

VOLUME LV — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A  
DA FACULDADE  
DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE  
DE LISBOA



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

2014

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade semestral  
LV — N.ºs 1 e 2 - 2014

*COMISSÃO DE REDACÇÃO*

Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO  
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ  
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS  
- PROF. DOUTORA ISABEL ALEXANDRE  
- PROF. DOUTOR PEDRO INFANTE MOTA  
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS  
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

*PROPRIEDADE E SECRETARIADO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa — Portugal  
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

*EDITORA*



Coimbra Editora®  
(registo INPI n.º 300 737)

Arco de Almedina, 8 - 2.º andar  
3000-422 Coimbra  
Tel. (+351) 239 852 650  
Fax (+351) 239 852 651

[www.coimbraeditora.pt](http://www.coimbraeditora.pt)  
[editorial@coimbraeditora.pt](mailto:editorial@coimbraeditora.pt)

*Execução gráfica*

Coimbra Editora, S.A.  
R. Ferreira Borges, 77-79  
3000-180 Coimbra

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Dezembro de 2014

	Págs.
<b>I Doutrina</b>	
<i>Pedro Soares Martinez</i> — Ensaio de um Curso Básico de História do Direito — Peninsular, Romano e Português — 2012-2013 .....	7
<i>Jorge Miranda</i> — O Estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da Constituição Portuguesa .....	91
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — “O Julgamento de Nuremberga”, de Stanley Kramer (EUA, 1961) e a hora actual da justiça portuguesa .....	107
<i>Isabel Graes</i> — A permanência de velhos vícios, sob o mito de novos tempos. As opções judiciais de D. Pedro, Duque de Bragança — (1832-1834) .....	129
<i>Edgar Taborda Lopes</i> — Liberdade de Expressão e Tutela da Honra — Que limites? .....	189
<i>Nilson Tadeu Reis Campos Silva</i> — O direito e a saúde mental: aspectos históricos da tutela no Brasil e em Portugal — Law and mental health: historical aspects of guardianship in Brazil and Portugal .....	215
<b>II Trabalhos de alunos</b>	
<i>Joana Leal de Macedo Vitorino</i> — A gestão imprópria e a gestão de negócio alheio julgado próprio nos direitos alemão, suíço, francês e português — Estudo de Direito Comparado.....	245
<i>Diogo Santana Lopes</i> — A aplicação no tempo das normas de prescrição do procedimento criminal.....	295
<b>III Vida universitária</b>	
<i>Seminário</i> — Pirataria Marítima: — Regime jurídico, repressão e combate .....	319
<i>Adriano Moreira</i> — A Renovação do Conceito Estratégico Nacional e o Mar.....	321
<i>José Manoel Silva Carreira</i> — A Pirataria de estado existe?.....	327
<i>Alberto Silvestre Correia</i> — Seminário — Regime jurídico, repressão e combate — A marinha portuguesa na repressão da pirataria marítima .....	347
<i>Caetano F. A. Silveira</i> — A pirataria marítima no período clássico do Direito Internacional .....	353

	Págs.
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição da tese de doutoramento do Mestre Maurício Ramires .....	365
<i>Jorge Miranda</i> — Estado social, crise económica e jurisdição constitucional .....	375
<i>Paulo de Sousa Mendes</i> — O processo penal entre a eficácia e as garantias — Em especial a questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento .....	405
<i>André Machado</i> — Discurso na Cessação do Mandato como Presidente da AAUL	425

# A GESTÃO IMPRÓPRIA E A GESTÃO DE NEGÓCIO ALHEIO JULGADO PRÓPRIO NOS DIREITOS ALEMÃO, SUÍÇO, FRANCÊS E PORTUGUÊS (\*)

## ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

JOANA LEAL DE MACEDO VITORINO

### SUMÁRIO

#### Introdução

1. Coordenadas gerais
  - 1.1. A origem romana da gestão de negócios
  - 1.2. O fundamento jurídico do instituto
2. Análise comparativa
  - 2.1. O sistema alemão
    - 2.1.1. Enquadramento sistemático no BGB
    - 2.1.2. O requisito do *animus* no BGB
    - 2.1.3. A gestão de negócio alheio julgado próprio (§ 687, 1)
    - 2.1.4. A gestão imprópria (§ 687, 2)
  - 2.2. O sistema suíço
    - 2.2.1. Enquadramento sistemático no Código das Obrigações
    - 2.2.2. O requisito do *animus* no Código das Obrigações
    - 2.2.3. O art. 423.º do Código das Obrigações
      - 2.2.3.1. O âmbito de aplicação
        - 2.2.3.1.1. A gestão irregular
        - 2.2.3.1.2. A gestão imprópria
        - 2.2.3.1.3. A gestão de negócio alheio julgado próprio
      - 2.2.3.2. Os efeitos da aplicação de art. 423.º CO

---

(\*) “O presente trabalho foi realizado no âmbito da disciplina de Direito Comparado, do 2.º ano do Curso de Licenciatura, no ano letivo 2013-14, sob a regência do Professor Doutor Dário Moura Vicente, a quem agradeço as críticas e sugestões feitas na prova oral, bem como o incentivo à publicação deste texto. Agradeço também ao Dr. Miguel da Câmara Machado a ajuda prestada.”

### 2.3. O sistema francês

- 2.3.1. Enquadramento sistemático no Código Civil francês
- 2.3.2. O requisito do *animus* no Código Civil francês
- 2.3.3. A gestão “imperfeita” e o surgimento da *actio de in rem verso*
- 2.3.4. As razões da manutenção da gestão “imperfeita” na jurisprudência

### 2.4. O sistema português

- 2.4.1. Enquadramento sistemático no Código Civil
- 2.4.2. O requisito do *animus* no Código Civil português
- 2.4.3. A gestão imprópria
- 2.4.4. A gestão de negócio alheio julgado próprio

## 3. Síntese comparativa

Conclusão

Bibliografia

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da aplicabilidade das regras da gestão de negócios aos casos de gestão imprópria e gestão de negócio alheio julgado próprio nos sistemas jurídicos alemão, suíço, francês e português.

O estudo dos regimes destes *comparanda* (“os ordenamentos jurídicos a comparar”<sup>(1)</sup>), permitir-nos-á, esperamos, compreender melhor as soluções consagradas no nosso direito a respeito do tema escolhido, dada a proximidade dos objetivos neles prosseguidos pela gestão de negócios e pelas duas figuras que dão o título a este trabalho. As funções heurísticas do Direito Comparado<sup>(2)</sup> terão, portanto, um papel fundamental na resolução dos problemas interpretativos colocados pela nossa lei, razão pela qual nos dedicaremos ao estudo do direito português após estarmos munidos com os ensinamentos que retivermos da análise dos outros sistemas.

Antes de entrarmos na análise comparativa, em que procuraremos expor as soluções que os quatro ordenamentos consagram quanto à admissibilidade da gestão imprópria e da gestão de negócio alheio julgado próprio, faremos uma abordagem preliminar ao instituto da gestão de negócios, nomeadamente, à sua origem

(1) DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, I, p. 41.

(2) Sobre estas, v. *ibid.*, p. 20 ss. e RENÉ DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, pp. 2-8, especialmente, pp. 4-5; em exposição sucinta, v. RUI PINTO DUARTE, «Uma introdução ao Direito Comparado», in *O Direito*, 138.º (2006), IV, pp. 769-792, pp. 775-777.

romana e à questão do seu fundamento jurídico. Não seria possível compreender as funções desempenhadas por essas duas categorias de casos sem conhecer, primeiro, os objetivos prosseguidos pela gestão de negócios propriamente dita.

Começaremos o estudo dos *comparanda* com uma exposição sucinta sobre o enquadramento sistemático da gestão de negócios nos Códigos respectivos, por nos parecer ser uma boa forma de iniciar um estudo desta natureza, ambientando o leitor a cada um dos sistemas e porque, dado o papel primacial que a lei ocupa entre as fontes de direito na família jurídica romano-germânica, a que todos os ordenamentos pertencem, a arrumação sistemática do instituto poderá ter influência no seu regime.

Seguir-se-á uma análise do papel conferido pelos vários sistemas ao *animus* enquanto requisito da gestão de negócios. Veremos, depois, se eles admitem, e em que termos, a aplicação das regras deste instituto às duas figuras que constituem o objeto deste estudo.

Após termos uma perspectiva analítica das duas figuras referidas, proporcionada pela análise comparativa, mediante o estudo individualizado dos sistemas, procederemos à síntese comparativa, onde apontaremos as semelhanças e as diferenças entre os seus regimes, o que nos permitirá ficar com uma visão de conjunto da configuração que elas assumem nos quatro ordenamentos e das principais funções que neles desempenham, podendo, talvez, ensaiar uma conclusão quanto à conveniência da sua manutenção no plano do direito a constituir.

## 1. COORDENADAS GERAIS

### 1.1. A origem romana da gestão de negócios

A gestão de negócios é um instituto proveniente do direito romano, hoje consagrado nos códigos civis da família jurídica romano-germânica, graças às sucessivas receções desse direito<sup>(3)</sup>. Vejamos, brevemente, como ele era aí configurado.

Discute-se muito se o instituto tem origem pretoriana ou no *ius civile*<sup>(4)</sup> e se terá sido concebida, primeiro, uma gestão de negócios muito ampla, abran-

(3) Sobre as receções do direito romano, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, t. I, pp. 59-62.

(4) A opinião dominante é a de que, primeiro, houve uma *actio in factum conceptae* (sobre esta v., por todos, SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, I, pp. 333-334), só depois tendo a gestão de negócios sido incorporada no *ius civile (bonae fidei iudicia)*: cf. TORRENT, *Manual...*, p. 490 e IGLESIAS, *Derecho...*, p. 408 (adotando, porém, posição diversa). Mas há quem defenda que, primeiro, foi criada uma *actio in ius civile*. Existe, ainda, uma posição intermédia: a *actio directa* seria *iuris civilis* e a *actio contraria* seria uma criação do pretor. Sobre esta questão, v. VOLTERRA, *Institutiones...*, p. 542, nota 237.

gendo não só os casos de intervenção espontânea nos assuntos alheios, mas também aqueles em que o gestor tinha um *officium*, v. g. a tutela, estando obrigado a intervir nos negócios alheios, só depois tendo o pretor autonomizado os casos em que o gestor atua por sua própria iniciativa, sem ter *officium*, nem para tal estar mandatado <sup>(5)</sup>. A doutrina dominante considera, porém, que a gestão de negócios tinha um âmbito de aplicação muito particular: as situações em que o dono do negócio (*dominus*) estava ausente <sup>(6)</sup>, não podendo acautelar os seus interesses, tendo surgido, provavelmente, por causa dos litígios em que uma das partes (o *indefensus*) não podia comparecer perante o pretor, sendo substituída por um *procurator ad litem* (o representante no processo) não nomeado por si (um *voluntarius procurator absentis*) <sup>(7)</sup>.

Havia gestão de negócios, como hoje, quando “alguém, sem estar encarregado ou obrigado pelo *officium* que desempenha, realiza, por sua própria iniciativa e no interesse alheio, a gestão de um ou mais negócios de outra pessoa” <sup>(8)</sup>. Dela resultavam duas ações: a *actio directa*, pela qual o *dominus* exigia do gestor a entrega dos resultados obtidos com a gestão e a indemnização dos danos que esta lhe tenha causado, e a *actio contraria*, pela qual o gestor exigiria do *dominus* o reembolso dos seus gastos, independentemente de o resultado final da gestão não ter sido proveitoso, desde que ela tivesse sido iniciada utilmente (*utiliter coeptum*) <sup>(9)</sup> <sup>(10)</sup>.

<sup>(5)</sup> Defendeu esta posição Wlassak (cf. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 408, nota 13). Vide, também, FRITZ SCHULZ, *Derecho...*, p. 596: o édito *de negotiis gestis* (coligido no Édito Perpétuo de Adriano) referir-se-ia, inicialmente, a todos os casos de gestão de negócio alheio, independentemente de haver ou não mandato. Só mais tarde, quando o mandato foi reconhecido como contrato, os *iurisprudentes* terão limitado o seu âmbito à gestão sem mandato, assim como deixaram de o aplicar aos casos de tutela, a partir do momento em que a *actio tutelae* foi criada.

<sup>(6)</sup> A palavra “ausente” não é empregada, aqui, com o seu significado técnico (cf. arts. 89.º ss. do nosso Código Civil), mas com o vulgar sentido de “não estar presente”.

<sup>(7)</sup> Assim se explicaria a colocação do édito *de negotiis gestis* em sede processual, no Édito de Adriano (cf. ÁLVARO D’ORS, *Derecho...*, p. 432, nota 2). O fragmento D. 3, 5, 3 (disponível em edição bilingue latim-francês em [www.histoireudroit.fr](http://www.histoireudroit.fr)) terá sido interpolado pelos compiladores justinianeus: onde está *alterius*, estaria, originalmente, *absentis*: o pretor não concederia uma ação quando se gerisse, simplesmente, os negócios de terceiro, mas apenas se fosse terceiro ausente (cf. SCHULZ, *op. cit.*, p. 594).

<sup>(8)</sup> SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, p. 109.

<sup>(9)</sup> Que implica o dever de a gestão se iniciar como uma atividade útil. Contrapõe-se ao *utiliter gestum*, correspondente ao dever de “manter uma atuação proveitosa para o dono do negócio” (cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, t. III, p. 89).

<sup>(10)</sup> Os exemplos clássicos são os da reparação da casa que, a seguir, se incendia e o da cura de um escravo que vem a morrer. Cf. D. 3, 5, 10, 1.

Os requisitos das duas ações parecem não ter sido os mesmos <sup>(11)</sup>: para a primeira proceder bastava que tivesse havido uma intromissão não autorizada em negócio alheio, ao passo que o sucesso da *actio contraria* dependia do facto de a gestão ter sido empreendida, como vimos, *utiliter coeptum* (a ausência deste pressuposto era suprível mediante ratificação <sup>(12)</sup>) e de o gestor ter atuado com *animus aliena negotia gerendi* (intenção de gerir o negócio alheio) <sup>(13)</sup>. Corroborando o que acabámos de afirmar, veja-se D. 3, 5, 6, 3: atuando o gestor no seu próprio interesse, tem o *dominus* contra ele a *actio directa*, mas o gestor apenas poderá exigir, não o reembolso das sua despesas, mas apenas a restituição daquilo em que o *dominus* se enriqueceu.

A gestão de negócios conservou, em grande medida e até hoje, os contornos que tinha no direito romano clássico. Justiniano integrou-a na categoria das obrigações *quasi ex contractu*, devido à semelhança do regime da gestão com o do mandato <sup>(14)</sup>. Os glosadores levariam muito a sério esta inserção sistemática, erigindo o quase-contrato a categoria dogmática: tratar-se-ia de um contrato presumido, em que a iniciativa do gestor consubstanciaria uma proposta contratual, que se presumia aceite pelo *dominus*, uma vez que era conforme aos seus interesses, construção fictícia que viria a ser muito criticada posteriormente à sua adoção no Código Civil francês <sup>(15)</sup>.

<sup>(11)</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...*, pp. 46-48 e BUCKLAND, *The main institutions...*, p. 286. ÁLVARO D'ORS afirma, contudo, que o *animus* não era necessário nem para a *actio directa*, nem para a *contraria*, só relevando nos casos em que era duvidoso que o negócio fosse alheio (*ob. cit.*, p. 535, nota 1). No mesmo sentido, v. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 409.

<sup>(12)</sup> No direito romano clássico, a ratificação não transformava, contudo, e como por vezes se lê, a gestão de negócios em mandato. A regra *ratihabitatio mandato aequiparatur* (D. 43, 16, 1, 14) tinha um alcance limitado: ela não alterava a natureza da relação entre *dominus* e gestor, até porque isso poderia ser prejudicial para este último, dado que a *condemnatio* envolvia *infamia* no mandato, ao passo que, na *actio negotiorum gesturum*, não. Cf. D'ORS, *op. cit.*, p. 531, nota 1 e BUCKLAND, *op. cit.*, p. 287.

<sup>(13)</sup> Não cabe aqui discutir qual a origem deste requisito. Uns defendem que o *animus* só foi erigido a requisito da gestão de negócios pelos compiladores bizantinos. Outros sustentam o inverso: os clássicos teriam concebido o *animus* como requisito essencial, tendo este elemento sido progressivamente desconsiderado. Há ainda espaço para posições intermédias: pelo menos, a consciência da alienidade do negócio terá sido sempre exigida. Sobre as diferentes posições, v. VIEIRA GOMES, *Gestão de negócios: um instituto numa encruzilhada*, p. 89, CAMACHO PALMA, «Da inconveniência do *animus...*», in RJFDL, n.º 21, junho 1997, pp. 389-430, pp. 392-393.

<sup>(14)</sup> Sobre a evolução da classificação das fontes de obrigações, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, t. II, pp. 23-35.

<sup>(15)</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 65. Falando em obrigações nascidas *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto*, os romanos não queriam dizer que as suas fontes eram factos análogos aos contratos, mas que «do ponto de vista dos efeitos das obrigações [e não dos seus factos constitutivos!], algumas deviam ser consideradas como nascidas de contratos ou delitos» (BAUDRY/BARDE, *Traité...*, IV, p. 447).

O papel do *animus* como requisito da gestão continua a ser um dos pontos mais controvertidos deste instituto. Na análise comparativa, procuraremos conhecer as soluções que a lei, interpretada e aplicada pela doutrina e pela jurisprudência, consagra a este respeito. Mas, primeiro, façamos uma abordagem, ainda que necessariamente breve, a outro tema que também tem sido objeto de muita discussão.

## 1.2. O fundamento jurídico do instituto

Já se afirmou que a gestão de negócios é um “produto da *humanitas romana* e a ideia que a inspira é a de que um homem deve ajudar sempre o seu semelhante quando este necessite de ajuda”, visando “favorecer e facilitar esta ação altruísta, garantindo ao gestor o direito de exigir o reembolso das suas despesas, o que supõe, por seu turno, também uma responsabilidade do gestor”. Os romanos não confundiriam, porém, Moral e Direito, pelo que “ninguém estaria obrigado a cuidar dos negócios de outrem”<sup>(16)</sup>.

