

Data enia

Revista Jurídica Digital

6 
Novembro 2016



Contrato de mediação imobiliária

Hígina Orvalho Castelo

Juíza Desembargadora

Doutora em Direito

SUMÁRIO

O presente texto é a versão final daquele que, com o mesmo título, está disponível em verbojuridico.net, desde março de 2016. Trata panoramicamente do regime do contrato de mediação imobiliária, dando relevo a aspetos que, com frequência, estão na origem de litígios concretos e atendendo *pari passu* às diferenças entre o contrato de mediação simples e o contrato de mediação com cláusula de exclusividade. Outros tópicos da mesma temática, bem como mais extensa fundamentação dos aqui tratados, encontram-se nos meus *O contrato de mediação*, publicado em 2014, e *Regime jurídico da atividade de mediação imobiliária anotado*, publicado em 2015, ambos da Editora Almedina, e para os quais genericamente remeto, sem necessidade de o voltar a fazer nas páginas que se seguem. (H.O.C.)

Contrato de mediação imobiliária

Higina Orvalho Castelo

Juíza Desembargadora

Doutora em Direito

1. Introdução. **2.** A prestação da mediadora. **2.1.** No contrato de mediação simples. **2.2.** No contrato de mediação em regime de exclusividade. **2.3.** O conteúdo da vinculação da mediadora. **3.** A remuneração. **3.1.** A remuneração dependente da conclusão do contrato visado. **3.2.** A perfeição do contrato visado e celebrado. **3.3.** O necessário nexa causal entre a atividade da mediadora e o contrato celebrado. **3.4.** Despesas efetuadas no exercício da atividade. **3.5.** Especificidades da remuneração no contrato em regime de exclusividade. **3.5.1.** O contrato visado não se concretiza por causa imputável ao cliente. **3.5.2.** O incumprimento da cláusula de exclusividade, pelo cliente. **4.** Aspectos a considerar na celebração de um contrato de mediação imobiliária. **4.1.** A forma escrita. **4.2.** Menções obrigatórias do contrato. **4.3.** A consagração do regime de exclusividade e os seus efeitos. **4.4.** O prazo do contrato. **4.5.** O recurso a cláusulas contratuais gerais. **5.** O contrato de mediação imobiliária nulo. **6.** A cessação do contrato de mediação imobiliária.

1. Introdução

O *contrato de mediação imobiliária* está previsto e regulado na Lei 15/2013, de 8 de fevereiro, que estabelece o regime jurídico a que fica sujeita a atividade de mediação imobiliária (de ora em diante RJAMI).

O regime vigente, à semelhança dos que o antecederam, não fornece uma noção concentrada da realidade que designa por *contrato de mediação*

imobiliária. No entanto, com base nas normas que definem a atividade e que regulam aspectos atinentes às partes e à remuneração, podemos afirmar que o contrato a que se destina a disciplina do diploma é *aquele pelo qual uma empresa de mediação imobiliária procura, para os seus clientes, destinatários para a realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, a permuta ou o arrendamento dos mesmos, o trespasse ou a cessão de posição em contratos que tenham por objeto bens imóveis, mediante remuneração, devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação*.

Como observaremos também a partir das regras do RJAMI, a introdução no contrato de uma *cláusula de exclusividade* altera a sua configuração e regime em vários aspectos importantes: a) a mediadora obriga-se necessariamente a diligenciar no sentido de obter interessado (enquanto no contrato de mediação simples se admite que, não resultando outra coisa do contrato, a mediadora tenha apenas o ónus de o fazer); b) o cliente, quando seja o proprietário do imóvel ou o arrendatário trespasante, fica obrigado a remunerar a mediadora pela obtenção de um destinatário interessado e pronto a celebrar o contrato visado, independentemente da celebração deste, exceto quando este contrato não se celebre por causa que não lhe seja imputável; c) havendo incumprimento da cláusula pelo cliente, a mediadora tem direito à remuneração com a celebração do contrato visado, mesmo que não haja nexos causal entre a sua atividade e aquela celebração.

As diferenças entre o *contrato de mediação imobiliária simples* e o *contrato de mediação imobiliária com cláusula de exclusividade* são de tal forma relevantes que podemos falar em duas subespécies ou subtipos do contrato de mediação. No decurso do texto, cuidarei de explicitar as diferenças entre ambos.

2. A prestação da mediadora

2.1. No contrato de mediação simples

O n.º 1 do art. 2.º do RJAMI define a *atividade de mediação imobiliária* como consistindo na *procura*, por parte das empresas, *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 posições em contratos que tenham por objeto bens imóveis. Se tivermos em consideração que a atividade de mediação imobiliária só pode ser exercida mediante contrato (como o diz o art. 3.º, n.º 1), concluímos que a mesma atividade constitui a *prestação característica do contrato de mediação imobiliária*.

O primeiro diploma a descrever a atividade de mediação imobiliária (o DL 285/92, de 19 de dezembro) dizia que a mediadora se *obrigava a conseguir interessado* para dado negócio. Estes dizeres, provenientes da definição doutrinária e jurisprudencial corrente à época¹, não encontravam correspondência na prática negocial. Provavelmente por isso, os diplomas subsequentes (art. 3.º, n.º 1, do DL 77/99, de 16 de março, e art. 2.º, n.º 1, do DL 211/2004, de 20 de agosto) passaram a descrever a atividade de mediação imobiliária como aquela pela qual a empresa de mediação se *obriga a diligenciar no sentido de conseguir interessado* na realização de negócio com certas características.

Tanto significa que a atividade de mediação exercida no âmbito do contrato e por causa dele começou por ser legalmente descrita, no diploma de 1992, como correspondendo a uma obrigação de resultado (obrigação de conseguir um interessado), tendo passado nos diplomas de 1999 e de 2004 a corresponder a uma obrigação de meios (obrigação de diligenciar no sentido de conseguir um interessado).

A atual Lei (2013) abandona a referência a uma *obrigação* da mediadora de efetuar dadas diligências e descreve simplesmente a atividade na perspetiva da sua execução fáctica, como a *procura de destinatários*, sem fazer corresponder essa procura a uma obrigação contratual.

Só por via da interpretação dos concretos contratos de mediação imobiliária, se poderá aferir se a mediadora assumiu uma obrigação jurídica e,

¹ VAZ SERRA, «Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Março de 1967», RLI 100:3355 (15 mar. 1968) pp. 343-8 (p. 343); e, Acórdãos do STJ de 07/03/1967, BMJ 165, p. 318; de 17/03/1967, proc. 61689, BMJ 165, p. 331; de 28/02/1978, proc. 66989, BMJ 274, p. 223; e de 09/03/1978, proc. 66824, BMJ 275, p. 183.

se sim, qual a sua extensão. A Lei atual, ao não classificar a atividade que a mediadora desenvolve no âmbito do contrato e por causa dele como obrigação, permite que o modelo legalmente típico inclua contratos em que a mediadora se vincula ao exercício da atividade e outros em que não se vincula.

Para melhor percebermos os possíveis cenários, lembro que em ordenamentos nos quais o contrato de mediação está legislativamente regulado – como sucede no italiano, no alemão e no suíço –, o desenvolvimento da atividade mediadora contratualmente prevista não constitui uma obrigação. Nestes países, a situação passiva do mediador corresponde melhor ao que os autores suíços designam por *Obliegenheit* (autores de língua alemã) ou *incombance* (de língua francesa), que a uma obrigação. O termo tem sido traduzido entre nós por *ónus material*, *encargo*, e/ou *incumbência*². Trata-se de uma entidade do plano das normas jurídicas de constrangimento a um comportamento, como a *obrigação*, mas que se distingue desta pelas diferentes consequências da sua inobservância. Enquanto o incumprimento da obrigação confere ao credor direito de ação para execução específica, compensação em dinheiro e/ou indemnização dos danos, a inobservância da *Obliegenheit* gera para o vinculado um inconveniente ou a não obtenção de um benefício, mas não confere à contraparte o direito de exigir o comportamento ou de se ressarcir pelo não desempenho. Por outro lado, a sua observância é favorável a ambas as partes (ao contrário do que sucede com os ónus processuais, cuja inobservância é desfavorável ao onerado e favorável à parte contrária).

