

CONTRATO DE MEDIAÇÃO (*)

por Manuel J. G. Salvador

Juiz-corregedor em Lisboa

1. A importância do contrato de mediação, que devidamente salientámos, está sendo confirmada nas várias hipóteses apreciadas pelos tribunais superiores. Daí que lhe prestemos aqui a nossa atenção, começando por cuidar do que aconteceu às decisões transcritas no nosso *Contrato de mediação*, pp. 289 e 302.

A primeira, objecto das considerações subsequentes, foi revogada pelo Supremo, como base em meras considerações de facto. Pode, por isso, supor-se falta de interesse doutrinal pela anotação, já que é de ciência comum não poder tão alto tribunal conhecer de matéria de facto (salvo casos excepcionais, o que não era a hipótese).

Certo é, todavia, que convém afastar quaisquer dúvidas sobre se teriam sido contrariados os princípios que estruturam o contrato de mediação, por nós defendidos, ilação que superficialmente poderia tirar-se do acto revogatório.

Mas nada disto aconteceu. Antes, sob o aspecto jurídico, as regras expostas saiem fortalecidas (*infra*, n. 7) e, igualmente,

(*) Transcrição de parte de um capítulo dos *Estudos de direito*, volume II, em preparação.

não são afectadas as conclusões factuais proclamadas pelas instâncias, não obstante a revogação ter por base a má interpretação dos factos ⁽¹⁾.

A ser exacto o que se afirma, como explicar então a atitude do Supremo?

Afastadas, evidentemente, quaisquer das hipóteses dramáticas referidas por L. J. LOEVINGER ⁽²⁾ parece, perscrutada a causa, sob o aspecto mais saudável, que o comportamento terá seguido ao sabor duma certa feição intuicionista e pragmática face aos problemas, «em que a conclusão é o factor determinante das premissas em lugar de suceder o contrário» ⁽³⁾.

Pensa-se que certo desfecho é o justo ou razoável e, depois, procura-se a justificação, entronizando assim, de forma mais ou menos consciente, determinada filosofia da *common law* surgida contra as atitudes convencionais e, segundo a qual, «o principal uso das regras de Direito consiste em permitir uma justificação formal das conclusões a que se chegou por outro

⁽¹⁾ *Circunstância da mais alta gravidade. Pois, de que vale o possível mérito das considerações jurídicas da sentença se o juiz fracassar no entendimento da matéria de facto?*

«Com efeito, disse o sr. Ministro da Justiça, pode o juiz conhecer com minúcia e rigor todo o direito vigente, poderá mesmo interpretar e aplicar correctamente o direito correspondente aos factos que apurou — nem por isso a decisão deixa de ser injusta se o tribunal tiver errado no diagnóstico da matéria de facto» — B. M. J., 120, p. 10 (cfr. ainda discurso de 14-8-1964, em B. M. J., 139, p. 9).

E escreveu o Cons. JOSÉ OSÓRIO: «Se o tribunal não se desempenhar com perfeição dessa delicada função, se o julgamento de facto não conseguir descobrir a verdade e descrevê-la com precisão, a aplicação do direito será necessariamente deturpado» [...] «E a confiança no acerto da acção judicial, fonte primária do prestígio da instituição judiciária e, consequentemente, da eficácia da sua função social, ficará abalada e comprometida [...]» — Rev. de Dir. e Est. Soc., 7, p. 196.

Cfr. Prof. VAZ SERRA, *BoL.*, 5, p. 4.

⁽²⁾ *Una introduccion a la lógica jurídica*, 1954, p. 69.

⁽³⁾ J. FRANK, cit. em LOEVINGER: *ob. cit.*

meio. Essas fórmulas, portanto, são meios mais para ocultar do que para revelar o Direito» (4).

Escusado seria dizer que esta posição é rotundamente inaceitável, já que o juiz tem o dever de «respeitar os juízos de valor legais» (dec.-lei 44 278, art. 110-3), além de que «por mais bem formado que esteja o espírito do juiz a decisão do sentimento jurídico é sempre um fenómeno inconsciente que carece de ser confirmado pela reflexão, sem o que todos os erros são possíveis» — Prof. VAZ SERRA (5).

A apreciação que vai seguir-se demonstrará mui claramente a exactidão deste asserto e prova mais quanto é erróneo crer na possibilidade de justificar soluções morais, ou com tal supostas, com as regras jurídicas, não sendo, portanto, exacto que estas «permitam aos juizes comprovar uma conclusão a que chegaram por outra maneira» (6).

Ao invés: a solução jurídica tem, naturalmente, de surgir das premissas postas, sem o que será o caos, a incerteza, e, conseqüentemente, a injustiça; além de que se torna fácil alvo para um ataque certo.

2. A primeira hipótese vem resumida em clara síntese no acórdão que vai ser analisado (7): o autor pede que o réu seja

(4) *Ibidem*.

