

CONTRATOS DE MEDIAÇÃO

MEDIATION CONTRACTS

Alessandra Balestieri

Doutoranda pela Universidade Autônoma de Lisboa – UAL. Membro efetivo da Comissão Especial de Mediação e Conciliação da OAB/CF. Vice-Presidente da Comissão de mediação da OAB/RJ. Tutora de curso de Mediação Judicial pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Professora de Mediação por Meios Eletrônicos e Soluções Adequadas de Conflitos.

Resumo: O presente trabalho avalia a aplicabilidade da mediação nos contratos, tanto em Portugal quanto no Brasil, suas diferenças, a importância da figura do mediador, enfim, tudo sobre este instituto que vem sendo cada vez mais aplicado e conhecido na busca pela celeridade na resolução de conflitos. Em Portugal, o contrato de mediação já vem sendo utilizado, principalmente na área imobiliária; já no Brasil, cada vez mais empresas buscam a utilização de cláusulas de mediação nos contratos, principalmente no aspecto comercial e consumerista. O trabalho aborda também a figura do mediador, sua atividade, remuneração e a importância da cláusula de confidencialidade.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Contrato. Solução adequada.

Abstract: The present study evaluates the applicability of Mediation in Contracts, both in Portugal and in Brazil, their differences, the importance of the figure of the mediator, finally, everything about this institute that has been increasingly applied and known in the search for speed in the resolution of conflicts. In Portugal, the Mediation contract is already being used, mainly in the real estate area; in Brazil, more and more companies are looking for the use of mediation clauses in the contracts, mainly in the commercial and consumer aspects. The paper also addresses the role of the mediator, its activity, remuneration and the importance of the confidentiality clause.

Keywords: Mediation of conflicts. Contract. Appropriate solution.

Sumário: Introdução – **1** Contratos de mediação imobiliária em Portugal – **2** Contratos de mediação no Brasil – Conclusão

Introdução

O presente trabalho tem como escopo delinear o tema contratos na mediação, a boa-fé contratual tanto em Portugal quanto no Brasil, a consagração legal da mediação principalmente em Portugal.

Em Portugal, os contratos de mediação já são mais utilizados do que no Brasil; vamos destacar a onerosidade dos contratos e a remuneração do mediador.

O tema envolve também os princípios da mediação, como a voluntariedade, que dá a liberdade de escolha aos envolvidos, da imparcialidade do mediador, o qual não pode tomar partido de qualquer uma das pessoas em conflito, e o princípio da confidencialidade, em que as partes fazem um tipo de pacto entre si, com clima de confiança e respeito em ambiente privado.

No Brasil, vamos avaliar principalmente as cláusulas de mediação nos contratos, como garantia de maior celeridade e satisfação dos envolvidos. Como podemos ver, a cláusula de mediação é um instrumento que, se for adequadamente utilizado, tem o poder de transformar o pensamento de empresas, consumidores, trazendo uma mudança de paradigma para ambas as partes.

Por fim, faremos um estudo comparativo entre Brasil e Portugal, assim como em outros países, as dificuldades, seus erros e acertos, até que ponto o instituto da mediação está solucionando os conflitos, sua aceitação e o que pode se esperar daqui para frente.

1 Contratos de mediação imobiliária em Portugal

Contrato de mediação é o contrato pelo qual uma parte (o mediador) se vincula com a outra (o comitente ou solicitante) para, de modo independente e mediante retribuição, preparar e estabelecer uma relação de negociação entre este último e terceiros (os solicitados) com vista à eventual conclusão definitiva de negócio jurídico.¹

Assim, o mediador, de modo imparcial, promoverá a aproximação das partes com intuito de celebrar certo negócio, mediante retribuição.² Com isso, limita-se a construir um diálogo, de modo que elas mesmas resolvam o conflito.

Por um longo período, confundiu-se os termos *corretor*, *mediador* e *agenciador*, o conceito de contrato de mediação surgiu na jurisprudência dos tribunais superiores, como podemos ver nos precedentes a seguir: “Supõe, na sua essência,

¹ OLIVEIRA, Fernando Baptista. *Direitos dos contratos – O contrato de mediação imobiliária na prática judicial – Uma abordagem jurisprudencial*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Coleção Formação Contínua. p. 11.

² Cf. BARATA, Lacerda. Contrato de mediação. In: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002. v. I. p. 192. Sobre mediação, cf. ainda CORREIA, L. Brito. *Direito comercial*. Lisboa: AAFDL, 1987/1988. v. I. p. 202-203; JORGE, Fernando Pessoa. *O mandato sem representação*. Lisboa: Almedina, 2001. p. 231 *et seq.*; e BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 1990. p. 6-7; 112 *et seq.* – cf. art. 2º do DL nº 285/92.

a incumbência a uma pessoa de conseguir interessado para certo negócio, a aproximação feita pelo mediador entre o terceiro e o comitente e a conclusão do negócio entre este e o terceiro em consequência da atividade do intermediário”.³ Um contrato pelo qual uma das partes se obriga a consentir que a outra busque a forma pré-processual ou extraprocessual de solucionar seu conflito, a aproximar os conflitantes a buscar uma solução pacífica e exequível para ambos. “Contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover, de modo imparcial, a aproximação de duas ou mais pessoas, com vista à celebração de certo negócio, mediante retribuição”.⁴ “Contrato pelo qual uma das partes (o mediador) se obriga, mediante remuneração, a promover negociações ou a indicar a contraparte para a formação de um contrato que a outra parte no contrato de mediação (o cliente) pretende celebrar”.⁵

O contrato de mediação se consolidou na década de 1960, em Portugal; hoje em dia, não se discute a tipicidade social do contrato, pois pode ser usado em qualquer ramo de atividade. A regulamentação legal só veio a partir de 1992, mas somente nos contratos de mediação imobiliária.

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 art. 16º da Lei nº 15, de 8.2.2013. Porém, 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.⁶

O contrato de mediação é contrato socialmente típico, mas legalmente atípico, embora o legislador português regule alguns contratos especiais de mediação, como o contrato imobiliário, de seguros, de mediação financeira.^{7 8}

Cabe assinalar que nem sempre o exercício dessas atividades é qualificado pela doutrina pátria como mediação em sentido próprio, sobretudo quando não se possam identificar nessa atuação as alegadas características da imparcialidade e

³ STJ. Acórdão de 17.3.1967. *BMJ*, 165, p. 333.

⁴ BARATA, Lacerda. Contrato de mediação. In: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002. v. I. p. 192.

⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. Lisboa: Almedina, 2007. v. II. p. 203.

⁶ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 663.

⁷ Cf. BARATA, Lacerda. Contrato de mediação. In: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002. v. I. p. 190 et seq., p. 208; SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 12 et seq.; SALVADOR, Manuel. *O contrato de mediação*. Lisboa: Petrony 1964. p. 36 et seq.; POÇAS, Luís. *Estudos de direito dos seguros*. Porto: Almeida & Leitão, 2008. p. 175.

