

Intervenções mínimas de impacto máximo

HIGINA CASTELO*

Juíza desembargadora

Doutora em Direito Privado

Investigadora do CEDIS

Conteúdo: Nota prévia. 1. Do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), em sede de perdão de dívidas de pessoas singulares insolventes (exoneração do passivo restante); 1.1. O artigo 239.º, n.º 3, alínea b), do CIRE; 1.1.1. Interpretação e aplicação da norma – estado da arte; 1.1.2. As razões de ser do instituto da exoneração do passivo restante e os desejáveis efeitos da alteração legislativa proposta; 1.2. O artigo 242.º-A, n.º 1, do CIRE; 1.2.1. A devida interpretação da norma como justificação da alteração proposta; 1.3. Propostas de alteração ao CIRE. 2. Do Regime Jurídico da Atividade de Mediação Imobiliária (RJAMI); 2.1. O artigo 19.º, n.º 2, do RJAMI; 2.1.1. Os lapsos manifestos; 2.1.2. Justificação da bondade da norma (lapsos à parte); 2.2. O artigo 16.º, n.º 2, al. g), do RJAMI; 2.2.1. Antecedentes, interpretação da norma e necessidade da sua alteração; 2.3. Omissão de norma para o incumprimento da cláusula de exclusividade; 2.4. Propostas de alteração ao RJAMI.

* Juíza desembargadora; doutora em Direito Privado (com tese na área a que se reporta o ponto 2); investigadora do CEDIS (presentemente num projeto sobre o direito da insolvência – IN_SOLVENS ref. PTDC/DIR-OUT/2939/2020 –, área a que se reporta o ponto 1). Enquanto juíza, em ambas as instâncias, tramitou inúmeras ações de ambos os domínios a que se refere o texto.

Nota prévia

Aceitando o desafio lançado pelo Prof. Doutor André Lamas Leite de reunir contributos para a melhoria do sistema jurídico, e procurando respeitar o espírito do mesmo quando, no seu repto, escreveu «*Não se buscam grandes (ou nenhuma) considerações sobre a estafada “crise da Justiça”, mas propostas concretas, nas áreas de cada uma, que bem podem ser por pontos, acompanhados de justificação*», vou ater-me a poucas e curtas normas, de dois diplomas diferentes, cuja alteração penso que teria um significativo impacto.

Ao contrário do talvez esperado, não se trata de normas das leis de organização, nem das estatutárias, nem sequer das procedimentais ou processuais. A eficácia e a adequação das respostas do sistema jurídico dependem (também) de normas materiais ou substantivas e é sobre um par delas que reflito em seguida.

Procurarei explicar como, nos casos que o tempo que pude alocar a este texto me permitiu escolher, alterações de pormenor se traduziriam na redução do tempo de vida de centenas de ações judiciais em que as normas em causa são aplicadas por ano, na drástica diminuição do número de recursos que as têm por fundamento, no aumento da certeza jurídica e do acerto da decisão. Alterações de custo praticamente nulo produziriam, assim, ganhos muito relevantes: menos ações e recursos, melhores e mais rápidas decisões, e, consequentemente, ganhos de tempo para todos os intervenientes, desde as partes aos decisores e a todos os operadores do sistema.

1. Do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), em sede de perdão de dívidas de pessoas singulares insolventes (exoneração do passivo restante)

Apesar da recente reforma do CIRE pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, que, nos termos do seu sumário, *estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento, transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de*

junho de 2019, e altera o CIRE e outros diplomas, continua a haver espaço para melhorias indispensáveis¹.

Do Título XII do CIRE (Disposições específicas da insolvência de pessoas singulares), apenas o Capítulo I (Exoneração do passivo restante) sofreu alterações por via da Lei n.º 9/2022. Essas alterações passam sobretudo pelo encurtamento do período de cessão do rendimento disponível de cinco para três anos, mantendo-se inalterados os pressupostos de admissão do pedido de exoneração e as normas que definem os deveres impostos ao devedor durante o período de cessão, incluindo as relativas às componentes do rendimento disponível, que ocupam as próximas páginas (1.1.). O que nestas se escreve era válido e útil à luz da versão do CIRE anterior à Lei n.º 9/2022 e assim se mantém após as alterações por ela introduzidas.

Entre as alterações ao regime da exoneração do passivo restante, conta-se a possibilidade de prorrogação do período de cessão, num artigo (o aditado 242.º-A) cuja redação merece reservas, por incluir na última alínea do seu n.º 1 os requisitos da prorrogação que devem ser comuns a todas as alíneas e que, por isso, devem passar para o corpo do n.º 1 do mesmo artigo (1.2.).

1.1. O artigo 239.º, n.º 3, alínea *b*), do CIRE

O artigo 239.º, n.º 3, do CIRE tem a seguinte redação:

3 – Integram o rendimento disponível todos os rendimentos que advenham a qualquer título ao devedor, com exclusão:

a) Dos créditos a que se refere o artigo 115.º cedidos a terceiro, pelo período em que a cessão se mantenha eficaz;

b) Do que seja razoavelmente necessário para:

¹ A Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, teve origem na Proposta de Lei n.º 115/XIV/3.ª (GOV), cujo texto final, com data de 17/11/2021, foi votado e aprovado em 19/11/2021 (votação final global), dando origem ao Decreto n.º 227/XIV. [Entrará em vigor 90 dias após a sua publicação (artigo 12.º da Lei n.º 9/2022). O presente texto, apesar de escrito no período de *vacatio legis*, será publicado após 11 de abril de 2022, pelo que, na sua redação, pressupõe a vigência da citada lei. O que se propõe em 1.1. é independente das alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, sendo útil e adequado em qualquer das versões do CIRE; apenas a pequena alteração proposta em 1.2. adquire sentido após a vigência da Lei n.º 9/2022.]

- i) O sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, não devendo exceder, salvo decisão fundamentada do juiz em contrário, três vezes o salário mínimo nacional;
- ii) O exercício pelo devedor da sua atividade profissional;
- iii) Outras despesas ressalvadas pelo juiz no despacho inicial ou em momento posterior, a requerimento do devedor.

O artigo em causa pertence ao capítulo da «Exoneração do passivo restante», o primeiro do título de «Disposições específicas da insolvência de pessoas singulares».

Na insolvência das pessoas singulares, o CIRE prevê que, em dadas circunstâncias, o devedor fique isento do passivo que não consiga satisfazer, dito de outra forma, que lhe sejam perdoadas as dívidas que não consiga pagar. Para tanto terá de, durante certo período (que, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, em transposição da Diretiva (UE) 2019/1023, passou de 5 anos para 3 anos), ceder, para satisfação dos credores, dados rendimentos.