Sobre a «jurisprudência sociológica» nos Estados Unidos, o movimento do «realismo jurídico» norte-americano, onde se distingue entre as «regras de papel» (como se denominam as formuladas nas leis e as que os tribunais declaram nas suas sentenças como fundamento das decisões) e as «regras efectivas» (as, segundo as quais, os juizes decidem realmente o litígio), pode ver-se o esclarecedor livro de L. RECASENS SICHES: *Nueva filosofía del derecho*. Aí também exposto o *logos* do humano e do razoável como meio de interpretação jurídica.

(5) *Bol. Of.*, I, 1940, p. 12.

(6) LOEVINGER: *ob. cit.*, p. 39.

(7) Ac. do S. T. J. de 12-6-1964, *B. M. J.*, 138, p. 334.

Certo número de inibições impediram que fizéssemos verdadeira crítica, e, não obstante, se entender que faz parte do sistema.

Na verdade, argumenta-se: «A crítica é livre e por mim só aplaudi-

condenado a pagar-lhe a quantia de 225 000\$00, entre ambos acordada, pela mediação na venda de um seu prédio urbano.

A Relação de Lisboa, em seu douto acórdão de 3-7-1963 (*), deu como provados, além de outros, os seguintes factos:

a) o réu era dono de um prédio urbano que foi vendido à Caixa X pela quantia de 9.000.000\$;

b) o réu entregou ao autor, tal como a outros indivíduos que se dedicam a intervir na venda de imobiliários e que para isso o procuraram, elementos e plantas referentes ao prédio em causa;

c) o autor, em resposta a um anúncio publicado pela referida Caixa, enviou-lhe uma proposta de venda do prédio com base nos elementos que ficaram referidos e que lhe tinham sido entregues pelo réu;

d) todas as negociações posteriores, que conduziram à venda do prédio, foram tratadas directamente pelo réu;

e) em negócios desta natureza, ou seja, em que há alguém que tem intervenção na venda do imóvel, é prática seguida atribuir ao angariador ou intermediário uma percentagem inversamente proporcional ao valor da transacção, mas nunca superior a 3% e correspondente à actividade exercida;

f) além do autor mais intermediários surgiram, havendo um outro indivíduo que pretende comissão em consequência da transacção efectuada;

g) a fls. 68, encontra-se um officio da Caixa X dirigido ao autor, em que se diz que a compra do prédio «foi derivada do conhecimento tido pela proposta apresentada por V. Ex.».

ria que ela se exercesse com maior frequência e aspereza em matéria de literatura jurídica e jurisprudência» — Prof. Cavaleiro de Ferreira — ou, como escreve J. P. BRUTAU: «Nada urge tanto como hacer una crítica rigurosa, implacable y realista del razonamiento jurídico y, concretamente de las sentencias de los Tribunales como medio de superior eficacia para reducir el arbitrio del juzgador a los limites que verdaderamente le corresponden» (*La jurisprudencia como fuente del derecho*, p. 11).

(*) Relatado pelo Cons. LUCENA DE VASCONCELOS, que, em palavras sóbrias e expressivas, traçou com justeza os termos e solução do problema.

E confirmou a nossa sentença de 12-11-1962, *Contrato de mediação*, p. 289.

Consignou depois a Relação:

h) em face do que fica referido, afigura-se-nos evidente que o autor concorreu para a transacção ter sido, como o foi, levada a efeito; e que a actuação do autor foi provocada pelo réu, como resulta, além do mais, do que ficou apurado sob a alínea f [aqui referida sob a alínea c)];

i) estabeleceu-se entre o réu e o autor um acordo tácito para a efectivação do acontecimento, ou seja, para a intervenção deste na preparação do negócio realizado, embora na sua fase final o autor não tenha tido intervenção directa;

j) houve um contrato entre autor e réu, pelo qual este incumbiu aquele de lhe promover a venda do prédio;

k) o discutido foi, unicamente, se o autor colocou ou não frente a frente o réu e a entidade que se propõe adquirir; no fundo foi esta e só esta a causa de pedir.

No relato feito, o Supremo alinhou estes factos, com excepção dos referidos sob as alíneas g) a k), e disse:

— o autor não provou, como alegara, que o réu, por acordo verbal, o encarregasse de vender o prédio;

— incumbência expressa, vem provado pelas instâncias que a não houve, e a manifestação tácita do consentimento teria de resultar de factos donde ela necessariamente se deduzisse;

— os factos provados são manifestamente insuficientes; o réu apenas entregou ao autor e a outros que o procuraram, elementos e plantas referentes ao prédio;

— concedem pois a revista e julgam a acção improcedente.

3. O esquema da exposição, fielmente transvertida do acórdão, facilita grandemente o trabalho do anotador, já que o ponto a examinar se limita, nas claras palavras da decisão, simplesmente ao seguinte:

a) houve ou não manifestação tácita do consentimento, ou incumbência tácita, do réu ao autor, para que este lhe vendesse o prédio, ou seja, os factos provados são ou não suficientes para que se deduza tal manifestação ou incumbência?

b) constitui essa investigação matéria de revista, ou seja, pode o Supremo declarar que falta o elemento do contrato — mútuo consenso — quando a Relação afirma que existe?