⁸ Cf. o acórdão do STJ de 6.12.2012 (Ana Paula Boularot). A mediação de seguros está regulada no Decreto-Lei nº 144/2006, de 31 de julho; a mediação imobiliária, na Lei nº 15/2013, de 8 de fevereiro; a mediação de emprego, no Decreto-Lei nº 124/89, de 14 de abril; e a mediação financeira, nos arts. 289º e seguintes do Código dos Valores Mobiliários.

da ocasionalidade. Atente-se, nomeadamente, no caso dos agentes de seguros, dos mediadores de seguros ligados, dos angariadores imobiliários.⁹

O mesmo acontece noutros ordenamentos jurídicos do espaço europeu, embora em alguns deles o contrato de mediação possa considerar-se legalmente tipificado.¹⁰

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 diretamente aplicáveis à situação em apreço).¹¹

Juridicamente, o contrato de mediação é atípico, embora a legislação avulsa tenha tipificado algumas formas de mediação, como a mediação imobiliária, de seguros e a financeira.¹²

O Professor Antunes Varela considera que

[...] o contrato de mediação imobiliária é uma das modalidades do contrato de prestação de serviços, segundo o qual uma das partes se obriga a conseguir interessado para certo negócio e a aproximar esse interessado da outra parte. Isto, normalmente, como é óbvio, em contrapartida de uma remuneração, uma vez que tal contrato se tem, em princípio, como oneroso.

1.1 A figura do mediador e o seu direito a remuneração

A atividade do mediador no âmbito de vendas imobiliárias já não é definida por uma obrigação de diligenciar, mas, sim, de procurar (destinatários *para a realização de negócios*), o que é bem diferente da obrigação de concretização do

⁹ Cf. POÇAS, Luís. *Estudos de direito dos seguros*. Porto: Almeida & Leitão, 2008. p. 178 *et seq.*; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. I. p. 142; ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 461.

¹⁰ Cf. RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração. *Scientia Iuridica*, t. LXII, n. 331, p. 77-106, 2013. p. 80 *et seq.*; CASTELO, Hígina Maria Almeida Orvalho da Silva. *Contrato de mediação*. Estudo das prestações principais. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013. p. 85 *et seq.* Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/13121/1/Castelo_2013.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹¹ Cf. SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 36.

¹² IGFEJ. *Bases jurídico-documentais*. Lisboa: DGSJ, 2019. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 20 fev. 2019.

negócio visado, esta que inexistente, pois isso não depende da vontade do mediador, mas do seu cliente e do interessado encontrado.

O contrato de mediação é considerado um contrato oneroso; o mediador terá, assim, direito a receber um honorário, que lhe é devido 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).¹³ Esse é o caso para os contratos de mediação no ramo de vendas – imobiliária.

As partes do negócio imobiliário 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.¹⁴

No entanto, o direito à remuneração depende diretamente 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 diretamente dessa atividade do mediador.¹⁵

Tratando-se, pacificamente, de um contrato oneroso, o mediador de vendas imobiliárias (corretor) tem o direito a receber uma retribuição (comissão) pela atividade que desenvolve em prol de uma ou de ambas as partes, “consoante se trate de mediação unilateral ou bilateral”.¹⁶

Pode, então, qualificar-se a obrigação do mediador com uma obrigação de resultado; o mediador obriga-se a causar certo resultado, o qual define a prestação, pelo que apenas existe cumprimento se o resultado vier a ocorrer em consequência da atuação do mediador.¹⁷

O fato de a remuneração do mediador depender do resultado da sua atividade leva, no fundo, à obrigatoriedade da verificação cumulativa de três requisitos para que ela seja devida: a atividade do mediador; a conclusão do contrato pretendido

¹³ Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito Comercial*. Parte geral. Contratos mercantis. Títulos de crédito. Lisboa: Almedina, 2017. v. I. p. 198.

¹⁴ Cf. CATAUDELLA, Antonino. Mediazione. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Instituto della Enciclopedia, 1988. p. 12.

¹⁵ Cf. SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 20 *et seq.*; COELHO, José Gabriel Pinto. Anotação ao Acórdão do STJ de 14 de janeiro de 1964. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3278, p. 268-272, 1965. p. 269.

¹⁶ Cf. RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração. *Scientia Iuridica*, t. LXII, n. 331, p. 77-106, 2013. p. 92-93.

¹⁷ Cf. SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 85.

entre o comitente e um terceiro; um nexo de causalidade entre aquela atividade e a conclusão desse contrato.^{18 19}

Como requisito, invadeável ou irremível, o direito à remuneração pela atividade desenvolvida para a obtenção de um negócio jurídico só nasce se o contrato (“encomendado”, normalmente, compra e venda de uma propriedade) for efetivamente realizado ou concluído pelo comitente com o terceiro encontrado pelo mediador. Não basta, para a doutrina²⁰ a promessa de contratar ou a manifestação de vontade que não correspondam à celebração do negócio visado.²¹

¹⁸ Cf. RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração. *Scientia Iuridica*, t. LXII, n. 331, p. 77-106, 2013. p. 95.

¹⁹ Cfr. o acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 29.3.2011, relatado pelo Conselheiro Paulo Sá (IGFEJ. *Bases jurídico-documentais*. Lisboa: DGSI, 2019. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 20 fev. 2019) em cujo sumário se deixou expressa a doutrina da problemática do direito à remuneração. “I - O contrato de mediação imobiliária (actualmente regulado pelo DL n.º 211/2004, de 20-08), pressupõe a incumbência ao mediador de conseguir interessado para certo negócio, a existência de aproximação promovida pelo mediador entre o terceiro e o comitente e o desenvolvimento, para o efeito, de certo tipo de acções conducentes a preparar a conclusão do negócio entre este e o terceiro, como consequência adequada da actividade do mediador. II - O mediador obriga-se a uma actividade, que não a um resultado, embora seja em função da realização do negócio que ele desenvolve toda a sua actividade, sendo a sua remuneração, em princípio, apenas devida se o negócio se efectivizar. III - O direito à remuneração depende da conclusão e perfeição do negócio visado; ou seja, a remuneração do mediador só é devida, como contrapartida que é da prestação que lhe incumbe realizar, se a celebração do negócio visado tiver sido alcançada pela actividade de mediação que desenvolveu, implicando a verificação de uma relação causal entre a actividade desenvolvida pelo mediador e a realização do negócio visado pelo contrato de mediação. IV - Não se encontrando provado que o negócio de compra e venda, que se consumou em 08-05-2007, entre o réu, como dono e vendedor do imóvel, e o seu comprador, tenha resultado da actividade de ‘aproximação’ entre o vendedor e o comprador, promovida pelo autor, nem existindo qualquer prova da existência de nexo de causalidade entre qualquer pretensa actuação do autor junto daquele que veio a comprar ao réu o imóvel, não havendo um resultado – a concretização do negócio objecto da incumbência ao autor –, não se pode afirmar que o autor tenha *jus* a qualquer retribuição pela venda do imóvel, já que não resultou da sua actuação, em termos de nexo de causalidade, a celebração do negócio de compra e venda do imóvel”. Veja-se ainda, no mesmo sentido, o acórdão deste Supremo Tribunal, de 13.11.2012, relatado pelo mesmo relator (Conselheiro Paulo Sá) (IGFEJ. *Bases jurídico-documentais*. Lisboa: DGSI, 2019. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 20 fev. 2019). “II. - A actividade de mediação não pode limitar-se á promoção do negócio visado, tendo também de alcançar a conclusão desse negócio, sendo a remuneração do mediador, em princípio, apenas devida se o negócio se efectivizar. III. - A remuneração ao mediador só é devida com contrapartida que + e da prestação que lhe incumbe realizar, se a celebração desse negócio tiver sido alcançada pela actividade de mediação que desenvolveu, implicando a verificação de uma relação causal entre a actividade desenvolvida pelo mediador e a realização do negócio visado pelo contrato de mediação”.