Parece ser o que amiúde sucede em contratos de mediação: a mediadora desenvolverá a atividade pretendida pelo seu cliente no interesse de ambos, sabendo que só será remunerada se for bem sucedida na procura e se, na sequência disso, o cliente vier a celebrar o contrato desejado, celebração que se mantém na disponibilidade deste. Com efeito, a mediadora não está sujeita a ver-se compelida a desenvolver a sua atividade de promoção do contrato desejado, nem a ter de pagar uma indemnização caso não a desenvolva. À

² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, I, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 918-9; JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Coimbra, Almedina, 2000, *maxime* pp. 1206-7; HEINRICH HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 234.

situação passiva da mediadora num contrato de mediação *simples* dificilmente corresponde um direito do cliente de exigir a prestação, ou a sua execução por terceiro a expensas da mediadora, ou indemnização substitutiva. Esta relativa liberdade da mediadora tem o seu contraponto na liberdade do cliente de contratar outras mediadoras e na sua liberdade de celebrar o contrato com a pessoa encontrada pela mediadora.

Com o novo modelo de descrição da atividade de mediação instituído pela Lei 15/2013, que deixa em aberto a intensidade da vinculação da mediadora ao exercício da atividade, parece-me que a lei quis abranger os contratos nos quais a mediadora é incumbida de encontrar interessado para um contrato, mas não se obriga a exercer qualquer atividade nesse sentido.

Perceber se num dado contrato a mediadora se obrigou e a quê, só casuisticamente, mediante a análise de cada concreto contrato, poderá ser aferido. Há que olhar o texto do contrato e interpretá-lo. Adianto, no entanto, que vários modelos de contratos de mediação imobiliária disponíveis na Internet (a título de exemplo, os disponíveis em http://apemip.info/info/Contrato_Modelo1.pdf e http://apemip.info/info/Contrato_Modelo2.pdf), e provavelmente utilizados com frequência pelas empresas de mediação, clausulam que a mediadora se obriga a procurar destinatário para a realização do negócio.

2.2. No contrato de mediação em regime de exclusividade

Apesar de a lei não fazer qualquer referência ou distinção a propósito da prestação da mediadora nos contratos de mediação imobiliária com cláusula de exclusividade, devemos entender que, *quando a mediadora tem o benefício da exclusividade, ela está sempre obrigada à prestação*, ou seja, está *obrigada a desenvolver a atividade* no sentido de obter interessado no contrato e/ou de levar as negociações a bom porto.

Não faria qualquer sentido que alguém que pretende interessado para um contrato celebrasse um contrato de mediação para esse fim, vinculando-se a não celebrar contrato com o mesmo objeto com qualquer outra mediadora, se a contraparte não se obrigasse a desempenhar o seu papel, ou seja, a diligenciar

por obter interessado no contrato que o cliente pretende celebrar. Um contrato de mediação em que a mediadora a nada se obrigasse, mas em que o cliente ficasse impedido de recorrer a outras mediadoras, seria um contrato totalmente desequilibrado que ninguém, minimamente esclarecido, celebraria.

É com este argumento que, em vários ordenamentos nos quais o contrato de mediação é geralmente entendido como não comportando uma obrigação para o mediador, se entende que, quando é acordada uma cláusula de exclusividade – pela qual o cliente se obriga a não procurar outros mediadores, ou mesmo a não promover o negócio visado por si próprio –, o mediador fica obrigada à prestação.

Na Alemanha, não há discussão sobre este aspeto: o que principalmente distingue o contrato de mediação com cláusula de exclusividade (*Alleinauftrag*) do contrato de mediação simples (*einfacher Maklervertrag*) é a vinculação contratual do mediador a desenvolver a atividade, que se verifica no primeiro e não segundo. Também na Suíça se tem entendido que, quando as partes convencionam um regime de exclusividade, estão a convencionar necessariamente a obrigatoriedade da atividade de mediação. Paralelamente na Inglaterra, o vulgar contrato do *estate agent* é entendido como unilateral, gerando apenas a obrigação de remuneração, salvo quando o mediador beneficia de uma cláusula de exclusividade, caso em que se entende vinculado a um dever de agir.

2.3. O conteúdo da vinculação da mediadora

Nos casos em que a mediadora se obriga a uma prestação (como sucede quando há cláusula de exclusividade ou sempre que assim resulte do contrato), a extensão da obrigação vai depender da interpretação do contrato concreto. As mais das vezes, e não resultando o contrário do acordo contratual, estaremos perante uma mera obrigação de meios: a mediadora obriga-se a diligenciar no sentido de encontrar interessado no contrato desejado pelo cliente; não se obriga a encontrar esse mesmo interessado.

O facto de, no contrato de mediação, o direito à remuneração apenas nascer com a celebração do contrato visado, conduz a que, por vezes, se veja a

obrigação do mediador como de resultado. Este entendimento afigura-se-me errado. A celebração do contrato visado não está na disponibilidade do mediador, mas apenas na do cliente e de um terceiro; também não é o resultado suscetível de ser diretamente obtido pela atuação do mediador, nem o que corresponde ao interesse primário ou final do cliente. O resultado suscetível de ser diretamente obtido pela atuação do mediador, e que corresponde ao interesse primário ou final do seu cliente, é a *obtenção de um interessado* no contrato visado. Só esta obtenção de interessado poderá constituir o *resultado-conteúdo da obrigação* do mediador; e, em geral, não constitui, pois o mediador não assume a obrigação de obter interessado, mas apenas, quando muito, de *tentar* obtê-lo.

A *celebração do contrato visado* está *fora da prestação* do mediador; constitui, como melhor veremos, circunstância de eventualidade da qual as partes fazem depender um dos efeitos do contrato – a remuneração do mediador ou, vista de outro prisma, a prestação do cliente. Isto tem importantes consequências práticas, como também veremos, nomeadamente a de que não é necessário que o contrato visado seja celebrado durante o período de vigência do contrato de mediação, para que a mediadora tenha o direito de ser remunerada.

3. A remuneração

3.1. A remuneração dependente da conclusão do contrato visado

As condições de remuneração, em termos fixos ou percentuais, bem como a forma de pagamento, com indicação da taxa de IVA aplicável, têm de constar obrigatoriamente do contrato, sob pena de nulidade (ainda que não invocável pela empresa de mediação) – v. art. 16, n.º 2, al. c), e n.º 5 do RJAMI. O contrato de mediação imobiliária regulado no RJAMI apresenta-se, assim, como necessariamente oneroso.

A remuneração da mediadora, porém, não é devida apenas pelo exercício da atividade de mediação, ou seja, pelas diligências no sentido de encontrar interessado no negócio visado, nem sequer pelo bom sucesso dessa atividade, ou seja, pela obtenção desse interessado. Conforme determina o artigo 19, n.º

1, do RJAMI, a remuneração da empresa é *devida com a conclusão e perfeição do negócio visado* pelo exercício da mediação (ou com a celebração do *contrato-promessa*, se assim tiver sido estipulado no contrato de mediação imobiliária). É sobretudo nisto que reside o cariz inconfundível do contrato de mediação: o direito à remuneração depende de uma circunstância futura, incerta e externa à prestação da mediadora, ainda que com esta relacionada.

A conclusão do contrato visado (ou do contrato-promessa, se tiver sido prevista a remuneração nessa fase) não marca apenas o momento em que a remuneração é devida, sendo, mais que isso, uma circunstância sem a qual não nasce para a mediadora o direito à remuneração³. Não sendo celebrado o contrato visado (ou o contrato-promessa, quando estipulado, no contrato de mediação, o direito à remuneração nesse momento), a mediadora não tem direito a ser remunerada. Isto torna-se claro com a leitura do n.º 2 do art. 19, que introduz uma exceção nesta regra, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes pressupostos: contrato de mediação celebrado com o proprietário ou o arrendatário trespessante do bem imóvel; regime de exclusividade; e não concretização do negócio visado por causa imputável ao cliente. Fora deste circunstancialismo, o direito à remuneração apenas nasce com a conclusão e perfeição do contrato visado (ou do contrato liminar, quando assim acordado).

A norma do n.º 1 do art. 19 provém dos regimes imediatamente anteriores (art. 18, n.º 1, do DL 211/2004, e art. 19, n.º 1, do DL 77/99) e acolhe precedente regra jurisprudencial, por seu turno gerada a partir da observação dos concretos contratos de mediação celebrados no comércio. Leia-se, a título de exemplo, o seguinte trecho de um acórdão do TRL proferido em 1975, quase vinte anos antes do primeiro diploma que regulou o contrato de mediação imobiliária: «para que o mediador tenha direito à retribuição, não basta o acordo estabelecido para a realização de determinado negócio jurídico, nem o desenvolvimento de qualquer atividade por aquele: é

³ LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 185-231 (pp. 202-3): «[e]stá em causa mais do que a mera exigibilidade; é da própria constituição do direito que se trata».

indispensável que o negócio jurídico tido em vista seja concluído»⁴. Também antes de a lei o prever, a jurisprudência reconhecia às partes a possibilidade de escolha de um momento menos exigente, em regra, o da celebração do contrato-promessa⁵. Indiferente sempre foi a consumação, cumprimento ou execução do contrato efetivamente celebrado, cuja falta não afeta a remuneração da mediadora⁶.