Semelhante instituto não tem consagração “oficial” no *Common Law*, não se admitindo que haja aí um instituto de carácter geral equivalente à gestão de negócios<sup>(17)</sup>, uma vez que os valores que lhe estariam subjacentes, designada-

<sup>(16)</sup> Todos estes trechos pertencem a SCHULZ, *op. cit.*, 597, para quem o individualismo romano seria uma lenda, seguindo BIONDI, que cita: “o velho cliché do individualismo romano... constitui a maior falsificação histórica que jamais se cometeu. Roma é a mais enérgica negação de todo o individualismo”, uma vez que, retoma Schulz, “o direito privado foi organizado individualisticamente pelos romanos, confiando no número e na força dos vínculos extrajurídicos e no *imperium* do magistrado” (*idem*, *Princípios...*, p. 256).

<sup>(17)</sup> O *leading case* neste sentido é o caso Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co. (1886). Há, contudo, posições dissonantes, *de lege ferenda* e *de iure constituto*: as exceções à não-consagração da gestão de negócios seriam tantas que não se poderia mais considerar que ela não tem carácter geral nessa família jurídica. Vide, sobre este tema, STOLJAR, *Negotiorum gestio*, p. 33-39 e, também, o que diz DAWSON em «*The self-serving intermeddler*», in 87 Harv. L. Rev. (1974), pp. 1409-1458, p. 1409. Vejam-se também os casos citados em MARASINGHE, «*The place of negotiorum gestio...*», in OLR, vol. 8 (1976), pp. 573-587: em *The Great Northern Railway Co. v. Swaffield* (1874) — uma companhia ferroviária sustentara um cavalo cujo dono não o tinha ido buscar à estação de comboios — considerou-se que o caso deveria estar sujeito ao mesmo princípio subjacente à *actio exercitoria*, que impõe que o dono de um navio fique vinculado aos contratos que o comandante tenha celebrado em seu nome e responda pelos danos causados àqueles cujos pertences são atirados borda fora, de modo a aliviar o navio de carga, em situações de perigo. AITKEN («*Negotiorum gestio...*», in SLR, vol. 11, 1988, pp. 566-598) considera, no entanto, que os exemplos de gestão de negócios que se podem encontrar no *Common Law* (*actio funeraria*; *actio exercitoria*; em matéria de letras de câmbio; salvação marítima — situação muito particular e, na verdade, não reconduzível à gestão de negócios, em que havendo salvação, obtém-se um prémio, mas sendo a tentativa mal sucedida não há reembolso das despesas; *agency of necessity* — diferente das outras situações por ser “*multi-purposive*”, tendo um campo de aplicação

mente a solidariedade e o altruísmo, relevariam mais da Moral do que do Direito, não podendo, por isso, dar origem a deveres jurídicos <sup>(18)</sup>.

Não devemos tomar como ponto de partida, porém, semelhantes considerações gerais, mas sim olhar para os direitos e obrigações que derivam da gestão de negócios. Conhecendo o essencial do seu regime, ficaremos com uma ideia mais esclarecida dos objetivos sociais que ela visa alcançar.

Este instituto regula situações em que, apesar de alguém não estar autorizado, nem obrigado, a ingerir-se em assuntos alheios, fá-lo. Normalmente, tal atuação constitui um ato ilícito. Porém, se houver *utiliter coeptum e animus aliena negotia gerendi*, o gestor será reembolsado das suas despesas, mesmo que, no final de contas, o *dominus* não se encontre enriquecido. Este, por sua vez, poderá apropriar-se de todos os lucros da gestão. Interessa descobrir porquê.

---

geral, não sendo possível explicá-la como um “*implied power*” do contrato de *agency*, como pretendido por AITKEN, por a atuação do agente, por vezes, sair completamente do âmbito do contrato ou nem sequer haver uma “relação de agência” prévia, como o próprio Autor admite: pp. 591-597) não passariam de resquícios do instituto romano provenientes da jurisprudência dos antigos tribunais eclesiásticos e marítimos (*admiralty courts*), contrários ao pensamento jurídico anglo-saxónico, que basearia as relações jurídicas no contrato e na negociação prévia, não podendo ser alargados a novas situações: pp. 566-567 e 597-598.

<sup>(18)</sup> Cf. AITKEN, *ob. cit.*, p. 579-580. Os autores costumam citar o caso *Nicholson v. Chapman*, 126 E. R. 536-539 (1793), disponível em [www.commonlii.org](http://www.commonlii.org), em abono desta argumentação. Depois de concluir que a situação em causa não era assimilável à salvação marítima (p. 538), o tribunal faz a seguinte consideração: “perhaps it is better for the public that these voluntary acts of benevolence from one man to another, which are charities and moral duties, but not legal duties, should depend altogether for their reward upon the moral duty of gratitude” (p. 539). Num caso de 1880, em Oregon, o tribunal vai mais longe: “it would do violence to some of the kindest and best effusions of the heart to suffer them afterwards to be perverted by sordid avarice”. Por isso, não se poderia permitir que “ações generosas e meritórias se viessem a converter numa demanda pecuniária” (v. DAGAN, «*In the defense of the good Samaritan*», 97 Mich. L. Rev. (1999), pp. 1152-1200, p. 1153). Subjacente a esta afirmação está a ideia de que “institucionalizar o altruísmo é um fenómeno indesejável, porque apenas logrará reduzir o valor moral da ação humana”, necessitando o altruísmo de ser “uma recompensa em si mesmo, de forma a manter o seu estatuto de virtude”, pelo que a “melhor forma de um sistema jurídico incentivar o altruísmo consiste na simples inação” (v. a exposição deste raciocínio em DAGAN, *est. cit.*, p. 1170). Ora, se se afirma a necessidade de demarcar a Moral do Direito, não nos parece coerente argumentar que certo dever moral não pode consistir também num dever jurídico, simplesmente porque, dessa forma, se estaria a diminuir o virtuosismo do seu cumprimento. Assim, estar-se-ia a utilizar um argumento moral para justificar a inexistência de um dever jurídico, o que é contrário à propugnada separação. Isto independentemente de considerarmos se se trata ou não de um dever simultaneamente moral e jurídico: a essa questão podem os sistemas oferecer respostas diversas, de acordo com a mentalidade própria dos respetivos povos. Agora, não se pode afirmar que existe um dever exclusivamente moral, porque, a ser também jurídico, o seu cumprimento perderia todo o valor moral, ao mesmo tempo que se propugna uma estrita separação entre Moral e Direito.

A conceção altruísta da gestão de negócios, ainda dominante em França, de acordo com a qual o *animus* consistiria na intenção de beneficiar outrem, não oferece um fundamento suficiente para o instituto, independentemente das considerações que se façam relativamente ao seu papel no direito romano <sup>(19)</sup>. Desde logo, o gestor visa ser reembolsado das suas despesas, não incorrendo nelas, normalmente, *animus donandi* <sup>(20)</sup>, admitindo-se, mesmo, que a gestão levada a cabo por profissionais seja remunerada (cf. art. 470.º/1 do Código Civil português), facto que pode consistir na sua única motivação. Deverá ser irrelevante o motivo interior que leva o gestor a agir: suponha-se que A não simpatizava nada com B, seu vizinho do andar de cima, ficando provado que já o tinha prejudicado propositadamente em diversas ocasiões; um dia, dá-se uma inundação no andar de B, tendo A penetrado à força no seu apartamento e contratado um canalizador para reparar o cano roto de onde a água corria. A sua única motivação era impedir que a inundação provocasse danos no prédio e no seu apartamento. Deverá ser afastada a gestão de negócios? Cremos que não: A agiu por motivos puramente egoístas, mas fê-lo por conta de B, ou seja, com “intenção de destinar para o *dominus* os efeitos da gestão” (sentido que deverá ser atribuído ao requisito do *animus* <sup>(21)</sup>), tendo a sua atuação sido realizada, não *no interesse* de B, mas *com interesse para B* <sup>(22)</sup>. B deverá reembolsar, portanto, A do que este tenha pagado ao canalizador.

O princípio do enriquecimento sem causa também não explica a razão de ser das soluções da gestão de negócios: só há obrigação de restituir o enriquecimento injusto, quando alguém ficou, efetivamente, enriquecido, ao passo que o gestor poderá ser reembolsado, mesmo que não se venha a verificar um enriquecimento na esfera jurídica do *dominus*. Além disso, a gestão de negócios é um instituto complexo, do qual derivam obrigações para ambas as partes: ficaria por explicar por que razão deve o gestor entregar ao *dominus* tudo o que

<sup>(19)</sup> Para uma exposição dos argumentos contrários à tese altruísta, vide STOLJAR, *ob. cit.*, pp. 13-16.

<sup>(20)</sup> A intenção de vir a ser reembolsado (*animus recipiendi*) não é, porém, requisito da gestão de negócios, nada impedindo que ela seja realizada *animus donandi*. Cf. MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 200 e BOUT, *La gestion d'affaires...*, pp. 78-89, p. 88.

<sup>(21)</sup> MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 199. OERTMANN afirma que basta que a defesa do interesse alheio seja uma consequência da gestão aceite e conhecida pelo gestor (cit. por Larenz, *Derecho...*, p. 366, nota 6. A destinação dos efeitos da gestão para a esfera do *dominus* pode ser feita “em virtude de novo ato de transmissão” ou da mera “projeção dos resultados económicos da operação” (PESSOA JORGE, *Lições...*, p. 236).

<sup>(22)</sup> O requisito do interesse da gestão, aferido no momento em que ela se inicia, deverá ser entendido de forma objetiva, não bastando que o gestor considerasse que a sua atuação seria útil.

resulte, em termos líquidos, da sua atividade, em lugar de responder, também, segundo as regras do enriquecimento sem causa.

Também a figura do quase-contrato não serve. Não podendo o gestor conhecer a vontade real do *dominus*, bastar-lhe-á atuar segundo a sua vontade presumível, que deverá corresponder aos seus interesses objetivamente considerados, de acordo com a avaliação que um bom pai de família faria da situação. Tudo isto é estranho ao contrato: as partes têm liberdade para celebrar contratos pelas razões que entenderem e não ficam vinculados senão quando dão, efetivamente, o seu acordo.

Outras abordagens têm sido tentadas: a gestão de negócios visaria evitar que houvesse um “sacrifício injusto” do gestor, e não um “enriquecimento injusto” do *dominus* <sup>(23)</sup>. O cerne da questão está em perceber porque é que o sacrifício de alguém que presta serviços não solicitados a outrem deve ser considerado injusto. DAGAN coloca o problema de forma interessante <sup>(24)</sup>: uma pessoa razoável estaria apenas disposta a pagar por um *resultado* (enriquecimento sem causa) ou também por uma *tentativa* (gestão de negócios)?

Todas estas teses dão o seu contributo para a compreensão do instituto. Este visa evitar que as intromissões benéficas na esfera de outrem, socialmente úteis, sejam desincentivadas, o que é particularmente importante se elas tiverem sido motivadas por intenções solidárias ou altruísticas. O *dominus* só terá de ressarcir o gestor em valores superiores aos do seu enriquecimento, porque era presumível que ele tivesse agido da mesma forma, perante as circunstâncias com que o gestor se deparou: a tese do quase-contrato realça o papel da vontade presumível do *dominus*. Pode-se ainda considerar que a *tentativa* do gestor consubstancia, em si mesma, um enriquecimento do dono do negócio, que pouparia a despesa correspondente aos serviços que lhe são prestados pelo gestor <sup>(25)</sup>.

O principal elemento que justifica e unifica o instituto parece-nos estar, em todo o caso, no *animus* do gestor. É porque o gestor atua por conta do *dominus* que a sua atuação é imputada a este último: o risco do insucesso da gestão, havendo *utiliter coeptum* e atuando o gestor diligentemente (*utiliter gestum*), corre por conta daquele, porque a gestão diz respeito à sua esfera de interesses, tendo o gestor disso conhecimento e pretendendo que os efeitos da sua atividade a ela se dirijam. E a essencialidade do *animus* faz-se sentir com ainda mais vigor na *actio directa*, ainda que assim não se entendesse no direito romano e ainda que haja quem defenda uma divisão do instituto, propugnando a exigência

(23) STOLJAR, *ob. cit.*, pp. 16-17 e 53.

(24) DAGAN, *est. cit.*, pp. 1179 e 1182.

(25) Não nos esqueçamos, no entanto, que a gestão, por via de regra, não é remunerada.

do *animus* apenas na *actio contraria* <sup>(26)</sup>. De facto, por que motivo tem o *dominus* direito a exigir do gestor todo o lucro resultante da gestão, não se cingindo tal restituição ao seu enriquecimento? A resposta só pode estar no facto de o gestor ter querido dirigir os efeitos da sua atividade para o *dominus*. A *actio directa* não acarreta nenhuma desvantagem para o gestor — se nos abstrairmos de uma eventual responsabilidade por prejuízos causados no âmbito da gestão, consequência que decorre do instituto da responsabilidade civil e não da gestão de negócios, ainda que este último instituto possa acarretar algumas especificidades, como a presunção de culpa estabelecida no art. 466.º/2 CC, aplicável aos casos de gestão irregular —, uma vez que ele atuou, desde o início, não por conta própria, mas por conta do dono do negócio.

Assim, a gestão imprópria, em que o gestor atua no seu próprio interesse, embora saiba estar a gerir negócio alheio, e a gestão de negócio alheio julgado próprio ou gestão por erro, em que o gestor desconhece a alienidade do negócio, serão desvios ao carácter unitário do instituto e à essencialidade do requisito do *animus aliena negotia gerendi*, que integra um elemento cognitivo (consciência da alienidade do negócio), ausente na gestão por erro, e um elemento final ou volitivo (intenção de dirigir os efeitos da gestão para o *dominus*), que falta em ambos os casos. Eles são, contudo, desvios importantes, cuja consagração legal nos *comparanda* escolhidos iremos agora analisar.

## 2. ANÁLISE COMPARATIVA

### 2.1. O sistema alemão

#### 2.1.1. Enquadramento sistemático no BGB <sup>(27)</sup>

A gestão de negócios (“direção do negócio sem mandato” — *Geschäftsführung ohne Auftrag*) vem regulada no Título XI da Secção 8 (Relações obrigacionais em especial) do Livro II (Direito das relações obrigacionais) do BGB, nos §§ 677 a 687, logo após o Título relativo ao mandato (§§ 662 a 676).

---

<sup>(26)</sup> Para a doutrina da divisão do instituto, a procedência da *actio directa* dependeria apenas de que se provasse a alienidade do negócio gerido e a ausência de autorização, exigindo-se, contudo, o *animus* para a procedência da *actio contraria*. O instituto da gestão de negócios não seria unitário, tendo as duas ações pressupostos diferentes. Pelo contrário, tanto a doutrina puramente objetivista (inexistência de *animus*) como a puramente subjetivista (exigência de *animus*) são unitárias.

<sup>(27)</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* (1896/1900), o código civil alemão.

A gestão de negócios não aparece, portanto, junto de outras fontes de obrigações não contratuais, como as dos dois últimos Títulos do Livro II (Título 26: Enriquecimento sem causa — §§ 812 a 822; Título 27: Atos ilícitos — §§ 823 a 853). A proximidade histórico-cultural e dogmática com o mandato justificou que os redatores do BGB a previssem no Título imediatamente a seguir ao que o regula.

A expressão gestão de negócios “sem mandato” é, no entanto, tida por muito curta: significa “sem qualquer relação jurídica preexistente” <sup>(28)</sup>. O regime da gestão vai, de qualquer forma, buscar muito ao do mandato, devido à remissão do § 681 para os §§ 666 a 668, impondo ao gestor as obrigações do mandatário.

A gestão de negócio alheio julgado próprio está prevista no § 687, 1 e a gestão imprópria no § 687, 2.

### 2.1.2. O requisito do *animus* no BGB

De acordo com o § 677, o gestor de negócios atua “para outrem” (“für einen anderen”), conduzindo um negócio alheio sem para tal ter sido mandatado ou estar por outra forma autorizado a fazê-lo. Atuar “para outrem” significa atuar por conta de outrem, o que pressupõe a existência dos dois elementos que integram o *animus*.

No entanto, o § 687, 2 permite que o dono do negócio adquira as pretensões que derivam dos §§ 677, 678, 681 e 682 (que estabelecem as obrigações do gestor), se o agente gerir um negócio alheio em proveito próprio, apesar de saber que ele não lhe pertence. Neste caso, não há, contudo, atuação por conta de outrem, dado que o “gestor” prosseguia o seu próprio interesse. Por isso, diz a doutrina estarmos perante uma gestão imprópria (*unechte Geschäftsführung*): uma situação em que não há gestão de negócios propriamente dita — aquela em que estão preenchidos todos os requisitos do § 677, incluindo a atuação “para outrem” —, mas à qual, ainda assim, algumas das suas regras são aplicáveis.

Desta forma, se, por um lado, uma conceção puramente objetivista da gestão de negócios, defendida na Pandectística do século XIX, foi rejeitada pelo legislador de 1896, já que o elemento cognitivo do *animus* deve estar sempre

---

<sup>(28)</sup> Cf. LARENZ, *Derecho...*, p. 381 e MEDICUS, *Tratado...*, § 124, I, 4, que qualifica a gestão de negócios como subsidiária. A discussão acerca da necessidade de espontaneidade da atuação do gestor, enquanto inexistência absoluta de qualquer obrigação jurídica prévia (*maxime* nos casos de obrigação de prestar socorro), ultrapassa o âmbito deste trabalho, que se debruça, essencialmente, sobre o requisito do *animus* na gestão de negócios e não sobre o da falta de autorização/obrigação da intervenção do gestor.

presente para a aplicação das regras deste instituto <sup>(29)</sup>, por outro lado, nem sempre será necessário o elemento volitivo ou final. O que justificou tal opção do legislador?

A 1.<sup>a</sup> Comissão Redatora do Projeto do BGB considerava que não só a gestão por erro, em que falta a consciência da alienidade do negócio, mas também a gestão imprópria deveriam ser afastadas do futuro Código. Justificava que o seu acolhimento envolveria a “desvirtuação do conceito de gestão de negócios” <sup>(30)</sup> e contrapunha que “quem trabalha para si mesmo, e não para outro, não pode ser considerado gestor de negócios” <sup>(31)</sup>. Defendia, assim, uma conceção puramente subjetiva do instituto.