²⁰ Cf. SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 14 *et seq.*

²¹ “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 o efeito útil a actividade do mediador – o risco, a álea negocial – não há lugar á remuneração (comissão)” – cfr. Ac. do STJ de 28.4.2009, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos (IGFEJ. *Bases jurídico-documentais*. Lisboa: DGSI, 2019. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 20 fev. 2019).

Abordando a questão da causalidade²² que deve existir entre a atividade do mediador, por um lado, e a conclusão do negócio pretendido/querido ou visado pelo comitente:

[...] pode considerar-se assente que o conceito de causalidade não implica que a atividade do mediador, para como tal se deva considerar, não possa conduzir a outro resultado senão à feitura do negócio, não se tratando de aplicar a teoria da causalidade adequada. Por exemplo, se o mediador consegue um comprador e este está disposto a adquirir por determinado preço – inferior ao combinado entre o incumbente e o mediador – e o comitente não aceita, mas posteriormente vem a concluir o negócio com o mesmo (indicado) comprador, já sem a intervenção do mediador, este autor estima que este tem o direito à percepção da remuneração.²³

Ocorrendo, no entanto, que o contrato é abandonado e, “depois, com superveniência de circunstâncias novas e em condições modificadas a ele volta e o conclui, diretamente ou por meio de outro corretor, o primeiro corretor procurado não tem o direito à comissão”.²⁴

Resumindo, este elemento do contrato de mediação, ou condição de remuneração, refere este autor:

o mediador só adquiriu o seu direito à remuneração quando influenciou diretamente sobre a conclusão, mas não é necessário, por outro lado, que tenha cooperado no desenvolvimento das negociações, pelo que

²² Cf. SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 96-104.

²³ “É seguro que a conclusão de negócio por preço inferior não faz perder àquele o seu direito, pela razão de ser opinião comum que não é necessária perfeita coincidência entre o contrato desejado e o efectivamente realizado; o mediador conseguira já a adesão do terceiro à celebração do negócio (celebração esta só impedida pelo preço demasiado elevado proposto pelo mandante): daí a sua participação no nexa causal” (cf. SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 98-99).

²⁴ Cf. Carvalho Mendonça, citado por SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 99. Abonando a tese defendida por Mendonça de Carvalho, este autor traz em seu sustento a posição defendida por Carrara, quando defende que, “se as partes abandonam as negociações em curso (abandono efectivo e não fictício, pois, neste caso seria irrelevante) resulta irrealizável a conclusão do negócio e se extingue o contrato de mediação, pelo que uma ulterior aproximação das partes com um desfecho feliz traduz um novo negócio a respeito do qual o intermediário não desenvolveu qualquer actividade, não tendo direito à percentagem, não porque falte o nexa de causalidade ou porque quanto a ele deva pôr-se limites, mas porque falta a relação jurídica de mediação”.

basta ter-se limitado o nome duma pessoa disposta a fazer determinado negócio.²⁵

Não podemos esquecer que se suscita neste tipo de contratos, de natureza continuada e durante algum tempo – entre a assunção da incumbência até à conclusão do contrato – sem remuneração estipulada ou contratualizada – a remuneração, por percentagem, recorda-se, só surge com a conclusão do negócio – saber se o mediador tem o direito ao reembolso das despesas. A opinião consensual, na doutrina, é a de que o reembolso das despesas só é devido e pode ser percebido pelo mediador se tal tiver sido pactuado nos termos do contrato estabelecido; não o sendo, nada pode habilitar o mediador a apresentar e fazer-se pagar por despesas efetuadas no decurso da atividade que desenvolve para obtenção do resultado pretendido e que lhe haja sido incumbido.²⁶

Os honorários do mediador, em Portugal, serão devidos se a sua atividade resultar eficaz ou, por outras palavras, se como consequência da atividade desenvolvida se celebra e tem positiva concretização/realização jurídica do contrato ou negócio objeto da mediação.

Pinto Monteiro entende que “a remuneração do mediador [...] é independente do cumprimento do contrato, diversamente do que sucede com a retribuição do agente [...], podendo exigí-la logo que o mesmo seja celebrado”.²⁷

Já 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.²⁸

²⁵ Adiantando os requisitos de revestir o nexu causal, neste tipo de contrato, refere este autor (Manuel Salvador), cevando-se em Azzolina, que devem ser considerados os seguintes: “a) a actividade do mediador deve fazer parte das causas próximas e imediatas da conclusão do negócio; b) é preciso que a actividade do intermediário tenha carácter consciente e voluntário, seja prestada animus adimplendi contractus, por modo que o efeito causal não se produza só fortuitamente; c) não é necessário que a actividade do mediador seja contínua e ininterrupta, isto é que poderia dizer-se somente quando o mediador tenha participado em todas as tentativas e até à fase conclusiva do negócio: o efeito causal da obra do mediador pode, de facto subsistir sem aquela continuidade e sem esta participação” (esta última em italiano no texto da obra e por nós traduzida).

²⁶ Cf., neste sentido, SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 109-122 e RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração. *Scientia Iuridica*, t. LXII, n. 331, p. 77-106, 2013. p. 99-100. Na jurisprudência, veja-se o já citado aresto deste supremo tribunal de Justiça, de 28.4.2009, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

²⁷ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 7ª sessão, Acórdão. Processo nº 135/11.4TVPR.T.1.1. Rel. Granja da Fonseca, j. 12.12.2013.

²⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 7ª sessão, Acórdão. Processo nº 135/11.4TVPR.T.1.1. Rel. Granja da Fonseca, j. 12.12.2013.

Independentemente da natureza da atribuição principal e da existência de deveres de prestação secundários, o mediador está sujeito a deveres de conduta não prestacionais, decorrentes do dever geral de boa-fé. Larenz chamou tais deveres não prestacionais de *outros deveres de conduta* (*weitere Verhaltenspflichten*), na medida em que os deveres de prestação são, também eles, deveres de comportamento.²⁹

1.2 Cláusula de mediação

É cada vez mais comum inserir num contrato uma cláusula de mediação, nas quais as partes se comprometem a, antes de tudo, tentar resolver primeiro a questão através da mediação, sem que vá direto à via judicial.

Insta salientar que nada impede a resolução de um litígio pelo tribunal se acaso a mediação se frustrar.