Colocar bem um problema é, como soe dizer-se, meio caminho andado para a sua solução.

Não parece haver dúvidas (*nemine discrepante*) de que o Supremo não só conheceu de matéria de facto, como não havia motivo para tomar essa tão impressionante atitude de cassar o que as instâncias haviam decidido, em assunto da sua exclusiva competência.

E demonstrando:

4. Não compete ao Supremo Tribunal de Justiça interpretar negócios jurídicos, quando se torne necessário averiguar, através de factos, a intenção da vontade das partes — ac. do S. T. J. de 30-11-1951 (*).

Esta é, precisamente, a hipótese em causa: autor e réu praticaram determinados factos, desenharam certos comportamentos referentemente um ao outro. Daí, concluiu a Relação: «De admitir é assim que se estabeleceu um acordo tácito entre o réu-apelante e o autor-apelado, para a efectivação do acontecimento, ou seja para a intervenção deste na preparação do negócio realizado [...]»; «houve um contrato entre autor e réu, pelo qual este incumbiu aquele de lhe promover a venda do prédio».

Em face do exposto, onde a disposição legal, ou o princípio, que autorizasse o Supremo a declarar que não houve manifestação tácita do consentimento ou incumbência também tácita?

Não estamos, porventura, no campo da averiguação da intenção e vontade das partes?

Assim o afirmou o acórdão referido e muitos outros o fizeram: «Não é da competência do Supremo Tribunal de Justiça interpretar um negócio jurídico, porque a interpretação visa determinar a intenção ou *vontade das partes* e isto é matéria de facto, da competência exclusiva dos tribunais da instância» — ac. S. T. J. de 3-10-1942 (relator HEITOR MARTINS).

É de elementar conhecimento que a vontade das partes pode

(*) B. M. J., 28, p. 255.

ser tácitamente manifestada; o acórdão da Relação consigna a existência de um acordo tácito; logo o Supremo, segundo a jurisprudência, por si reiteradamente estabelecida, não podia afirmar que não houve tal *vontade* ou consenso.

O Supremo não disse que o acordo tácito apurado pela Relação, com vista à intervenção do autor na preparação do negócio ou à promoção da venda, não preenchia o elemento moral da *fattispecie* — contrato de mediação — o que lhe era, então, lícito fazer, visto que seria o mesmo que censurar as instâncias de «não tirarem da interpretação a que chegaram as devidas consequências jurídicas» (dito acórdão de 3-10-1942), e levaria a discussão do problema para o aspecto jurídico. Não: o acórdão em análise afirmou que não havia mútuo consenso, que não houve consenso, que não houve incumbência, contrariando assim frontalmente as conclusões da Relação, negando, deste modo, que existisse a matéria de facto por esta apurada.

Esta atitude é, salvo devido respeito, tanto mais inaceitável quanto é certo que foi praticada pelo «tribunal cuja função própria e normal é restabelecer o império da *lei*, corrigindo os erros de interpretação e aplicação das normas jurídicas cometidos pela Relação ou pelo tribunal de 1.^a instância» — A. DOS REIS ⁽¹⁰⁾.

Na verdade, o fundamento do recurso de revista «é a violação da lei substantiva, que pode consistir tanto no erro de interpretação ou de aplicação, como no erro de determinação de norma aplicável» — art. 721-2 do C. P. C. Mas o Supremo não alude a qualquer ofensa à lei substantiva, quais foram as regras de interpretação consignadas na lei que foram violadas, e muitas são apontadas pelos autores ⁽¹¹⁾, ou, fora das regras gerais, quais os princípios privativos do instituto que foram postergados.

Não os referiu pela razão simples que não se colocou no

⁽¹⁰⁾ *Cod. de Proc. Civil anotado*, VI, p. 2.

⁽¹¹⁾ Por todos, BARBOSA DE MAGALHÃES: *A distinção entre matéria de facto e de direito*, p. 94 e ss.

plano da questão de direito, desorbitando dos limites que lhe eram fixados pelo recurso de revista. Como se vê da parte final do acórdão, consigna-se aí, apenas, que os factos provados são manifestamente insuficientes para que possa deduzir-se o consentimento ou a incumbência — pura matéria de facto, portanto, já que, e citando agora o acórdão do S. T. J. de 28-11-1961: «a intenção das partes é matéria de facto e da exclusiva competência das instâncias» (12).

Não se ousará negar que, serem ou não os indícios suficientes, é demarcadamente matéria de facto.

Constantemente, o Supremo o vem afirmando relativamente à pronúncia em processo crime; p. ex.: acs. de 19-7-1961, 18-10-1961, 5-12-1962, etc., em *B. M. J.*, 109, p. 488, 110, p. 326, 122, p. 450.