A 2.<sup>a</sup> Comissão considerou, no entanto, por razões de “conveniência” (“*Zweckmäßigkeit*”) <sup>(32)</sup>, que deveria considerar-se que aquele que se aproveita de um negócio alheio agiu por conta do seu dono: “pois a ninguém é permitido lucrar através da intervenção deliberada no âmbito de direitos alheios!” <sup>(33)</sup>. Não seria justo exonerar o “gestor” de má fé, que agiu com dolo, das obrigações a que está adstrito o gestor solícito, que atuou no interesse de outrem, nomeadamente, da obrigação de entregar todos os proveitos resultantes da gestão (§§ 681, 2 e 667) <sup>(34)</sup>. O § 687,2 visa “completar e reforçar” a responsabilidade delitual <sup>(35)</sup>.

Em suma, a lei exige, à partida, um *animus* composto pelos seus dois elementos (cognitivo e volitivo): § 677 BGB. Mas, permite que o dono do negócio opte por se prevalecer das regras da gestão em caso de dolo do agente (§ 687, 2 BGB). Diferentemente, se alguém gere negócio alheio convencido

<sup>(29)</sup> Cf. SEILER, no *Münchener Kommentar*, IV, § 687, par. 2.

<sup>(30)</sup> Cf. WITTMAN, no *Staudingers Kommentar*, II, § 687, par. 5; SEILER, *Münchener Kommentar*, IV, § 687, par. 3.

<sup>(31)</sup> Cf. WITTMAN, *loc. cit.*, par. 5.

<sup>(32)</sup> Cf. SEILER, *loc. cit.*, par. 3.

<sup>(33)</sup> BEUTHIEN, no SOERGEL — *Kommentar zum BGB*, 4/2, § 687, III, 1.

<sup>(34)</sup> «*It seemed to the second Commission somewhat distasteful that the wrongdoer should be able to escape any liability to surrender his gain by asserting that he acted not as an “upright gestor”, but with an “evil” intent*». DAWSON, «*Negotiorum Gestio: The Altruistic Intermeddler*», in 74 *Harv. L. Rev.* (1961), pp. 817-875, p. 12. Esta ideia surge também em MEDICUS, *Tratado...*, § 123, I, 2, bb): o gestor de má fé terá, pelo menos, de estar obrigado àquilo a que o de boa fé estaria obrigado.

<sup>(35)</sup> WITTMAN, *loc. cit.*, par. 5. Se a equiparação da gestão imprópria à gestão propriamente dita visa “reforçar” a responsabilidade delitual, é porque se sujeita, com ela, o lesante a um regime mais desfavorável. Há um *plus* de obrigações impostas ao lesante. A função da gestão imprópria é, por conseguinte, não meramente restitutória ou reparatória (para a prossecução destas há o enriquecimento e a responsabilidade civil, respetivamente), mas preventiva e repressiva das intromissões ilícitas (dolosas) na esfera alheia.

de que é próprio, o § 687, 1 BGB determina que as regras da gestão não têm aplicação <sup>(36)</sup>.

### 2.1.3. A gestão de negócio alheio julgado próprio (§ 687, 1) <sup>(37)</sup>

Poderia parecer que nada mais haveria a acrescentar ao que foi dito no parágrafo anterior quanto ao objeto do presente capítulo, mas é necessário precisar alguns aspetos.

Em princípio, mesmo que a ignorância de que o negócio é alheio, no caso de gestão por erro, seja culposa, não se aplicarão os §§ 677 a 686. A negligência (ainda que grosseira <sup>(38)</sup>) não é suficiente para o dono do negócio usar da faculdade concedida pelo § 687, 2, 1.

A jurisprudência tem, no entanto, aplicado o § 687, 2 (que exige a consciência da alienidade) quando as infrações de alguém que ignore negligentemente estar a imiscuir-se na esfera jurídica alheia contendam com direitos de personalidade e de propriedade intelectual <sup>(39)</sup>, tendo chegado a admitir que bastava a negligência leve para considerar o infrator um gestor de negócios. A razão deste tratamento diferenciado é a especial vulnerabilidade desses direitos e a dificuldade de provar os danos (lucros cessantes) causados pelo lesante. Já no início

---

<sup>(36)</sup> Há quem pretenda que aquele que gere negócio alheio convencido de que é próprio deve entregar tudo o que obtenha com a gestão com base no § 242 (v. STOLJAR, *op. cit.*, p. 168, com indicações doutrinárias). Não vemos como: não há nenhuma relação obrigacional (fiduciária) entre gestor e dono do negócio que se deva submeter aos ditames da boa fé, até que o gestor tenha conhecimento de que está a imiscuir-se na esfera jurídica alheia. A partir desse momento, o gestor estará obrigado a restituir aquilo com que se locupletou à custa do lesado e, aí sim, deverá pautar a sua atuação para com este pela boa fé, como qualquer pessoa adstrita a uma obrigação.

<sup>(37)</sup> Havendo uma relação duradoura derivada de contrato inválido, não nos parece haver gestão de negócio alheio, mas sim, de negócio próprio. Mesmo que se considere que é alheio, não há dúvida de que falta a consciência da sua alienidade pelo pretenso gestor, pelo que não se poderá aplicar as regras da gestão (§ 687, 1). Não falta, porém, quem considere que pode haver, neste caso, negócio simultaneamente próprio e alheio: sobre a discussão deste problema na Alemanha: vide VIEIRA GOMES, «A gestão de negócios: ‘a oeste nada de novo?’», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*, III, pp. 39-62, pp. 50-53. MEDICUS refere que a qualificação destes casos como gestão de negócios oferece um meio de escapar às limitações dos §§ 814, 817, 2, relativos ao enriquecimento sem causa: *op. cit.*, § 124, I, 4.

<sup>(38)</sup> Cf. BEUTHIEN, *ob. cit.*, § 687, II.

<sup>(39)</sup> Cf. WITTMAN, *loc. cit.*, par. 2 e 21; BGH 21-set.-2006, p. 9, par. 21 e BGH 2-nov.-2000, pp. 9-10, onde se afirma que, ao ficcionar-se que o titular do direito teria obtido o mesmo lucro que o usurpador, se visa sancionar o comportamento ilícito do infrator e prevenir violações futuras dos (vulneráveis) direitos imateriais.

do séc. XX, os tribunais decidiam neste sentido, vindo as suas soluções a ser corroboradas por legislação especial posterior <sup>(40)</sup>.

A obrigação de indemnização / restituição a cargo do lesante poderá ser calculada, assim, por três formas, consoante a escolha do *dominus*: danos emergentes e lucros cessantes da parte lesada (responsabilidade civil), o valor que o infrator deveria ter despendido pela exploração dos direitos de propriedade intelectual do lesado (pagamento de licença ou autorização adequada — enriquecimento sem causa) e o lucro obtido pelo lesante (gestão imprópria) <sup>(41)</sup>.

#### 2.1.4. A gestão imprópria (§ 687, 2) <sup>(42)</sup>

O § 687, 2, 1 permite que aquele cujo direito foi violado se prevaleça dos §§ 677, 678, 681 e 682. Porém, a doutrina faz ver, com razão, que a remissão para os §§ 677 e 681, 1 não tem qualquer sentido útil <sup>(43)</sup>: por definição, aquele que viola direitos de outrem com vista a obter benefícios para si próprio, não poderá atuar em conformidade com o interesse e a vontade real ou presumível do dono do negócio (§ 677), tal como não o notificará de que assumiu a gestão, nem esperará que lhe deem indicações quanto à forma como deverá proceder daí por diante (§ 681, 1).

O gestor será responsável por todos os danos causados com a gestão, ainda que não tenha culpa (§ 678, que estabelece uma responsabilidade por caso fortuito).

De grande importância prática é a remissão para o § 681, 2 que, por sua vez, remete para os §§ 666 a 668 relativos às obrigações do mandatário. As mais importantes são a de prestação de contas (§ 666) e de entregar tudo o que obtiver com a gestão (§ 667).

Em contrapartida a esses direitos, o § 687, 2, 2 dispõe que se o dono optar pela aplicação das regras da gestão, fica obrigado nos termos do § 684, 1, o

<sup>(40)</sup> ENNECCERUS, *Derecho...*, p. 640. V. *infra* a nota 132, sobre a Diretiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, cujas soluções apontam no mesmo sentido do exposto no texto.

<sup>(41)</sup> BEUTHIEN, *op. cit.*, § 687, III, 5 e WENIGER, *La protection des secrets économiques...*, pp. 272-273.

<sup>(42)</sup> Só há, por natureza, gestão imprópria quanto a negócios objetivamente alheios. Cf., por todos, SEILER, *ob. cit.*, § 687, C., III, 1. Contra, ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 641. A utilização abusiva de marcas registadas, a violação de direitos de exclusividade contratuais e de pactos de não-concorrência e a sublocação não autorizada pelo locador são considerados “negócio próprio” do lesante, não dando azo à sua qualificação como gestor (impróprio) de negócios alheios. Cf. BEUTHIEN, *op. cit.*, § 687, III, 4; WITTMAN, *loc. cit.*, par. 7. Na jurisprudência, v., por exemplo, BGH 13-jul.-2012 (p. 9, par. 16) e BGH 10-maio-2006 (pp. 11-12, par. 35).

<sup>(43)</sup> Cf., SEILER, *ob. cit.*, §687, C., II, a) e cc) e WITTMAN, *loc. cit.*, par. 14.

qual estabelece que, havendo gestão irregular, o dono que não pretenda aprová-la, estará obrigado a restituir “tudo o que obtenha com a gestão, segundo as disposições relativas ao enriquecimento sem causa”.

A doutrina é unânime em considerar que a disposição não é feliz <sup>(44)</sup>. Tendo recebido tudo o que resultou da gestão (§§ 687, 2, 1; 681, 2; 667), o dono do negócio não será obrigado a restituí-lo novamente ao gestor, e sim a reembolsar o gestor das despesas em que incorreu, mas só até ao limite do seu enriquecimento: o risco do fracasso da gestão corre, portanto, por conta do gestor <sup>(45)</sup> <sup>(46)</sup>.

A opção da aplicação das regras deste instituto no caso de gestão imprópria, em lugar das do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, acarreta indubitáveis vantagens para o dono do negócio.

De facto, o § 678 impõe a responsabilidade do gestor por danos derivados de caso fortuito, por oposição ao princípio da culpa na responsabilidade civil (§ 823, 1). Além disso, o gestor está obrigado a prestar contas ao *dominus* (§§ 681, 2; 666) <sup>(47)</sup> e deve entregar-lhe todo os proveitos da gestão (§§ 681, 2; 667) <sup>(48)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> V. BROX, *Besonderes Schuldrecht*, p. 288; MEDICUS, *op. cit.*, § 124, III, 2; SEILER, *loc. cit.*, par. 15. Veja-se a aplicação destas regras em BGH 7-fev.-2002 (pp. 20-21). O § 684 suscita dúvidas só por si. O problema deste par. não nos parece estar no facto de não se conseguir discernir qualquer enriquecimento do *dominus* à custa do gestor, no caso de a gestão ter sido assumida em desconformidade com a vontade do dono do negócio (STOLJAR, *op. cit.*, p. 29). Pode ter havido enriquecimento, simplesmente, terá a particularidade de ser forçado (já se a gestão for contrária ao interesse de *dominus*, não poderá, logicamente, haver enriquecimento). O problema reside, antes, no facto de já se ter defendido que o dono não estava obrigado a reembolsar na totalidade o gestor, apenas respondendo segundo as regras do enriquecimento sem causa, apesar de este estar obrigado a entregar-lhe tudo o que tivesse obtido com a gestão, pois o § 681 não seria menos aplicável ao gestor por ter ela sido irregular. No fundo, haveria *actio directa*, mas não *actio contraria*. Contudo, ao exigir a entrega dos proveitos da gestão, o dono estará a aprová-la tacitamente, pelo que o gestor terá direito a ser reembolsado na totalidade. V., por todos, LARENZ, *ob. cit.*, pp. 362 e 363. Não encontra aqui apoio a doutrina da divisão do instituto.

<sup>(45)</sup> BEUTHIEN, *loc. cit.*, par. 8 e WITTMANN, *loc. cit.*, par. 20.

<sup>(46)</sup> O dono do negócio deverá provar o preenchimento dos requisitos da gestão imprópria (consciência da alienidade e prossecução do interesse próprio pelo gestor) para que se aplique o § 687, 2; o gestor terá de exigir o reembolso das despesas em pedido reconvençional, podendo o dono provar que o seu enriquecimento lhes foi inferior. V. WITTMANN, *loc. cit.*, par. 23.

<sup>(47)</sup> Esta obrigação, instrumental em relação à de entregar todo o lucro obtido com a gestão, é de sobeja importância prática. Mesmo em ações de responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, tem sido invocada perante os tribunais, por forma a obrigar o gestor a dar conta dos resultados da gestão, sem o que não seria possível, muitas vezes, computar todos os danos (lucros cessantes) do lesado. Cf. DAWSON, *ult. op. cit.*, p. 835, nota 53. Ela evita também que o gestor conserve “*secret profits*” (STOLJAR, *op. cit.*, p. 172).

<sup>(48)</sup> A reforma do BGB de 2001/2002 alterou o prazo de prescrição geral de 30 para 3 anos (§ 195), pelo que a anterior vantagem da gestão imprópria — sujeita ao prazo geral — sobre a

## 2.2. O sistema suíço

### 2.2.1. Enquadramento sistemático no Código das Obrigações <sup>(49)</sup>

A gestão de negócios está regulada no Título XIV (arts. 419.º a 424.º) da 2.ª Parte (Das diversas espécies de contratos) do Código das Obrigações (CO), logo após o título dedicado ao mandato e não junto de outras fontes autónomas de obrigações, como a responsabilidade civil (arts. 41.º a 61.º) e o enriquecimento sem causa (arts. 62.º a 67.º) <sup>(50)</sup>.

Para Théo Guhl (*Le droit fédéral des obligations...*, pp. 306-307), as razões que explicam a colocação da gestão logo após o mandato são a frequente “ratificação” (i. e. aprovação) da gestão e o facto de esta consistir muitas vezes em situações de excesso de mandato. Parece-nos, antes, que o Código reconhece, sob influência do BGB, a similitude substancial — e não a nível dos factos constitutivos — entre as obrigações derivadas do mandato e da gestão.

É assim que, para o Código, gestor é “aquele que, *sem mandato*, gere o negócio de outrem”. Tal como no direito alemão, a expressão “sem mandato” é considerada demasiado restrita, entendendo a doutrina suíça que significa ausência de causa jurídica <sup>(51)</sup>. Mais analiticamente, significará ausência de obrigação ou autorização para atuar sobre a esfera jurídica alheia <sup>(52)</sup>.

A proximidade com o mandato é, de qualquer forma, muito grande: ela permite integrar analogicamente o regime da gestão <sup>(53)</sup> — aliás, bastante sucinto —, para além de a própria lei, no art. 424.º, remeter para as regras desse contrato, no caso de haver aprovação da gestão pelo *dominus* <sup>(54)</sup>.

responsabilidade civil — com prazo mais curto (§ 852) — já não pode ser mencionada. V. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, VII, pp. 144-146.

<sup>(49)</sup> *Loi fédérale complétant le Code Civil Suisse (Livre cinquième: Droit des Obligations)* — 1911.

<sup>(50)</sup> Apesar desta colocação sistemática, a jurisprudência tem aplicado analogicamente aos casos de gestão imprópria o prazo prescricional de um ano estabelecido para as obrigações derivadas desses dois institutos (arts. 60.º e 67.º). Há, aliás, na doutrina, defensores da sua extensão à gestão propriamente dita, que também ficaria, assim, subtraída ao prazo geral de dez anos do art. 127.º (v. HOFSTETTER, *Le mandat...*, pp. 249-250).

<sup>(51)</sup> Cf. TERCIER, *La partie spéciale...*, p. 424, par. 3292 e MARTIN, *Le code des obligations*, pp. 287-288.

<sup>(52)</sup> Cf. ROSSEL, *Manuel...*, p. 497 e TERCIER, *ob. cit.*, p. 424, par. 3284.

<sup>(53)</sup> *Idem, ibidem*, p. 424, pars. 3286 e 3287. Muito importante é a aplicação analógica dos arts. 400.º e 401.º que impõem, respetivamente, a obrigação de o mandatário prestar contas ao mandante e de lhe transferir os direitos adquiridos no âmbito do mandato. Esta última obrigação está também implícita no art. 423.º/1.

<sup>(54)</sup> A remissão para as regras do mandato não tem, contudo, âmbito ilimitado (cf. TERCIER, *op. cit.*, p. 428, par. 3321). O efeito principal que a aprovação produz é o de permitir que o

### 2.2.2. O requisito do *animus* no Código das Obrigações

No art. 419.º, faz-se apenas referência aos requisitos da alienidade do negócio e da ausência de obrigação ou autorização do agente para os gerir. Não se refere expressamente a necessidade de o gestor atuar por contra de outrem. Não tem, por isso, faltado quem inculque à lei suíça uma visão objetivista do instituto, havendo mesmo quem defenda que basta o preenchimento dos requisitos objetivos para o gestor gozar da *actio contraria* <sup>(55)</sup>. Em abono desta posição, pode-se mencionar o art. 422.º/1, que estabelece as obrigações do dono para com o gestor “*lorsque son intérêt commandait que la gestion fût entreprise*”. Parece, assim, que os requisitos, não só da *actio directa*, mas também da *actio contraria*, são puramente objetivos.

O art. 419.º — que não dá uma definição de gestão de negócios — estabelece os deveres do gestor relativos à execução da gestão: agir em conformidade com os interesses e intenções presumíveis do *dominus*. Ora, não se compreende como se poderia impor estes deveres a quem age por conta própria, especialmente se desconhecer a alienidade do negócio <sup>(56)</sup>. O regime dos arts. 419.º a 422.º está pensado para os casos de gestão propriamente dita, só o art. 423.º respeitando aos casos em que falta o *animus*. Aliás, como nota HOFSTETTER <sup>(57)</sup>, “para a gestão de negócios propriamente dita, o Tribunal Federal exigiu sempre o *animus aliena negotia gerendi*” <sup>(58)</sup>.