O não cumprimento da cláusula de mediação tem, portanto, efeitos meramente obrigacionais. Trata-se de responsabilidade contratual, correspondendo o ilícito ao não cumprimento de uma das cláusulas do contrato; no entanto, a responsabilidade depende da existência de um dano e do nexo de causalidade entre o fato de a parte não ter recorrido ou participado na mediação e esse dano.³⁰

Assim, se o acordo violar uma norma jurídica no que respeita a uma situação de que uma parte não podia dispor, o mediador deve alertar as partes e trabalhar no sentido da sua alteração, para que o resultado da mediação seja um acordo não só satisfatório para as partes, mas também eficaz.³¹

²⁹ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Allgemeiner Teil. 2. ed. München: Beck, 1956. v. I. p. 6: “Wir bezeichnen die Pflichten, die sich danach über die eigentliche und engere Leistungspflicht hinaus – auf deren Erfüllung regelmäßig geklagt werden kann –, sei es aus den getroffenen Abmachungen, sei es aus dem Sinn und dem Zweck des Schuldverhältnisses oder aus dem Gebot von Treu und Glauben, und zwar je nach der besonderen Situation für beide Teile ergeben können, als weitere Verhaltenspflichten, da sie das gesamte Verhalten, das mit der Durchführung des Schuldverhältnisses in irgendeinem Zusammenhang steht, betreffen können”. A expressão manteve-se nas edições subsequentes; v. por exemplo, a 14ª edição, de 1987, p. 10, *passim* (na 1ª edição, de 1953, tinha-lhes chamado simplesmente *Verhaltenspflichten*).

³⁰ Mariana França Gouveia (Mediação e processo civil. *Cadernos de Direito Privado*, p. 242-44, 2010. Número Especial. p. 37) considera que “será difícil provar o nexo de causalidade dos eventuais danos – é praticamente impossível demonstrar que o conflito se teria resolvido na mediação”.

³¹ Paula Costa e Silva (*A nova face da justiça* — Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 82) coloca a questão de saber se esta não é uma das funções do mediador, acabando por não dar uma resposta clara, salientando apenas (p. 83) que seria perverter a mediação que fosse “a solução ditada pelo mediador a ter força vinculante para as partes”. Esta resposta está relacionada com a forma como a questão é colocada pela autora, sob o prisma de o mediador poder substituir-se a qualquer entidade estranha à mediação (por exemplo, um tribunal) para assegurar que o acordo não viola normas imperativas. O mediador não tem esse poder, resultando apenas do exercício das suas funções, segundo nos parece, um dever de trabalhar com as partes no sentido de que o acordo seja eficaz. Sobre esta questão, a autora não se pronuncia.

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 fato, 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.³²

No entanto, se uma das partes decidir não fazer o contrato, entende-se que o mediador não tem direito à remuneração, mas, se por acaso desenvolveu a mediação, ele não arcará com o prejuízo das despesas que teve que desembolsar.³³

1.3 O nexo causal entre a atividade de mediação e o contrato

A necessidade de um nexo entre a bem-sucedida prestação do mediador e o evento de que depende a sua remuneração – normalmente a celebração do contrato desejado – tem sido consistentemente afirmada pela doutrina e pela jurisprudência. A atividade do mediador deve fazer parte das *causas próximas* da conclusão do contrato, ou ser *causa adequada* à sua produção, não tendo, porém, que ser a única causa.³⁴

³² Cf. MARCHAND, Sylvain. La clause d'exclusivité dans le contrat de courtage: un oxymore du Tribunal fédéral. In: GUILLOD, Olivier; MÜLLER, Christoph. *Pour un Droit Équitable, Engagé et Chaleureux*. Mélanges en l'Honneur de Pierre Wessner. Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2011. p. 451 et seq.

³³ A resposta a esta questão não resulta directamente da letra da lei – ao contrário do que acontece, por exemplo, no direito suíço: o art. 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 art. 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 cocontratante; em qualquer caso, é sempre necessário que essa actividade do mediador leve à conclusão do contrato pretendido).

³⁴ BARATA, Lacerda. Contrato de mediação. In: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002. v. I. p. 203; CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 700; RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração. *Scientia Iuridica*, t. LXII, n. 331, p. 77-106, 2013. p. 100-103; SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 97; 105-106; VAZ SERRA, Adriano. *Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de março de 1967*, cit., p. 346. Referindo-se a um nexo de *causalidade adequada*: Acórdãos do STJ de 17.3.1967, *BMJ*, 165, p. 331; de 28.2.1978, *BMJ*, 274, p. 223; e de 15.11.2007, proc. 07B3569; do TRE de 24.3.1994, proc. 446, CJ 1994, II, 260. Reportando-se apenas a uma *relação causal*: Acórdãos do STJ de 29.4.2003, proc. 03A918; de 28.4.2009, proc. 29/09.3YFLSB; e de 27.5.2010, CJASTJ 2010, II, 88. Enfatizando simplesmente que a *contribuição do mediador não tem de ter sido única*, sendo suficiente ter-se limitado a dar o nome ou a ter posto em contato (desde que isso tenha influído

Quando o contrato visado é celebrado após o termo do contrato de mediação (seja porque decorreu o prazo a que estava sujeito, seja porque lhe foi posto termo por iniciativa das partes ou de uma delas), mas por influência da atuação do mediador ainda em vida do contrato, o mediador mantém o direito à remuneração.³⁵

Como podemos ver nos precedentes a seguir:

Acórdão do TRP de 06/10/2009, proc. 7586/06.4TBMAI.P1 – num caso análogo em que o contrato de mediação havia terminado, desta feita por caducidade, antes da celebração do contrato visado, a Relação do Porto, confirmando a sentença da primeira instância, concluiu que «[e]m contrato de mediação imobiliária em vista à realização de negócio de compra e venda, não poderá ser invocada a sua caducidade, pelo decurso do seu prazo de vigência – e evitar-se, assim, o pagamento da respectiva comissão de mediação –, se as diligências para a concretização do negócio pretendido foram efetuadas pela mediadora antes do decurso desse prazo da caducidade, ainda que a celebração definitiva da compra e venda ocorra posteriormente.

Acórdão do STJ, de 09/03/1978, BMJ 275/183 – sumariando os factos, em 17/12/1970, autor e réu celebraram quatro contratos de mediação exclusiva, para vigorarem até 31/12/1971, para venda de quatro prédios do réu; o réu comunicou ao autor a rescisão dos contratos, com efeitos imediatos, em 29/03/1971; durante e após a vigência dos contratos, o réu, aproveitando as diligências de venda

de algum modo no negócio): Acórdãos do STJ de 18.3.1997, proc. 700/96, CJUSTJ 1997, I, 158; de 31.5.2001, CJUSTJ 2001, II, 108; de 28.5.2002, proc. 02B1609; de 10.10.2002, proc. 02B2469; e de 20.4.2004, proc. 04A800; também os Acórdãos do TRE de 29.3.2007, proc. 2824/06-3; de 17.3.2010, proc. 898/07.1TBABF.E1, CJ 2010, II, 241. São raros, e parecem-me de rejeitar, os casos em que o comportamento exigido à mediadora é de quase impossível realização. Nesta situação, o Acórdão do STJ de 9.12.1993, proc. 083924, BMJ 432, p. 332, no qual se lê que a mediadora *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 efetuar estas diligências”. Ou o Acórdão do TRP de 21.1.2013, proc. 1646/11.7TBOAZ.P1 – tendo-se provado que, na pendência de contrato de mediação imobiliária celebrado entre a autora, mediadora, e os réus, vendedores, a primeira, em 28.11.2010, promoveu visita à fração dos réus por determinados interessados, os quais em 2.12.2010 fizeram uma proposta de compra que os réus aceitaram, vindo mais tarde os interessados a informar a autora de que não conseguiam o necessário financiamento bancário para concretizar o negócio e, ulteriormente, por escritura pública de 25.2.2011 (menos de três meses após a visita ao imóvel promovida pela mediadora), a adquirir o mesmo imóvel aos réus pelo mesmo preço proposto e aceite, o tribunal considerou que a mediadora não tinha direito à retribuição. Fundamentou a decisão nos fatos, também provados, de os réus e os interessados não se terem conhecido no decurso das negociações com a autora, vindo a conhecer-se mais tarde, através de um amigo comum.