Nos termos do disposto na alínea *b*) do n.º 3 do artigo 239.º, está excluído do *rendimento disponível* (rendimento que o devedor insolvente deve entregar ao fiduciário durante o período de cessão) o que for *razoavelmente necessário* para o *sustento minimamente digno* do devedor e do seu agregado familiar, não devendo exceder, salvo decisão fundamentada do juiz em contrário, três vezes o salário mínimo nacional, bem como o que for *razoavelmente necessário* ao exercício da atividade profissional e a *outras despesas* que o juiz ressalve. Estão especialmente em causa os conceitos indeterminados, cuja interpretação e aplicação tem sido feita em muitos milhares de ações judiciais, de diversas formas, sem consenso entre os profissionais do Direito, e com resultados frequentemente insatisfatórios para as partes, dando origem a milhares de recursos.

Uma norma que, por um lado, permita maior certeza jurídica na determinação do valor subtraído da cessão aos credores e, por outro, estabeleça mínimos equitativos e exequíveis para os devedores permitirá o encurtamento dos tempos de decisão e dos casos de recurso, a par de maior sucesso no funcionamento do instituto. Como o número de processos em que a norma é aplicada é imenso, a alteração produzirá efeitos significativos.

No ponto 1.1.1., dá-se conta da expressão numérica destes processos e do estado da arte na interpretação e aplicação da norma; no ponto 1.1.2., justifica-se a alteração que se propõe, recorrendo aos seus previsíveis efeitos e aos fundamentos da exoneração do passivo restante.

1.1.1. Interpretação e aplicação da norma – estado da arte

A interpretação e a aplicação do conceito indeterminado *sustento minimamente digno*, especialmente em articulação com o também indeterminado conceito do *razoavelmente necessário*, não tem merecido consenso, como se revela em múltiplos trabalhos doutrinários².

O objeto de recurso que mais se repete nas secções das Relações competentes em matéria de comércio respeita ao incidente de *exoneração*

² JOSÉ MANUEL BRANCO, «Critérios de fixação do rendimento indisponível no procedimento de exoneração do passivo restante – Abordagem da jurisprudência dos tribunais superiores», pp. 155-172, in AA.VV., *Processos especiais dos juízos de comércio [em linha]*, Lisboa: CEJ, 2019, atualizado em 01/05/2020, <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_juizos-comercio2019.pdf>; ANA FILIPA CONCEIÇÃO, «A jurisprudência portuguesa dos tribunais superiores sobre exoneração do passivo restante – breves notas sobre a admissão da exoneração e a cessão de rendimentos em particular», *Julgar Online*, junho de 2016, pp. 10-14; MAFALDA BRAVO CORREIA, «Critérios de fixação do rendimento indisponível no âmbito do procedimento de exoneração do passivo restante na jurisprudência e sua conjugação com o dever de prestar alimentos», *Julgar*, Lisboa, n.º 31 (Jan.-Abr. 2017), pp. 109-122 (115-122); LETÍCIA MARQUES COSTA, *A Insolvência de Pessoas Singulares*, Coimbra: Almedina, 2021, Tese de doutoramento, pp. 209-217; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A Recuperação Económica dos Devedores; RERE, PER, PEAP, Plano de Insolvência, Plano de Pagamentos e Exoneração do Passivo Restante*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, pp. 144-145; LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares: comentário às disposições relativas ao processo especial de revitalização, exoneração do passivo restante e plano de pagamentos aos credores previstas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 131-135; CLÁUDIA OLIVEIRA MARTINS, «O procedimento de exoneração do passivo restante: controvérsias jurisprudenciais e alguns aspectos práticos», *Revista de Direito da Insolvência*, Coimbra, n.º 0 (2016), pp. 213-230 (226-7); PAULO MOTA PINTO, «Exoneração do passivo restante: fundamento e constitucionalidade», in *III Congresso de direito da insolvência*, coordenação Catarina Serra, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 175-195; JOSÉ AUGUSTO SILVA LOPES, *A exoneração do passivo restante: entre a redenção e o purgatório do devedor insolvente. Análise do instituto*, Tese de doutoramento, 2021, disponível no identificador universal <http://hdl.handle.net/11093/2393>, pp. 552-3, 566-578.

do passivo restante (que é, como referido, um instituto específico da insolvência de pessoas singulares – artigos 235.º a 248.º-A do CIRE) e, dentro daquele incidente, ao *valor excluído do rendimento disponível* por ser necessário ao *sustento minimamente digno* do devedor e da sua família, ou ao incumprimento da cessão do *rendimento disponível*.

Esta realidade, que percecionei enquanto desembargadora, facilmente se confirma:

– A pesquisa avançada do *Google* pelos termos «insolvência» e «CIRE», no universo dos acórdãos dos tribunais das Relações e do Supremo publicados em www.dgsi.pt, retorna 7642 acórdãos (852 em www.dgsi.pt/jstj, 1570 em www.dgsi.pt/jtrl, 1660 em www.dgsi.pt/jtrp, 920 em www.dgsi.pt/jtre, 1130 em www.dgsi.pt/jtrc e 1510 em www.dgsi.pt/jtrg)³;

– A pesquisa avançada do *Google* pela expressão «exoneração do passivo restante», no universo dos acórdãos dos tribunais das Relações e do Supremo publicados em www.dgsi.pt, sabendo-se que tal expressão apenas (salvo irrelevantes exceções) surge em acórdãos proferidos em processo de insolvência no âmbito do CIRE, retorna 1582 acórdãos (70 em www.dgsi.pt/jstj, 296 em www.dgsi.pt/jtrl, 361 em www.dgsi.pt/jtrp, 219 em www.dgsi.pt/jtre, 287 em www.dgsi.pt/jtrc e 349 em www.dgsi.pt/jtrg)⁴;

– Por seu turno, a pesquisa avançada do *Google* pela expressão «sustento minimamente digno», no universo dos acórdãos dos tribunais das Relações e do Supremo publicados em www.dgsi.pt, sabendo-se que tal expressão (salvo exceções insignificantes) apenas surge em acórdãos proferidos em incidentes de exoneração do passivo restante, retorna 466 acórdãos (17 em www.dgsi.pt/jstj, 82 em www.dgsi.pt/jtrl, 90 em www.dgsi.pt/jtrp, 79 em www.dgsi.pt/jtre, 111 em www.dgsi.pt/jtrc e 87 em www.dgsi.pt/jtrg)⁵.

Assim se conclui que cerca de 21% dos acórdãos (publicados) proferidos em processos de insolvência são-no no âmbito da *exoneração do passivo*

³ Pesquisa realizada em 27/12/2021 na pesquisa avançada do *Google*, com os termos «insolvência» e «CIRE», no domínio www.dgsi.pt e suas ramificações.

⁴ Pesquisa realizada em 27/12/2021 na pesquisa avançada do *Google*, com a expressão «exoneração do passivo restante», no domínio www.dgsi.pt e suas ramificações.

⁵ Pesquisa realizada em 27/12/2021 na pesquisa avançada do *Google*, com a expressão «sustento minimamente digno», no domínio www.dgsi.pt e suas ramificações.

restante (1582/7642) e que cerca de 30% destes relacionam-se com o valor necessário ao *sustento minimamente digno* (466/1582).