---

gestor seja reembolsado não só das despesas úteis e necessárias, mas também das voluptuárias (excluídas pelo art. 422.º/1 mesmo quando a gestão é regular), nos termos do art. 402.º (cf. MARTIN, *ob. cit.*, p. 299). Para além disto, a aprovação permite que a gestão irregular seja regulada de acordo com as regras do mandato, conferindo ao dono o direito de se apropriar dos seus resultados e ao gestor o de ser reembolsado de todas as suas despesas (v. porém, HOFSTETTER, *op. cit.*, p. 246, defendendo que o dono fica obrigado a reembolsar o gestor nos termos do art. 422.º/1). Quanto à possibilidade de aprovação quando falta o *animus negotia aliena gerendi*, v. *infra* cap. 2.2.3.2.

<sup>(55)</sup> É a posição de G. BERMAN, segundo V. GOMES, *Gestão de negócios: um instituto numa encruzilhada*, p. 20.

<sup>(56)</sup> Lembremo-nos das críticas da doutrina alemã à remissão do § 687, 2 para os §§ 677 e 681, 1 (*supra*, cap. 2.5.4.).

<sup>(57)</sup> *Ob. cit.*, p. 255, nota 12.

<sup>(58)</sup> Cf. ATF 99 II 131, 1973 (em especial, p. 134), disponível em [www.bger.ch](http://www.bger.ch) (onde se podem encontrar os acórdãos do Trib. Fed. desde 1954). Cf. também ATF 75 II 225, 1949 (disponível em [www.servat.unibe.ch](http://www.servat.unibe.ch) onde estão arquivados todos os acórdãos do Trib. Fed. desde 1875, data do 1.º vol. do *Recueil officiel*): aquele que crê erroneamente estar obrigado a atuar para outrem por causa de um mandato inexistente não é gestor de negócios. E ainda ATF 68 II 29, 1942, de que transcrevemos o sumário: «*Gestion d'affaires, art. 419 et sv. CO. Créancier acceptant un versement; (...) Si, selon la volonté du débiteur, la somme versée était en réalité destinée à un tiers, sans que cette volonté fût reconnaissable, le créancier qui a reçu l'argent n'a pas géré l'affaire du tiers.*».

É no art. 423.º que se prevê o caso de o agente não atuar no interesse do *dominus negotii*. Este artigo coloca vários problemas de interpretação: saber se é aplicável apenas aos casos em que falta o *animus* ou também aos de gestão irregular, se se aplica a todos os casos de gestão por erro ou apenas quando o gestor está de má fé e quais os efeitos que acarreta. Dedicaremos, portanto, o próximo capítulo à sua análise.

### 2.2.3. O art. 423.º do Código das Obrigações

#### 2.2.3.1. O âmbito de aplicação

##### 2.2.3.1.1. A gestão irregular

O art. 423.º/1 CO dispõe o seguinte (na versão francesa): «*lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier des profits qui en résultent*». Na nota marginal (que tem função idêntica à da epígrafe), pode ler-se: «*Affaire entreprise dans l'intérêt du gérant*».

De acordo com esta nota marginal, parece que este artigo visa apenas tratar das situações de gestão egoísta, em que falta o *animus*, mas o texto do n.º 1 poderá apontar também para os casos de gestão irregular, devido à contraposição que dele se pode fazer com o art. 422.º/1 (“*lorsque son intérêt commandait que la gestion fût entreprise...*”), que estabelece a obrigação de o dono reembolsar o gestor das suas despesas úteis e necessárias, nos casos de gestão propriamente dita <sup>(59)</sup>.

A gestão é irregular quando não preenche os requisitos do art. 422.º/1, isto é, quando os interesses do dono não impunham que ela fosse empreendida pelo gestor: a gestão é realizada *no interesse* do dono (há *animus*), mas não era imposta pelos seus interesses objetivamente considerados <sup>(60)</sup>. Ela ocorre, portanto, quando o *dominus* se opõe validamente à ação do gestor ou quando

<sup>(59)</sup> Sobre este problema, v. TERCIER, *op. cit.*, pars. 3302, 3338 e 3341.

<sup>(60)</sup> O direito suíço parece ser, assim, mais exigente do que o alemão ou o português, que requerem apenas que a gestão tenha interesse para o *dominus*, independentemente de ter ou não carácter necessário, que o art. 422.º/1 imporá, estando, dessa forma, mais próximo do direito austríaco. Cf. HOFSTETTER, *op. cit.*, pp. 256-257 e ATF 95, II, 93, 1969 (particularmente, o considerando II.2, pp. 103 e 104). O legislador, de acordo com uma conceção individualista, visaria proteger o dono do negócio contra intromissões inoportunas (*ibid.*, pp. 233-234). Em sentido contrário, poder-se-á argumentar que no art. 420.º/2 se prevê, implicitamente, a possibilidade de haver gestão de negócios quando o gestor não se limita a tentar prevenir danos para o dono.

esta não era necessária, porque, por exemplo, o dono estava em condições de agir <sup>(61)</sup>.

A doutrina mais antiga, seguindo a jurisprudência das primeiras décadas do séc. XX, considerava que “os casos previstos pelo art. 423.º são todos os que não estão previstos no art. 422.º” <sup>(62)</sup>, incluindo os de gestão irregular. No entanto, essa posição tem vindo a ser criticada. O art. 423.º só se referirá às “gestões egoístas” <sup>(63)</sup>. Nesse sentido aponta a contraposição da nota marginal do art. 422.º (“Gestion dans l’intérêt du maître” — gestão propriamente dita, em que há *animus*) com a do art. 423.º, acima transcrita, em que é patente a referência à falta de *animus*. Também o n.º 1 do art. 423.º se refere à “gestão não empreendida no interesse do dono”, ou seja, à ausência de *animus*, ao passo que o art. 422.º/1 se refere a outro requisito: o *utiliter coeptum* ou mesmo o caráter necessário da gestão, cuja existência se verifica depois de estar assente que havia *animus*, uma vez que a aplicação do art. 422.º, de acordo com a sua nota marginal, depende, primeiramente, dessa circunstância.

Assim sendo, se o dono aprovar a gestão irregular, aplicar-se-ão as regras do mandato (art. 424.º). Se não aprovar, regem as regras do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil <sup>(64)</sup>.

### 2.2.3.1.2. A gestão imprópria

O art. 423.º aplica-se indubitavelmente às situações de gestão imprópria. A doutrina divide-se, contudo, entre aqueles que exigem a violação de um direito subjetivo de conteúdo positivo para que se possa subsumir certa situação ao conceito de gestão imprópria, sujeitando-a ao art. 423.º, e aqueles que defendem que basta haver uma ingerência na esfera jurídica alheia <sup>(65)</sup>. A questão não é despicienda: está em causa saber se o art. 423.º é aplicável aos casos de servidões negativas, de proibição de sublocação e de concorrência, etc. Só os direi-

<sup>(61)</sup> V. TERCIER, *op. cit.*, p. 427, pars. 3312-3314. Vide, também, ATF 86 II 18 (1960): um sindicato paga as dívidas de um empregador aos seus trabalhadores, apesar de aquele contestar a sua existência, o que excluía a aplicabilidade do art. 422.º/1. O sindicato agiria, aliás, no seu próprio interesse, por ter receio de perder os seus aderentes, sendo, por isso, gestor impróprio, nos termos do art. 423.º/1 (esta é a conclusão do tribunal — consid. 4; julgamos, contudo, que, tendo o sindicato atuado por conta do empregador, ainda que motivado por interesses puramente egoístas, se tratava de um caso de gestão propriamente dita, apesar de irregular).

<sup>(62)</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 294.

<sup>(63)</sup> HOFSTETTER, *op. cit.*, p. 261, com indicações doutrinárias.

<sup>(64)</sup> *Ibid.*, pp. 261-262, seguido por TERCIER, *op. cit.*, p. 430, par. 3338.

<sup>(65)</sup> Sobre esta questão, v. WENIGER, *La protection des secrets économiques...*, pp. 271-272.

Colocando o problema noutros termos, TERCIER critica a interpretação restritiva da norma no seu *Le nouveau droit...*, p. 281, pars. 2125-2127.

tos subjetivos de conteúdo positivo confeririam ao seu titular o “monopólio da sua exploração”, podendo a restituição dos resultados da gestão ser entendida como “o efeito prolongado desse direito” <sup>(66)</sup>.

O caso da violação da proibição de sublocação foi objeto de desenvolvimentos jurisprudenciais muito interessantes, pelo que tomá-lo-emos como representativo deste problema.

A jurisprudência tradicional negava provimento à ação de restituição dos ganhos derivados de tal violação baseada no art. 423.º, não o considerando aplicável, uma vez que, em virtude do contrato de locação, o direito de utilizar a coisa locada passara do locador para o locatário e, conseqüentemente, o locatário geria o seu próprio negócio <sup>(67)</sup>.

Um acórdão do Tribunal Federal de 11 de janeiro de 2000 <sup>(68)</sup>, declarou, no entanto, que o locador tinha direito, com base no art. 423.º, à entrega das rendas obtidas pelo locatário em razão de uma sublocação, após a cessação da vigência do contrato de arrendamento, que o autorizava a sublocar a coisa locada.

Uma vez que, neste caso, a gestão imprópria ocorre após a extinção da relação contratual estabelecida entre locador e locatário, poderia perguntar-se se a decisão não era conforme a um entendimento flexível da doutrina tradicional. De facto, nessas circunstâncias, o lesante já não tinha nenhum direito sobre a coisa, limitando-se a violar, ilicitamente, o direito de propriedade de outrem. É assim que o recorrente, no caso decidido pelo acórdão do Tribunal Federal n.º 4A\_594/2012 (28-02-2013), defende que a aplicação do art. 423.º nos casos de sublocação depende da cessação da vigência do contrato de arrendamento principal. O Tribunal Federal, contudo, não lhe deu razão: o acórdão de 2000 teria operado uma reviravolta jurisprudencial <sup>(69)</sup>, consistindo “a sublocação não autorizada durante a vigência do arrendamento (...) num caso característico de gestão imperfeita pelo locatário dos negócios do locador, no sentido do art. 423.º/1 CO”.

Na verdade, a fundamentação do acórdão de 2000 era suficientemente ampla para justificar esta nova decisão do Tribunal, ao defender que “a *ratio legis* [do art. 423.º/1] é evitar que um ato ilícito possa ser proveitoso para aquele que o

---

<sup>(66)</sup> HOFSTETTER, *op. cit.*, p. 262-263, seguindo a teoria da função atributiva dos direitos de WILBURG.

<sup>(67)</sup> Cf. ATF 39 II 702, 1913 (considerandos 4 e 5).

<sup>(68)</sup> ATF 126 III 69.

<sup>(69)</sup> Trib. Féd. n.º 4A\_594/2012, consid. 2.1.1: «*A la suite d'un revirement de jurisprudence, il a été admis que l'art. 423 al. 1 CO est applicable lorsqu'un locataire, procédant à une sous-location non autorisée, excède ainsi les limites du droit que lui confère le contrat et, en sous-louant sans droit la chose d'autrui, empiète sur le patrimoine du bailleur et gère l'affaire d'autrui*».

comete, sancionando um comportamento que o direito não saberia tolerar; logo que um ganho seja obtido por meio de um património alheio, deverá ser devolvido ao titular desse património” (70).

### 2.2.3.1.3. A gestão de negócio alheio julgado próprio

Na jurisprudência antiga, a restituição dos ganhos era considerada como a reparação de um dano (lucro cessante), pelo que só relevava a intromissão culposa na esfera jurídica alheia (71). O inconveniente desta posição era que a obrigação do lesante não podia ultrapassar a medida dos danos causados ao titular do direito.

A jurisprudência abandonou, porém, este entendimento num acórdão de 1971 (72), declarando que as obrigações de reparação dos danos (arts 41.º e ss.) e de restituição dos ganhos (art. 423.º/1) existem independentemente uma da outra, mas excluem-se mutuamente, ou seja, não são cumulativas (73). Isto não impede que, em matéria de reparação de danos, os ganhos obtidos pelo lesante possam constituir um indicador útil para o cálculo dos lucros cessantes do titular (74).

Ultrapassada esta questão, a jurisprudência do Tribunal Federal, com o apoio de grande parte da doutrina, tem considerado que tanto o gestor de boa fé, como o de má fé, estão sujeitos a que o *dominus* se aproprie dos resultados da gestão, com base no art. 423.º/1 (75). Uma conceção objetiva da gestão de negócios é sustentada, em especial, nos domínios da propriedade industrial e intelectual, sem que a jurisprudência do Tribunal Federal o justifique e argumentando a doutrina que, assim, se dispensa o lesado de provar os danos que sofreu e a culpa do lesante (76).

HOFSTETTER contesta, contudo, a bondade desta posição, apoiando-se no direito alemão. A assimilação do gestor de boa fé ao de má fé contrariaria as soluções que a lei consagra para casos análogos (v. arts. 671.º ss. e 678.º do Código Civil e 64.º CO). A restituição de todos os lucros da gestão seria uma obrigação excessiva para aquele que atuou com a diligência de um bom pai de

---

(70) ATF 126 III 69, p. 73. Seguindo esta posição, veja-se ainda ATF 129 III 422, 2003 (o sumário) e Trib. Féd. n.º 4A\_456/2010 (18-04-2011), consid. 4.

(71) Cf. HOFSTETTER, *op. cit.*, pp. 265-266, nota 15 e p. 242.

(72) ATF 97 II 169, consid. 3.

(73) Aparentemente contra, TERCIER, *La partie spéciale...*, p. 431, par. 3350.

(74) Cf. ATF 98 II 325 (1972), p. 333.

(75) HOFSTETTER, *ob. cit.*, p. 265.

(76) *Ibid.*, pp. 267-268, expondo a posição favorável de TROLLER a esta solução. Cf. ATF 97 II 169 (1971).

família <sup>(77)</sup>. Por isso, já se tem defendido a limitação da restituição ao que subsistir na esfera do gestor de boa fé, por analogia com o art. 64.º, relativo ao objeto da obrigação de restituir no enriquecimento sem causa <sup>(78)</sup>.

A jurisprudência mais recente já tem considerado indispensável a má fé do gestor, para a aplicação do art. 423.º/1, designadamente nos casos de sublocação acima referidos <sup>(79)</sup>.

### 2.2.3.2. Os efeitos da aplicação do art. 423.º CO

Ao titular do direito violado pelo gestor de má fé é conferida uma opção: exigir a entrega dos lucros da gestão, em termos líquidos <sup>(80)</sup>, ou requerer a aplicação das disposições gerais da responsabilidade civil e do enriquecimento

---

<sup>(77)</sup> *Ibid.*, pp. 266-269, para a defesa completa da sua posição. Contra, v. TERCIER, *Le nouveau droit...*, p. 282, par. 2135 : nem o texto, nem o espírito da lei permitiriam defender a posição de HOFSTETTER, dado “não estar em causa a reparação de um dano, mas uma transferência patrimonial”. O autor pensa sobretudo nos casos de violação de direitos de personalidade, a que dedicou este seu estudo, aos quais é habitual conferir-se uma proteção mais alargada. No entanto, não vingou o texto do anteprojeto da lei federal de 16-12-1983 (entrada em vigor em 1-07-1985), que acrescentava um n.º 3 ao art. 49.º CO, onde se estabelecia que o autor da violação deveria restituir o lucro dela resultante, mesmo que tivesse atuado sem culpa. O abandono dessa disposição deveu-se ao caráter geral que ela adquiriria, não se restringindo ao direito da personalidade, à dificuldade em integrá-la nas regras atuais da responsabilidade civil e, sobretudo, à contestação a que os princípios subjacentes a tal estipulação ainda estavam (e estão) sujeitos, em especial, relativamente à exigência de culpa (*ibid.* p. 280, pars. 2117-2118). Ora, se nem para o campo particular do direito da personalidade, o legislador se quis afastar dos princípios gerais, apontando como principal razão do seu recuo a dúvida quanto à bondade da opção pela inexigência de culpa, não parece que se possa considerar que as regras gerais, que o legislador preferiu não derogar, estabeleçam, afinal, que a culpa não é exigível.

<sup>(78)</sup> HOFSTETTER, *ob. cit.*, pp. 237-238. Parece ser melhor solução a aplicação direta das regras do enriquecimento, sendo desnecessária a mediação do art. 423.º/2 (*ibid.* p. 235, nota 34). Contra, v. ATF 86 II 18 (1960), p. 26.

<sup>(79)</sup> Cf. Trib. Fed. n.º 4A\_456/2010 (18-04-2011), consid. 4; ATF 126 III 69 (2000), consid. 2, a), implicitamente. No acórdão n.º 4A\_594/2012 (28-02-2013), o Tribunal profere mesmo uma afirmação de âmbito geral: o art. 423.º/1 “visa a hipótese de gestão de negócios imperfeita de má fé” (consid. 2.1.1).

<sup>(80)</sup> Será esse o sentido a dar ao art. 423.º/2. À semelhança do § 687, 2. 2.ª parte BGB, esta disposição obriga o *dominus* a indemnizar o gestor até à medida do seu enriquecimento. TERCIER (*La partie spéciale...*, p. 431, par. 3349) defende uma solução idêntica à sustentada pela doutrina alemã: haverá reembolso das despesas do gestor até à medida do enriquecimento do dono. HOFSTETTER diz que essa norma significa que o gestor entregará os proveitos da gestão, descontados das suas despesas (não chega a surgir nenhuma obrigação de reembolso a cargo do *dominus*), não dando resposta à questão de saber se aí se deve contemplar uma remuneração do gestor ou não (*op. cit.*, pp. 270-271, nota 30).

sem causa, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Federal, que não permite a cumulação destas pretensões.

O gestor de má fé não poderá estar, por definição, obrigado a um dever de diligência ou de continuação da gestão, não se podendo exigir dele o lucro que um gestor diligente teria obtido, mas apenas aquele que, efetivamente, obteve <sup>(81)</sup>.