Ainda que houvesse erro na apreciação das provas (que não há, como se demonstra *infra*, n. 6) o Supremo não podia conhecer dele, porque expressamente lhe é vedado pelo art. 722-2 do C. P. C., que, por este modo, veio reforçar a regra estatuída nesta disposição, o que se fez «para se pôr cobro, de uma vez para sempre, à tendência do Supremo para se intrometer no julgamento da matéria de facto» — A. DOS REIS (13).

Porém continua a assistir-se à inobservância da norma legal, facto que não prestigia, por certo, tal alto tribunal (14).

Estamos, quanto à suficiência dos indícios, em pleno domínio da *prova livre*, nada havendo que, no caso, «fixe a força» do meio de prova (dito n. 2 do art. 722) — *prova legal* —, pelo que o Supremo não podia intervir.

(12) *B. M. J.*, 111, p. 440.

(13) *Ob. cit.*, p. 29.

(14) É certo é que o acatamento da matéria de facto, mesmo em casos estranhos (*B. M. J.*, 131, p. 411: «Não deixa de ser espantoso que este acto secreto tenha ficado na memória das testemunhas que sobre ele depuseram meio século depois»), é um bom exemplo confirmando as tão nobres palavras: os juizes devem constituir «um verdadeiro escol, uma genuína magistratura moral e intelectual, as pessoas a quem devem ser entregues tão árduas, mas também tão honrosas funções» — *Boi. Of.*, I, p. 6.

Embora indiscutivelmente exacto, o voto de vencido, proferido no acórdão em exame, não traduz em todo o seu realismo a situação criada pelos vencedores. É óbvio que, da matéria de facto fixada nas instâncias, se verifica a existência dum contrato de mediação.

Mas a questão posta pela tese vencedora não era bem essa, pelo que o dito voto melhor evidenciaria a descrição adversa se exarasse: está fixado pelas instâncias o elemento mútuo consenso ou acordo tácito, pelo que não pode o mesmo ser negado pelo Supremo, verificando-se, portanto, a existência de um contrato de mediação.

O contrato de mediação inexistente, segundo o Supremo, apenas porque falta o elemento vontade. É deste modo, aliás singelo, que a questão foi exposta pelos juizes vencedores: não há incumbência, não há manifestação tácita de consentimento; e não: a incumbência, a manifestação do consentimento apurada pela Relação, não integra a figura do contrato de mediação.

É que, o modo como o voto de vencido é expresso, pode dar, superficialmente, a ilusão que a divergência é apenas no aspecto jurídico, quando o é em pura matéria de facto. O Supremo não disse que tal matéria não integra a previsão do contrato de mediação; foi mais longe: exarou (ao eliminar o consentimento) que não existia a apurada *matéria de facto*, o que é algo diferente e mais profundo (embora, é claro, daqui resulte que não existe um contrato de mediação).

Considerações sob o aspecto de direito acerca do problema, não há o menor ressumbro no acórdão e era essencial que existissem se, porventura, a questão fosse desenhada no plano jurídico, único licitamente a ter em conta: os factos apurados pelas instâncias, designadamente o referido acordo tácito ou incumbência não preenchem a figura do contrato de mediação. Teria, então, tão alto tribunal de nos elucidar quais seriam os elementos integradores deste contrato, ou as regras privativas do respectivo instituto por que se regeria (cfr. ac. do S. T. J. 14-7-1944, *Bol. Of.*, IV, p. 397) e que faltaram.

A decisão não as disse, precisamente porque liquidou a

questão através da negação pura e simples do elemento vontade. Pois, se não existe vontade no sentido dum acordo, qualquer que ele seja, desnecessário ou supérfluo seria referir os elementos do contrato de mediação que não se verificaram na hipótese *in causa*, já que, quaisquer que eles sejam, falta um requisito que é essencial a todo e qualquer contrato — o do mútuo consenso.

E, assim, afirmado que não existe o elemento «vontade das partes» foi eliminado o problema jurídico, deixou de existir qualquer questão de direito, a solução jurídica não chegou a exurgir (o que tornou a solução final muito simples mas, a nosso ver, nada justa, bem podendo, ao menos, seguir-se para uma redução de percentagem atribuída — *infra* nota 27).

Efectivamente, o réu dizia que tudo tinha tratado com a compradora. Mas, esqueceu-se de que fora o autor quem o tinha posto em contacto com ela e lhe fornecera elementos. Havia, por isso, o problema jurídico: esta actividade integrava a mediação? Questão esta prejudicada em face da matéria de facto que o Supremo deu como não provada.

5. Não se afiguram necessários grandes esforços no sentido de demonstrar que ao Supremo está vedado conhecer de matéria de facto.

Além do já esparsamente exposto no número anterior, apontaremos o que o Prof. A. DOS REIS escreveu na *R. L. J.*, 80, p. 386, e o Prof. A. VARELA na notável anotação na *Rev. Dir. Est. Sociais*, 4, p. 78 e ss., donde resulta esta incoercível realidade, nas palavras deste estudo: atribui-se ao Supremo «o poder não só de velar pela recta interpretação e aplicação do direito substantivo em vigor, mas sobretudo de uniformizar, quer directa quer indirectamente, dentro desses limites, a jurisprudência dos tribunais».