³⁵ SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 96-99; 161-163.

levadas a cabo pelo autor, contratou a venda de andares com pessoas contactadas pessoal e diretamente por vendedores do autor, informadas por estes sobre as condições de venda e encaminhadas para o réu para celebração dos contratos. O tribunal decidiu que, quanto a estas vendas, mesmo que concretizadas após o termo dos contratos de mediação, tendo sido o efeito da atividade do mediador em cumprimento dos mesmos contratos, o autor teria direito às remunerações acordadas.

1.4 Contrato de mediação x contrato de prestação de serviços x contrato de mediação imobiliário

O que sucede no contrato de mediação que o distingue dos demais contratos de prestação de serviço é que a remuneração do mediador não é função apenas do cumprimento da sua prestação, mas também de um evento futuro e incerto que não depende da sua vontade e está na disponibilidade da contraparte. Com efeito, a característica invocada com mais frequência para contrapor os dois contratos é esta: enquanto a retribuição do prestador de serviço é devida apenas em função do serviço prestado, em função do cumprimento da sua prestação, a remuneração do mediador depende de um resultado que está fora da sua prestação contratual, embora tenha conexão com ela, e que não depende da sua vontade (neste ponto, alguns autores chamam a atenção para a âlea do contrato de mediação, inexistente no contrato de prestação de serviço, e/ou para a circunstância de a remuneração do mediador estar dependente de uma condição potestativa).³⁶

³⁶ “a mediação é entendida como subespécie do contrato de prestação de serviço (*contratto d’opera*), tendo de específico que o seu processo produtivo não depende apenas da atividade do mediador, mas também de um resultado aleatório” (AZZOLINA, Umberto. *La mediazione*. In: AZZOLINA, Umberto. *Liuteria Italiana dell’ottocento e del novecento*. Cremona: Turrís, 1989. p. 183); “enquanto na prestação de serviço se retribui a atividade realizada, na mediação só há remuneração com um resultado” (CARRASCO, Marta Blanco. *El contrato de corretaje*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008. p. 300); “el contrato de corretaje inmobiliario es aleatorio porque el devengo de la comisión del corredor depende de un hecho ajeno a él mismo como es la perfección del contrato principal, y si esta circunstancia falta, es decir, si la comisión se va a recibir con independencia de que el contrato principal se perfeccione, entonces estaríamos ante otro tipo contractual (arrendamiento de obra o arrendamiento de servicios) pero no ante un verdadero contrato de corretaje inmobiliario” (CREMADES GARCÍA, Purificación. *Contrato de mediación o corretaje y el estatuto de la propiedad inmobiliaria*. Madrid: Dickinson, 2009. p. 52-53); “el corretaje se diferencia del arrendamiento de servicios fundamentalmente en que, mientras en éste se retribuye la actividad desarrollada por el arrendador, aquél es, por decirlo con la jurisprudencia, un contrato de ‘resultado positivo’, en el que el corredor [...] no tiene derecho a la retribución si el negocio previsto no se celebra, con independencia de cuantas gestiones haya realizado para su conclusión” (GARRIDO, Millán. Introducción al estudio del corretaje. *Revista General de Derecho*, n. 510, p. 693-735, 1987. p. 710-711). Encontramos no mesmo sentido GÁZQUEZ SERRANO, Laura. *El contrato de mediación o corretaje*. Madrid: a Ley-Actualidad, 2007. p. 126; QUINTÁNS EIRAS, María Rocío.

O contrato de mediação imobiliária é uma modalidade de contrato de prestação de serviço, especialmente tipificado na lei, pelo qual uma das partes se obriga, mediante remuneração, a conseguir interessado para certo negócio e a aproximar esse interessado da outra parte, de modo a que entre elas se estabeleçam negociações conducentes à celebração de um contrato definitivo.

Assim, a obrigação do mediador é a de encontrar um terceiro com quem o contrato visado venha a ser celebrado, pelo que o fim da mediação só é alcançado com a concretização desse negócio com a entidade angariada.³⁷

Como podemos ver nos precedentes a seguir:

O contrato de mediação constitui uma subespécie do contrato de prestação de serviços, traduzindo a situação em que alguém se compromete perante outrem a conseguir-lhe um interessado para certo negócio, aproximando-os, para que o mesmo se concretize.³⁸

O contrato de mediação é um contrato atípico cabendo no âmbito geral do contrato de prestação de serviços, aplicando-se-lhe as regras dos contratos atípicos afins, onde houver analogia, e depois as regras gerais das obrigações, no pressuposto de que as partes não regularam o ponto em discussão, pois é a elas que compete essa regulação, fundada no princípio da autonomia da vontade.³⁹

Problemas suscitados en la dogmática del contrato de corretaje, con ocasión de la promulgación de la ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, p. 89-145, 20 set. 1996. p. 101; RUIZ DE VILLA, Daniel Rodríguez. *El contrato de corretaje inmobiliario*: los agentes de la propiedad inmobiliaria. Cizur Menor: Aranzadi, 2000. p. 333; VILLA VEGA, Enrique. Contrato de corretaje o mediación. In: RODRÍGUEZ-CANO, Alberto Bercovitz; CALZADA CONDE, María Ángeles (Coord.). *Contratos mercantiles*. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009. p. 666; prestação obrigatória do mediador “non è controbilanciato dalla previsione del conseguimento certo del corrispettivo (provvigione) essendo questo dipendente dal se della stipula di un affare che corrisponde a vicenda governata esclusivamente dalla volontà delle parti. È in questa chiara nota di aleatorietà che appunto si è individuata la distinzione dal contratto d’opera che può essere gratuito ma non aleatorio” (PERFETTI, Ubaldo. *La mediazione*: profili sistematici ed applicativi. Milão: Giuffrè, 1996. p. 272); sobre a fronteira entre os dois contratos (mediação e prestação de serviço), escreve, “Entscheidend soll für die Zuordnung zum Maklervertrag wiederum die Formel sein, dass es sich um eine Nachweis-oder Vermittlungstätigkeit des „Maklers“ handelt, der Vertragspartner in der Entschliebung frei ist, ob er das nachgewiesene Geschäft abschließen will oder nicht, und dass eine Vergütungspflicht im Grundsatz an den erfolgreichen Nachweis oder die erfolgreiche Vermittlung anknüpft” (ROTH, Herbert. *Maklervertrag*. In: HENSSELER, Martin (Dir.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Schuldrecht Besonderer. v. IV, Teil, 2, 5. ed. München: Beck, 2009. p. 2180). “Embora a opinião dominante seja no sentido da mediação ser uma *locatio operis*, o certo é que ela se destaca desta figura tradicional, dado o caráter aleatório, a interferência de elementos que escapam à influência do mediador” (SALVADOR, Manuel. Contrato de mediação (Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1-4-1964). *O Direito*, Separata, Lisboa, n. 2, 1970. p. 242).

³⁷ Ac. RL de 30.10.2010, proc. 3671/08.6TBALM.L1-7, Tomé Gomes.