Estando acordada a remuneração no momento do contrato-promessa, aquela é devida com a celebração do dito, ainda que este não venha a ser cumprido e não venha a ser celebrado o contrato definitivo. Cumprir ou fazer cumprir o contrato-promessa está na disponibilidade dos respetivos contraentes; a mediadora é alheia ao assunto.

Sucedee, com frequência, ser acordado no contrato de mediação que uma percentagem da remuneração seja devida com a conclusão do contrato-promessa, e a percentagem remanescente com a conclusão do contrato definitivo. Nestas circunstâncias, se o contrato-promessa não for cumprido e não chegar a concluir-se o contrato visado, a mediadora terá apenas direito à percentagem da remuneração prevista com a celebração do contrato-promessa. A menos que se trate de contrato de mediação em regime de exclusividade celebrado com o proprietário ou arrendatário trespassante e que o contrato definitivo não se concretize por causa imputável ao mesmo. Nestas circunstâncias rege o n.º 2 do art. 19, sendo devida a remuneração por inteiro.

Da disciplina do art. 19, n.º 1, resulta que o contrato de mediação – não sendo um contrato condicional em sentido próprio, pois é plenamente eficaz

⁴ Acórdão do TRL de 21/02/1975, BMJ 244, p. 308 (sumário). Entre os acórdãos, anteriores a 1999, segundo os quais, de modo explícito ou implícito, a remuneração só é devida havendo celebração do contrato visado, destaque: STJ de 17/03/1967, BMJ 165, pp. 331-4; TRL de 19/12/1975, BMJ 254, p. 237 (sumário); STJ de 28/02/1978, BMJ 274, pp. 223-32; STJ de 09/03/1978, BMJ 275, pp. 183-90; TRL de 24/06/1993, proc. 5390, CJ 1993, III, pp. 139-42; TRE de 24/03/1994, proc. 446, CJ 1994, II, pp. 260-2; STJ de 18/03/1997, proc. 700/96, CJUSTJ 1997, I, pp. 158-60.

⁵ Foi esse o caso julgado pelo Acórdão do TRE de 24/03/1994, proc. 446, CJ 1994, II, pp. 260-2, numa altura em que a lei era omissa sobre a matéria.

⁶ Assim, LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», pp. 202-3; MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 700; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Contrato de agência (Anteprojecto)», BMJ. 360 (nov. 1986) 43-139 (p. 85), e também em *Contratos de distribuição comercial*, 3.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2009, p. 104; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, Lisboa, [s.n.], 1964, pp. 148 e 153.

desde o momento da sua celebração e não tem a sua eficácia ameaçada por qualquer ocorrência futura e incerta –, incorpora uma condição atípica, ou circunstância de eventualidade⁷, cuja ocorrência é necessária à produção de um dos seus efeitos jurídicos principais, o dever de remunerar.

Por causa desta circunstância, que coloca a remuneração na dependência da celebração do contrato visado (ou do contrato-promessa quando assim acordado), a mediadora corre um risco específico de não ser remunerada, mesmo tendo cumprido escrupulosamente a sua prestação. Daí a frequente classificação do contrato de mediação como aleatório⁸.

O posicionamento do contrato de mediação no campo dos aleatórios carece de alguma ponderação. Os contratos aleatórios são aqueles em que, no momento da sua celebração, a existência e/ou a extensão da prestação (ou, mais lata e rigorosamente, da atribuição) de uma ou de ambas as partes está, por estipulação contratual, dependente de um facto incerto quanto à sua verificação (*incertus an*) ou quanto ao momento dessa verificação (*incertus quando*), o que gera incerteza sobre o resultado económico do contrato, para ambas as partes. Assim sucede no contrato de mediação simples.

No entanto, dois importantes aspetos separam o contrato de mediação dos demais contratos habitualmente classificados como aleatórios.

Um primeiro aspeto prende-se com o facto de, nos contratos aleatórios, a prestação aleatória ser sempre a prestação característica e nunca a prestação de pagamento ou retribuição⁹. Por exemplo, nas apostas mútuas e lotarias, aleatória é a prestação de pagamento do prémio do jogo, não o pagamento do preço de participação na aposta ou do bilhete ou fração de lotaria; nos seguros

⁷ Distinguindo conceitualmente as circunstâncias que colocam a globalidade dos efeitos do negócio na dependência de um acontecimento futuro e incerto, de outras que apenas afetam um (ou parte) dos efeitos do negócio, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 391-3 e 558-9.

⁸ LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 209; MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, p. 703; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração», *Scientia Iuridica*, 62:331 (jan.-ab. 2013) 77-106 (p. 98); MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 22. Na jurisprudência, a título de exemplo, os Acórdãos do STJ de 09/03/1978, BMJ 275, p. 183, de 28/04/2009, proc. 29/09.3YFLSB, e de 16/12/2010, proc. 1212/06.9TBCHV.P1.S1; do TRP de 02/11/2009, proc. 1913/08.7TJPRT.P1 e de 08/09/2011, CJ 2011, IV, 165; do TRC de 17/01/2012, proc. 486/10.5T2OBR.C1; do TRE de 17/03/2010, CJ 2010, II, 241.

⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, III, Coimbra, Almedina, 2012, p. 150-1.

de risco, aleatório é o pagamento da indemnização, não o pagamento dos chamados prémios; na venda aleatória de bens futuros, aleatórias são a transmissão de propriedade e a entrega, não o pagamento do preço; o mesmo se diga na venda de bens de existência ou titularidade incerta; na renda vitalícia, aleatória é a renda a pagar, quanto à sua extensão (dependente da longevidade do alienante ou de terceiro), não a entrega e transmissão da propriedade pelo alienante da soma única de dinheiro (ou da outra coisa ou direito que seja objeto da alienação).

Na mediação, sucede o contrário. A prestação aleatória é a prestação de remuneração, não a prestação característica ou de atividade mediadora.

Um segundo aspeto respeita às diferentes funções económico-sociais dos contratos aleatórios ou de risco, por um lado, e do contrato de mediação, por outro. Apesar de em todos estar presente uma álea intrínseca, querida no contrato, na medida em que em todos se quer que a existência ou a extensão de uma prestação fique dependente de um evento incerto (quanto à sua existência ou ao momento da verificação), apenas os *contratos aleatórios* têm por finalidade a *cobertura de um risco preexistente* ou a *criação de um risco novo*. Com efeito, a função económico-social dos contratos aleatórios reconduz-se a uma das indicadas: ou cobertura de um risco exógeno e preexistente – visando minimizar os efeitos nefastos da ocorrência do evento incerto, já possível aquando da celebração do contrato (é o que sucede nos contratos de garantia) –, ou a criação de um risco novo – a criação pelo próprio contrato da possibilidade do evento incerto (como sucede nos contratos aleatórios puros).

No *contrato de mediação*, por seu turno, a 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 da mediadora 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 pela mediadora (ressalvados alguns casos de contrato com cláusula de exclusividade), tendo em ambos os casos contrapeso no normalmente elevado valor da remuneração.

3.2. A perfeição do contrato visado e celebrado

Não basta a celebração do contrato visado (ou do contrato-promessa quando assim acordado) para que a mediadora alcance a sua remuneração. É, ainda, necessário que esse contrato seja *perfeito* (art. 19, n.º 1, do RJAMI). A *perfeição do contrato* não corresponde a um pressuposto que, com esta designação, seja trabalhado pela doutrina portuguesa. O Código Civil refere a *perfeição* apenas a propósito da declaração negocial: fá-lo no art. 35, sobre a lei reguladora do negócio internacional, e no título da secção que contém os arts. 224 a 235. Nestes contextos, *perfeição* equivale a *eficácia*. Como escreve HÖRSTER, «para que os efeitos jurídicos de uma declaração negocial se produzam é preciso que esta, depois de ter sido feita ou formulada, adquira “eficácia” (ou “perfeição”)»¹⁰. No Código de Seabra, observava-se semelhante equivalência no art. 678, ao determinar que «se o contrato ficou dependente de alguma condição de facto ou de tempo, verificada a condição, considera-se o contrato *perfeito* desde a sua celebração».