O titular do direito violado não poderá aprovar a gestão, uma vez que o gestor não atuou por conta dele, mas por conta própria, não se aplicando as regras do mandato (art. 424.º) <sup>(82)</sup>. Em princípio, o *dominus* não teria, de qualquer forma, interesse em aprovar a gestão, dado que o art. 423.º/1 já lhe confere o direito à restituição dos resultados da gestão.

## 2.3. O sistema francês

### 2.3.1. Enquadramento sistemático no Código Civil francês

A gestão de negócios está regulada no Capítulo I (Dos quase-contratos) do Título IV (Das obrigações <sup>(83)</sup> que se formam sem convenção) do Livro III (Das diferentes formas pela quais se adquire a propriedade), nos artigos 1372.º a 1375.º do Código Civil francês (CCfr).

A classificação das fontes de obrigações escolhida pelos redatores do Código (obrigações contratuais e não-contratuais e, dentro destas, as derivadas de quase-contratos, delitos, quase-delitos e da lei), seguida por alguns códigos de matriz napoleónica (v. g. o Código Civil espanhol — artigos 1887.º ss.), “não tem valor científico” <sup>(84)</sup> e tem sido muito criticada. O principal alvo de críticas é precisamente a categoria dos quase-contratos <sup>(85)</sup>, onde a lei insere a gestão de negócios e a repetição do indevido (artigos 1376.º ss.), seguindo o ensino de

<sup>(81)</sup> Cfr. HOFSTETTER, *op. cit.*, pp. 270-271 e TERCIER, *Le nouveau droit...*, p. 281, par. 2133.

<sup>(82)</sup> Cf. TERCIER, *La partie spécial...*, p. 431, par. 3345 e HOFSTETTER, *op. cit.*, pp. 247-248.

<sup>(83)</sup> Em vez do termo «*obligations*» utilizado no Título III (*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*) do Livro III do *Code*, o legislador de 1804 preferiu utilizar a palavra «*engagements*», denominação genérica, dizem BAUDRY/BARDE, *op. cit.*, p. 443, demonstrativa da menor importância relativa conferida a esta categoria residual de fontes de obrigações, delimitada exclusivamente pela negativa: não serem contratuais.

<sup>(84)</sup> PLANIOL, *Traité Élémentaire...*, II, p. 404.

<sup>(85)</sup> Acusada de ser «historicamente falsa», «racionalmente inexata» e «praticamente inútil» (PLANIOL, *ibidem*, n.º 812). A categoria, no entanto, mantém-se e têm sido defendidas várias propostas com vista a acrescentar-lhe derivações para além das constantes da lei e do enriquecimento sem causa (v. g. PLANIOL, *op. cit.*, p. 406 e, mais recentemente, CLÉMENT, *Gestion d'affaires...*, pp. 111 ss.). Para uma breve resenha histórica sobre a categoria dos quase-contratos, v. MALAURIE/AYNÈS, *Cours...*, pp. 394-396.

POTHIER. A doutrina não se escusa, portanto, a elaborar as suas próprias sistematizações, nomeadamente, enquadrando a gestão de negócios entre os “factos jurídicos”<sup>(86)</sup>.

O contrato ao qual a gestão vai buscar parte do seu regime é, sem surpresa, o mandato<sup>(87)</sup>: ela será um quase-mandato. Assim, o art. 1372.º/2 determina que o gestor (*gérant*) se submete a todas as obrigações que resultariam de um “mandato expresse” (artigos 1991.º a 1997.º) conferido pelo senhor (*maître*) do negócio.

Gestor é, para o Código, aquele que “gere voluntariamente um negócio alheio” (art. 1372.º) sem a tal estar obrigado (por isso mesmo, a fonte das obrigações a que se encontra adstrito é o seu próprio “facto puramente voluntário” — art. 1371.º: o quase-contrato gestão de negócios).

### 2.3.2. O requisito do *animus* no Código Civil francês

Sendo o gestor aquele que “*voluntariamente* gere o negócio alheio” sem a tal estar obrigado, qual o sentido a dar à palavra “voluntariamente”? Imporá a lei, como requisito essencial da gestão, a intenção de atuar por conta de outrem? A doutrina e a jurisprudência francesas têm dado diversas respostas<sup>(88)</sup>.

Deve afastar-se, desde já, a tese que defende que o termo “voluntariamente” significa apenas que o gestor age porque quer, contrapondo-o à utilização do seu antónimo “involuntariamente” no art. 1370.º/3, que define as obrigações puramente legais (“*qui résultent de la seule autorité de la loi*”: art. 1370.º/2, 1.ª parte). Para fazer essa contraposição, basta o art. 1371.º: qualquer quase-contrato tem por base um “facto voluntário”<sup>(89)</sup>. As regras da boa interpretação impõem que se encontre um sentido útil para a expressão do art. 1372.º

<sup>(86)</sup> MARTY/RAYNAUD, *Les obligations...*, II, vol. I, pp. 297 e 298.

<sup>(87)</sup> Cremos que é pelo facto de, no Direito francês, o mandato implicar representação e por o regime da gestão de negócios ter sido decalcado do desse contrato, que a gestão é suscetível de criar uma particular situação de “representação legal”. O gestor tanto pode atuar em nome próprio (contraíndo os *engagements personnels* referidos no art. 1375.º), como em nome do senhor do negócio. Este fica automaticamente vinculado pela atuação do gestor em seu nome, não carecendo os negócios celebrados entre o gestor e terceiros de ratificação para produzirem efeitos na esfera do *dominus negotii*. Cf., por todos, MAZEAUD, *Leçons...*, II, 1.º vol., p. 722 e BOUT, *La gestion d'affaires...*, pp. 255 e 256.

<sup>(88)</sup> Para uma exposição sintética das várias posições, vide CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, IX, p. 389.

<sup>(89)</sup> V. BOUT, *op. cit.*, p. 201, criticando TAULIER, que defende que «a gestão de quem administra negócio alheio convencido de que administra o seu, não é por isso menos voluntária».

Tratar-se-á, em primeiro lugar, da imposição de espontaneidade: o gestor não pode estar obrigado a agir, não pode haver prévia “adstrição externa”<sup>(90)</sup>.

Mas será algo mais: encontra-se nesse termo a imposição do requisito subjetivo da gestão de negócios, o *animus*. A conceção que se tem desse requisito é, porém, variável. Ultrapassada a assimilação a uma “intenção de representação”<sup>(91)</sup>, o requisito implicará ou mera consciência<sup>(92)</sup> de que se gere negócio alheio ou intenção de o gerir no interesse de outrem. Esta última conceção implica, em França, uma intenção altruísta, baseada numa interpretação subjetivista, tão cara aos franceses, das normas relativas à gestão de negócios, assente nos trabalhos preparatórios do Código<sup>(93)</sup>. Parece, porém, que os redatores do Código se limitaram a apresentar exemplos de casos em que seria comum aplicar a gestão, indicando a situação típica de gestão, não pretendendo impor como requisito tal intenção altruísta<sup>(94)</sup>.

### 2.3.3. A gestão “imperfeita” e o surgimento da *actio de in rem verso*

A evolução histórica do âmbito de aplicação da gestão de negócios não foi em nenhum outro sistema tão atribulada como no francês.

Sem que o Código Napoleão previsse alguma disposição como o § 687, II BGB, o art. 423.º CO ou o art. 472.º do Código Civil português, passíveis de “alargar” o nosso instituto de modo a regular situações que *a priori* não preencheriam os seus requisitos, não se coibiram a doutrina e, principalmente, a jurisprudência de se servir dele mais como um meio de técnica jurídica formal

<sup>(90)</sup> Ibid., p. 98. Para BOUT a intenção de gerir absorve o requisito da espontaneidade (Ibid., p. 101.). Sobre este requisito, cf., por todos, MAZEAUD, *op. cit.*, n.º 677 e Cass. Soc. 11 oct. 1984, n.º 83-12686 (disponível em [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), como todos os acórdãos da Cassação citados daqui para a frente). Se a espontaneidade implica a inexistência de todo e qualquer vínculo jurídico prévio, é questão que ultrapassa o âmbito deste trabalho (v. *supra* nota 28).

<sup>(91)</sup> Cf. BOUT, *op. cit.*, pp. 69-72. V., no entanto, CARBONNIER, *op. cit.*, p. 2422.

<sup>(92)</sup> Tratar-se-ia de gestão de negócios imprópria, portanto. Defendendo a sua insuficiência, v. BOUT, *op. cit.*, pp. 67-69. Não podemos deixar de concordar com MARTY/RAYNAUD, *op. cit.*, n.º 341, quando dizem que tal conceção, na perspetiva do seu mais ilustre defensor, PICARD, acaba por não se afastar quase nada da conceção clássica (consciência da alienidade e intenção de gerir no interesse de outrem), pois PICARD defende que o gestor não pode agir em obediência a um pensamento exclusivamente egoísta. Limita-se, assim, a admitir a existência de gestão quando o gestor gere negócios simultaneamente próprios e alheios, situação à qual nem a doutrina nem a jurisprudência colocam (normalmente) obstáculos. Cf. Cass. Com. 16 nov. 1976, n.º 74-13681: «*la circonstance de l'intérêt conjoint des époux A. et de la Société (...) n'étaient pas, par elle-même, de nature à exclure de la gestion d'affaires*».

<sup>(93)</sup> BOUT, *op. cit.*, pp. 236-238.

<sup>(94)</sup> Esta é, não obstante, a posição maioritária em França.

capaz de justificar com base na lei soluções impostas pela Equidade <sup>(95)</sup> do que como instituto substantivo com fundamento e razão de ser próprios.

O Código Napoleão não previu como regra geral a proibição do enriquecimento à custa alheia. Encontram-se nele, não obstante, inúmeros afloramentos deste princípio geral de direito <sup>(96)</sup> (em matéria de acessão — artigos 554.º e 555.º; repetição do indevido — artigos 1376.º ss.; etc.).

Não faltou quem, ainda na primeira metade do séc. XIX, defendesse que o princípio da proibição do enriquecimento injusto era “um dos princípios fundamentais do Código Napoleão”, não permitindo o Código “*qu'on s'enrichisse JAMAIS aux dépens d'un tiers, même quand ce tiers est en faute et de mauvaise foi* <sup>(97)</sup>”.

Apesar destas posições doutrinárias, a jurisprudência francesa pós-1804 começou por rejeitar pura e simplesmente que o enriquecimento sem causa fosse fonte de obrigações <sup>(98)</sup>. A posição exegética dos tribunais não lhes permitia invocar um princípio não consagrado como regra geral no Código, apenas por motivos de Equidade.

O ponto de viragem dá-se em 1857 <sup>(99)</sup>. A partir de então, os tribunais começam a basear as suas decisões na gestão de negócios para impedir a manutenção de situações de enriquecimento sem causa. Apesar de se estar perante casos em que falta o *animus aliena negotia gerendi*, até então considerado requisito essencial para a aplicação das regras da gestão, defende-se que o empobrecido tem direito a ser reembolsado com base no art. 1375.º Diz-se, justificando tal aplicação, que há identidade de causa na gestão de negócios e na *actio de in rem verso* <sup>(100)</sup>: a imiscuição em negócios alheios. É a teoria da gestão de negócios “anormal” (também chamada “imperfeita”, “interessada”. “forçada” ou “alargada”) defendida por Laurent. Deixa-se, no entanto, entrever

<sup>(95)</sup> Cf. BOUT, *op. cit.*, pp. 287 ss. Os juízes sabem, explica este autor, “*utiliser sa souplesse et son laxisme à des fins d'équité*”, p. 19, logo a abrir a sua tese.

<sup>(96)</sup> A sua formulação mais famosa é a de Pompónio: D. 50, 17, 206. Sobre o papel dos princípios jurídicos na família jurídica romano-germânica, v. DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, pp. 171 ss., referindo, precisamente, a consagração jurisprudencial da *actio de in rem verso* em França.

<sup>(97)</sup> MARCADÉ (m. 1854) *apud* BAUDRY/BARDE, *ob. cit.*, p. 511. Dizem-nos estes autores que as maiúsculas pertencem ao original de MARCADÉ.

<sup>(98)</sup> CAPITANT/WEILL/TERRÉ, *Les grands arrêts...*, p. 512, com indicações.

<sup>(99)</sup> *Ibidem*, p. 512.

<sup>(100)</sup> É assim que a doutrina francesa se refere, muitas vezes, ao enriquecimento sem causa, sob influência de AUBRY e RAU. A *actio de in rem verso* foi criada pelo pretor romano, com base no seu *imperium*, para colmatar as limitações das *condictiones*, previstas no *ius civile*, e destinava-se, inicialmente, a permitir a restituição de um benefício que um *pater* tivesse adquirido mediante uma dívida contraída por um escravo ou um *filius familias* (cf. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, II, t. III., p. 146).

que o fundamento real da imposição da obrigação de restituição ao “senhor do negócio” (o enriquecido) é apenas o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, derivado da Equidade. Tanto assim é que o “gestor” (o empobrecido) só terá direito a ser reembolsado até ao limite do enriquecimento do “senhor do negócio” <sup>(101)</sup>.

Após várias decisões em que se aplica as regras da gestão e se invoca simultaneamente o princípio que proscree o enriquecimento injusto, e do impulso fundamental de Aubry/Rau e Labbé <sup>(102)</sup>, em 1892, no caso Boudier, o Tribunal da Cassação <sup>(103)</sup> fixa, definitivamente, a autonomia de tal princípio <sup>(104)</sup>.

Seguiu-se um período de imprecisão em que a gestão de negócios e a *actio de in rem verso* eram aplicadas indiferentemente pelas diferentes jurisdições como meio de prevenir enriquecimentos injustos <sup>(105)</sup>. Para pôr fim a esta confusão era necessário devolver a gestão ao seu campo de aplicação tradicional, restringi-la depois de ela ter sido “alargada” para dar voz aos imperativos da Equidade, agora satisfeitos pela via autónoma do enriquecimento. Era preciso voltar a afirmar a essencialidade do requisito da “intenção de gerir no interesse de outrem”. Foi o que fez a Cassação no caso *Benoit c. Biollay et autres* <sup>(106)</sup>, em que foi rejeitado o recurso porque o pretense gestor, o editor Benoit, tinha explorado ilegitimamente certas obras literárias, convicto de que era o seu “proprietário exclusivo” e “unicamente no interesse do seu comércio pessoal”, portanto sem consciência, sequer, da alienidade do negócio.

Depois deste acórdão, seria de esperar que a jurisprudência confinasse ambos os institutos ao seu papel tradicional e para o desempenho do qual foram concebidos. No entanto, o acórdão de 1919 não significou o fim da gestão “imperfeita” ou “anormal”. Vejamos que razões explicam a manutenção, até hoje, da configuração “deformada” <sup>(107)</sup> do instituto.

<sup>(101)</sup> Cf. BAUDRY/BARDE, *op. cit.*, p. 513 e 514.

<sup>(102)</sup> Cf. BOUT, *op. cit.*, p. 33.

<sup>(103)</sup> Cass. Req., 15 juin 1892, compilado em CAPITANT/WEILL/TERRÉ, *op. cit.*, pp. 509 ss.

<sup>(104)</sup> Da não consagração expressa da *actio de in rem verso* no Código Civil, a Cassação apenas retirou que, dessa forma, o seu exercício não está sujeito a nenhuma condição, conferindo-lhe uma amplitude demasiado grande, que seria corrigida em decisões posteriores, ao atribuir-lhe carácter subsidiário e só a deixando operar se houver enriquecimento *sem causa*. Cf., por todos, MALAURIE/AYNÈS, *ob. cit.*, p. 413.

<sup>(105)</sup> Chegava-se a afirmar que para que a *actio negotiorum gestorum contraria* pudesse proceder, era necessário que tivesse havido um enriquecimento real, aplicando-se, assim, a regra geral que proscree o enriquecimento injusto. Agora era o enriquecimento que englobava a gestão (BOUT, *op. cit.*, p. 43, n. 36).

<sup>(106)</sup> Cass., civ., 25 juin 1919. Também coligido em CAPITANT/WEILL/TERRÉ, *ob. cit.*, pp. 506-508.

<sup>(107)</sup> «Il n'y a donc plus aucune raison de déformer la notion de gestion d'affaires pour l'élargir. Il faut au contraire faire à chacune des deux institutions sa juste part.», MARTY/RAYNAUD,

### 2.3.4. As razões da manutenção da “gestão imperfeita” na jurisprudência

Depois de 1919, o Tribunal da Cassação nem sempre tem exigido a existência de *animus* para qualificar uma situação como gestão de negócios <sup>(108)</sup>.

Num caso decidido em 1962 <sup>(109)</sup>, tinha sido concedido a dois particulares um mandato por certa entidade que, afinal, não tinha personalidade jurídica e por isso não podia estar juridicamente vinculada às obrigações que desse contrato derivariam. O Tribunal da Cassação decidiu não cassar a sentença recorrida que tinha considerado os dois particulares gestores de negócios dos membros daquela organização.

Muito interessante é um caso de 1960 <sup>(110)</sup>, em que uma companhia de seguros acionou B. para que este procedesse ao pagamento dos prémios de seguro. B. opôs-lhe que só tinha celebrado o contrato com a companhia porque S., mandatário aparente da seguradora, tinha atuado com dolo. A seguradora afirma que S. é um terceiro em relação a ela, mas a *Cour d'Appel* qualifica S. como gestor de negócios e considera que a companhia “ratificou” a gestão de S. ao reclamar judicialmente o pagamento dos prémios do seguro. No entanto, a Cassação sente a necessidade de afirmar que a seguradora obteve um benefício (“*a rétiré un profit*”) do contrato, quando, sabidamente, na gestão de negócios não é necessário que tenha havido enriquecimento efetivo do dono do negócio <sup>(111)</sup>.