³⁸ 6.12.2012, Revista nº 370001/09.6YIPRT.L1.S1 – 7ª Secção, Ana Paula Boularot

³⁹ STJ, 1ª secção, Acórdão de 1.4.2014. Processo: 894/11.4TBGRD.C1.S1, Rel. Gabriel Catarino, j. 1.4.2014.

O contrato de mediação imobiliária está sujeito à forma escrita [...] II - A inobservância da forma escrita fere de nulidade o contrato – uma nulidade atípica, que só pode ser invocada pelo cliente da entidade mediadora” –, com os efeitos previstos no art. 289º do CC.⁴⁰ III - Tendo sido celebrado verbalmente entre Autora e Réis um contrato de mediação imobiliária, nos termos do disposto no DL nº 285/92, de 19-12, tal contrato é nulo por não ter sido reduzido a escrito e por a nulidade não ter sido invocada pela Autora mediadora, mas sim pelas Réis (art. 10, nºs 1 e 6, do citado Decreto-Lei.⁴¹

Não é nulo o contrato celebrado por um mediador não autorizado;⁴² por outro lado, sendo o contrato de mediação imobiliária nulo por vício de forma, não pode haver lugar à sua conversão noutra negociação.⁴³

O negócio jurídico só é anulável por erro sobre o objeto se esse erro for tal que sem ele a parte não teria celebrado o negócio, ou não o teria celebrado com aquele conteúdo.⁴⁴

Ainda que necessária a essencialidade, não é, todavia, suficiente para fazer desencadear o efeito anulatório. Para além da essencialidade é também necessário que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.⁴⁵

A parte que errou tem, pois, para obter a anulação do negócio, o ônus de demonstrar este duplo requisito: que, se não tivesse ocorrido o erro, não o teria celebrado ou não o teria celebrado desse modo, e que a outra parte sabia ou não devia desconhecer que assim era.⁴⁶

Já no contrato de mediação nos casos de solução adequada de conflitos, os valores de honorários são combinados e devidos de forma fixa, sem percentagem

⁴⁰ Ac. STJ de 3.7.2008, Revista nº 1727/08 – 2ª Secção, João Bernard

⁴¹ Ac. STJ de 7.6.2005, Revista nº 206/05 – 1ª Secção, Barros Caldeira.

⁴² “À face do regime da mediação imobiliária previsto no Dec. Lei nº 285/92, de 19-12, não é nulo o contrato celebrado com quem não tenha autorização prévia do Ministro das Finanças, uma vez que daí não resulta a falta ou vício de um elemento interno ou formativo do negócio. A remuneração só é devida ao mediador com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação” (Ac. RL de 17.2.2004, proc. 8846/2003-7, Maria Amélia Ribeiro).

⁴³ “Porque o contrato de mediação é nulo, são inaplicáveis os arts. 224 e 236 do CC e também, no caso, o art. 293 do mesmo Código, pois não pode converter-se noutra negociação qualquer” (Ac. STJ de 7.6.2005, Revista nº 206/05 – 1ª Secção, Barros Caldeira).

⁴⁴ Art. 247º do Código Civil.

⁴⁵ OLIVEIRA, Fernando Baptista. *Direitos dos contratos* – O contrato de mediação imobiliária na prática judicial – Uma abordagem jurisprudencial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Coleção Formação Contínua.

⁴⁶ OLIVEIRA, Fernando Baptista. *Direitos dos contratos* – O contrato de mediação imobiliária na prática judicial – Uma abordagem jurisprudencial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Coleção Formação Contínua.

por quem contrata, devido ao princípio da imparcialidade. O pagamento se faz, a princípio, por quem contrata, nada impedindo que as partes combinem de pagarem conjuntamente.

1.5 A importância da confidencialidade na mediação

É de suma importância a relevância do princípio da confidencialidade para a mediação e como afeta a eficácia na busca da resolução de conflitos. É de se destacar a proteção aos sujeitos que decidem recorrer a esse instituto.

O art. 5º fala que a mediação terá natureza confidencial e que o mediador terá que manter em sigilo todas as informações e determinações durante todo o processo.

Em alguns países, nomeadamente da América Latina, onde a mediação obrigatória foi implementada, chegou-se à conclusão de que ela violava o princípio da voluntariedade. Para além disso, também se chegou à conclusão de que não basta promulgar leis que determinem a obrigatoriedade da mediação, sendo também essencial que exista um ambiente social que permita a sua aplicação.⁴⁷

No Brasil, o princípio da confidencialidade se consagra no art. 166 do Código de Processo Civil, a saber:

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

⁴⁷ VASCONCELOS-SOUSA, José. *Mediação*. Lisboa: Quimera, 2002. p. 97.

A imparcialidade diz respeito ao não favorecimento de nenhuma das partes, enquanto a independência é relacionada com aspectos funcionais e à autonomia do mediador.⁴⁸

1.6 O princípio da voluntariedade na mediação

A voluntariedade, além de ser um dos princípios fundamentais da mediação, é uma característica necessária dela; do começo ao fim esse princípio está presente em todas as etapas, as quais devem obrigatoriamente deixar que as partes tomem suas próprias decisões, sempre de forma livre e consciente, a fim de garantir que o procedimento se desenvolva de modo adequado e que a solução consensual obtida seja válida.

As partes devem participar de todo o processo de forma livre, voluntária, exercendo assim em plenitude a autonomia privada da vontade que deve regular essas relações.

Isso quer dizer que as partes devem realizar o procedimento sem qualquer interferência em sua esfera de vontade, em outras palavras, temos que não se pode existir nenhuma coação ilegal.

É de bom alvitre ressaltar que o art. 28 da Lei nº 29/2013 estabelece a impossibilidade do mediador de servir de testemunha ou qualquer coisa relacionada à mediação.

1.7 Princípio da imparcialidade do mediador

Não basta ao mediador o conhecimento técnico, sua imparcialidade vai além de boas intenções. É proibida qualquer conduta por parte do mediador que importe em favorecimento de tratamento a uma das partes.

Assim, podemos dizer que, onde não há imparcialidade do mediador, não existe um processo de mediação válido.

Fernando Pessoa Jorge aduz que “mediador não está ligado a nenhuma das partes, atua com inteira independência, devendo ser absolutamente imparcial no cumprimento das suas funções [...] não toma qualquer posição de defesa dos interesses de um em relação ao outro”.⁴⁹

⁴⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *DOU*, Brasília, 17 mar. 2015.

⁴⁹ JORGE, Fernando Pessoa. *O mandato sem representação*. Lisboa: Almedina, 2001. p. 232-233.