A ideia de que *perfeição* significa *eficácia* serve perfeitamente no âmbito do contrato de mediação. Com efeito, tem-se entendido que o direito à remuneração apenas nasce se, e quando, o contrato a final celebrado for eficaz. Vejamos alguns exemplos. Quando o contrato é celebrado sob condição suspensiva, o direito à remuneração só nasce quando a condição se verifica¹¹; e quando enferma de invalidade absoluta, a mediadora não tem direito a ser remunerada¹². No caso de o contrato visado ser celebrado sob condição

¹⁰ HEINRICH HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português*, p. 446. No mesmo sentido, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 455.

¹¹ Assim, LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 205; e MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 175. Esta regra encontra-se positivada em direitos estrangeiros: art. 652, n.º 1, 2.ª frase, do Código Civil alemão (BGB); art. 413, n.º 2, do Código das Obrigações suíço; art. 1757 do Código Civil italiano.

¹² LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 204; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 177.

resolutiva, as opiniões expressas são no sentido de ela operar a «extinção retroativa do negócio (...), acarretando – mercê da acessoriedade – a destruição retroativa dos efeitos da mediação»¹³. Esta posição vai ao encontro da regra geral de direito civil sobre a retroatividade da condição (art. 276 do CC).

Estes casos apontam no sentido de, para além da *conclusão* do contrato, ser também necessário que o mesmo *não seja (ou, eventualmente, não venha a ser considerado* – caso da verificação da condição resolutiva) *ab initio absolutamente ineficaz*. Nesta expressão estão abrangidas a invalidade absoluta (nulidade), a ineficácia em sentido estrito absoluta (cuja principal figura será a pendência de condição suspensiva) e a ineficácia *a posteriori* mas com efeitos retroativos à conclusão do contrato (verificação da condição resolutiva).

3.3. O necessário nexa causal entre a atividade da mediadora e o contrato celebrado

O nascimento do direito à remuneração carece, para além da conclusão e perfeição do contrato visado, da verificação de um nexa entre a atividade da mediadora e o contrato a final celebrado. A necessidade de um tal nexa decorre dos compromissos assumidos pelas partes no âmbito da relação contratual de mediação imobiliária e é incansavelmente lembrada pela doutrina¹⁴ e pela jurisprudência. Nesta, e segundo a que me parece ser a melhor posição, afirma-se que a *contribuição da mediadora não tem de ter sido*

¹³ LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 205; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 176. A regra expressa do Código Civil italiano é a inversa; de acordo com o seu art. 1757, subsecção 2.^a; quando o contrato final se celebra sujeito a condição resolutiva, o direito à comissão não se extingue com a verificação da condição (apesar de a regra no direito italiano, tal como no português, ser a da retroatividade dos efeitos da condição – art. 1360 do Código Civil italiano). As leis alemã e suíça nada dizem sobre a influência das condições resolutivas, e as respostas da doutrina não são unânimes. De todo o modo, nestes países, ao contrário do que se passa em Portugal, a ocorrência da condição resolutiva não tem, por regra, efeitos retroativos (art. 158, n.º 2, do BGB, e art. 154 do *Code des obligations*).

¹⁴ LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 203; MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, p. 700-1; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração», pp. 100-3; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, pp. 97, 105, 106; VAZ SERRA, «Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Março de 1967», p. 346.

única, sendo suficiente ter-se limitado a dar o nome ou a ter posto em contacto (desde que isso tenha influído de algum modo no negócio)¹⁵.

3.4. Despesas efetuadas no exercício da atividade

O regime em vigor, tal como todos os que o precederam, não dispõe sobre o pagamento das despesas suportadas no exercício da atividade de mediação. A questão do ressarcimento das despesas da mediadora pode dizer-se clássica, sendo tradicional, nos países que nos são próximos, o entendimento de que correm por conta da mediadora as despesas feitas na busca de interessado. A doutrina portuguesa maioritária tem apontado em idêntico sentido, não hesitando em afastar as regras do mandato, com simples invocação dos usos, da economia do contrato ou da natureza aleatória do mesmo¹⁶. O mesmo se passa na jurisprudência¹⁷.

Não obstante, nada impede as partes de estipularem o pagamento de despesas. O RJAMI, aliás, prevê de algum modo a situação quando determina que tem de constar obrigatoriamente do contrato de mediação a identificação discriminada de eventuais serviços acessórios a prestar pela empresa mediadora, sob pena de nulidade (art. 16, n.ºs 2, f), e 5¹⁸). Os serviços acessórios, nomeadamente todos os que importem despesas para o cliente, só

¹⁵ Neste sentido, os Acórdãos do STJ de 18/03/97, proc. 700/96, CJUSTJ 1997, I, 158; de 31/05/2001, CJUSTJ 2001, II, 108; de 28/05/2002, proc. 02B1609; de 10/10/2002, proc. 02B2469; e de 20/04/2004, proc. 04A800; também os Acórdãos do TRE de 29/03/2007, proc. 2824/06-3; de 17/03/2010, proc. 898/07.1TBABF.E1, CJ 2010, II, 241. Alguns referem-se simplesmente a uma *relação causal*: Acórdãos do STJ de 29/04/2003, proc. 03A918; de 28/04/2009, proc. 29/09.3YFLSB; e de 27/05/2010, CJUSTJ 2010, II, 88. Outros, a um nexo de *causalidade adequada*: Acórdãos do STJ de 17/03/1967, BMJ 165, p. 331; de 28/02/1978, BMJ 274, p. 223; e de 15/11/2007, proc. 07B3569; do TRE de 24/03/1994, proc. 446, CJ 1994, II, 260; do TRL de 05/03/2013, proc. 824/10.OYXLSB.L1-1.

¹⁶ LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 207; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração», pp. 99-100; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 112.

¹⁷ A título exemplificativo, os Acórdãos do STJ de 28/04/2009, proc. 29/09.3YFLSB, e do TRL de 12/07/2012, proc. 1187/11.2BPDLL1-7.

¹⁸ A nulidade do contrato, estatuída para esta eventualidade, deve ser lida *cum grano salis*, circunscrita aos serviços acessórios aludidos no art. 16, n.º 2, f), como invalidade parcial, e não à globalidade do contrato de mediação. Creio razoável a aplicação ao caso do disposto no art. 292 do CC sobre a redução do negócio.

correrão por conta deste se assim tiver sido previsto no contrato de mediação, e com discriminação desses serviços. De contrário, não estando previstos, as despesas deles decorrentes correrão por conta e risco da mediadora.

3.5. Especificidades da remuneração no contrato em regime de exclusividade

A cláusula de exclusividade introduz alterações na disciplina da remuneração em dois grupos de situações:

- Quando é cliente da mediadora o proprietário do bem imóvel ou o arrendatário trespasante, e o contrato visado não se concretiza por causa imputável ao cliente da mediadora, esta tem direito à remuneração independentemente da concretização do contrato visado;

- Quando o cliente da mediadora infringe a cláusula de exclusividade e celebra o contrato visado com interessado que chegou até si por intermédio de outra mediadora, a mediadora exclusiva tem direito à remuneração, mesmo não tendo contribuído para a realização do contrato, ou seja, mesmo não havendo nexos causal entre a sua atividade e o contrato efetivamente celebrado.

Vejam os fundamentos destas duas regras especiais, que afastam o regime da remuneração do contrato de mediação com cláusula de exclusividade, do regime geral que vigora para o contrato de mediação simples.

3.5.1. O contrato visado não se concretiza por causa imputável ao cliente

Desde o regime de 1999 que se prevê expressamente que a remuneração só é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação, exceto nos casos em que o negócio visado, no âmbito de um contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade, não se concretiza por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, caso em que esta tem direito à remuneração. Assim o dizia o art. 19, n.º 2, al. a), do DL 77/99.

Idêntico regime manteve-se em 2004, explicitando-se então que, para se excepcionar a regra de que a remuneração só é devida com a conclusão e

perfeição do negócio visado, é necessário, não apenas que o contrato de mediação tenha sido celebrado em regime de exclusividade, e não se concretize por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, como ainda que este cliente seja o proprietário do bem imóvel (art. 18, n.º 2, al. a), do DL 211/2004, inalterado, neste aspeto, pelo DL 69/2011).