---

*ob. cit.*, p. 301 (itálico nosso). Na nota 4 dessa página refere que na jurisprudência se continua a falar em gestão de negócios numa aceção muito ampla, ou por causa das circunstâncias do caso ou porque houve “ratificação”, i. e. aprovação: verdadeira ratificação só pode haver quando alguém age em nome de outrem sem poderes de representação, de forma a que os efeitos dos atos jurídicos praticados pelo “representante” se produzam na esfera do “representado”. Ora, por definição, nos casos de gestão imprópria e de gestão por erro, em que falta o *animus aliena negotia gerendi*, não pode haver *contemplatio domini*. A doutrina francesa utiliza, no entanto, estes termos quase indiscriminadamente. A questão da “ratificação” da gestão tem suscitado, aliás, vários problemas, designadamente o de saber se pode transformar a gestão (inclusive a “imperfeita”) em mandato: discutia-se, em particular, se são devidos juros ao gestor desde o momento em que incorreu nas despesas, dado que a “ratificação” tem efeitos retroativos (de acordo com a fórmula *ratihabitatio mandato aequiparatur*: cf. MARTY, RAYNAUD, *op. cit.*, p. 308), entendendo-se hoje que sim. Há quem afirme, aliás, que a “ratificação” é requisito da gestão de negócios, com vista a «atenuar as consequências de uma utilização demasiado ampla desta instituição»: cf. BOUT, *op. cit.*, pp. 160-163, p. 160.

<sup>(108)</sup> Neste sentido, Cass. 1<sup>er</sup> Ch. Civ. 19 avr. 1967; Cass. 1<sup>er</sup> Ch. Civ. 10 oct. 1961; Cass. 3<sup>e</sup> Ch. Civ. 15 jan 1974.

<sup>(109)</sup> Cass. Civ. Ch. Comm. 5 jan. 1962.

<sup>(110)</sup> Cass. 1<sup>er</sup> Ch. Civ. 7 juil. 1960.

<sup>(111)</sup> A admissão de uma gestão “interessada” acarreta uma maior exigência na verificação do preenchimento do requisito da utilidade e, designadamente, que haja *utiliter gestum*. Cf. CLEMENT, *ob. cit.*, n.º 76.

Noutros casos, a gestão permite o “*prolongamento de uma relação que liga ou ligou as partes*” <sup>(112)</sup> ou fazer as vezes de um mecanismo de regresso entre co-devedores.

Com esta utilização do instituto, a jurisprudência não pretende sancionar o gestor que age com dolo (gestão imprópria), já tendo chegado a considerar gestor de negócios um ex-marido, acusado de furto pela ex-mulher, que vendeu o mobiliário pertencente à comunhão, com propósitos estritamente egoístas <sup>(113)</sup>. Apesar disto, um gestor de má fé não deverá obter com sucesso a *actio contraria* <sup>(114)</sup>. De qualquer forma, no espaço jurídico francês, é quase sempre o pretense “gestor” a invocar a sua qualidade de gestor de negócios, de modo a poder ser reembolsado de todas as suas despesas, independentemente do enriquecimento produzido na esfera do *dominus*. Por isso, BOUT assinala que um dos perigos da manutenção desta gestão “imperfeita” é o de impor obrigações demasiado pesadas ao dono do negócio (*ob. cit.*, pp. 315-318).

A aplicação das regras da gestão na falta de *animus* tem sempre por objetivo prover a uma solução justa tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. A gestão continua a ser um “meio de técnica jurídica”, que abre as portas à Equidade. Por que será preciso recorrer a uma gestão “anormal” para chegar a uma solução equitativa, após a autonomização do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações?

Não tanto, explica BOUT <sup>(115)</sup>, por os operadores jurídicos terem tendência para basear as suas decisões num texto legal em vez de num princípio geral sem consagração expressa no Código, não depois do acórdão Boudier; nem por causa da excessiva generalidade ou abertura desse princípio, pois a jurisprudência tratou de o “jurisdicionalizar” <sup>(116)</sup>, apurando as condições do exercício da *actio de in rem verso*, mas, precisamente, por causa dessa progressiva limitação do campo de aplicação do enriquecimento: o enriquecimento ou não é aplicável ao caso concreto <sup>(117)</sup> ou as consequências da sua aplicação não são satisfatórias <sup>(118)</sup>.

<sup>(112)</sup> CLEMENT, *op. cit.*, p. 29 (itálicos no original), referindo o acórdão Cass. 1<sup>er</sup> Ch. Civ. 23 jul. 1974, um caso de indivisão em que um dos ex-cônjuges dispõe de bens comuns sem ter poderes que lho permitissem. Perante casos de comunhão e interesses coletivos, saber se há negócio simultaneamente próprio e alheio ou se há simplesmente gestão imprópria ou por erro pode ser muito complicado, se se entender o *animus*, não de forma analítica (como atuação por conta de outrem), mas como conduta altruísta.

<sup>(113)</sup> BOUT, *ob. cit.*, p. 140.

<sup>(114)</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>(115)</sup> *Ob. cit.*, pp. 287-302.

<sup>(116)</sup> MALAURIE, AYNÈS, *op. cit.*, n.º 577.

<sup>(117)</sup> Veja-se o que diz WENIGER, *op. cit.*, p. 273, relativamente à proteção da propriedade intelectual no direito francês: “En France, le détenteur d’un savoir confidentiel dispose de moins de possibilités qu’en Allemagne et en Suisse. La voie de l’action en enrichissement illégitime lui

Satisfatória também não pode ser, contudo, a possibilidade de escolha quase arbitrária — baseada em juízos de Equidade — entre a exigência, nuns casos, de “intenção de gerir” (forma muito utilizada pelos autores franceses para se referirem ao *animus*) e a sua não exigência noutros casos <sup>(119)</sup>.

É de notar, apesar de tudo quanto dissemos até agora, que nos parece que a conceção altruística do *animus* dominante na doutrina francesa implica que esta encontre problemas onde eles não parecem existir. Damos um exemplo: num caso de 1995 <sup>(120)</sup>, a Cassação julgou que um genealogista não poderia prevalecer-se da *actio contraria*, porque o herdeiro teria tido conhecimento do seu direito à sucessão, independentemente da informação prestada por aquele. CLÉMENT <sup>(121)</sup> enquadra esta decisão entre aquelas em que, admitindo uma gestão “interessada”, os tribunais impõem que haja um enriquecimento efetivo do dono do negócio, contrariamente ao postulado pela gestão de negócios (art. 1375.º). Julgamos, contudo, que a atuação do genealogista não chega sequer a ter utilidade inicial, dado que não houve nenhum benefício criado e que, posteriormente, se perdeu <sup>(122)</sup>, não havendo, de todo, gestão de negócios <sup>(123)</sup>.

---

est tout d’abord fermée, puisque, en raison du principe de la subsidiarité, cette action ne peut pas être intentée lorsqu’un comportement relève d’une action en responsabilité civile. De plus, il n’existe pas en droit français d’action en restitution de gain fondée sur les dispositions de la gestion d’affaires imparfaite. La victime d’une violation de secret ne peut donc obtenir que la réparation de son dommage”. Na verdade, o lesado tem obtido mais do que a reparação dos danos, precisamente, por via da consagração jurisprudencial da gestão imprópria, apesar de não estar prevista na lei.

<sup>(118)</sup> CARBONNIER, *op. cit.*, n.º 1218, apresenta ainda outra razão: assente essencialmente em factos, a gestão pode ser provada por todos os meios. Duvidamos do verdadeiro alcance desta justificação: como o próprio autor indica, a Cassação controla a qualificação dos factos como uma situação de gestão de negócios.

<sup>(119)</sup> V., porém, STOLJAR, *op. cit.*, pp. 102-104, relativizando as consequências da utilização de uma gestão “imperfeita”, que seria fruto da confusão que existe em França entre mandato tácito e gestão de negócios.

<sup>(120)</sup> Cass. 1<sup>er</sup> Ch. Civ. 31 jan. 1995, n.º 93-11974.

<sup>(121)</sup> *Ob. cit.*, p. 32 (nota 77).

<sup>(122)</sup> Como acontece nos exemplos clássicos da casa reparada pelo gestor que, posteriormente, arde completamente. Assim, se o herdeiro não pudesse vir a ter conhecimento dos seus direitos sucessórios sem a atuação do genealogista, mas, imagine-se, a herança não fosse mais do que uma casa que se desmorona antes que ele tivesse aceite a herança, deveria ser concedida a *actio contraria* ao genealogista, mas não a *actio de in rem verso*, dado que não haveria qualquer enriquecimento do dono do negócio no momento em que o genealogista o pretendia acionar judicialmente.

<sup>(123)</sup> CLÉMENT refere ainda outro caso (Cass. 1<sup>er</sup> Ch. Civ. 5 mars 1985, n.º 84-10097: *ob. cit.*, p. 31, nota 75), em que a mulher de um Sr. Y — casados em regime de separação de bens — mandou realizar obras no castelo do seu marido, que se encontrava a cumprir uma longa pena de prisão, e foi-lhe concedido o direito ao reembolso das despesas. Apesar de o recorrente Sr. Y invocar que o requisito subjetivo da gestão não tinha sido provado na Cour d’Appel, a Cassação

## 2.4. O sistema português

### 2.4.1. Enquadramento sistemático no Código Civil

À gestão de negócios é consagrada a Secção III (artigos 464.º a 472.º) do Capítulo II (Fontes das Obrigações) do Título I (Das Obrigações em Geral) do Livro II (Direito das Obrigações) do Código Civil (CC). O Código, seguindo direito italiano <sup>(124)</sup>, toma-a como uma fonte de obrigações autónoma, não a regulando junto do mandato (Capítulo X do Título II — Dos contratos em especial), nem a integrando numa categoria genérica de quase-contratos, que o legislador não reconhece. Regula-a, pelo contrário, logo após a secção consagrada aos negócios unilaterais e antes da relativa ao enriquecimento sem causa.

### 2.4.2. O requisito do *animus* no Código Civil

O art. 464.º enuncia os requisitos da gestão de negócios, estabelecendo que a intervenção do gestor deve ser feita “no interesse e por conta” do dono do negócio. São, assim, requeridos, expressamente, os dois elementos do *animus*, dado que a atuação “por conta” de outrem implica, necessariamente, a consciência da alienidade e a intenção de dirigir os efeitos da gestão para o *dominus negotii*.

O art. 472.º/1, porém, concede ao gestor a possibilidade de, aprovando a gestão de quem “gerir negócio alheio, convencido de que ele lhe pertence”, se prevalecer das regras deste instituto <sup>(125)</sup> (em especial, da imposição da entrega de todos os lucros que resultem da gestão: art. 465.º, e)).

---

mantém a decisão recorrida. Não podendo o dono do negócio usufruir do castelo, dificilmente houve da parte da sua mulher uma intenção altruística de o beneficiar — ela queria beneficiar os residentes do imóvel (ela própria e os seus filhos) —, mas nada impede que tenha pretendido atuar por conta do marido. Além disso, o castelo ficou valorizado economicamente com a realização das obras (havendo, portanto, interesse objetivo na realização da gestão). Este caso é particularmente interessante, porque é demonstrativo das dificuldades axiológicas colocadas pelas situações de ausência de altruísmo em casos de gestão não-necessária. Terá sido justo conceder à mulher do Sr. Y a *actio contraria*, que lhe permite recuperar despesas superiores ao valor correspondente à valorização do imóvel, em vez da *actio de in rem verso*? É preciso não nos esquecermos que estamos perante um “conflito de interesses” (BEUTHIEN, *op. cit.*, p. 511, par. 2; v. também ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, pp. 450-451 e VISSER, Daniel, «*Injustified enrichment...*», in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Cap. 30, pp. 970-1002, pp. 983-984) e há que proteger o *dominus* contra intervenções indesejadas não necessárias.

<sup>(124)</sup> O código civil italiano regula a gestão no Título VI (arts. 2028.º a 2032.º) do Livro IV (Das obrigações), antes da repetição do indevido e depois do título de crédito.

<sup>(125)</sup> Ao aprovar a gestão, o dono submeter-se-á ao regime do art. 468.º/1, ficando “obrigado a reembolsar o gestor das despesas que ele fundadamente tenha considerado indispensáveis, com

Portanto, se no art. 464.º a lei consagra uma conceção puramente subjetiva da gestão, no art. 472.º/1 permite a aplicação das suas regras quando falte não só a intenção de gerir para outrem, mas também a consciência de que o negócio é alheio.

Perante esta duplicidade da lei, a doutrina não tem chegado a um consenso sobre o âmbito de aplicação da gestão de negócios. Discute-se, em particular, se a opção concedida pelo art. 472.º/1 ao dono do negócio também existe no caso de gestão imprópria.

### 2.4.3. A gestão imprópria

No articulado relativo à gestão de negócios proposto por VAZ SERRA no Anteprojeto <sup>(126)</sup> do Código Civil de 1966, dizia-se que, havendo “gestão de um negócio como próprio sabendo que é alheio”, o agente responderia para com o dono “como se fosse um verdadeiro gestor” e, para não deixar dúvidas, explicitava-se que ele seria “obrigado a entregar ao dono do negócio mesmo aquilo que, devido a circunstâncias especiais suas, obteve com a gestão” (n.º 2 do art. 717.º). Tudo isto, depois de se estabelecer a aplicabilidade das regras da responsabilidade civil e da responsabilidade agravada por enriquecimento sem causa (atual art. 480.º) no n.º 1 desse mesmo artigo.

VAZ SERRA justificava esta opção da seguinte forma: “Parece razoável que aquele que gere como seu um negócio que sabe ser alheio, deva responder para com o dono do negócio como se fosse um verdadeiro gestor, pois a situação do dono não deve ser pior, nem a do gestor melhor, do que seria se houvesse verdadeira gestão de negócios” <sup>(127)</sup>.

Esta solução, igual à do § 687, 2 BGB, não logrou, no entanto, consagração no articulado final do novo Código saído da 2.ª revisão ministerial. Nenhum artigo do Código se refere à gestão imprópria. No entanto, alguma doutrina <sup>(128)</sup>

---

juros legais a contar do momento em que foram feitas, e a indemniza-lo do prejuízos que haja sofrido” e renunciará “ao direito de indemnização pelos danos sofridos devido a culpa do gestor” (art. 469.º). Sobre a difícil conjugação desta “renúncia” com o art. 472.º/2, v. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 229-233.

<sup>(126)</sup> VAZ SERRA, *Anteprojecto*, pp. 576-585. O confronto da redação do art. 472.º do Código em vigor com a do art. 718.º do Anteprojeto e a do art. 449.º da 1.ª revisão ministerial, também relativas à gestão por erro, pode ser feito em RODRIGUES BASTOS, *Das Obrigações em geral*, I (Arts. 397.º a 472.º), pp. 226-228.

<sup>(127)</sup> VAZ SERRA, *Gestão de negócios*, BMJ, n.º 66 (1957), pp. 45-282, p. 247. Vide também, pp. 60 e 61.

<sup>(128)</sup> Vide a defesa da aplicação das regras da gestão em caso de gestão imprópria, *de iure condito e de iure condendo* em VIEIRA GOMES, *ult. ob. cit.*, pp. 117-126, inteiramente conforme à conceção objetivista que o autor tem do instituto, que, aliás, propende para a tese que defende a divisão do instituto (pp. 93-95).

tem defendido que, em caso de gestão imprópria, tem o dono do negócio a mesma faculdade que lhe é concedida quando o gestor não sabe que o negócio é alheio.

Os defensores desta posição começam por relativizar o argumento histórico <sup>(129)</sup> daqueles que defendem que o “princípio da gestão imprópria”, que “não tinha tradição” no âmbito do Código Civil de 1867, foi afastado do articulado final do novo Código propositadamente, por forma a inviabilizar a sua “introdução no nosso direito”, e não por se considerar que a sua consagração expressa seria “dispensável ou inútil” <sup>(130)</sup>, declarando que “o legislador terá entendido — e com razão — que já era bastante a sujeição do caso às regras da responsabilidade civil e da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa — agravada nos termos do art. 480.º — para (...) sancionar o intrometido e conceder adequada proteção ao titular do direito” <sup>(131)</sup>. Hoje, não é mais possível afirmar que o princípio da gestão imprópria não tenha sido introduzido, ainda que sectorialmente, no nosso direito. O art. 211.º/2 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e o art. 338.º-L/2 do Código da Propriedade Industrial impõem que o tribunal determine o montante da indemnização a conceder em caso de violação dos direitos tutelados nesses códigos tendo em conta o “lucro obtido pelo infrator” e não apenas os lucros cessantes e danos emergentes da parte lesada <sup>(132)</sup>.

<sup>(129)</sup> Ele não será decisivo para quem “defende uma conceção objetivista da interpretação”: MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...*, p. 234.

<sup>(130)</sup> PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, p. 88 e RIBEIRO MENDES, *A gestão de negócios...*, pp. 260-261.

<sup>(131)</sup> LEITE DE CAMPOS, *A subsidiariedade*, p. 501. MENEZES CORDEIRO limita-se a dizer que “não há uma atuação por conta do dono nas situações de usurpação de negócio”. Não está preenchido um dos requisitos impostos pelo art. 464.º, pelo que “tal eventualidade concita, antes, a aplicação das regras da responsabilidade civil” (*Tratado*, II, t. III, p. 88. O autor coloca-se ao lado, portanto, daqueles que defendem a inaplicabilidade do art. 472.º/1 aos casos de gestão imprópria. Igualmente, GALVÃO TELLES (*Direito das Obrigações*, pp. 186-187) rejeita a aplicação das regras da gestão quando o agente, conscientemente, se intromete em negócio alheio em benefício próprio.

<sup>(132)</sup> Esta solução foi consagrada pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, que alterou os dois referidos códigos, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril. O art. 13.º/1, b) da Diretiva estabelece, em alternativa aos lucros obtidos pelo infrator e aos lucros cessantes e danos emergentes da parte lesada, que os tribunais poderão ter em conta o “montante das remunerações ou dos direitos que teriam sido auferidos se o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar o direito de propriedade intelectual em questão” como fator de determinação do montante da indemnização a outorgar à parte lesada: regime idêntico ao que resultaria da aplicação das regras do enriquecimento sem causa. À semelhança do que já acontecia no direito alemão (v. *supra* cap. 2.1.3.), o cálculo do montante das indemnizações, em matéria de propriedade intelectual, poderá seguir, portanto, os regimes da responsabilidade civil, do enriquecimento sem causa ou da gestão imprópria.