Se tivermos em consideração que a percentagem de acórdãos publicados é reduzida (*v.g.*, 15% no Tribunal da Relação de Lisboa, quer em 2019⁶, quer em 2020⁷); que as insolvências decretadas em 1.^a instância entre 2007 e 2020 inclusive ultrapassaram as cento e quarenta mil (precisamente, foram 142.707)⁸; e que desde o 2.^o trimestre de 2011, consecutivamente em todos os trimestres, a maioria (por vezes, esmagadora) dos processos de insolvência são de pessoas singulares⁹, estamos a falar de largos milhares de processos nos quais (em 1.^a e em 2.^a instâncias), na última década, se discutiu o conceito de «sustento minimamente digno».

Os critérios adotados nas decisões judiciais têm sido os mais diversos, gerando a máxima incerteza sobre o desfecho de cada caso. A lei não fornece um valor mínimo. Parte da jurisprudência tem entendido que, na fixação do rendimento disponível, deverá atender-se como limite mínimo ao correspondente

⁶ V. o meu «O direito de conhecer a jurisprudência», *Revista do Ministério Público*, 163, jul.-set. 2020, pp. 103-131; e, mais recentemente, «Acesso à Jurisprudência: um Direito, uma Garantia, um Imperativo», *Atas do EnAJUS 2021*, disponível em <https://enajus.org.br/anais/assets/papers/2021/sessao-08/2-acesso-a-jurisprudencia-um-direito-uma-garantia-um-imperativo.pdf>.

⁷ Em 2020, foram proferidos no TRL 4171 acórdãos nas secções cíveis e 2818 acórdãos nas secções penais, num total de 6989 acórdãos (números disponibilizados ao público em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Recursos-civeis-findos-nos-tribunais-judiciais-superiores.aspx>, para os recursos cíveis, e em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Recursos-penais-findos-nos-tribunais-judiciais-superiores.aspx>, para os recursos penais); mas apenas foram publicados em www.dgsi.pt 1037 acórdãos (incluindo nestes os das secções laborais), ou seja, 14,83% do números de acórdãos cíveis e penais proferidos no mesmo ano.

⁸ V. fig. 4 (contém os números de insolvências decretadas nos tribunais judiciais de 1.^a instância em cada trimestre, entre 2007 e 2020) das estatísticas trimestrais sobre processos de insolvência, PER e PEAP, disponíveis em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20210730_D90_FalenciasInsolvencias_2021_T1.pdf#search=insolvência (1.^o trimestre de cada ano entre 2007 e 2021), https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20201030_D81_FalenciasInsolvencias_2020_T2.pdf#search=insolvência (2.^o trimestre de cada ano entre 2007 e 2020), https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20210129_D84_FalenciasInsolvencias_2020_T3.pdf#search=insolvência (3.^o trimestre de cada ano entre 2007 e 2020), e https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20210430_D87_FalenciasInsolvencias_2020_T4.pdf (4.^o trimestre de cada ano entre 2007 e 2020).

⁹ V. fig. 5 dos trabalhos de estatística indicados na nota anterior.

à *retribuição mínima mensal garantida* (RMMG, vulgo «salário mínimo nacional», que era a sua anterior designação)¹⁰; outra parte defende um valor superior, correspondente ao da *retribuição mínima nacional anual*, RMNA, que inclui os designados subsídios de férias e de Natal¹¹; outra, ainda, aplica um valor substancialmente inferior¹², por vezes, por referência à pensão social do regime não contributivo¹³.

Havendo dependentes, há quem proponha a aplicação da escala de Oxford¹⁴ ou quem a afaste expressamente, fazendo ponderação casuística¹⁵.

Com frequência, os requerentes auferem a retribuição mínima mensal garantida ou menos, mas pedem que lhes seja fixado valor superior, por certo na esperança de progressão no trabalho ou de conseguirem outro com melhor retribuição¹⁶; por vezes, além de se fixar o limite do rendimento dis-

¹⁰ V.g., Ac. TRL de 21/06/2018, proc. 10846/15.0T8SNT-C.L1-8 (2 vezes do salário mínimo nacional para duas pessoas insolventes, um casal, portanto um SMN *per capita*), disponível em www.dgsi.pt, como todos os citados sem outra indicação; Ac. TRC de 18/12/2019, 1658/19.2T8LRA-B.C1 (€ 750 para uma insolvente solteira, afirmando-se que deverá atender-se como limite mínimo de referência o correspondente à retribuição mínima nacional garantida).

¹¹ V.g., Ac. TRG de 06/10/2016, proc. 1766/2016 (apenas publicado em <https://db.datajuris.pt>); Acs. TRL de 27/02/2018, proc. 1809/17.1T8BRR.L1-7, de 13/03/2018, proc. 92/17.3T8LSB-B.L1 e de 24/04/2018, proc. 3553/16.8TABRR-E.L1 (os dois últimos apenas em <https://www.pgdlisboa.pt/home.php>, neste sítio pesquisáveis por «exoneração do passivo restante»); Acs. TRP de 22/05/2019, proc. 1756/16.4T8STS-D.P1, de 15/06/2020, proc. 1719/19.8T8AMT.P1, e de 01/03/2021, proc. 1784/19.8T8STS.P1. Neste sentido, na doutrina, v. JOSÉ AUGUSTO SILVA LOPES, *A exoneração do passivo restante: entre a redenção e o purgatório do devedor insolvente*, cit., p. 592 e notas 1826, 1827 e 1828.

¹² V.g., Ac. TRC de 10/07/2014, proc. 11/14.9 TBCTB-D.C1 (€ 700 para duas pessoas insolventes, um casal, ou seja, € 350 *per capita*).

¹³ V.g., Ac. TRG de 30/04/2020, proc. 5310/19.0T8GMR.G1 (atribuição de € 712 a um insolvente que paga a quantia de € 500 por duas pensões de alimentos às filhas, dizendo-se que disporá para si do valor correspondente à totalidade da pensão social do regime não contributivo, então fixada em €211,79).

¹⁴ V.g., Ac. TRL de 11/10/2016, proc. 1855/14.7TCLRS-7.

¹⁵ V.g., Ac. TRG de 07/10/2021, proc. 4576/20.8T8GMR.G1 (3 salários mínimos nacionais, para um casal e dois filhos maiores a seu cargo, afirmando-se ser um salário por cada membro do casal insolvente e meio salário para cada filho); Ac. TRG de 17/05/2018, proc. 4074/17.7T8GMR.G1 (1,2 salário mínimo nacional para a requerente com filha menor a cargo).

¹⁶ V.g., Ac. TRC de 18/12/2019, 1658/19.2T8LRA-B.C1 (a requerente, auferindo salário de € 600

ponível num valor muito baixo, afirma-se, ainda, que o facto de num mês se auferir valor inferior ao fixado não permite compensar no mês seguinte¹⁷.

A incerteza jurídica não é o único problema emergente da aplicação da norma a que nos reportamos.

1.1.2. As razões de ser do instituto da exoneração do passivo restante e os desejáveis efeitos da alteração legislativa proposta

A *exoneração do passivo restante* tem antigas raízes na *discharge* do Direito anglo-saxónico¹⁸ que permite ao devedor singular desembaraçar-se de dívidas pessoais e *start afresh*¹⁹, e paralelo mais recente em direitos europeus continentais²⁰, fazendo também parte do Direito da União Europeia

por trabalho a termo de seis meses, pedia a fixação do rendimento excluído da cessão em dois salários mínimos, o que lhe foi negado).