Da mesma forma, Engrácia Antunes diz que “o mediador é um profissional independente, que atua por conta própria e com imparcialidade relativamente aos contraentes que aproximam”.⁵⁰

Maria Helena Brito, por sua vez, ensina que “a atitude imparcial que ele deve assumir obriga-o a defender os interesses de ambas as partes”.⁵¹

A imparcialidade impõe ao mediador o dever de se comportar, perante os potenciais contraentes, em termos não discriminatórios e de modo a evitar danos para qualquer deles; nomeadamente deverá avisar ambas as partes quando conheça alguma circunstância, relativa ao negócio, capaz de influenciar a decisão de contratar (ou não).⁵²

É essencial garantir a igualdade no tratamento das partes, assim como a imparcialidade e objetividade absolutas na avaliação das propostas que são feitas durante a mediação. Tal legitima e garante a eficácia da intervenção do mediador.⁵³

Não podendo o mediador assegurar a sua total independência e imparcialidade, deverá informar às partes – da forma mais completa possível – acerca das circunstâncias que comprometem a sua posição e, desde logo, recusar a sua designação para o processo em questão.⁵⁴

2 Contratos de mediação no Brasil

Com a mediação pode-se vislumbrar melhora na qualidade das relações humanas e empresariais, tendo em vista que quando as soluções são encontradas pelas próprias partes envolvidas economiza-se tempo e desgaste emocional, sendo, portanto, mais eficaz e não havendo vencido nem vencedor, uma vez que a solução encontrada é a melhor para ambos.

No Brasil, durante um evento que lançou o Pacto da Mediação, muitas empresas sugeriram incluir nos contratos a mediação como forma de solucionar controvérsias com clientes e consumidores.

⁵⁰ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 459-460.

⁵¹ BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 1990. p. 129.

⁵² Cf. BARATA, Lacerda. Contrato de mediação. In: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002. v. I.

⁵³ D'ANTIN, Martine Bourry; PLUYETTE, Gérard; BENSIMON, Stephen. *Art et techniques de la méditation*. Préfaces de Pierre Drai, Dominique de la Garanderie et Marie-Aimée Peyron. Postface Bernard Keime-Robert-Houdin. 2. ed. New York: LexisNexis, 2018.

⁵⁴ CRUYPLANTS, Jean; GONDA, Michel; WAGEMANS, Marc. *Droit et Pratique de la Médiation*. Bruxelles: Bruylant, 2008. p. 145.

É sem dúvida uma ótima estratégia adotada pelas empresas para resolver conflitos em menor tempo e com custo reduzido, evitando assim demanda judicial.

Na ocasião, foi também discutido incluir uma cláusula de mediação nos contratos, uma vez que vários grupos empresariais mostraram estar satisfeitos diante dos resultados, contudo é necessária a mudança de cultura do litígio no Brasil.

A cláusula de mediação é um instrumento que, se adequadamente utilizado e massivamente adotado, tem o potencial de transformar a maneira como empresas e consumidores se comunicam no Brasil.

No entanto, não podemos deixar de reconhecer que a mediação finalmente está sendo reconhecida, como meio de solução de conflito, pois resolver algum conflito sem que essa decisão tenha sido imposta por um terceiro abre infinitas possibilidades de economia, praticidade.

A Lei de Mediação brasileira prevê, no art. 2º, §1º, que:

Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

E no art. 22, inc. IV:

O não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.⁵⁵

A consequência legal de não comparecimento na reunião de mediação implica, caso a parte ausente logre êxito no processo, o ônus do pagamento de metade das custas e honorários sucumbenciais para a parte vencida. Trata-se de criativa solução penalizando a parte por não ter ido à sessão de mediação, homenageando tendência mundial de incentivo à mediação.

Diferentemente de Portugal, no Brasil ainda não encontramos contratos de mediação, mas sim alguns procedimentos de mediação privada com instrumentos contratuais, como o contrato de prestação de serviços, os termos de mediação (que são os termos de abertura e encerramento) e o acordo, caso a mediação dê resultado, por exemplo.

⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *DOU*, Brasília, 29 jun. 2015.

O termo de abertura, início ou mediação é o instrumento que expressa o consentimento das partes, indica que elas aceitaram participar da mediação depois de sessão informativa e estabelece a data do início do procedimento.⁵⁶

Neste mês de dezembro de 2018, Conselho Nacional de Justiça brasileiro (CNJ) criou uma resolução determinando o pagamento dos mediadores judiciais, organizado por faixas remuneratórias, o que facilitará as partes, os tribunais e os mediadores.

Em Portugal, o contrato de mediação geral não tem um regime jurídico próprio, e a regulamentação do contrato de mediação imobiliária deixa problemas em aberto, intensifica as dificuldades de resolução de casos, hipotéticos ou concretos, levando a doutrina e a jurisprudência a procurar apoio em fontes de direitos estrangeiros.⁵⁷

No entanto, trata-se de um contrato frequentemente associado às relações comerciais internacionais, nas quais a distância e o desconhecimento (da língua, dos usos do comércio e dos próprios ordenamentos jurídicos) conduzem à procura de um especialista capaz de assessorar uma ou ambas as partes, quer na busca de contraparte, quer na negociação do futuro contrato.⁵⁸

2.1 Alemanha

A atividade do mediador é constituída pelos atos de preparação e de implementação da indicação da oportunidade de concluir um contrato ou da mediação

⁵⁶ GOUVÊA NETO, Flávio de Freitas. Os contratos na mediação. *JusBrasil*, Salvador, 2017. Disponível em: <https://freitagouvea.jusbrasil.com.br/artigos/443709611/os-contratos-na-mediacao>. Acesso em: 29 jan. 2019.

⁵⁷ Na jurisprudência, v. os Acórdãos do STJ de 28.2.1978, *BMJ*, 274, p. 223 (visava-se a um contrato de fornecimento de gás, tendo o tribunal invocado, na fundamentação, além do mais, a regulação do contrato de mediação no Código das Obrigações suíço), de 31.3.1998, *BMJ*, 475, p. 680, e do TRL de 16.10.2007, proc. 7541/2007-1, e de 27.1.2004, proc. 8291/2003-7, CJ 2004, I, 87. Na doutrina, ver sobretudo a já citada monografia de Manuel Salvador, que é ainda a obra mais extensa sobre o tema, com constantes apelos a direitos estrangeiros, nomeadamente ao italiano.

⁵⁸ Sinal da vivência internacional do contrato é o facto de a Câmara de Comércio Internacional dispor de um modelo de contrato, que designou por *occasional intermediary contract*, utilizável na prestação dos seguintes serviços: a) simples fornecimento de informação sobre uma ou mais partes ou sobre dado negócio, sem necessário contacto entre o intermediário e o terceiro, contra o pagamento de dada soma pela prestação do serviço; b) estabelecimento de contacto entre o cliente e o terceiro eventualmente interessado no negócio do cliente, sendo a remuneração normalmente paga apenas se o contrato for concluído com o terceiro; c) assistência durante a negociação, sendo a remuneração também normalmente dependente da conclusão do contrato com o terceiro; d) assistência durante a execução do contrato, sendo neste caso razoável que a retribuição seja devida apenas se o contrato for cumprido pelo terceiro – *The ICC model occasional intermediary contract*, p. 10-11. Nos serviços descritos em b) e c) deparamo-nos com o contrato sob investigação.

de que foi encarregado. O contrato de mediação comercial nunca se limita à mera indicação da oportunidade de contratar.⁵⁹

A atuação do mediador está na sua disponibilidade, além de ter uma relação causal com o contrato celebrado, e com isso nasce o direito à remuneração.