O regime vigente alarga a exceção ao contrato de mediação exclusivo celebrado com o arrendatário trespasante, sendo esta a única alteração substancial (art. 19, n.º 2, da Lei 15/2013). No entanto, a nova norma tem uma redação confusa: «É igualmente devida à empresa a remuneração acordada nos casos em que 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 trespasante do bem imóvel». O texto enferma de gralhas evidentes, estando manifestamente a mais as palavras que coloquei em itálico. Está em causa o *contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade* e não o *contrato visado celebrado em regime de exclusividade*. Suprimidos os lapsos, a norma em causa determina que, no contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade, com o proprietário do bem imóvel ou com o arrendatário trespasante, se o contrato visado não se concretizar por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, esta tem direito à remuneração.

Esta norma, que em substância vem dos dois regimes anteriores, introduz na disciplina contratual uma diferença significativa relativamente ao regime geral do contrato de mediação, no qual a remuneração só é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação (ou de sua promessa, quando assim tiver sido acordado no contrato de mediação). No regime geral, não se celebrando o contrato visado, ainda que por causa imputável ao cliente, não nasce o direito à remuneração, pois o cliente mantém intacta a sua liberdade de contratar (balizada apenas, nos termos gerais, perante o terceiro, pelo dever de boa fé nas negociações). Tendo sido estipulada uma cláusula de exclusividade num contrato de mediação celebrado com o proprietário ou com o arrendatário trespasante, o panorama altera-se. Nestes casos, a remuneração da mediadora não depende do evento futuro e incerto constituído pela celebração do contrato visado, quando este evento não se concretize por causa imputável ao cliente. A remuneração da mediadora

depende aqui quase unicamente do cumprimento da sua obrigação e do sucesso desta.

De enfatizar que a aplicação da norma contida no n.º 2 do art. 19 implica a prova da efetiva obtenção de alguém genuinamente interessado e pronto a celebrar o contrato nos moldes em que foi concebido no âmbito do contrato de mediação.

Provando a mediadora que efetuou com sucesso a sua prestação, o cliente poderá eximir-se à remuneração mediante a prova de que o contrato não se concretizou por causa que não lhe é imputável (porque, por exemplo, recebeu, entretanto e inesperadamente, uma ordem de expropriação, ou porque o terceiro não obteve o crédito necessário à realização do negócio).

3.5.2. O incumprimento da cláusula de exclusividade, pelo cliente

Questão frequentemente colocada perante os tribunais é a das consequências da violação da cláusula de exclusividade pelo cliente. Se o cliente não respeitar o direito de exclusividade da mediadora e vier a celebrar o contrato desejado com interessado angariado por outra mediadora (ou encontrado pelo próprio, no caso de exclusividade absoluta), *quid juris?*

Esta questão é independente da anteriormente tratada e respondida pelo art. 19, n.º 2¹⁹. Antes falámos da recusa de celebração do contrato visado, apesar de a mediadora exclusiva ter fornecido um genuíno interessado. Agora falamos de um incumprimento da cláusula de exclusividade consubstanciado na celebração do contrato visado com um interessado angariado por uma mediadora concorrente (ou na celebração do contrato visado com pessoa diretamente encontrada pelo cliente, no caso de exclusividade absoluta).

¹⁹ Embora, excepcionalmente, as duas questões – celebração do contrato visado com interessado angariado por outra mediadora, pressupondo o incumprimento da cláusula de exclusividade pelo cliente, e não celebração do contrato com o interessado angariado pela mediadora exclusiva por causa imputável ao cliente – possam coexistir num mesmo litígio. Assim sucedeu no Acórdão do TRP de 02/06/2011, proc. 141/09.9TBMAI.P1, CJ 2011, III, 196, no qual a mediadora exclusiva apresentou um interessado na compra e o cliente vendeu a um terceiro angariado por outra mediadora.

Com esta atuação, o cliente torna impossível a verificação da condição de que depende a remuneração da mediadora (torna impossível a celebração do contrato visado com eventual interessado a apresentar pela mediadora), pelo que, no fundo, torna impossível o bom sucesso da prestação da mediadora, pois ninguém se pode interessar verdadeiramente em comprar um imóvel que já não estará à venda.

Neste quadro, o cliente deve pagar à mediadora exclusiva a remuneração acordada²⁰. É a solução que resulta da aplicação das regras gerais sobre o incumprimento das obrigações. Nos contratos bilaterais, se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação (art. 795, n.º 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 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 exclusividade para uma zona geográfica ou para um círculo de clientes e se os mesmos atos tiverem sido concluídos com um cliente pertencente a essa zona ou círculo de clientes (cfr. art. 16, n.º 2, conjugado com o n.º 1, do Regime do Contrato de Agência – DL 178/86, de 3 de julho, alterado pelo DL 118/93, de 13 de abril).

Nos casos referidos nesta secção – em que o cliente, incumprindo a cláusula de exclusividade, celebra contrato com interessado angariado por mediadora terceira (ou, sendo a exclusividade absoluta, angariado por si) –, a cláusula de exclusividade permite que se prescindia do estabelecimento donexo causal entre a atividade mediadora e o contrato celebrado.

4. Aspetos a considerar na celebração de um contrato de mediação imobiliária

4.1. A forma escrita

O n.º 1 do artigo 16 do RJAMI, repetindo norma existente nos precedentes regimes (2004/2011, 1999 e 1992), impõe que o contrato de

²⁰ Neste sentido, o Acórdão do STJ de 07/03/1967 e a anotação que VAZ SERRA escreveu sobre o mesmo (ambos em RLJ 100, pp. 340-8).

mediação imobiliária seja reduzido a escrito. Trata-se de um requisito de validade, forma exigida para que o contrato seja válido, vulgo, forma *ad substantiam*.

Em linha com o disposto no art. 220 do CC, o art. 16, n.º 5, do RJAMI diz que a inobservância da forma escrita determina a nulidade do contrato. Mas enquanto o regime geral da nulidade, previsto nos arts. 285 e ss. do CC, prescreve que se trata de invalidade invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, podendo mesmo ser declarada oficiosamente pelo tribunal, o RJAMI atribuiu à proscrição da forma escrita uma consequência específica: *nulidade* (assim lhe chamou) *não invocável pela empresa de mediação*. Esta estatuição não constitui novidade, estando prevista em idênticos termos desde o regime de 1992.

Veremos adiante, no ponto n.º 5, como é que os tribunais têm densificado esta nulidade atípica.

4.2. Menções obrigatórias do contrato

O n.º 2 do art. 16, nas suas várias alíneas, elenca os elementos que obrigatoriamente devem constar do contrato, da seguinte forma:

a) A *identificação das características do bem imóvel* que constitui objeto material do contrato, com especificação de todos os ónus e encargos que sobre ele recaiam;

b) A *identificação do negócio visado* pelo exercício de mediação;

c) As *condições de remuneração* da empresa, em termos fixos ou percentuais, bem como a forma de pagamento, com indicação da taxa de IVA aplicável;

d) A identificação do *seguro de responsabilidade civil* ou da garantia financeira ou instrumento equivalente previsto no artigo 7.º, com indicação da apólice e entidade seguradora ou, quando aplicável, do capital garantido;

e) A identificação do *angariador imobiliário* que, eventualmente, tenha colaborado na preparação do contrato;

f) A identificação discriminada de eventuais *serviços acessórios* a prestar pela empresa;

g) A referência ao *regime de exclusividade*, quando acordado, com especificação dos efeitos que do mesmo decorrem, quer para a empresa quer para o cliente.

As três primeiras alíneas respeitam a elementos presentes em qualquer contrato de mediação – o objeto mediato do negócio visado, o negócio visado pelo contrato de mediação e a remuneração –, e impõem a identificação circunstanciada desses elementos.

A alínea subsequente obriga à identificação do seguro de responsabilidade civil, elemento externo à estrutura contratual.

As três últimas alíneas respeitam a circunstâncias eventuais mas que, a verificarem-se, têm obrigatoriamente de ser mencionadas no texto do contrato: caso tenha havido colaboração de angariador, ele tem de estar identificado; caso sejam contratados serviços acessórios, eles têm de ser discriminados; caso seja acordado o regime de exclusividade, ele tem de ser referido com especificação dos seus efeitos para cada uma das partes.

4.3. A consagração do regime de exclusividade e os seus efeitos

A al. g) do n.º 2 do art. 16 do RJAMI determina que, quando acordado o regime de exclusividade, a referência a tal acordo tem de constar obrigatoriamente do contrato, com especificação dos efeitos que do mesmo decorrem, quer para a empresa, quer para o cliente.