Mas ainda que a intenção do legislador (*mens legislatoris*) de 1966 fosse essa, tudo leva a crer que a *mens legis* aponte noutro sentido. Como admitir que o *dominus* possa impor ao gestor de boa fé, que não tem consciência de se estar a imiscuir em negócio alheio, a entrega de todo o lucro que este obtenha com a gestão (art. 465.º, e) CC), e isentar o gestor de má fé de tal obrigação? É que o dono do negócio só aprovará a gestão se as regras desta lhe forem mais favoráveis do que as do enriquecimento sem causa ou da responsabilidade civil, pelo que o gestor de boa fé cuja gestão tenha sido aprovada ficaria colocado numa posição pior do que a do gestor de má fé (a quem seriam apenas aplicáveis as regras desses dois institutos), caso o art. 472.º/1 não tivesse aplicação também no caso de gestão imprópria.

Concluimos, assim, que, por maioria de razão, o gestor de má fé não pode deixar de estar submetido às mesmas consequências a que está um gestor de boa fé, aplicando-se o art. 472.º/1 aos casos de gestão imprópria <sup>(133)</sup>.

#### 2.4.4. A gestão de negócio alheio julgado próprio

Dissemos que o art. 472.º/1 se aplicava quando o gestor está de boa fé, não tendo conhecimento de que o negócio gerido é alheio, tendo, depois, concluído que era necessário estender o âmbito de aplicação da norma ao gestor de má fé pelas razões acima indicadas. Será, contudo, exatamente assim?

Para quem defende uma conceção objetiva da gestão de negócios, nenhum problema surgirá pelo facto de a lei impor a aplicação das suas regras tanto em caso de haver intenção de agir por conta de outrem, como nos casos de gestão imprópria e gestão por erro <sup>(134)</sup>. Já assim não deverá ser para um defensor da conceção subjetiva <sup>(135)</sup>.

---

<sup>(133)</sup> *De iure condito*, não vemos como defender a posição contrária. De facto, a não previsão no art. 472.º da situação em que o gestor sabe que o negócio é alheio e gere-o no interesse próprio, constitui uma lacuna, precisamente, por a lei regular a situação de alguém que desconhece a alienidade do negócio, situação menos grave do que a do gestor de má fé. Sobre a regulamentação de casos análogos como meio de detetação de lacunas (por força do princípio da igualdade, do qual “a analogia, o *argumentum a fortiori* e a redução teleológica nada mais traduzem do que exteriorizações metodológicas”: CANARIS, *Pensamento sistemático*, p. 211), vide TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, pp. 391 e 392. É possível afirmar, na verdade, que nem chega a haver lacuna: bastar-nos-ia realizar uma interpretação enunciativa do art. 472.º, utilizando o mesmo argumento *a fortiori*. A regra relativa à gestão imprópria estaria *implicita* no art. 472.º (sobre a “descoberta de normas implícitas” através da interpretação enunciativa, vide DIAS MARQUES, *Introdução...*, p. 151).

<sup>(134)</sup> A gestão imprópria não é, *propriamente*, gestão de negócios. Trata-se de uma situação à qual a lei permite que, mediante aprovação do dono do negócio, se apliquem as regras deste instituto. Nesse sentido, também a gestão de negócio alheio julgado próprio é gestão imprópria, “ainda que não propositada” (RIBEIRO MENDES, *op. cit.*, p. 264, citando HECK: “*unechte unwis-*

É preciso, porém, abstrairmo-nos de concepções teóricas apriorísticas, e tentarmos descobrir qual é, afinal, a *ratio legis* do art. 472.º/1 e que situações é que se poderão subsumir à previsão da norma estabelecida neste artigo.

Vimos que é concedida ao *dominus* uma possibilidade de escolha: ou aprova a gestão e o gestor fica obrigado a entregar-lhe todo o lucro que dela tenha obtido (art. 465.º, e) CC), ficando, por outro lado, obrigado a reembolsá-lo das suas despesas, nos termos do art. 468.º/1; ou não aprova a gestão e aplicar-se-ão, se estiverem preenchidos os seus pressupostos, as disposições relativas ao enriquecimento sem causa e à responsabilidade civil. Qual é, então, a razão de ser da outorga desta nova possibilidade ao *dominus negotii*?

No art. 18.º/1 do articulado inicial proposto por VAZ SERRA relativo à gestão de negócios <sup>(136)</sup>, estabelecia-se a inaplicabilidade das regras da gestão caso o gestor desconhecesse a alienidade do negócio. A justificação que o autor dava para esse regime, decalcado do § 687, 1 BGB, é que o gestor, agindo no seu interesse próprio, não deveria poder exigir o reembolso das suas despesas para lá do enriquecimento do dono do negócio. O fundamento do instituto <sup>(137)</sup>, que justificava um tratamento mais favorável concedido a um verdadeiro gestor de negócios, não permitia tal extensão do instituto.

No articulado menos extenso do Anteprojeto, também da autoria de VAZ SERRA, já se admitia que o *dominus* pudesse aprovar a “gestão realizada por quem supunha gerir o seu próprio negócio”, remetendo-se para as regras da aprovação da gestão irregular (art. 718.º/3 do Anteprojeto). Salvaguardando-se os interesses do *dominus*, que só aprova se quiser, o Autor já não via razão para a inaplicabilidade das regras da gestão.

---

*sentliche Geschäftsführung*”). Mas, a verdade é que o art. 472.º permite a aplicação das regras da gestão a ambas as situações, por muito que se diga que não há gestão de negócios *propriamente dita*. Ou melhor, permite o exercício da *actio directa*, independentemente de haver ou não *animus negotia aliena gerendi*. Pelo contrário, se o pretense gestor quiser prevalecer-se dos direitos conferidos por este instituto, terá de provar estarem preenchidos todos os requisitos do art. 464.º, inclusive o facto de ter atuado “por conta” do dono. A lei parece consagrar, desta forma, a teoria da divisão do instituto. Esta consagração não nos parece, porém, ser total, como tentaremos demonstrar já de seguida.

<sup>(135)</sup> V., porém, a posição de MENEZES LEITÃO que, apesar de subjetivista, não considera injusta a atribuição de todo o lucro de intervenção ao *dominus* (*op. cit.*, pp. 234-235.)

<sup>(136)</sup> VAZ SERRA, *ult. ob. cit.*, p. 281.

<sup>(137)</sup> Que seria a utilidade que podem ter, sob um ponto de vista social, certas intromissões não autorizadas na esfera jurídica alheia (*ult. ob. cit.*, pp. 55-57). O autor segue a posição de RODRIGUES GONÇALVES, exposta no seu estudo publicado no BFDUC, 1951, Supl. IX, pp. 3-4.

Na 1.<sup>a</sup> revisão ministerial ainda se voltou à solução alemã (§ 687, 2 BGB) <sup>(138)</sup>, mas a solução final acabou por ser a do atual art. 472.º/1, tendo tido influência decisiva o art. 2032.º do Código Civil italiano <sup>(139)</sup>.

Subjacente a esta solução está a ideia de que, para o *dominus*, perante uma gestão proveitosa, é indiferente que o gestor tenha atuado no seu interesse e por sua conta ou não, dado que o resultado final lhe é favorável. No entanto, esse é apenas um lado do problema. Também a posição do gestor é digna de tutela.

A posição de quem, estando de boa fé, se enriquece à custa alheia, é tutelada em várias disposições do Código. Desde logo, a conjugação dos arts. 479.º/2 e 480.º CC determina que só se o locupletamento do agente persistir até ao momento em que ele toma conhecimento da sua falta de causa é que ele estará obrigado a restituí-lo. Um dos limites da obrigação de restituir é, portanto, o enriquecimento do agente, que pode já não existir na sua esfera jurídica, aquando da exigência, por parte do empobrecido, da sua restituição, não ficando o agente, nesse caso, obrigado a restituir seja o que for <sup>(140)</sup>.

Da mesma forma, o possuidor de boa fé “faz seus os frutos naturais percebidos até ao dia em que souber que está a lesar (...) o direito de outrem, e os frutos civis correspondentes ao mesmo período” (art. 1270.º/2). O regime da acessão industrial distingue, igualmente, o agente de boa fé do de má fé (cf. os arts. 1333.º, 1334.º, 1340.º e 1341.º).

A possibilidade de o dono do negócio se apropriar dos efeitos da gestão, quando o gestor atuou no seu exclusivo interesse, é explicada, no Direito Comparado <sup>(141)</sup>, pela necessidade de desincentivar intromissões ilícitas — no direito alemão, essencialmente dolosas — na esfera jurídica alheia, não se justificando a mesma solução quando o gestor atua de boa fé (vide § 687, 1 BGB). Por isso, defende HOFSTETTER, no âmbito do direito suíço, mas utilizando argumentos extrapoláveis para o nosso ordenamento, que aquele que, por erro desculpável, desconhece que está a intervir em assunto alheio, não deve ser equiparado ao gestor de má fé, apenas este último estando obrigado a entregar tudo o que obtiver com a gestão, de acordo com as regras deste instituto.

<sup>(138)</sup> Cf. RODRIGUES BASTOS, *op. cit.*, p. 227.

<sup>(139)</sup> Cf. RIBEIRO MENDES, *op. cit.*, p. 262.

<sup>(140)</sup> Sobre os limites do enriquecimento, v. o já citado estudo de PEREIRA COELHO. Defendendo um triplo limite, vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, t. II, pp. 246-249: posição que nos parece ser inteiramente de sufragar.

<sup>(141)</sup> V. *supra* cap. 2.1.2., os motivos que levaram o legislador alemão a prever a aplicação das regras da gestão quando o gestor está de má fé (§ 687, 2 BGB) e as funções preventiva e sancionatória que o BGH lhe atribui (*supra* nota 39). Vide, também, a *ratio legis* que o Tribunal Federal suíço atribui ao art. 423.º/1 CO (*supra* cap. 2.2.3.1.2.).

Parece-nos, assim, que deve ser feita uma interpretação restritiva desta norma <sup>(142)</sup>: onde está “se alguém gerir negócio alheio, convencido de que ele lhe pertence”, deverá ler-se “se alguém gerir negócio alheio, *culposamente* convencido de que ele lhe pertence”. Só em caso de negligência, o gestor ficará no estado de sujeição em que o art. 472.º coloca aquele que ignora a alienidade do negócio, ao atribuir o direito potestativo ao dono de, mediante aprovação, desencadear a aplicação das regras deste instituto. Só se o gestor, agindo sem a diligência de um bom pai de família (art. 487.º/2), devesse ter tido conhecimento de que o negócio não era seu é que o art. 472.º/1 será aplicável.

De facto, é de um problema de boa fé, em sentido subjetivo, que aqui se trata. A aplicação desta norma — desfavorável para o gestor — tem como pressuposto um estado de ignorância da sua parte (desconhecimento da alienidade do objeto da gestão) ou, noutra perspetiva, de convencimento de que o negócio é próprio. Ora, a boa fé subjetiva deve ser entendida em sentido ético <sup>(143)</sup>. Quando se estabelece como pressuposto da cominação de consequências negativas para alguém a ignorância ou o convencimento de certo facto, o que importa ao Direito é saber se essa pessoa devia ou não conhecer esse facto: se devia, aplicar-se-lhe-ão tais consequências desfavoráveis; se esse conhecimento não lhe era exigível, não poderá o Direito sancioná-la.

É esta a solução que nos parece ser a melhor, tendo em conta os elementos sistemático e teleológico <sup>(144)</sup> da interpretação e os ensinamentos do Direito Comparado. Quanto ao elemento histórico, ele terá, para a interpretação do art. 472.º/1, um papel ainda menos decisivo do que na generalidade dos casos: as indecisões do legislador relativamente a este problema, sem que desse qualquer justificação dos motivos que o levavam, num momento, a preferir a aplicabilidade das regras da gestão e, noutro, a sua inaplicabilidade, não permitem que dele retiremos qualquer argumento útil.

É claro que, a ser assim, perde força o argumento *a fortiori* que nos permitiu concluir que o art. 472.º também se aplica no caso de haver gestão impró-

<sup>(142)</sup> Não cremos estar a transcender o “sentido literal possível” da norma, pelo que não se tratará aqui de realizar uma redução teleológica, integrando uma lacuna oculta (que consistiria na ausência da palavra “culposamente”). Sobre a redução teleológica, v. LARENZ, *Metodologia*, pp. 555-564.

<sup>(143)</sup> «A boa fé subjetiva é, entre nós, sempre ética: só pode invocar boa fé quem, sem culpa, desconheça certa ocorrência.» (MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, t. I, pp. 404-407, p. 407). No seguimento da parte final da frase transcrita, que apenas diz respeito a situações em que alguém se quer prevalecer de um regime mais favorável, poderemos acrescentar que só se pode impor um regime desfavorável a quem desconheça, *com culpa*, certa ocorrência.

<sup>(144)</sup> A *ratio legis* será desincentivar e sancionar (RIBEIRO MENDES fala mesmo num “espírito punitivo”: *op. cit.*, p. 260) as intromissões na esfera jurídica alheia não subsumíveis a situações de gestão de negócios propriamente dita.

pria. Admitimos que poderá parecer estranho estender, por um lado, a letra da lei a essa situação e, por outro, restringi-la no que toca à gestão por erro. No entanto, se o raciocínio por maioria de razão perde, agora, alguma da sua força, ainda assim, tem-na que baste para justificar a extensão à gestão imprópria. De facto, nessa situação, o gestor atuará com dolo. Logo, e sempre *a fortiori*, não poderá deixar de se lhe aplicar o regime desfavorável do art. 472.º, uma vez que se aplica a quem age com mera culpa.

### 3. SÍNTESE COMPARATIVA

Agora que analisámos os problemas colocados aos quatro sistemas escolhidos pela (in)exigência do requisito do *animus* para a aplicação das regras da gestão de negócios, procuraremos fixar um quadro com as soluções encontradas por cada um deles e apontar as suas semelhanças e diferenças.

Quanto ao enquadramento sistemático da gestão, vimos que os Códigos Civis alemão e suíço regulam-na logo após as disposições consagradas ao mandato, ao passo que o francês a enquadra no âmbito dos quase-contratos, junto da repetição do indevido e o português regula-a autonomamente, entre outras fontes de obrigações. A arrumação francesa deve-se a fatores históricos, não influenciando o regime do instituto; a alemã e a suíça refletem a sua proximidade substancial com o mandato, o que é particularmente útil no caso suíço, dado o regime da gestão ser muito sintético, sendo integrado analogicamente pela normas que regulam esse contrato; a portuguesa, seguindo o direito italiano, é o produto da crítica às outras arrumações: a gestão não deverá estar junto dos contratos, porque não é um contrato; e não se prevê uma categoria de quase-contratos, porque esta é de duvidoso rigor científico.

As implicações práticas destas diferentes colocações sistemáticas serão muito diminutas, para não dizer inexistentes: em qualquer dos sistemas a proximidade com o mandato é realçada, remetendo tanto a lei francesa, como a portuguesa, para algumas das suas regras, sendo que, no direito suíço, se recorre à aplicação analógica de algumas regras da responsabilidade e do enriquecimento <sup>(145)</sup>, por se considerarem insuficientes ou inadequadas as soluções do consagradas para o mandato.

Mais importante é indagar se a lei exige, nos quatro sistemas, que o gestor atue com *animus aliena negotia gerendi* e perceber como é que ele é concebido em cada um dos ordenamentos.

---

<sup>(145)</sup> Cf. *supra* nota 50.

As leis alemã (§ 677 BGB) e portuguesa (art. 464.º CC) exigem, sem sobra de dúvidas, que o gestor atue com *animus*, entendido como atuação por conta de outrem.

Já no direito francês, o elemento literal da interpretação apenas concede algum apoio na expressão “voluntariamente” (art. 1372.º CCfr), à qual, como vimos, podem ser atribuídos vários significados. Ela deverá ser entendida como exigindo o requisito do *animus*, de acordo com uma interpretação subjetivista, dominante em França, dado que as situações que o legislador tinha em mente ao estabelecer o regime da gestão eram aquelas em que o gestor atua para outrem, não querendo ele afastar-se da conceção tradicional, baseada no direito romano, da gestão de negócios. Só assim se compreende, por exemplo, a imposição ao gestor da obrigação de continuar a gestão. A doutrina e a jurisprudência levam demasiado longe, parece-nos, esta interpretação subjetivista, ao exigir uma intenção altruísta do gestor <sup>(146)</sup>. Talvez isto se deva, sobretudo, à tentativa de delimitar o âmbito da gestão face ao do enriquecimento, apontando-se-lhe, como especificidade, o caráter altruísta da atuação do gestor, procurando combater-se o alargamento a que ela tem sido sujeita neste ordenamento.

A lei suíça, por seu turno, não exige expressamente nenhum requisito subjetivo, a não ser na nota marginal do art. 422.º CO (reforçada pela contraposição com a do art. 423.º CO). No entanto, o regime das obrigações do gestor está pensado para os casos de gestão propriamente dita. Repare-se que o próprio art. 423.º CO nem chega a remeter para as regras da gestão, pois muitas não se adequariam aos casos em que o gestor atua no seu próprio interesse, limitando-se a estipular que o dono tem direito a apropriar-se dos resultados da gestão nesses casos, cabendo à doutrina e à jurisprudência integrar o regime da gestão imprópria e da gestão por erro. Não se defende uma conceção altruísta do *animus* no espaço jurídico suíço <sup>(147)</sup>.

Assente o aspeto de que todos os sistemas impõem o *animus* como requisito da gestão de negócios, cabe agora indicar, sumariamente, os desvios que cada um deles permite a essa imposição. Para isso é preciso conhecer as respostas que a lei, a doutrina e a jurisprudência dão a estas questões: aplicam-se as regras da gestão em caso de gestão imprópria? E em caso de gestão por erro? Respondendo-se afirmativamente a esta última, surge-nos outra: estão abrangidos todos os casos de desconhecimento da alienidade do negócio ou apenas aqueles em que o gestor está de má fé?

---

<sup>(146)</sup> A teoria da ajuda humana (*Theorie der Menschlichkeit*), defensora de uma conceção altruísta do *animus* foi também importante na Alemanha e em Portugal, mas tem hoje pouco apoio doutrinário. Vide, sobre esta teoria, MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>(147)</sup> Cf. TERCIER, *La partie spéciale...*, par. 3310: é indiferente que a motivação do gestor seja ser caridoso, ter gosto pelo risco, ser vaidoso ou pretender ser recompensado.

