à remuneração se o contrato pretendido for celebrado durante o período de exclusividade acordado. No caso da exclusividade simples, tal acontecerá sempre que esse contrato tenha sido celebrado em consequência da actividade de outro mediador, mas já não quando resulte da actuação do próprio comitente. Na vigência de uma cláusula de exclusividade reforçada, o direito do mediador existe, qualquer que tenha sido a origem da actividade que levou à conclusão do negócio.

A função da cláusula de exclusividade é, em qualquer caso, tão-só a de afastar a necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre a actividade do mediador e a conclusão desse

⁷⁷ Cf. MANUEL SALVADOR, *Contrato de Mediação*, cit., pág. 173.



negócio⁷⁸. 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. Nomeadamente, o mediador deve ter desenvolvido a actividade a que se obrigou; simplesmente, a existência desta cláusula “autoriza a presunção (de facto) de que a actividade da empresa mediadora contribuiu para a aproximação entre o comitente e terceiros, facilitando o negócio”⁷⁹.

Em conclusão, deve entender-se que a cláusula de exclusividade afasta apenas a necessidade de demonstração do nexó de causalidade entre a actividade do mediador e o contrato celebrado entre o comitente e um terceiro – o mesmo é dizer que o mediador apenas terá direito à remuneração se provar que desenvolveu a sua actividade. Uma solução diferente levaria a que o mediador pudesse vir a ser injustificadamente (e injustamente) remunerado⁸⁰.

⁷⁸ Cf. SYLVAIN MARCHAND, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, cit., pág. 454.

⁷⁹ Nos precisos termos em que tal vem formulado no Acórdão do STJ de 10 de Outubro de 2002 (Moitinho de Almeida); no mesmo sentido, cf. o Acórdão o TRL de 8 de Abril de 2010 (Rui da Ponte Gomes).

⁸⁰ Deve, inclusivamente, ser questionada a validade de uma cláusula de exclusividade que estabeleça que o mediador conserva o direito à remuneração ainda que não fique demonstrado que desenvolveu a actividade adequada à produção do resultado pretendido pelas partes – de resto, a exemplo do que tem sido a orientação dos tribunais suíços. Cf. Sylvain Marchand, “La clause d’exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral”, cit., pp. 457 ss..



Salienta-se que, uma vez que nada impede que o contrato de mediação possa ser denunciado pelo comitente durante a vigência de uma cláusula de exclusividade, também se coloca nesta sede a questão de saber quais são as consequências da celebração, por este, do contrato pretendido, após ter revogado o contrato de mediação. A questão (já tratada *supra*) apresenta, na presença desta cláusula, uma maior complexidade, pelo que às possíveis soluções que já foram expostas em sede de análise das implicações da denúncia do contrato sobre o direito do mediador à remuneração cabe acrescentar a possibilidade de se admitir o reconhecimento do direito à comissão, mesmo quando não se prove que a conclusão do negócio ficou a dever-se à actividade do mediador – sobretudo porque não é absurdo considerar que a denúncia do contrato de mediação pelo comitente pode ter sido motivada, precisamente, pela sua vontade de evitar os efeitos de uma cláusula de exclusividade (em virtude de, por hipótese, um outro mediador ter, entretanto, conseguido identificar um terceiro interessado no negócio).

Maria de Fátima Ribeiro