Também não esqueceremos o nome de um grande magistrado (cuja fama se alicerçou em bases que não parecem hoje ser unânimemente seguidas — as que resultam da autoridade

da razão — únicas que têm valor) (15) e que tanto contribuiu para a grandeza do Supremo do seu tempo: HEITOR MARTINS. No ac. do S. T. J. de 30-6-1944 (16), de que foi relator, consignou: é aos juizes de facto que compete averiguar se ao contrato não faltou o mútuo consenso e qual a intenção e vontade das partes que se infere dos termos e circunstâncias do contrato.

Certo é, porém, que alguns dos actuais responsáveis pelo bom nome do nosso mais alto tribunal não parecem dar-se conta do que o Prof. MANUEL RODRIGUES apelida «degenerescência do sentido da função», reduzindo o Supremo a um mero tribunal de 3.ª instância, vendo «apenas o interesse das partes naqueles recursos» (17), facto tanto mais de salientar porquanto, depois do que escreveram os autores citados, mais razões acresceram no sentido de robustecer a posição referida.

Aconteceu que o assento de 19-10-1954 (18) estatuiu constituir matéria de facto da exclusiva competência das instâncias, determinar a intenção do testador e o ac. do S. T. J. de 7-4-1964 (19) consignou, a propósito da intenção de fixar residência não poder a Relação decidir que não a houve, já que tal intenção é matéria de facto por doutrina do assento referido a qual «se vem entendendo que é de aplicar genèricamente».

Por muito expressivas, convém transcrever também as pa-

(15) Escreve RENÉ RODIÈRE: «Desde Descartes, em França, nós cremos que as opiniões valem pelo que elas dizem, mais do que pelo nome que as subscrevem» — *Rev. Trim. Droit Commercial*, 1963, p. 109.

(16) *Bol. Of.*, IV, p. 315.

(17) *Dos recursos*, p. 117.

(18) *B. M. J.*, 45, p. 152.

(19) *B. M. J.*, 136, p. 288.

No parecer do M. P. (Dr. CAMPOS COSTA) observa-se com agudeza que, desde que a intenção é matéria de facto, os factos materiais que a comprovam não constituem mais do que a motivação da decisão de facto — *B. M. J.* citado, p. 295. Não podem, porém, constituir indícios, *factos circumstanciaes?*

lavras de MANUEL RODRIGUES, a quando a elaboração do código: «se há regras de direito que fixem a interpretação de determinado contrato ou estatuto e essas regras foram violadas, é lícito recurso de revista; se não há, a determinação da vontade das partes constitui questão de facto, a apreciar pelas instâncias» (20).

O que referimos a respeito de HEITOR MARTINS não quer dizer que não tenhamos hoje magistrados da sua envergadura, como ARLINDO MARTINS, RICARDO LOPES e outros, mas referindo estes precisamente porque, no ac. S. T. J. de 5-3-1963, em *B. M. J.*, 125, p. 369, proclamam a doutrina legal: «Vem provado nos autos que os recorridos não manifestaram a vontade de não cumprir o contrato [...]. Não tendo havido na fixação material desse facto, violação de disposição expressa de lei que para o caso exigisse certa espécie de prova, nem de lei que fixe a força de determinado meio de prova, não pode este Supremo Tribunal censurar essa decisão das instâncias».

Deste modo, se fazem coincidir as «regras de papel» com as «regras efectivas» (*supra* nota 4), ou seja, em linguagem mais comum: se respeita a legalidade.

6. Suponhamos, porém, que era lícito ao Supremo conhecer de matéria de facto, ou admitamos que haveria que distinguir entre a verificação da existência de um facto e da interpretação desse facto, cabendo aquela ao julgador de factos e esta ao de direito.

Mesmo assim, a decisão continuava inaceitável, pois tudo indica que houve acordo tácito, ou incumbência, no sentido apurado pela Relação.

Para concluir adversamente, o Supremo alheou-se da realidade e omitiu, nos pressupostos com vista à descoberta da intenção, elementos essencialmente relevantes, o que bem mostra como a resolução de negar o direito ao autor foi tomada aprioristicamente, com base na dita feição intuicionista.

Na verdade, na parte final, pretendendo justificar-se, o par-

(*) Em A. DOS REIS: *Cod. Proc. Civil anotado*, VI, p. 18.

tido vencedor afirma mais uma vez: os factos são insufficientes, «o réu apenas entregou ao autor e a outros que o procuraram elementos e plantas referentes ao prédio».