Independentemente da assunção pelo mediador de uma obrigação em sentido técnico, de um dever principal de prestar, a sua atuação (eventualmente a sua omissão), durante a vida do contrato de mediação, é pautada por uma quantidade de deveres laterais, de fonte legal ou contratual, decorrentes do dever geral de boa-fé.⁶⁰

Com a celebração do contrato de mediação, o cliente obriga-se a pagar uma quantia ao mediador no caso de vir a celebrar o contrato visado, graças à indicação ou à mediação do mediador. Isso decorre claramente do primeiro artigo que o BGB dedica ao contrato e é recorrentemente afirmado sem discussão.⁶¹

Portanto, na Alemanha, a obrigação de remunerar só nasce, então, com a celebração do contrato, que, por sua vez, está na disponibilidade do devedor. Daí que se diga que o contrato de mediação está dependente de uma condição.⁶²

2.2 Suíça

Em seu art. 412, nº 1, define o contrato de mediação pelo qual o mediador é encarregado, mediante remuneração, de indicar à parte contrária a ocasião de concluir um contrato, ou de servir de intermediário na sua negociação.

A doutrina e a jurisprudência concordam com as duas modalidades apresentadas de contrato de mediação: de indicação (de indicar uma pessoa interessada) e de negociação.

⁵⁹ “Aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung in Abs. 1 auf eine Vermittlungstätigkeit ist im Unterschied zum Zivilmakler [...] der Handelsmakler *nie bloßer Nachweismakler*” (SCHMIDT Karsten (Dir.). *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. 3. ed. Munique: Beck; Franz Vahlen, 2010. v. I. p. 1480); “Bloße Nachweistätigkeit ist niemals Handelsmaklertätigkeit” (REUTER, Dieter. *Maklervertrag*. In: VON STAUDINGERS, Julius (Org.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin: Sellier; de Gruyter, 2010. v. II. p. 20).

⁶⁰ Sobre estes deveres, e por todos, ver a tese de doutoramento de JANSEN, Olaf. *Die Nebenpflichten im Maklerrecht*. München: Cotta, 2000.

⁶¹ SCHWERTNER, Peter; HAMM, Christoph. *Maklerrecht, Auflage*. München: Beck, 2016. v. 7. p. 11; 80.

⁶² “Seine [des Auftraggebers] Verpflichtung ist also *aufschiebend bedingt*, und zwar einmal dadurch, daß der gewünschte Vertrag zustandekommt, und ferner dadurch, daß er „Infolge“ der Tätigkeit des Maklers zustandekommt” (LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Besonderer Teil. München: Beck, 1986. v. 1. p. 397); “Der Maklervertrag ist als *erfolgsbedingter Vertrag* strukturiert” (SCHWERTNER, Peter; HAMM, Christoph. *Maklerrecht, Auflage*. München: Beck, 2016. v. 7. p. 12).

2.3 França

Na França, o contrato de mediação não é regulado por lei; podemos dizer que nos tribunais pouco se tem falado a respeito e são raros os precedentes.

Assim, no século presente, a maioria dos acórdãos publicados com alusões ao contrato de *courtage* (como é conhecido na França o contrato de mediação) respeita as situações de corretagem de seguros, intermediação imobiliária e centrais de compras – todas elas com particularidades que, muitas vezes, as afastam da simples mediação. Ainda assim, os tribunais desenvolveram regras mínimas que constituem um direito comum a todas as formas de mediação.⁶³

A obrigação principal do mediador consiste, segundo majoritária doutrina francesa, em levar a cabo a atividade necessária a encontrar contraparte para o seu cliente e a favorecer a conclusão do contrato visado.⁶⁴

Na França, a obrigação do mediador é de meio, e não de resultado.

Conclusão

O presente trabalho demonstrou que a mediação como forma de solução adequada de conflitos é um assunto que ganha cada vez mais espaço, principalmente no Brasil. Porém, para que ocorra progressiva redução da judicialização, a desjudicialização, e principalmente a não judicialização do conflito, é preciso que haja mais engajamento por parte de todos os operadores do direito, sejam magistrados, promotores, defensores e principalmente advogados, para introduzir esse método em seu cotidiano profissional.

⁶³ DURANTON, Guy. Courtiers. In: VOGEL, Louis (Dir.). *Dalloz Encyclopédie Juridique*. Répertoire de Droit Commercial. Paris: Dalloz, 1999. v. II. p. 4, §14.

⁶⁴ Assim, para Philippe Devesa (*L'opération de courtage: un groupe de contrats au service de la notion d'entremise*. Paris: Litec, 1993. p. 108), "L'obligation principale du courtier consiste à favoriser la conclusion du contrat objet-conséquence de l'accord de courtage, à chercher un co-contractant à la partie qui l'a contacté". Nas palavras de Guy Duranton (Courtiers. In: VOGEL, Louis (Dir.). *Dalloz Encyclopédie Juridique*. Répertoire de Droit Commercial. Paris: Dalloz, 1999. v. II. p. 9, §50), "a pour obligation essentielle de favoriser par ses démarches la conclusion du contrat pour lequel il s'entremet mais sans traiter lui-même l'opération". Em idêntico sentido, François Collart Dutilleul e Philippe Delebecque (*Contrats civils et commerciaux*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 560); Didier Ferrier (*Droit de la distribution*. 5. ed. Paris: Litec, 2008. p. 117-118); Valerie Guedj (Contrat de courtage. *Jurisclasseur Contrats – Distribution*, v. 850, n. 8, p. 1-13, 2001. p. 7) diz que "L'obligation principale du courtier: obligations de chercher un cocontractant"; Jean Hemard (*Traité théorique et pratique de droit commercial: les contrats commerciaux*. Le mandat commercial, les transports. Paris: Sirey, 1955. v. II. p. 144) afirma: "il doit faire les démarches nécessaires pour arriver à lui trouver un vendeur ou un acquéreur"; Alfred Jauffret (*Droit commercial: Manuel*. 20. ed. Paris: LGDJ, 1991. p. 380), por sua vez, diz: "Le courtier doit: 1^o Se conformer aux instructions reçues; 2^o Faire les démarches nécessaires pour trouver une contrepartie à son client; 3^o S'efforcer de rapprocher les parties; 4^o Rendre compte de sa mission".

Esperamos que a cláusula de mediação seja realmente adotada aqui no Brasil, em todos os contratos, gerando satisfação para consumidores, fornecedores e empresas – todos os envolvidos.

Na primeira parte do trabalho, falamos dos contratos de mediação em Portugal, da figura importante do mediador, da sua imparcialidade e do seu direito à remuneração.

Porém, diferentemente do Brasil, em Portugal a mediação é uma intermediação de venda ou locação.

Outro ponto ao qual demos ênfase foi a importância da cláusula de mediação, além da diferenciação dos tipos de contratos de mediação, de prestação de serviços, além dos contratos de mediação imobiliária.

Outro fator essencial que abordamos foi a importância dos princípios da mediação, ênfase no princípio da imparcialidade no que tange aos honorários, uma vez que, na mediação no Brasil, o mediador não pode fixar seus honorários por porcentagem ou por êxito, por ferir diretamente esse princípio, devendo acordar seus honorários de forma fixa, normalmente, por hora. Apontamos também a mediação no Brasil e a abordagem das cláusulas de mediação por empresários brasileiros.

Por fim, fizemos um comparativo entre Portugal e demais países no mundo sobre os contratos de mediação, seus aspectos, aceitação entre outros aspectos.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BALESTIERI, Alessandra. Contratos de mediação. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 27, p. 229-250, jan./mar. 2021.