¹⁷ Ac. TRP de 08/11/2021, proc. 2718/18.2T8OAZ.P2. Em sentido contrário – o da compensação, que temos por adequado –, os Acs. do TRE de 17/01/2019, proc. 344/16.0T8OLH.E1, e do TRL de 22/09/2020, proc. 6074/13.7TBVFX-L1-1.

¹⁸ V. *United States Bankruptcy Code*, Capítulo 7 (Liquidação), § 727 (*Discharge*), disponível em <https://usbankruptcycode.org/chapter-7-liquidation/subchapter-ii-collection-liquidation-and-distribution-of-the-estate/section-727-discharge/>. No Reino Unido, v. artigos 280 e 281 do *Insolvency Act* de 1986, com várias alterações, disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>. As origens no Reino Unido remontam ao início do século XVIII (1705), estando a *discharge* então disponível para comerciantes colocados em situação de insolvência pelos seus credores, desde que cooperassem com o processo de liquidação e se 4/5 dos credores detentores da mesma proporção de créditos votassem em conformidade; nos EUA, o primeiro *Bankruptcy Act* (1800) seguiu o modelo inglês, sendo os subsequentes, de 1841, 1867, 1898, 1978 cada vez abertos à *discharge*, mas também mais densos nas exceções – sobre os antecedentes históricos e as justificações das exceções à *discharge* no curso dos séculos, CHARLES JORDAN TABB, «The Scope of the Fresh Start in Bankruptcy: Collateral Conversions and the Dischargeability Debate», *The George Washington Law Review*, 59, n.º 1 (nov. 1990) pp. 56-113 (respetivamente pp. 61-89 e 89-107).

¹⁹ A conhecida expressão do *fresh start* permitido pelo instituto terá surgido pela primeira vez em 1885, no caso *Traer v. Clews*, 115 U.S. 528, 541, citado por JONATHAN S. BYINGTON, «The Fresh Start Canon», *Florida Law Review*, 69, 1 (jan. 2017) pp. 115-149 (119), acessível em <http://www.floridalawreview.com/2017/fresh-start-canon/>.

²⁰ V. a *Restschuldbefreiung* na Parte Nona (artigos 286 a 303a) da *Insolvenzordnung* alemã (disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/insol/index.html>, com tradução para inglês em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_insol/index.html); ou o artigo L643-11

por força da Diretiva (UE) 2019/1023, transposta em Portugal pela Lei 9/2022²¹.

As razões lógicas que têm sido avançadas para o instituto são de várias ordens, algumas (apenas) aparentemente conflituantes: preservação da ordem e da paz social; promoção do tratamento humano e da dignidade dos indivíduos; saúde física e mental dos devedores; incentivo a que os devedores permaneçam economicamente *produtivos*; incentivo a que os devedores permaneçam *contributivos* em vez de procurarem soluções em economia paralela; alívio dos programas sociais e da despesa do Estado; estímulo a que os devedores assumam novos riscos, regressem ou ingressem na atividade empresarial²². Como contraponto, serão de ter em conta efeitos colaterais como as restrições no acesso ao crédito ou a subida das taxas de juro²³. A possibilidade de exoneração do passivo restante também não é alheia ao sempre crescente aumento das insolvências de pessoas singulares²⁴.

do *Code de commerce* francês, nos termos do qual o encerramento do processo judicial de liquidação por insuficiência do ativo não faz com que os credores readquiram o direito de ação individual contra o devedor (acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000005634379/>).

²¹ Artigos 20.º a 24.º relativos ao *perdão de dívidas* (expressão adotada pela Diretiva (UE) 2019/1023, mais simples e imediatamente compreensível do que a da lei portuguesa, embora também mais geral e, por isso, menos informativa).

²² Resumo das várias teorias com indicação das fontes bibliográficas em JONATHAN S. BYINGTON, «The Fresh Start Canon», cit., pp. 120-123.

²³ Sobre este aspeto, e incluindo trabalho de campo e comparação entre os EUA e a Alemanha, v. IGOR LIVSHITS, JAMES MACGEE e MICHÈLE TERTILT, «Consumer Bankruptcy: A Fresh Start», *The American Economic Review*, 97, n.º 1 (mar., 2007) pp. 402-418.

²⁴ Como antecipado por ASSUNÇÃO CRISTAS, «Exoneração do devedor pelo passivo restante», *Themis*, Lisboa, Ed. especial (2005), 165-182 (166) e evidenciado na fig. 5 (contém a percentagem de insolvências decretadas nos tribunais judiciais de 1.ª instância em cada trimestre, desde 2007, em função da pessoa envolvida – singular, coletiva de direito privado, ou outro ou não especificado), das estatísticas trimestrais sobre processos de insolvência, PER e PEAP, disponíveis em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20210730_D90_FalenciasInsolvencias_2021_T1.pdf#search=insolvência (1.º trimestre de cada ano entre 2007 e 2021), https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20201030_D81_FalenciasInsolvencias_2020_T2.pdf#search=insolvência (2.º trimestre de cada ano entre 2007 e 2020), https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20210129_D84_FalenciasInsolvencias_2020_T3.pdf#search=insolvência (3.º trimestre de cada ano entre

Não é este o espaço nem o momento para debater prós e contras; o instituto não apenas existe no ordenamento português desde o início do CIRE, como é imposto pela Diretiva (EU) 2019/1023, pelo que o que importa é fazer dele o uso que maximize os benefícios e minimize os inconvenientes.

O ponto para que se chama a atenção é o de que o regime da alínea *b)* do n.º 3 do artigo 239.º do CIRE, por um lado, permite interpretações muitas distintas, com a consequente incerteza jurídica e recorrente discussão, e, por outro lado, a aplicação que dele é feita, com a fixação de valores muito baixos acima dos quais tudo deve ser cedido aos credores, implica necessários incumprimentos ou a oneração de terceiros que caridosamente acabam por assumir parte do sustento dos devedores, seus próximos, e/ou, ainda, o incentivo a que o devedor trabalhe em economia paralela, não contributiva, e o desincentivo a que procure melhor remuneração, tudo sempre sem relevante proveito para os credores, pois na esmagadora maioria dos casos os rendimentos dos devedores mantêm-se abaixo do necessário a suportar as suas despesas.

Diga-se que este problema não se coloca na maioria dos ordenamentos acima aludidos nas notas 18 a 20, na medida em que, nos EUA, no Reino Unido e na França, não existe período «de purgatório» para cessão de rendimentos futuros aos credores; ali, finda a liquidação, há imediata exoneração do passivo pendente, sem prejuízo das exceções por falta de cooperação, fraude, ocultação de bens, etc., ou ulterior aquisição de fortuna²⁵. Importámos o período de cessão de bens aos credores do modelo alemão (como tantas vezes fazemos, sem atender a que os modos de atuar das pessoas e das instituições são diferentes, lá e cá).