Ora, não é exacto que houvesse apenas que ter em consideração a entrega de plantas e elementos para somente, por aí, discernir da vontade do réu. Havia que chamar à colação todos os demais factos apurados: que o réu pretendia vender o prédio, que o autor e outros o procuraram pela razão de se dedicarem a intervir na venda de imobiliários, que foi graças ao autor que o comprador soube da venda e teve conhecimento de elementos à mesma atinentes, que a proposta inicial foi a do autor, que o réu sabia que os indivíduos eram intermediários e que em negócios desta natureza, ou seja daqueles em que os intermediários intervêm é prática seguida atribuir-lhe uma percentagem ⁽²¹⁾, etc.

Vir, depois desta colecção de factos, dizer que o réu não

⁽²¹⁾ Se as instâncias não dessem como provado o elemento vontade da mediação é que o Supremo podia dizer que teriam violado a lei por erro de interpretação, já que segundo a regra do art. 704 do C. Civ., «os contratos obrigam tanto ao que neles é expresso como às suas consequências *usuais e legais*».

Ora, ficou apurado que há negócios da natureza do exposto nos autos, em que há pessoas que servem de intermediários na venda de imóveis e é *prática seguida* atribuir-lhes uma percentagem de 3%, na forma indicada; mais se provou (o próprio réu o disse) que o autor e outros *intermediários* o procuraram para obter elementos relativos ao imóvel (veja-se relatório do acórdão do Supremo), o que ele forneceu; logo nada mais restava que aplicar a dita *prática ou uso*. DIAS FERREIRA refere-se ao «estilo e uso recebido» como regra a observar na intelligência das convenções — *Cod. Civ. anotado*, II, 2.ª ed., p. 28.

A solução pode formular-se silogisticamente:

— é prática seguida atribuir aos intermediários na venda dos imóveis uma percentagem;

— o autor foi intermediário quanto à venda do prédio do réu (qualidade que este conhecia, qualidade em que o autor o procurou e que o réu aceitou visto que, apesar do dito conhecimento, lhe forneceu plantas e elementos indispensáveis a tal mister);

— logo o réu tem obrigação de pagar a percentagem.

tinha qualquer intenção quando entregou os documentos e elementos, ou seja, que ele não sabia que a sua atitude podia ser interpretada por tais intermediários, e demais pessoas, como tácita concordância para a procura de comprador e sua informação pelos tais elementos, é conclusão que as premissas repelem.

E a prova é que salientaram apenas como motivo da decisão a oferta das plantas e demais elementos, omitindo, nesse momento crucial da estrutura do acórdão, os restantes factos circunstanciais, donde lógica e necessariamente resultaria a vontade ou incumbência, atitude esta de repudiar já que «são as omissões os mais perigosos de todos os pecados» — VIEIRA.

A acreditar no que o Supremo afirma, a entrega do documentos não tem significado algum.

Esta conclusão bastava, só por si, para alertar contra a inadvertência, já que os actos humanos têm a sua causa (22), consideração esta que seria mais uma razão, se que era necessária, para tentar discernir a intenção face aos dados provados, designadamente da prova feita quanto à qualidade em que o autor agiu na conjuntura: ele e outros são «indivíduos que *se dedicam a intervir* na venda de imobiliários e que *para isso procuraram*» o réu.

Consequentemente, a conclusão necessária não pode ser outra senão a de que a dita entrega de plantas do prédio e outras elucidacões visavam informar os possíveis interlocutores do autor e outros intermediários.

Não, por certo, para estes remeterem às revistas da especialidade (*Arquitectura, Binário, etc.*).

(22) «A realidade, por um lado, aparece-nos como sujeita ao vínculo das determinações causais que ligam inseparavelmente todos os fenómenos» embora, também, por outro lado, haja «o principio vivente que agita a mole do Universo e se manifesta na infinita variedade do seu desenvolvimento», causa teleológica, final ou metafísica — GIORGIO DEL VECCHIO: *Derecho y Vida* (Nuevos ensayos de Filosofia Juridica), pp. 30, 31 e 97.

Não para fazer o estudo da construção urbana na capital. Não, ainda, para a sua colecção de plantas dos prédios, ou qualquer outro fim não conjecturável.

Alheando-se do natural entendimento, que flui de todos os elementos anteriormente alinhados, o Supremo não traduziu toda a realidade, por ter partido, ao que parece, duma certa conclusão, quando a base deveria ser antes a definição dos interesses, pois que «o juiz só pode cumprir as altas tarefas a ele confiadas, se conhece o direito, a vida a conexão que existe entre o direito e vida» — HECK (23).

Certo é, porém, que o processo lhe ofertava os elementos necessários (caso alguns não constituíssem até para si factos notórios), nomeadamente (e uma vez mais se insiste) aquele em que se esclarecia haver negócios da natureza do exposto nos autos, pelos quais um intermediário intervém na venda do imóvel e recebe uma percentagem por essa actividade; prática esta (*supra*, nota 21) que o réu não rejeitou, antes esteve de acordo quando entregou ao autor os elementos indispensáveis ao desempenho da sua actividade de intermediário, que conhecia.

Dizer, depois de todos os índices expostos, que deles não se pode concluir pelo consentimento ou tácita concordância por aquela prática ou negócio é, empregando as palavras do Prof. A. DOS REIS a propósito de outra construção igualmente manifestamente artificial, «ofender a realidade viva e palpante» (24).