Esta norma foca dois aspetos diferentes do contrato de mediação em regime de exclusividade: por um lado, a sua formação, necessariamente sujeita à forma escrita; por outro, os seus efeitos concretos, cuja especificação se deixa na disponibilidade das partes, mas que têm de constar obrigatoriamente do texto contratual.

No anterior regime, estes dois aspetos constavam de disposições separadas (art. 19, n.ºs 4 e 5, do DL 211/2004) e explicitava-se o efeito do regime de exclusividade, determinando-se que, com a sua instituição, só a

mediadora tinha o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação durante o respetivo período de vigência (art. 19, n.º 4, do DL 211/2004). A interpretação desta norma suscitou dúvidas sobre a extensão ou abrangência da cláusula: permitia afastar apenas a concorrência de outras mediadoras ou inibia também o cliente de celebrar o contrato visado com interessado por si diretamente encontrado?

O RJAMI absteve-se de estabelecer os efeitos da cláusula de exclusividade e proibiu o julgador de integrar a falta absoluta de estipulação das partes, fazendo recair sobre estas o ónus de explicitarem os efeitos que pretendem para a cláusula, sob pena de nulidade do contrato. De lembrar que tal nulidade, de resto não invocável pela empresa de mediação, não impede a conversão do contrato num contrato de mediação simples, ao abrigo do disposto no art. 293 do CC.

Todavia, apesar de as partes terem de estipular os concretos efeitos da cláusula de exclusividade, sempre o seu texto terá de ser interpretado, e, caso seja de teor semelhante ao da revogada norma, manterá atualidade a discussão sobre a sua abrangência – afastar apenas a concorrência ou também a atividade do próprio cliente? Se lermos as *minutas de contrato de mediação imobiliária* já acima referidas, verificamos que a densificação dos efeitos do contrato celebrado em regime de exclusividade é feita através da mesma fórmula antes usada pelo art. 19, n.º 4, do DL 211/2004, de 20 de agosto: «quando o contrato é celebrado em regime de exclusividade só a Mediadora contratada tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação durante o respetivo período de vigência».

A jurisprudência dos nossos tribunais superiores, confrontada várias vezes com a necessidade de interpretar esta fórmula, e na falta de mais específica estipulação das partes, tem oscilado entre as seguintes soluções:

- A cláusula de exclusividade impede a contratação de outras mediadoras e também a promoção direta do cliente, mas não impede o cliente de aceitar propostas que espontaneamente lhe sejam feitas por terceiros²¹;

²¹ Neste sentido, os Acórdãos do TRG de 20/04/2010, proc. 7180/08.5TBBERG.G1, e do TRC de 18/02/2014, proc. 704/12.5T2OBR.C1.

- A cláusula de exclusividade impede a contratação de outras mediadoras, mas não impede o próprio cliente de procurar interessados no negócio pretendido²².

Ainda não vi decisões nacionais no sentido de o cliente ter sempre de remunerar a mediadora exclusiva, mesmo que celebre o contrato com alguém que o procurou de forma independente e espontânea.

Em meu entender, e sem prejuízo de as partes poderem manifestar claramente o seu acordo noutro sentido, a melhor interpretação de uma cláusula de teor idêntico ao do art. 19, n.º 4, do revogado DL 211/2004 (só a empresa de mediação tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação) restringe a operacionalidade da cláusula ao afastamento da concorrência, não podendo ver-se como tal a iniciativa do próprio cliente. Por um lado, o campo de regulação do RJAMI é o da *atividade empresarial* de mediação imobiliária, devendo a cláusula em causa ser lida a esta luz. Por outro lado, a interpretação mais lata contende com as normas dimanadas do princípio da autonomia privada, na sua modalidade de *liberdade contratual*, que tanto peso têm no âmbito do direito privado, pelo que carece de uma indicação clara das partes nesse sentido.

De dizer que a posição defendida não prescinde do cumprimento pelo cliente do seu dever de informar previamente a mediadora exclusiva da sua intenção de celebrar contrato com pessoa por si diretamente encontrada.

4.4. O prazo do contrato

O n.º 3 do art. 16 do RJAMI determina que, quando o contrato for omissivo quanto ao respetivo *prazo de duração*, considera-se celebrado por um período de *seis meses*. Impõe-se, portanto, a celebração do *contrato por tempo determinado*, mas o período de vigência é deixado na disponibilidade das partes, sendo supletiva a regra que o fixa em seis meses.

²² Neste sentido, os Acórdãos do TRG de 04/06/2013, proc. 1264/12.2TBCL.G1, do TRP de 01/07/2014, proc. 19005/12.2YIPRT.P1, e do TRG de 22/10/2015, CJ 2015, IV, 296.

Já assim era desde o regime anterior, instituído em 2004. Anteriormente, a estipulação de prazo era obrigatória, sob pena de nulidade (art. 20, n.º 2, al. g), do DL 77/99), ou sem cominação expressa (art. 10.º, n.º 2, al. a), do DL 285/92).

Os efeitos do prazo no regime da cessação do contrato serão apreciados no ponto n.º 6.

4.5. O recurso a cláusulas contratuais gerais

O n.º 4 do art. 16 do RJAMI dispõe que os modelos de contratos com cláusulas contratuais gerais só podem ser utilizados pela empresa após *validação* dos respetivos projetos pela Direção-Geral do Consumidor.

Os regimes anteriores eram menos exigentes. Todos continham uma norma destinada aos contratos de mediação com uso de cláusulas contratuais gerais, mas limitavam-se a exigir que a empresa de mediação *enviasse cópia* dos projetos dos contratos com uso de tais cláusulas à Direção-Geral do Consumidor, ou a outros organismos de tutela dos interesses dos consumidores (v. art. 19, n.º 7, do DL 211/2004, art. 20, n.º 6, do DL 77/99 e art. 10.º, n.º 4, do DL 285/92). A *prévia validação* é uma novidade do RJAMI.

A validação abstrata, por parte da Direção-Geral do Consumidor, das cláusulas contratuais gerais que a empresa de mediação pretende integrar em contratos concretos não cerceia a apreciação judicial da validade das mesmas, seja através da ação inibitória, independente da inclusão em contratos singulares, seja após a sua inserção nesses contratos (ao abrigo do disposto na Lei das cláusulas contratuais gerais, DL 446/85, de 25 de outubro, e suas atualizações).

O incumprimento do n.º 4 do art. 16 gera a nulidade do contrato, não invocável pela empresa de mediação (n.º 5 do mesmo artigo). Idêntica era a regra nos regimes anteriores (art. 19, n.º 8, do DL 211/2004, art. 20, n.º 8, do DL 77/99, e art. 10.º, n.º 6, do DL 285/92).

A procura no Google por *minuta de contrato de mediação imobiliária* conduz-nos a modelos constituídos por cláusulas contratuais gerais, pré-

elaboradas, que se apresentam às potenciais contrapartes. A título exemplificativo, veja-se a minuta de contrato de mediação imobiliária a celebrar com quem procura alienar, trespassar ou dar de arrendamento (em regra, o dono do imóvel), disponível em http://apemip.info/info/Contrato_Modelo1.pdf, e a minuta de contrato de mediação imobiliária a celebrar com quem está interessado em adquirir, tomar de trespasse ou de arrendamento, disponível em http://apemip.info/info/Contrato_Modelo2.pdf.

Como em muitos outros contratos de adesão (lembro, por exemplo, os de seguros ou de fornecimento de serviços públicos essenciais), a celebração do contrato exige o preenchimento dos dados que permitirão individualizá-lo, nomeadamente os referentes à identificação cabal das partes, do imóvel que será objeto do contrato visado, do tipo de contrato visado e do valor da remuneração. Além destas cláusulas individualizadoras ou particulares, outras terão de ser preenchidas se se quiser introduzir regras especiais: o regime de exclusividade (que terá de estar expressamente previsto); um prazo diferente do legal supletivo (nada estipulando as partes, o contrato considera-se celebrado por seis meses); o eventual pagamento de despesas (pois se não estiver expressamente previsto, considera-se que não é devido, correndo as despesas por conta da mediadora); a convenção de foro especial.

A maioria dos contratos de mediação imobiliária que se celebram no dia-a-dia são, pois, contratos de adesão, pré-elaborados por entidades associativas ou pelas empresas de mediação, submetendo-se, por isso, à já referida Lei das cláusulas contratuais gerais.