Os *valores dos créditos recuperados durante os períodos de cessão* de bens aos credores dificilmente compensarão os *custos desses períodos*. Entre estes

2007 e 2020), e https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20210430_D87_FalenciasInsolencias_2020_T4.pdf (4.º trimestre de cada ano entre 2007 e 2020).

²⁵ V. § 727 do *Bankruptcy Code* dos EUA, disponível em <https://usbankruptcycode.org/chapter-7-liquidation/subchapter-ii-collection-liquidation-and-distribution-of-the-estate/section-727-discharge/>; artigos 280 e 281 do *Insolvency Act* do Reino Unido, disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>; artigo L643-11 do *Code de commerce* francês, acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000005634379/>.

custos, e referindo apenas os mais próximos, incluem-se: tempo despendido por todos os intervenientes (juízes, fiduciários, oficiais de justiça, entre outros) que não pode ser alocado a outros processos ou atividades; despesas, custas, encargos inerentes à tramitação do incidente, incluindo a remuneração do fiduciário; subemprego dos devedores e/ou o seu emprego em mercado paralelo.

Para o apuramento de parte desses custos contribuirá a obtenção de dados concretos sobre: a situação de emprego dos devedores no início e no fim dos períodos de cessão; os valores da retribuição dos devedores nos mesmos momentos; os valores fixados como base do rendimento disponível; os valores do rendimento disponível efetivamente entregues aos fiduciários durante os períodos de cessão; os valores dos créditos recuperados graças aos períodos de cessão de bens aos credores (valores do rendimento disponível entregues aos fiduciários, subtraídos das custas, remuneração dos fiduciários, outras despesas e encargos aos quais é dado pagamento antes dos credores do insolvente)²⁶.

Por tudo quanto exposto neste texto, esses dados indicarão provavelmente que, após insolvência e liquidação dos patrimónios das pessoas singulares, desistir dos períodos de cessão de bens aos credores, mantendo-se naturalmente as principais exceções à exoneração do passivo restante, à semelhança do que se faz noutros acima referidos ordenamentos, será a melhor solução, sob todos os pontos de vista, social, económico e financeiro.

Caso assim não seja, ou caso, por outras razões, não se queira seguir o caminho da abolição total do período de cessão de bens aos credores, a alteração que em seguida se propõe permitirá, desde já e pelo menos:

- eliminar o grau de discricionariedade que a norma confere ao julgador / maior certeza jurídica;

²⁶ Os dados aludidos no parágrafo finalizado com esta nota serão, na medida do possível, recolhidos a partir de uma amostra de processos judiciais findos, no âmbito do projeto IN_SOLVENS: Direito da Insolvência em Portugal – Uma Análise Multidisciplinar, um projeto de investigação financiado através da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P. (referência PTDC/DIR-OUT/2939/2020), cujos trabalhos tiveram início em fevereiro de 2021, com uma duração total prevista de 36 meses, portanto, com termo em 2024.

- decisões mais céleres;
- rendimentos disponíveis para os credores mais exequíveis para o devedor;
- desincentivar a procura de trabalho em mercado paralelo, não contributivo;
- incentivar a procura de emprego ou de melhor remuneração.

Em abono da referência que na proposta alteração se faz à retribuição mínima nacional anual (RMNA), invoca-se o facto de apenas assim se conseguir um tratamento igualitário entre trabalhadores por conta de outrem e trabalhadores por conta própria, bem como a demais argumentação da jurisprudência e da doutrina indicadas na nota 11.

1.2. O artigo 242.º-A, n.º 1, do CIRE

O artigo 242.º-A do CIRE, epigrafado Prorrogação do período de cessão, tem a seguinte redação:

1 – Sem prejuízo do disposto na segunda parte do n.º 3 do artigo 243.º, o juiz pode prorrogar o período de cessão, até ao máximo de três anos, antes de terminado aquele período e por uma única vez, mediante requerimento fundamentado:

- a) Do devedor;*
- b) De algum credor da insolvência;*
- c) Do administrador da insolvência, se este ainda estiver em funções; ou*
- d) Do fiduciário que tenha sido incumbido de fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor, caso este tenha violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º, prejudicando por esse facto a satisfação dos créditos sobre a insolvência.*

2 – O requerimento apenas pode ser apresentado dentro dos seis meses seguintes à data em que o requerente teve ou poderia ter tido conhecimento dos fundamentos invocados, sendo oferecida logo a respetiva prova.

3 – O juiz deve ouvir o devedor, o fiduciário e os credores da insolvência antes de decidir a questão, e decretar a prorrogação apenas se concluir pela existência de probabilidade séria de cumprimento, pelo devedor, das obrigações a que se refere o n.º 1, no período adicional.

1.2.1. A devida interpretação da norma como justificação da alteração proposta

O n.º 1 do artigo 242.º-A deve ser interpretado no sentido de que os requisitos da prorrogação do período de cessão que se encontram descritos na sua alínea d) são, necessariamente, comuns aos pedidos de prorrogação feitos pelos sujeitos identificados nas demais alíneas.

A inclusão dos requisitos da prorrogação na alínea d) é equívoca, podendo gerar, numa interpretação mais literal mas, *in casu*, insensata que aqueles apenas são necessários quando a prorrogação é solicitada pelo fiduciário.

Para tornar imediatamente perceptível o sentido do artigo, há que transferir os requisitos que se encontram na alínea d) para o corpo do n.º 1.

Fundamentam-se as anteriores asserções com as razões que em seguida se enunciam.

O legislador da União, constatando, em muitos Estados-Membros, a ineficiência dos regimes de perdão de dívidas e o longo período necessário ao seu alcance, (considerando 5 da Diretiva), impôs aos Estados-Membros que assegurem que o período após o qual os empresários insolventes podem beneficiar de um perdão total das suas dívidas não seja superior a três anos (artigo 21.º da Diretiva).

Concomitantemente, autorizou a previsão de prazos mais longos para a obtenção do perdão total da dívida, mas apenas nos seguintes casos:

i. Se, de acordo com o direito nacional, o empresário insolvente tiver agido de forma desonesta ou de má-fé para com os credores ou outras partes interessadas quando contraiu as dívidas, durante o processo de insolvência ou durante o reembolso das dívidas (n.º 1 do artigo 23.º da Diretiva);

ii. Em determinadas circunstâncias bem definidas e se as interrogações forem devidamente justificadas, nomeadamente: a) se o empresário insolvente tiver cometido violações consideráveis de obrigações decorrentes de um plano de reembolso ou de disposição legal destinada a salvaguardar os interesses dos credores; b) se o empresário insolvente não tiver cumprido as obrigações de informação ou de cooperação; c) se os pedidos de perdão de dívidas forem abusivos; d) se for apresentado um pedido adicional de perdão dentro de um determinado prazo após ter sido concedido ao

empresário insolvente um perdão total da dívida ou após lhe ter sido recusado um perdão total da dívida devido a uma grave violação das obrigações de informação ou cooperação; e) se as custas do processo conducente ao perdão de dívidas não estiverem satisfeitas; ou f) se for necessária uma derrogação para garantir o equilíbrio entre os direitos do devedor e os direitos de um ou mais credores (n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva);

iii. Se forem aprovadas ou decretadas medidas cautelares com o objetivo de salvaguardar a residência principal do empresário insolvente e, se aplicável, da sua família, ou os ativos essenciais para a continuação da atividade comercial, industrial ou artesanal, ou profissional por conta própria, do empresário; ou se a residência principal do empresário insolvente e, se aplicável, da sua família não for liquidada (n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva);

iv. Se o prazo mais alargado se destinar a determinada(s) categoria(s) de dívidas (n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva).