Salientando a mera entrega, o Supremo procedeu também, salvo sempre a devida consideração, com obnubilação das regras de técnica jurídica aplicáveis, já que o objecto da interpretação são comportamentos «porém não tomados em si, abstrac-

(23) B. M. J., 74, p. 65.

VAZ SERRA, *Bol. Of.*, 5, p. 4: o magistrado é preciso que saiba apreender o sentido da vida real.

(24) *Cod. Proc. Civil anotado*, II, 3.ª ed., p. 206.

tos e isolados, senão enquadrados em todas as circunstâncias que lhe conferem significado e valor» — BETTI (25).

7. Resulta do exposto e quanto à justiça, que o processo, porque «o direito cedeu na sua última e definitiva revelação» (COUTURE), se tornou puramente inútil, vendo o autor frustradas as legítimas expectativas.

É certo que, como escreve CALAMANDREI, «julgar tem sido sempre a função mais árdua a que os homens podem ser chamados, talvez uma função demasiado pesada para a fragilidade humana» (26), mas, como logo dissemos *ab initio*, a lide não apresentava operosas dificuldades.

Todavia, quanto aos princípios, e era este o plano em que devia ter sido colocado o problema (27), do que resta do aresto talvez seja possível, por um esforço de interpretação, aprovei-

(25) *Teoria general del negocio juridico*, p. 238.

(26) *La crisis del derecho*, 1961, p. 313.

(27) O Supremo «deve constituir de algum modo, para usarmos a terminologia sugestiva de alguns autores italianos, uma academia de direito, sem nenhum prejuízo, evidentemente, dos seus atributos de verdadeiro tribunal»; «não pode ter os olhos estreitamente postos na espécie concreta do recurso que é chamado a decidir e limitar-se a sancionar ou a modificar, sem nenhuns esforços de doutrinação, a decisão recorrida» — Prof. A. VARELA: *Rev. Dir. Est. Soc.*, 4, p. 82.

O Supremo não exerce um papel de superfluidade decorativa quando restringe a sua actividade à interpretação e aplicação da lei — A. DOS REIS: *R. L. J.*, 80, p. 389.

Por sua vez, o Prof. PAULO CUNHA escreve: «Não se procura fazer ou rever a interpretação da lei, extraindo da sua vivificação lógica uma nova doutrina permanente, que tanto seja de aplicar na espécie controvertida como em todas as outras semelhantes [...] passa-se por cima da lei para atingir sem entraves o resultado que se supõe mais justo no caso concreto, sem se reparar que assim se concorre para uma injustiça geral mais grave» — *O Direito*, 71, p. 300.

A essa atitude, que não consegue elevar-se acima das particularidades do caso concreto, que «vê apenas os interesses das partes» — M. RODRIGUES (*supra*, nota 17) — chama o pensador suíço EUGEN HUBER «la ley del encaje, que confunde el derecho y le desarticula, pretendiendo

tar algo de muito valioso para o tectónica do contrato de mediação

Na verdade, ficou apurado que o autor enviou ao comprador plantas e elementos referentes ao prédio e fez-lhe uma proposta da sua venda.

As instâncias consideraram esta actividade como elemento suficiente para a definição do contrato de mediação. E o Supremo nada opôs.

Ora, dadas as circunstâncias, este silêncio significa tácita concordância, pois que, tendo-se resolvido não conceder qualquer importância ao autor, incompreensível seria justificar a improcedência lançando mão da orientação criticada (apreciação da matéria de facto quanto ao elemento vontade) onde não há salvatério possível, quando se tinha à mão um meio simples para alcançar tal objectivo: bastaria considerar a insuficiência da referida actividade material para integrar a mediação.

acomodarle a las exigencias de los intereses particulares» — *El derecho y su realización*, 1929, II, p. 179.

Tal comportamento conduz, na verdade, às flutuações da jurisprudência e à grave consequência da incerteza do direito, como é salientado nos autores referidos. Expõe L. RECASENS SICHES: «Sin un minimum de certeza y seguridad jurídica no podría reinar la justicia en la vida social. No pode haber justicia donde no haya orden [...] La certeza y seguridad, aunque inferiores en rango a otros valores, como la justicia y el bien común, constituyen también valores. Y aunque esos valores sean de rango inferior, resulta que en alguna medida ellos condicionan la posibilidad de realización de valores más altos» (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 258).

No caso dos foros, o Supremo seguiu nada menos do que 4 correntes (*B. M. J.*, 100, p. 438), o que pode servir de expressivo exemplo do apellido individualismo ou liberdade de opinião do juiz português (*R.L.J.* 80, p. 387; 75, p. 307).

No caso que examinámos no texto, não se chega verdadeiramente a perceber o que de peculiar ou injusto impressionou a corrente vencedora. Mas se foi a desproporção entre a percentagem atribuída e o serviço prestado, bem podiam reduzi-la ao razoável, deixando assim salvos os princípios.