5. O contrato de mediação imobiliária nulo

O n.º 5 do art. 16 do RJAMI diz-nos que o incumprimento do disposto nos n.ºs 1, 2 e 4 determina a nulidade do contrato, *não podendo esta ser invocada pela empresa de mediação*. Esta particularidade da invalidade vem do regime de 1992 e manteve-se nos subsequentes.

Ao longo de mais de duas décadas, os tribunais portugueses tiveram oportunidade de se pronunciar sobre o significado da designada *nulidade* do

contrato de mediação imobiliária, no seio de um quadro legislativo que, do ponto de vista material ou substantivo, se manteve inalterado. Tem-se reconhecido unanimemente que a nulidade prevista no RJAMI é *atípica* ou *sui generis*, ou seja, que não lhe corresponde o regime geral ditado pelo Código Civil para o negócio jurídico nulo.

O significado dessa atipicidade, em que medida o regime da nulidade do RJAMI se afasta do regime geral, suscita várias questões: quem pode invocar o vício; que consequências ele tem na contraprestação pecuniária quando o contrato desejado seja efetivamente celebrado na sequência da atividade da mediadora; quando é que a invocação da invalidade deve ser desconsiderada por ser abusiva.

Relativamente à primeira questão, concebem-se três respostas: a) apenas o cliente da empresa de mediação pode invocar a invalidade; b) qualquer interessado, com exceção da empresa de mediação, pode invocar a nulidade; c) além de poder ser invocada por qualquer interessado, com exceção da empresa de mediação, o vício pode ser declarado *ex officio* pelo tribunal.

O teor literal da norma e a sua conjugação com a regra do art. 286 do CC conduzem a que a nulidade possa ser invocada por qualquer interessado, com exceção da empresa de mediação, e a que deva também ser conhecida oficiosamente pelo tribunal²³.

²³ Neste sentido, LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 211, referindo-se à norma paralela do DL 77/99. No sentido de que o tribunal deve conhecer oficiosamente numa situação em que tal conhecimento é desfavorável à mediadora, e com argumentos que devem ser ponderados, o Parecer de RUI PINTO DUARTE, datado de 26/01/2014, no caso julgado pelo Acórdão do STJ de 07/05/2014, proc. 7185/09.9TBCSC.L1.S1. Entre as conclusões do referido Parecer: «i) A ter existido contrato, o mesmo seria nulo, por força do n.º 8 do art. 19 do Dec.-Lei 211/2004, de 20 de agosto; j) Como resulta do art. 285 do Código Civil, as disposições dos arts. 286 a 294 do mesmo diploma são aplicáveis à nulidade e à anulabilidade dos negócios jurídicos na medida em que não haja regime especial; k) O caso em apreço é de nulidade para efeitos de tais preceitos do Código Civil; l) Não só o n.º 8 do art. 19 do Dec.-Lei 211/2004, de 20 de agosto, é claro como, se tal preceito não existisse, a sanção da nulidade seria à mesma a aplicável, por força do art. 220 do Código Civil; m) Do Dec.-Lei 211/2004, de 20 de agosto resulta haver um – e só um – desvio ao regime geral da nulidade: o consistente em a nulidade não poder ser invocada pela empresa de mediação; n) Assim, todas as regras do regime comum da nulidade à exceção da possibilidade de invocação pela empresa de mediação são aplicáveis ao caso; o) Entre tais regras está a do conhecimento oficioso da nulidade pelo Tribunal, sendo de sublinhar que, apesar da fórmula do art. 286 (“pode ser declarado oficiosamente”), na medida em que o poder em causa é um poder-dever, o tribunal *deve* conhecer da nulidade oficiosamente; p) A tese de que a nulidade atípica (incluindo a do contrato de mediação

As decisões judiciais, porém, têm sido no sentido de apenas o cliente poder invocar a invalidade²⁴.

O que, em qualquer caso, não se deverá permitir é que o conhecimento oficioso do tribunal ou o conhecimento por invocação de terceiros conduzam ao aproveitamento do vício pela empresa de mediação, situação que a lei quis claramente afastar. Para a invocação pelo cliente, por seu turno, deverá bastar qualquer alegação que implique não ter sido celebrado contrato escrito, o que inclui a alegação de não ter sido celebrado qualquer contrato.

Relativamente à segunda questão, quando o direito não conduz à manutenção do contrato, declarada a sua nulidade, haverá que ter em consideração o disposto no art. 289, n.º 1, do CC: a nulidade tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente. Ora, tendo sido prestada com êxito a atividade de mediação, e tendo o cliente celebrado o contrato visado graças à atuação da mediadora, creio que o melhor critério para aferir o valor do que foi prestado é fazê-lo corresponder à remuneração acordada, pois foi esta que o cliente entendeu que a atividade bem sucedida da mediadora para si valia²⁵.

imobiliária resultante da falta da sua redução a escrito) não seria declarável oficiosamente pelo tribunal surgiu para evitar que a parte mais forte, presumível causadora da nulidade (no caso, a empresa de mediação), beneficiasse com essa declaração, razão essa que no caso não se verifica; q) Se o tribunal recusasse ter o poder-dever de declaração oficiosa da nulidade, o protegido seria a empresa de mediação e o prejudicado seria a parte em cujo favor a nulidade é estabelecida». O Acórdão não chegou a analisar as questões dos sujeitos com legitimidade para invocar a nulidade e do seu possível conhecimento oficioso, uma vez que tais questões ficaram prejudicadas com a consideração prévia da inexistência do contrato de mediação (ao encontro do citado Parecer).

²⁴ Assim, os Acórdãos do TRC de 10/07/2007, proc. 3631/05.9TB AVR.C1; de 16/10/2007, proc. 408/05.5TBCTB.C1, CJ 2007, IV, 33; e de 18/03/2014, proc. 292391/11.7YPRT.C1; do TRL de 27/02/2007, proc. 10818/2006-7; e do STJ de 03/04/2008, proc. 07B4498.

²⁵ Neste sentido, v. Acórdão do STJ de 20/04/2004, proc. 04A800; e, Acórdão do TRE de 03/12/2008, CJ 2008, V, 254. No sentido de que a compensação nos termos do art. 289, n.º 1, do CC, deve corresponder ao valor dos serviços que em concreto a mediadora tiver prestado, Acórdão do TRC de 06/03/2012, proc. 2372/10.0TJC BR.C1; Acórdão do TRL de 07/10/2003, proc. 2165/2003-7; MIGUEL CÔRTE-REAL e MARIA MENDES DA CUNHA, *A actividade de mediação imobiliária: anotações e comentários ao DL n.º 77/99, de 16.03 e à legislação complementar*, Porto, Vida Económica, 2000, p. 84.

Por vezes, e focando agora a terceira das questões enunciadas, a invocação da nulidade do contrato de mediação celebrado sem observância da forma escrita é recusada por se considerar abusiva, contrária à boa fé que deve orientar as relações contratuais em todas as suas fases²⁶. Tal recusa vai ao encontro do que se pode considerar uma orientação jurisprudencial mais geral que, perante certo circunstancialismo, e com fundamento nas normas que exigem a boa fé na formação dos contratos e nas que proíbem o abuso de direito, afirma a validade de contratos celebrados com desrespeito da forma solene prescrita por lei²⁷.

6. A cessação do contrato de mediação imobiliária

O contrato de mediação imobiliária pode cessar por várias formas que não oferecem especificidades relativamente a outros contratos, como a *revogação em sentido próprio* – acordo das partes no sentido de colocarem fim à relação contratual –, a *caducidade* – quando o prazo do contrato atinge o seu termo e não está sujeito a renovação automática –, a *oposição à renovação* – declaração unilateral para produzir efeitos no fim do prazo, também dita denúncia para o termo do prazo –, ou a *resolução* – declaração unilateral condicionada à verificação de uma causa, prevista na lei ou no contrato, em geral, o incumprimento da parte contrária.

Dúvidas surgem a respeito da cessação por declaração unilateral, imotivada e para produzir efeitos imediatos ou em momento anterior ao termo do prazo contratual, pelo que é sobre esta forma de cessação que me detenho.

A cessação por vontade exclusiva de uma das partes e discricionária, sem necessidade de invocação de fundamento, *ad nutum* ou *ad libitum*, a chamada *denúncia* em sentido próprio, é genericamente aceite em contratos de

²⁶ Assim o decidiram os Acórdãos do TRL de 09/03/2004, proc. 7282/2003-1, e do TRP de 20/03/2007, proc. 0720378.