Do exposto decorre que a prorrogação do período de cessão ao abrigo do artigo 242.º-A do CIRE apenas pode ocorrer se se verificarem os requisitos constantes da alínea d) do seu n.º 1: se o devedor tiver «violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º» e se tiver prejudicado «por esse facto a satisfação dos créditos sobre a insolvência». Estes requisitos da prorrogação do período de cessão aplicam-se quer o requerimento seja feito pelo fiduciário que tenha sido incumbido de fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor, quer seja feito pelo devedor, ou por algum credor da insolvência ou pelo administrador da insolvência, se este ainda estiver em funções.

Esta interpretação, além de imposta pela Diretiva, decorre do próprio texto do artigo 242.º-A, em vários pontos: a) no corpo do n.º 1, ao referir que o requerimento de prorrogação tem de ser fundamentado; b) do n.º 2, ao estabelecer que o prazo de apresentação do requerimento se conta a partir da «data em que o requerente teve ou poderia ter tido conhecimento dos fundamentos invocados», e dos quais tem de fazer prova; do n.º 3, ao determinar que o juiz decreta «a prorrogação apenas se concluir pela existência de probabilidade séria de cumprimento, pelo devedor, das obrigações a que se refere o n.º 1, no período adicional».

1.3. Propostas de alteração ao CIRE

Porquanto acima se expôs, propõem-se as seguintes alterações aos artigos 239.º e 242.º-A.º do CIRE:

Artigo 239.º

[...]

1 – [...]

2 – [...]

3 – Integram o rendimento disponível 50% de todos os rendimentos que advenham a qualquer título ao devedor, na parte em que, mensalmente, excedam:

a) 1/12 da retribuição mínima nacional anual (RMNA), se o devedor não tiver dependentes, total ou parcialmente, a seu cargo;

b) 1,5/12 da retribuição mínima nacional anual (RMNA), se o devedor tiver um dependente, total ou parcialmente, a seu cargo;

c) 2/12 da retribuição mínima nacional anual (RMNA), se o devedor tiver dois ou mais dependentes, total ou parcialmente, a seu cargo.

4 – Se o rendimento percebido num mês for inferior ao resultante da aplicação da alínea do número anterior que no caso seja aplicável, o devedor pode, nos meses subsequentes, reter o valor necessário a compensar o recebido no referido mês.

5 – Estão excluídos do rendimento disponível os créditos a que se refere o artigo 115.º cedidos a terceiro, pelo período em que a cessão se mantenha eficaz.

6 – [Anterior n.º 4.]

7 – [Anterior n.º 5.]

8 – [Anterior n.º 6.]

Artigo 242.º-A

[...]

1 – Caso o devedor tenha violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º, prejudicando por esse facto a satisfação dos

créditos sobre a insolvência, o juiz pode, sem prejuízo do disposto na segunda parte do n.º 3 do artigo 243.º, prorrogar o período de cessão, até ao máximo de três anos, antes de terminado aquele período e por uma única vez, mediante requerimento fundamentado:

a) [...]

b) [...]

c) [...]

d) Do fiduciário que tenha sido incumbido de fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor.

2 – [...]

3 – [...]

2. Do Regime Jurídico da Atividade de Mediação Imobiliária (RJAMI)

O regime jurídico da atividade de mediação imobiliária – presentemente estabelecido na Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro, alterada pelo DL n.º 102/2017, de 23 de agosto –, beneficiaria de uma revisão em vários aspetos. Entre as suas normas merecedoras de melhorias, destacam-se, pela frequente aplicação e ampla discussão em processos judiciais, a contida no n.º 2 do artigo 19.º e a constante de alínea g) do n.º 2 do artigo 16.º, ambas pertencentes ao regime de exclusividade. Este é, ainda, omissivo sobre as consequências do seu incumprimento (situação frequentemente confundida com a do artigo 19.º, n.º 2), pelo também se propõe norma a tanto dirigida.

2.1. O artigo 19.º, n.º 2, do RJAMI

O n.º 2 do artigo 19.º do RJAMI tem a seguinte redação:

2 – É igualmente devida à empresa a remuneração acordada nos casos em que o negócio visado no contrato de mediação tenha sido celebrado em regime de exclusividade e não se concretize por causa imputável ao cliente proprietário ou arrendatário trespassante do bem imóvel.

2.1.1. Os lapsos manifestos

Na redação da norma – na parte em que se lê «o negócio visado no contrato de mediação tenha sido celebrado em regime de exclusividade e não se concretize» –, parece que o regime de exclusividade se reporta ao negócio visado no contrato de mediação (compra e venda de imóvel, arrendamento, etc.), e não ao próprio contrato de mediação. As palavras em *itálico* estão manifestamente a mais. O que a norma disciplina é o *contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade* e não o *negócio visado celebrado em regime de exclusividade*. Suprimidos os lapsos (expressão verbal «tenha sido» e conjunção coordenativa «e»), a norma em causa determina que, no contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade, com o proprietário do bem imóvel ou com o arrendatário trespessante, se o contrato visado não se concretizar por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, esta tem direito à remuneração.

2.1.2. Justificação da bondade da norma (lapsos à parte)

Nos *contratos de mediação simples (sem cláusula de exclusividade)*, a remuneração do mediador é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação (ou, se tiver sido celebrado contrato-promessa e no contrato de mediação estiver prevista uma remuneração nessa fase, é a mesma devida logo que tal celebração ocorra). Esta regra, que está expressa no n.º 1 do artigo 19.º do RJAMI, provém dos regimes imediatamente anteriores (artigo 18.º, n.º 1, do DL n.º 211/2004, e artigo 19.º, n.º 1, do DL n.º 77/99), acolhe precedente regra jurisprudencial, gerada a partir da observação dos concretos contratos de mediação celebrados no comércio, e tem paralelo em regulações estrangeiras do contrato de mediação²⁷.

Quando o *contrato de mediação é celebrado em regime de exclusividade* e o negócio visado pela mediação não se celebra por causa imputável ao cliente do mediador, a norma geral referida no precedente parágrafo é

²⁷ HIGINA ORVALHO CASTELO, *O contrato de mediação*, Coimbra: Almedina, 2014, Tese de doutoramento, pp. 270 e ss., 408-9, 99-106, 121-8, 158-163, 179-182, 200-4, 219-221.

excecionada, passando a remuneração a ser devida apesar de não se celebrar aquele negócio. Esta regra específica do regime de exclusividade está expressa, e bem, desde 1999 (tendo-se mantido no diploma de 2004, que sucedeu ao regime de 1999 e antecedeu o regime vigente), sendo também pacífica em sistemas estrangeiros. É a essa norma específica que o n.º 2 do artigo 19.º do RJAMI tenta dar corpo, mas fá-lo com os referidos manifestos lapsos.