Não o fez, porém; assim, alinhou pelo bom critério que rege o instituto e sufragado pela doutrina e jurisprudência estrangeira, como expusemos no nosso *Contrato de mediação* e agora acentuamos com a transcrição de um escritor, que pode considerar-se um clássico em matéria de direito comercial. Expõe CESARE VIVANTE: «El mediador despliega su actividad buscando y aproximando las personas dispuestas a concertar un negocio, informando exactamente a cada una de la intención de la otra [...]» (28). Foi quase o que aconteceu na hipótese em causa.

8. Conclusões finais.

Em face da posição do Supremo, parece que as instâncias fracassaram na sua pretensão de compor o conflito.

Todavia, se, como diria o Prof. A. DOS REIS, «não nos contentarmos com a aparência das coisas» (*Processo de execução*, I, p. 94) e descermos à análise profunda do acontecimento, pode concluir-se da seguinte maneira:

a) as posições das decisões revogadas, quanto aos princípios que regem o contrato de mediação, são fortalecidas, na medida da apontada concordância tácita, ou, pelo menos, em nada foram afectadas;

b) a apreciação que as instâncias fizeram quanto à prova, aspecto geral que nada tem ou implica com a peculiar estrutura da mediação, foi rigorosamente exacta, dado que, embora o Supremo discordasse, isso não obscurece tal exactidão; apenas afecta a justiça do autor;

c) o Supremo conheceu de matéria de facto, chegando, para mais, nessa apreciação a conclusões que as premissas não consentem; além disso limitou-se a vencer em vez de *convencer* «sem exceptuar a si próprio, da procedência da dou-

(28) *Tratado de derecho mercantil*, I, p. 254.

«Basta indicar o nome do contraente para ter direito à remuneração» — nosso *Contrato de mediação*, p. 124.

trina subjacente ao acórdão proferido» (A. VARELA: *Rev. Dir. Est. Soc.*, 4, p. 82);

d) também pela estrutura erigida, o sentido da decisão é duvidosamente discernível e os motivos das atitudes dos contraentes escapa-se-nos inteiramente, pelo que se torna impossível alinhá-la por qualquer ideia do pensamento jurídico.

Chamada a colaborar no tema «mediação», na fixação da sua estrutura, a posição vencedora envereda por um caminho que não era de esperar, tanto mais que já foi criticado com bastante vigor ⁽²⁹⁾.

Dir-se-á um lugar comum se acentuarmos que este comportamento não é o meio idóneo para alcançar o prestígio, com que todos desejaríamos ver o Supremo adornado ⁽³⁰⁾, bem como isento ainda de outras críticas ⁽³¹⁾.

E, assim, chegámos ao fim das nossas considerações, que se

⁽²⁹⁾ *R. L. J.*, 80, p. 386. A *Rev. dos Trib.*, 83, p. 42, também discorda do acórdão que vem sendo criticado.

⁽³⁰⁾ Motivo por que não é de ver na apreciação feita um acto de desamor ou displicência. Aliás, «criticados que sejam [os julgados] não fica abalada a autoridade da justiça: a crítica apenas servirá para mais elevá-la [...]» — M. A. SANTOS: *Prova judiciária cível e comercial*, I, 2.ª ed., p. 395.

E já agora se dirá (dado que por vezes é escassa a compreensão dos homens) tal qual justificou A. DOS REIS que não nos move «sentimento inferior de despeito», antes «o amor à verdade» (*R. L. J.*, 84, p. 38) a que acrescentaremos: à justiça e aos princípios. E a convicção de que se exerce um direito-dever, contrapartida, aliás, da independência ofertada ao poder de julgar, e possível justificação, entre outras, para a sua não limitação por outros meios.

⁽³¹⁾ Embora nem sempre justas, pois, nas hipóteses analisadas na *R. L. J.*, 73, p. 139, 87, p. 182, a posição era de *estranho* e não de *terceiro*, pelo que as soluções eram exactas (cfr. *Rev. Trib.*, 80, p. 101); no caso de empréstimo não titulado, o fundamento do pedido é o não locupletamento, como se tem decidido, embora contra a opinião adversa expressa na *R. L. J.*, 97, p. 250, 94, p. 382, 96, pp. 10, 255, 344 (nossos *Estudos de direito*, I, p. 139); os assentos sempre terão mais valor do que se afirmou na *Oração*, in *B. M. J.*, 110, p. 41 (cfr. SÁ CARNEIRO: *B. M. J.*, 117, p. 197).

justificam, entre outras razões, pela seguinte: «é de combater a tendência para alargar a competência do Supremo Tribunal de Justiça além dos limites legalmente traçados», dado que tão alto tribunal tem uma competência definida que não pode exceder-se, limitando a dos tribunais inferiores, «que são, como o Supremo, órgãos da soberania (arts. 71, in fine, e 116 da Constituição)» (82).

(82) J. DE CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, p. 510.