²⁷ Diretamente sobre o tema, com resenha de posições da jurisprudência e da doutrina, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Superação judicial da invalidade formal no negócio jurídico de direito privado», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 313-38.

execução duradoura e por tempo indeterminado, o que não é o caso do contrato de mediação imobiliária.

A existência de um prazo contratual – e o contrato de mediação está sempre sujeito a prazo, funcionando um supletivo de seis meses, quando as partes nada digam – significa que não pode ser posto termo ao contrato antecipadamente por declaração discricionária de uma das partes. Trata-se de decorrência lógica da basilar regra *pacta sunt servanda*, de resto, positivada no art. 406 do CC.

No entanto, encontramos ocasionalmente a defesa da chamada *revogabilidade* (aqui entendida como possibilidade de cessação por declaração unilateral e discricionária, à semelhança do seu emprego, por exemplo, no regime do mandato) do contrato de mediação, para se legitimar a desistência do cliente de celebrar o contrato visado. Sucede que livre revogabilidade do contrato de mediação e livre desistência de celebração do contrato visado são coisas distintas e a segunda não implica a primeira. Isto torna-se claro se nos lembrarmos de que a celebração do contrato visado não faz parte da prestação contratual da mediadora, sendo apenas uma circunstância de eventualidade de que depende o seu direito à remuneração. O cliente da mediadora num contrato de mediação imobiliária é sempre livre de desistir da celebração do contrato visado (sem prejuízo de, em alguns casos de contrato de mediação em regime de exclusividade, poder ter de pagar a remuneração, como vimos em 3.5.1.), mas não é livre de pôr fim ao contrato antes do seu aprezado termo, por declaração unilateral e imotivada.

Diferente seria se estivéssemos perante contrato de mediação celebrado *por tempo indeterminado*, como sucedia na prática anterior à regulação que obriga a que os contratos desta espécie sejam celebrados com termo. Em tal caso vigoraria a norma da não vinculação perpétua que permite a denúncia de contratos duradouros celebrados por tempo indeterminado. Foi perante contratos de mediação *simples e por tempo indeterminado* que Vaz Serra defendeu a sua livre revogabilidade numa passagem da anotação ao Acórdão do STJ de 07/03/1967²⁸. Ainda assim, ressalvando estipulação em contrário; a celebração de um contrato por dado período de tempo é clara estipulação em

²⁸ RLJ 100, cit., pp. 345-6.

contrário da possibilidade de lhe pôr fim por declaração unilateral discricionária. Tratando-se de contrato de mediação com cláusula de *exclusividade*, como era o do acórdão anotado, já o Autor o considerou irrevogável, acompanhando a decisão do mesmo acórdão²⁹.

Ora bem, se, como afirmámos, o cliente pode *desistir de celebrar o contrato visado*, em que se traduz, então, a afirmação de que *não pode ser posto termo ao contrato de mediação antecipadamente* por declaração discricionária de uma das partes?

No contrato de mediação simples, significa que, se o cliente vier a celebrar o contrato visado³⁰ graças à *atividade desenvolvida pela empresa de mediação durante o prazo contratual* (nomeadamente por o celebrar com interessado que a mediadora lhe apresentou durante o prazo do contrato), ainda que a celebração do contrato visado ocorra fora do período do contrato de mediação, o cliente tem de pagar a remuneração. Ou seja, o cliente é livre de desistir de celebrar o contrato visado, pode não o celebrar, sem que daí resulte qualquer efeito nefasto; mas se o celebrar (ainda que decorrido o período de vigência do contrato de mediação), graças à atividade da mediadora desenvolvida no decurso daquele período, tem de remunerar.

No contrato de mediação com cláusula de exclusividade, a impossibilidade de cessação unilateral e discricionária significa que o cliente tem de pagar a remuneração nos seguintes casos:

a) Tal como no contrato de mediação simples, se o cliente vier a celebrar o contrato visado³¹ graças à atividade desenvolvida pela empresa de mediação durante o prazo contratual (nomeadamente por o celebrar com interessado que a mediadora lhe apresentou durante o prazo do contrato), ainda que a celebração do contrato visado ocorra fora do período do contrato;

b) Se o cliente, incumprindo o contrato de mediação com cláusula de exclusividade, celebrar contrato de mediação com outra mediadora e vier a

²⁹ RLJ 100, cit., pp. 347-8.

³⁰ Ou o contrato-promessa do visado se, no contrato de mediação, tiver sido prevista uma remuneração nesta fase (art. 19, n.º 1, segunda parte).

³¹ Ou o contrato-promessa do visado se, no contrato de mediação, tiver sido prevista uma remuneração nesta fase (art. 19, n.º 1, segunda parte).

celebrar o contrato visado com terceiro apresentado por esta outra mediadora durante a vigência do contrato incumprido – retribuirá a mediadora exclusiva nos termos do disposto no art. 795, n.º 2, do CC³²;

c) Sendo o cliente da empresa de mediação o proprietário ou o arrendatário trespessante do imóvel objeto do contrato visado, se, durante o prazo de vigência do contrato de mediação, a empresa mediadora apresentar ao cliente pessoa interessada, disposta e pronta a celebrar o contrato visado, e o cliente não o celebrar por causa que lhe seja imputável – há direito à remuneração nos termos do art. 19, n.º 2³³.

Insisto em que livre revogabilidade do contrato de mediação e livre desistência de celebração do contrato visado são coisas distintas³⁴. Lembro que a celebração do contrato visado está fora da prestação contratual da mediadora, sendo apenas uma circunstância de eventualidade de que depende o seu direito à remuneração. Não há aqui, portanto, analogia entre contrato de mediação e contrato de mandato. Neste último, o mandatário celebra o contrato por conta (eventualmente, também em nome) do mandante, fazendo essa celebração parte da sua prestação contratual.

³² Neste caso, terá de remunerar as duas mediadoras: a mediadora exclusiva por via do incumprimento do contrato de exclusividade (art. 795, n.º 2, do CC); e a mediadora graças à qual encontrou interessado (com a qual pode ter celebrado contrato com cláusula de exclusividade ou não, é indiferente), em cumprimento do contrato de mediação com ela celebrado.

³³ De todo o modo, se no decurso da vigência de um contrato destes (com cláusula de exclusividade, celebrado com o proprietário ou arrendatário trespessante), o cliente transmite à mediadora a sua intenção de não celebrar o contrato visado, poderá ser abusiva a apresentação ulterior de interessado, obtido a partir de diligências efetuadas após a comunicação de desinteresse do cliente (poderá, então, justificar-se entrar em linha de conta com o determinado pelo art. 334 do CC).

³⁴ Os Acórdãos do TRP de 17/03/2014, proc. 137/11.0TBPVZ.P1, e do TRC de 03/11/2015, proc. 115257/14.5YIPRT.C1, para fundamentarem que o cliente pode desistir de celebrar o contrato visado, afirmam a livre revogabilidade do contrato de mediação. Em ambos, as mesmas boas decisões podiam ter sido obtidas com outros fundamentos. No primeiro caso, tratava-se de contrato de mediação simples, sem exclusividade, e o cliente desistiu de celebrar o contrato visado, tendo-o comunicado à mediadora. É uma faculdade de que dispõe e que, por si só, não gera responsabilidade contratual do cliente perante a mediadora. No segundo caso, tratava-se de contrato de mediação em regime de exclusividade, celebrado com pessoa mentalmente diminuída, tendo a mediadora infringido vários deveres de correção na formação e execução do contrato, para com o cliente e sua representante, justificando-se a resolução do contrato, assim podendo ter sido entendida a comunicação que a representante do cliente fez à mediadora em 09/05/2013.

Porque o ato jurídico encomendado é praticado *pelo mandatário*, faz sentido que o mandato, mesmo quando conferido por certo tempo, seja livremente revogável (ainda que dê azo ao dever de indemnizar prejuízos – arts. 1172, al. c), do CC e 245 do CCom). O mandante é que sabe se o ato continua a interessar-lhe e não pode ficar nesse aspeto dependente da vontade do mandatário. O cliente da mediadora não corre esse risco: o ato desejado é sempre *por si* livremente praticado. Apesar de não poder revogar o contrato de mediação (o que tem as consequências que já referi), com essa não revogação o cliente não fica sujeito à prática do contrato inicialmente visado e já não desejado. Assim, não se verificam, no contrato de mediação, as razões que levam a que o contrato de mandato seja sempre revogável.

Higina Orvalho Castelo

Juíza Desembargadora

Doutora em Direito

Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 06 • Novembro 2016