O artigo 19.º, n.º 2, al. a), do DL n.º 77/99, tinha clara redação: *Excetua-se do disposto no número anterior: a) Os casos em que o negócio visado, no âmbito de um contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade, não se concretiza por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, tendo esta direito a remuneração.*

O artigo 18.º, n.º 2, al. a), do DL n.º 211/2004, também: *Excetua-se do disposto no número anterior: a) Os casos em que o negócio visado, no âmbito de um contrato de mediação celebrado, em regime de exclusividade, com o proprietário do bem imóvel, não se concretiza por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, tendo esta direito a remuneração.*

De acrescentar que encontramos idêntica norma (quando o contrato de mediação foi celebrado em regime de exclusividade, se o contrato visado não se celebrar por causa imputável ao cliente do mediador, este tem direito à remuneração) no regime jurídico do contrato de mediação com exclusividade de ordenamentos estrangeiros²⁸.

²⁸ JÖRN EGGERT, *Die Maklerprovision bei Hauptvertragsstörungen und Pflichtverletzungen*, Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 31; FRIDMAN, *The law of agency*, 2.ª ed., Londres: Butterworths, 1966, p. 300; JOSEPH HOFSTETTER, «Le contrat de courtage», in *Traité de droit privé suisse*, VII, t. II, 1. Fribourg: Ed. Universitaires, 1994, p. 168; ANGELO LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 31, t. 3, Milão: Giuffrè, 1993, p. 133; ANNIBALE MARINI, *La mediazione*, in Piero Schlesinger (dir.), *Il codice civile, commentario*, Milão: Giuffrè Editore, 1992, p. 42; CHRISTIAN MARQUIS, *Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier: étude de droit suisse*, Lausanne: Payot, 1993, sobretudo pp. 471-5; DIETER REUTER, «Maklervertrag», in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 652-656 (Maklerrecht), Berlim: Sellier – de Gruyter, 2010, p. 206; PIERRE TERCIER e PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4.ª ed. Genebra: Schulthess, 2009, p. 853; LUC THÉVENOZ e AUDE PEYROT, «Le contrat de courtage immobilier», in *Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier*, Genebra: Schulthess, 2007, pp. 115-40 (132-3); PIERRE TURRETTINI, *Le contrat de courtage et le salaire du courtier*, Genebra: Imprimerie du Journal de

Porquanto exposto, a norma deve manter-se, mas os erros de redação presentes no n.º 2 do artigo 19.º do RJAMI devem ser corrigidos, propondo-se alteração apenas para eliminação daqueles, passando aquele n.º 2 a ter a seguinte redação: «2 – *É igualmente devida à empresa a remuneração acordada nos casos em que o negócio visado no contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade não se concretize por causa imputável ao cliente proprietário ou arrendatário trespassante do bem imóvel*»²⁹.

2.2. O artigo 16.º, n.º 2, al. g), do RJAMI

O artigo 16.º, n.º 2, al. g), tem a seguinte redação:

2 – Do contrato constam, obrigatoriamente, os seguintes elementos:

[...]

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

2.2.1. Antecedentes, interpretação da norma e necessidade da sua alteração

Nos termos do disposto no artigo 16.º do RJAMI, no contrato de mediação imobiliária, obrigatoriamente reduzido a escrito, devem constar determinados elementos, entre os quais, «a referência ao regime de exclusividade, quando acordado, com especificação dos efeitos que do mesmo decorrem, quer para a empresa quer para o cliente» (alínea g) do n.º 2 do artigo 16.º).

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

Genève, 1952, pp. 151-8; CARLO VARELLI, *La mediazione*, Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1953, p. 106; NICOLÒ VISALLI, *La mediazione*, Pádua: CEDAM, 1992, pp. 91-2.

²⁹ V. 2.4.

No anterior regime, estes dois aspetos constavam de disposições separadas (n.ºs 4 e 5 do artigo 19.º do DL n.º 211/2004) e explicitava-se o efeito do regime de exclusividade, determinando-se que, com a sua instituição, *só a mediadora tinha o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação durante o respetivo período de vigência* (artigo 19.º, n.º 4, do DL n.º 211/2004). A interpretação desta norma do diploma de 2004 suscitou dúvidas sobre a abrangência da cláusula: permitia afastar apenas a concorrência de outros mediadores ou inibia também o cliente de celebrar o contrato visado com interessado por si diretamente encontrado?

Provavelmente com o intuito de colocar fim à discussão, o RJAMI absteve-se de estabelecer os efeitos da cláusula de exclusividade, fazendo recair sobre as partes o ónus de os explicitarem, sob pena de nulidade do contrato.

Sucedem que o modelo de contrato de mediação imobiliária com cláusulas contratuais gerais aprovado pela Portaria n.º 228/2018, de 13 de agosto – que é o mais utilizado pelas empresas de mediação na medida em que a sua utilização dispensa a empresa mediadora de sujeitar o modelo contratual à aprovação do IMPIC (v. artigo 16.º, n.º 6, do RJAMI) –, estabelece que o «regime de exclusividade previsto no presente contrato implica que só a mediadora contratada tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação imobiliária durante o respetivo período de vigência» (cláusula 4.ª, n.º 2, do citado modelo).

Ou seja, de acordo com este modelo contratual, o efeito do regime de exclusividade é exatamente o mesmo que estava previsto no artigo 19.º, n.º 4, do revogado DL n.º 211/2004 e que tinha suscitado as referidas interrogações.

Parece-nos, portanto, conveniente que a lei volte a dizer em que consiste a cláusula de exclusividade no contrato de mediação imobiliária; estabelecendo, ainda, o conteúdo supletivo da cláusula, ou seja, em que é que ela se traduz, na falta de explicitação das partes sobre o seu significado.

Na interpretação da descrição do contrato de mediação com cláusula de exclusividade que agora consta da cláusula 4.ª, n.º 2, do modelo aprovado pela Portaria n.º 228/2018, de 13 de agosto (idêntica à que constava do artigo 19.º, n.º 4, do anterior regime do DL n.º 211/2004), a jurisprudência publicada tem oscilado entre as seguintes soluções:

– A cláusula de exclusividade impede a contratação de outras mediadoras e também a promoção direta do cliente, mas não impede o cliente de aceitar propostas que espontaneamente lhe sejam feitas por terceiros³⁰;

– A cláusula de exclusividade impede a contratação de outras mediadoras, mas não impede o próprio cliente de procurar interessados no negócio pretendido³¹.

Segundo entendemos, sem prejuízo de, em cada caso, se poder chegar a conclusão diversa, em função de eventuais elementos adicionais de interpretação, uma cláusula de teor idêntico ao do artigo 19.º, n.º 4, do revogado DL n.º 211/2004 e ao do n.º 2 da cl. 14.^a do modelo aprovado pela Portaria n.º 228/2018 (*só a empresa de mediação tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação*) afastará apenas a concorrência de outras mediadoras, deixando livre a iniciativa do próprio cliente³².

Porquanto exposto, propõe-se que a al. g) do n.º 2 do artigo 16.º termine em «acordado», acrescentando-se um número com o significado supletivo da cláusula de exclusividade, por exemplo: «[n]a falta de diferente estipulação, o regime de exclusividade implica que só a mediadora contratada nesse regime tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação imobiliária durante o respetivo período de vigência, impendendo sobre o cliente o dever de se abster de aceitar a promoção do mesmo negócio por outra mediadora»³³.

³⁰ Neste sentido, os Acs. do TRG de 20/04/2010, proc. 7180/08.5TB BRG.G1, e do TRC de 18/02/2014, proc. 704/12.5T2OBR.C1.

³¹ Neste sentido, os Acs. do TRG de 04/06/2013, proc. 1264/12.2TB BCL.G1, do TRP de 01/07/2014, proc. 19005/12.2YIPRT.P1, e do TRG de 22/10/2015, CJ 2015, IV, 296.

³² HIGINA ORVALHO CASTELO, *Regime Jurídico da Atividade de Mediação Imobiliária Anotado*, 2.^a ed. atualizada, revista e aumentada, Coimbra: Almedina, pp. 95-98. No mesmo sentido, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração», *Scientia Iuridica*, 62:331 (jan.-ab. 2013), pp. 77-106 (104): «[s]aber se se está perante uma cláusula de exclusividade simples ou uma cláusula de exclusividade reforçada vai depender da interpretação do mesmo [contrato de mediação], considerando-se todas as circunstâncias conhecidas por ambas as partes, embora seja de considerar que, na dúvida, a exclusividade é simples».

³³ V. 2.4.

2.3. Omissão de norma para o incumprimento da cláusula de exclusividade

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

Esta questão é independente da prevista e respondida pelo artigo 19.º, n.º 2³⁴. Neste trata-se da recusa de celebração do contrato visado, apesar de o mediador exclusivo ter fornecido um genuíno interessado. Já o incumprimento da cláusula de exclusividade, consubstanciado na celebração do contrato visado com um interessado angariado por um mediador concorrente (ou na celebração do contrato visado com pessoa diretamente encontrada pelo cliente, no caso de exclusividade absoluta), não se encontra previsto no diploma.

Propõe-se uma norma análoga à do artigo 16.º, n.º 2, do Regime do Contrato de Agência – DL n.º 178/86, de 3 de julho, alterado pelo DL n.º 118/93, de 13 de abril. No regime do contrato de agência exclusivo, o agente tem direito à comissão por atos concluídos durante a vigência do contrato, mesmo que não os tenha promovido nem tenham sido celebrados por clientes por si angariados, se gozar de um direito de exclusividade para uma zona geográfica ou para um círculo de clientes e se os mesmos atos tiverem sido concluídos com um cliente pertencente a essa zona ou círculo de clientes.

³⁴ Embora, excecionalmente, as duas questões – celebração do contrato visado com interessado angariado por outro mediador, pressupondo o incumprimento da cláusula de exclusividade pelo cliente, e não celebração do contrato com o interessado angariado pelo mediador exclusivo por causa imputável ao cliente – possam coexistir num mesmo litígio. Assim sucedeu no Ac. do TRP de 02/06/2011, proc. 141/09.9TBMAI.P1, CJ 2011, III, 196, no qual a mediadora exclusiva apresentou um interessado na compra e o cliente vendeu a um terceiro angariado por outra mediadora. A condenação do cliente a pagar a remuneração foi fundamentada no artigo 18.º, n.º 2, al. a), do DL n.º 211/2004, portanto, na não celebração por causa imputável ao cliente. Se a mediadora exclusiva não tivesse apresentado interessado, e tivesse havido apenas um incumprimento da cláusula de exclusividade, a condenação da mediadora não poderia fundamentar-se naquela norma.

À mesma solução poderá chegar-se por aplicação do artigo 795.º, n.º 2, do CC, considerando que, ao celebrar o contrato visado com interessado apresentado por outra mediadora, violando o acordo de exclusividade, o cliente impossibilita a mediadora exclusiva de efetuar a sua prestação. Porém, a falta de norma no RJAMI diretamente dirigida à situação conduz a hesitações e desentendimentos quanto à solução³⁵.

Porquanto exposto, propõe-se o aditamento de um número ao artigo 19.º com a seguinte redação: «Quando o contrato de mediação imobiliária é celebrado com cláusula de exclusividade, a empresa tem direito à remuneração acordada ainda que o negócio visado seja celebrado com interessado angariado por outra empresa de mediação, ou, se a cláusula de exclusividade for absoluta, com interessado que tenha chegado ao conhecimento do cliente por qualquer outra via»³⁶.

2.4. Propostas de alteração ao RJAMI

Porquanto acima se expôs, propõem-se as seguintes alterações aos artigos 16.º e 19.º do RJAMI:

Artigo 16.º *[...]*

1 – [...]

2 – [...]

a) [...]

b) [...]

c) [...]

d) [...]

³⁵ V. g., acórdãos em que a remuneração tem sido negada, argumentando-se com a falta de nexo causal entre a sua atividade e o contrato celebrado com interessado angariado por terceiro (Acs. do TRE de 08/07/2010, proc. 214/08.1TBPTM.E1, e do TRL de 04/10/2012, proc. 6916/10.9TBOER.L1-2) ou com a falta de prova de prejuízos indemnizáveis (Ac. do TRL de 19/11/2013, proc. 4545/11.9TBALM.L1-7).

³⁶ V. 2.4.

e) [...]

f) [...]

g) *A referência ao regime de exclusividade, quando acordado.*

3 – [...]

4 – [...]

5 – [...]

6 – [...]

7 – Na falta de diferente estipulação, o regime de exclusividade implica que só a mediadora contratada nesse regime tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação imobiliária durante o respetivo período de vigência, impendendo sobre o cliente o dever de se abster de aceitar a promoção do mesmo negócio por outra mediadora.

8 – [Anterior n.º 7.]

9 – [Anterior n.º 8.]

10 – [Anterior n.º 9.]

Artigo 19.º

[...]

1 – [...]

2 – É igualmente devida à empresa a remuneração acordada nos casos em que o negócio visado no contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade não se concretize por causa imputável ao cliente proprietário ou arrendatário trespassante do bem imóvel.

3 – Quando o contrato de mediação imobiliária é celebrado com cláusula de exclusividade, a empresa tem direito à remuneração acordada ainda que o negócio visado seja celebrado com interessado angariado por outra empresa de mediação, ou, se a cláusula de exclusividade for absoluta, com interessado que tenha chegado ao conhecimento do cliente por qualquer outra via.

4 – [Anterior n.º 3.]

5 – [Anterior n.º 4.]

6 – [Anterior n.º 5.]