A lei alemã é a que consagra soluções mais facilmente apreensíveis, regulando expressamente as situações de gestão imprópria (§ 687, 2 BGB) e de gestão por erro (§ 687, 1 BGB). Vimos que não se aplica o regime da gestão nessa última situação — exceto quando estão em causa direitos de personalidade e de propriedade intelectual, bastando então o desconhecimento negligente da alienidade —, porque o legislador entendeu que consagrar uma conceção puramente objetivista do instituto seria desvirtuá-lo. Nos casos de gestão imprópria, por razões práticas, aplicam-se as regras da gestão se o *dominus* o pretender, visando-se, assim, sancionar o usurpador de negócio alheio, prevenindo-se intromissões ilícitas na esfera de outrem. Tem-se justificado esta solução, também, com o argumento de que quem age com dolo, usurpando negócio alheio, não deverá ficar colocado numa situação melhor do que a de um gestor propriamente dito, que atua para outrem <sup>(148)</sup>.

O art. 423.º/1 CO presta-se a mais dúvidas. Quanto à gestão imprópria, tem havido desenvolvimentos relativamente às situações que podem ser qualificadas como gestão (imprópria) de negócio alheio, e não próprio. Assim, a jurisprudência considera agora que a sublocação não autorizada pelo contrato de arrendamento constitui uma situação de gestão imprópria, regulada por esse artigo, gerindo o locatário negócio do locador. No direito alemão, prevalece ainda a posição tradicional de que, nestes casos, o negócio não é alheio <sup>(149)</sup>.

Relativamente à gestão por erro, verificámos que não é consensual que o art. 423.º/1 CO se aplique quando o gestor está de boa fé. São vários os argumentos que se podem opor a essa solução. Deverá ponderar-se a questão com cautela, dado que a lei não regula expressamente a questão e é sabido que o BGB, que influenciou bastante o Código das Obrigações suíço — e também o Código Civil português — estabelece a inaplicabilidade do regime da gestão nesses casos <sup>(150)</sup>. A razão por que o faz é que o regime da gestão imprópria é

<sup>(148)</sup> Cf. *supra*, cap. 2.1.2. e o trecho de VAZ SERRA transcrito no cap. 2.4.3.

<sup>(149)</sup> Cf. *supra*, nota 42.

<sup>(150)</sup> Note-se que não partimos de uma *praesumptio similitudinis* (sobre esta v. MOURA VICENTE, *op. cit.*, pp. 43-44: tal presunção de semelhança consiste em “partir-se do princípio de que, apesar da diversidade das regras jurídicas nacionais, estas conduzem geralmente a soluções idênticas”), embora não se nos afigure incorrecto afirmar que “é provável que sistemas jurídicos diferentes conduzam a soluções semelhantes para os mesmos problemas” (AITKEN, *op. cit.*, p. 569, que, aliás, conclui pela inexistência do princípio da gestão de negócios no *Common Law*), principalmente, quando pertencem, como é o caso, à mesma família jurídica. É inegável que há problemas idênticos resolvidos pelos vários sistemas de forma muito diferente, por serem submetidos a valorações diversas. Agora, entendemos que as funções da gestão de negócios, em geral, e da gestão imprópria, em particular, são as mesmas nos direitos alemão, suíço e português, não devendo os seus regimes, por esse motivo, consagrar soluções exatamente opostas quanto a aspetos fundamentais.

um regime desfavorável para o gestor, com funções sancionatórias e preventivas, tanto no direito alemão, como no suíço e no português, que não parece dever aplicar-se à situação daquele que, atuando com a diligência exigível, desconhece a alienidade do negócio. O art. 472.º/1 do Código Civil português também não se deverá aplicar, deste modo, se não houver má fé do gestor, devendo ser interpretado restritivamente.

A lei portuguesa não prevê os casos de gestão imprópria. Mais uma vez, pensamos que os regimes dos três sistemas jurídicos são de aproximar: aplicando-se o art. 472.º/1 CC aos casos em que o gestor desconhece, com mera culpa, a alienidade do negócio, por maioria de razão, se aplicará aos casos em que o gestor sabe que o negócio é alheio e, ainda assim, dolosamente, o gere em seu próprio benefício.

O direito francês coloca problemas algo diversos, pelo que devem ser tidas em conta as suas especificidades. Desde logo, não está previsto na lei nenhum desvio à regra que impõe o *animus* para certa situação ser considerada como gestão de negócios, diferentemente do que se passa nos outros três sistemas (§ 687 BGB, art. 423.º/1 CO e art. 472.º/1 CC). Não obstante, terá sido neste sistema que o alargamento da gestão, mediante a não exigência daquele requisito, adquiriu maior relevo, devido à não consagração expressa no Código Napoleão do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa. Após a sua consagração jurisprudencial, a gestão tem continuado a ser alargada, regulando situações que pareceria não estar apta a fazê-lo. E não é por se lhe atribuir uma função sancionatória, visando prevenir intromissões ilícitas na esfera jurídica alheia e favorecer o dono do negócio. No espaço jurídico francês, é, pelo contrário, o pretense gestor que, geralmente, consegue que os tribunais o equiparem a um verdadeiro gestor de negócios <sup>(151)</sup>, de modo a ser reembolsado dos seus gastos, mas só até ao limite do enriquecimento do *dominus*, precisamente por não ter atuado com *animus aliena negotia gerendi*. É ainda a proibição do enriquecimento injusto que está aqui em causa, mas a subsidiariedade da *actio de in rem verso*, tal como a jurisprudência francesa a delineou, impede, muitas vezes, a sua aplicação, pelo que os tribunais têm de recorrer à gestão de negócios para encontrar uma solução equitativa para o caso concreto.

Fica muito clara, no direito francês, a função de mecanismo restitutivo que a gestão de negócios é levada a prosseguir, algo que também acontece nos sis-

---

(151) Normalmente, apenas em casos de gestão por erro, apesar de já se ter concedido ao agente que se ingeriu, com dolo, na esfera jurídica alheia o reembolso dos seus gastos. Cf. *supra*, cap. 2.3.4.

temas alemão <sup>(152)</sup> e suíço, operando, porém, no primeiro, a favor do gestor e, nos dois últimos, a favor do dono do negócio.

Em Portugal, não se pode dizer que o art. 472.º/1 CC funcione como um mecanismo restitutivo, dado que, se a gestão de negócios propriamente dita já tem uma aplicação muitíssimo reduzida nos nossos tribunais <sup>(153)</sup>, este artigo, pura e simplesmente, não tem aplicação <sup>(154)</sup>.

Abstraindo-nos de fatores socioculturais, cujo estudo ultrapassa largamente o âmbito deste trabalho, julgamos que são duas as principais razões para esta escassa relevância prática do instituto. Em primeiro lugar, lembremo-nos que a gestão de negócios opera de forma muito eficaz em situações de quebra da normalidade social, de calamidade pública, em que, muitas vezes, não é possível aos titulares dos direitos, acautelarem os seus interesses, sendo substituídos na gestão do seu património por terceiros que tomam a iniciativa de se intrometer em assuntos alheios, paradigmaticamente, em casos de urgência. Ora, já tem sido dito que foi a 2.ª Guerra Mundial que deu um “novo sopro de vida” à gestão de negócios <sup>(155)</sup>. De facto, são inúmeros os casos de gestão de negócios, principalmente na Alemanha e na França, ocorridos durante o período dessa

---

<sup>(152)</sup> BEUTHIEN considera-a mesmo um “conceito de enquadramento” (*Sammeltatbestand*): *op. cit.*, p. 511, par. 2. É também muito interessante a seguinte passagem da *História do direito privado moderno*, de FRANZ WIEACKER (p. 609), sobre a evolução da gestão de negócios no direito alemão pós-BGB (a obra é de 1967): “a gestão de negócios própria e imprópria foi progressivamente alargada no sentido de uma *situação geral compreensiva*, tornando-se, assim, num *terceiro motivo de compensação extracontratual de terceiros, ao lado do delito e do enriquecimento*, no qual a intensificação das responsabilizações sociais mútuas ganha uma expressão característica” (itálicos nossos).

<sup>(153)</sup> V. o número de decisões (cerca de trinta) que MENEZES CORDEIRO aponta durante a vigência do atual Código Civil (até fevereiro de 2010): *Tratado*, II, t. III, p. 120.

<sup>(154)</sup> Num ou noutro caso, o tribunal faz uma exposição introdutória sobre o instituto, explicando o que é a gestão imprópria, antes de decidir se há ou não gestão, nos termos do art. 464.º (v. g. RLx 24-jan.-2008, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) ou então há um pedido subsidiário de gestão imprópria que não chega a ser analisado (STJ 20-mar.-2003), mas não se afere da efetiva aplicabilidade do art. 472.º ao caso decidendo. Em STJ 15-mar.-2005, o Tribunal declara, de facto, haver gestão de negócio alheio julgado próprio: o Estado tinha nacionalizado ilicitamente uma herdade que não reunia os pressupostos legais para poder ser nacionalizada, não tendo adquirido validamente a propriedade. Crendo erroneamente que a herdade lhe pertencia, o Estado geriu negócio alheio julgado próprio. O tribunal entendeu preferível, contudo, aplicar as regras gerais da responsabilidade civil, “em virtude da diversidade adveniente dos quadros de actuação do Estado, no interesse público e sem, pelo menos, imediata finalidade de vantagem patrimonial”. A justificação é algo obscura; parece-nos que, *in casum*, os danos haviam sido muito superiores aos resultados da gestão, pelo que a sua reparação ia mais ao encontro dos interesses dos legítimos proprietários da herdade. Noutro caso (RCb. 22-mar.-2000: só o sumário está publicado), parece haver uma situação de gestão imprópria, assim identificada pelo Tribunal, apesar de não se referir o art. 472.º CC.

<sup>(155)</sup> Cf. STOLJAR, *op. cit.*, p. 21.

guerra, em que Portugal não participou, pelo que não foi necessário a doutrina e jurisprudência desenvolverem tanto um instituto concebido para resolver situações que surgem apenas de forma muito residual quando a vida em sociedade não sai dos quadros da normalidade. Emergindo da sociedade poucas situações para cuja resolução a gestão poderia ser chamada a desempenhar um papel relevante, o desenvolvimento doutrinário deste instituto é, sobretudo, “de tipo teórico e especulativo”<sup>(156)</sup>. Será esta a segunda razão para a escassa aplicação do instituto nos tribunais portugueses: se nos outros ordenamentos analisados, tais desenvolvimentos têm, muitas vezes, como finalidade, legitimar o alargamento jurisprudencial do instituto, no espaço português, a jurisprudência, não sendo impulsionada pelas partes em litígio a recorrer à gestão, não se sentirá à vontade para aplicar um regime doutrinariamente desenvolvido para solucionar problemas que não surgem na prática. Perante um instituto que se diz ser de “grande complexidade técnica”<sup>(157)</sup>, em que as palavras que a lei utiliza não têm os seus significados comuns, com um regime bastante complexo, conferindo direitos e impondo obrigações, tanto ao gestor, como ao dono do negócio, os tribunais preferirão aplicar outros institutos, com os quais trabalham com frequência e lhes dão, por isso, maiores garantias quanto à razoabilidade das decisões que neles se baseiem.

Os principais efeitos da equiparação da gestão imprópria e da gestão por erro à gestão propriamente dita são os mesmos nos direitos alemão, suíço e português. Todos eles concedem ao *dominus* uma opção: é ele que escolhe se se aplicam as regras da gestão ou não. Optando pela gestão, o dono do negócio poderá fazer seus os proveitos que dela resultarem (§§ 687, 2, 681, 667 BGB; art. 423.º/1 CO e arts. 472.º/1 e 465.º, e) CC). Ficará, por seu turno, obrigado a reembolsar o gestor até ao limite do seu enriquecimento, nos direitos alemão e suíço (§§ 687, 2 e 684, 1 BGB e art. 423.º/2 CO), e a reembolsar o gestor, no direito português, tal como se tivesse havido gestão propriamente dita, nos termos do art. 468.º/1 CC (*ex vi* art. 469.º CC). No direito francês, como o que se pretende com a gestão “imperfeita” é evitar o enriquecimento injusto do *dominus*, impõe-se a este a obrigação de o restituir ao gestor.

## CONCLUSÃO

A análise dos desvios à essencialidade do *animus* como requisito da gestão, nos quatro sistemas estudados, permite-nos concluir que a admissão das figuras

(156) MENEZES CORDEIRO, *ult. op. cit.*, p. 119.

(157) VIEIRA GOMES, *ult. op. cit.*, p. 8.

da gestão imprópria e da gestão por erro prossegue, basicamente, duas grandes funções: uma função restitutória geral, funcionando este instituto como “‘válvula de admissão’ de novas realidades no mundo do Direito”, sendo a evolução do sistema francês a que mais flagrantemente demonstra o tratamento da gestão como “‘mecanismo de receção provisória” das tais novas realidades <sup>(158)</sup>; e uma função preventiva e sancionatória de intromissões ilícitas na esfera jurídica alheia.

No que respeita à primeira função, a gestão imprópria e a gestão por erro têm o mérito de ter vindo a permitir que os tribunais decidam de forma equitativa, quando não têm ao seu dispor o regime do enriquecimento sem causa. A gestão de negócios, dado o caráter quase fiduciário do estatuto jurídico do gestor, decalcado do do mandatário, tem, aliás, a vantagem de impor obrigações extremamente úteis na prática, como a de prestação de contas. Duvidamos, contudo, que a melhor forma de lidar com situações em que seja necessário impor obrigações como essa, seja o recurso a este instituto <sup>(159)</sup>.

Em abono da segunda função — dupla função, aliás —, diremos que o regime da gestão de negócios é, de facto, bastante desfavorável para o usurpador de negócio alheio, pelo que ela será eficazmente prosseguida. A sua prossecução mediante o alargamento do âmbito de aplicação deste instituto, através da desconsideração do requisito do *animus*, oferece, no entanto, o flanco a várias críticas.

Desde logo, todo o apuramento técnico que tem vindo a ser feito, pela doutrina e pela jurisprudência, dos limites da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa, será, até certo ponto, em vão, uma vez que se admite que o dono do negócio possa impor ao gestor, por sua exclusiva vontade e independentemente do seu empobrecimento, a entrega de todos os resultados líquidos da gestão. Mas há, sobretudo, um argumento a favor da admissibilidade das duas figuras que têm vindo a ser objeto de estudo neste trabalho, principalmente da gestão imprópria, que é forçoso contestar. Diz-se que não seria justo que aquele que gere negócio alheio em benefício próprio, especialmente se estiver de má fé, fique colocado numa posição melhor do que a de um verdadeiro gestor, que atuou solicitamente em proveito de outrem. Não vemos, porém, onde esteja a injustiça. O verdadeiro gestor, a estar correto o fundamento que

---

<sup>(158)</sup> Ambas as expressões são de VIEIRA GOMES: *ult. op. cit.*, pp. 292-293.

<sup>(159)</sup> Veja-se o que diz DAWSON, quanto à desnecessidade de o direito americano “importar” a gestão de negócios imprópria: o “*equitable accounting*”, o “*constructive trust*” e a “*quasi-contractual recovery*” seriam mais do que suficientes para coadjuvar a *law of restitution* na sua função de corrigir os enriquecimentos injustos (74 Harv. L. Rev. (1961), pp. 817-875, p. 835). De facto, deveria caber ao regime do enriquecimento providenciar os meios para que se corrijam as situações de enriquecimento injusto, tendo o direito processual também um papel importante a desempenhar (no que respeita à prestação de contas e informações).

encontrámos para explicar a *actio directa* <sup>(160)</sup> — que, de resto, não difere do da *actio contraria* —, não está a ser, de maneira nenhuma, sancionado ou penalizado através da imposição da obrigação de entregar os resultados da gestão, dado que ele não quis outra coisa senão destinar os seus efeitos ao *dominus*. Uma vez que esta obrigação só é imposta ao gestor porque este atuou por conta de outrem, ela não deverá ser imposta a quem não atuou com esse desígnio, não havendo injustiça neste tratamento diferenciado, porque as situações não são assimiláveis, não sendo procedente, aqui, nenhum argumento por identidade ou maioria de razão. Este tipo de argumento só procede quando há analogia de situações, ou seja, quando a sua similitude leva a que os objetivos prosseguidos pela lei num e noutra caso sejam (ou devam ser) idênticos <sup>(161)</sup>. O facto de em ambos os casos haver uma gestão não autorizada de negócio alheio não é suficiente para justificar a procedência desse juízo de similitude <sup>(162)</sup>. Na gestão propriamente dita, o gestor está obrigado a entregar tudo o que obtiver, porque a sua atuação projeta-se na esfera do *dominus*, como se tivesse sido este a atuar (sendo por isto que também terá de reembolsar o gestor das suas despesas, independentemente do sucesso da gestão), não tendo a lei por objetivo corrigir as situações provocadas pela gestão, mas sim legitimá-las, funcionando o instituto, se não como um incentivo ao tipo de atuações que regula, pelo menos como uma forma de evitar que sejam desincentivadas. Diferentemente, através da gestão imprópria a lei visa corrigir uma situação originada por um ato ilícito, estabelecendo para o infrator, aliás, uma obrigação que poderá ser bastante mais gravosa do que a que resultaria da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa, o que, naturalmente, terá uma eficácia preventiva ou desincentivadora assinalável. Sendo diferentes as razões justificativas e os objetivos dos seus regimes, não se poderá, por conseguinte, utilizar um argumento por identidade ou maio-

<sup>(160)</sup> V. *supra*, cap. 1.2.

<sup>(161)</sup> Não é outro o critério do art. 10.º/2 CC para detetar uma analogia entre um caso omissis e um caso previsto na lei. V. também BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, p. 202: “Dois casos dizem-se análogos quando neles se verifique um conflito de interesses paralelo, isomorfo ou semelhante, de modo a que o critério valorativo adotado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro”.

<sup>(162)</sup> A alienidade do negócio gerido não esgota, portanto, o “núcleo fundamental” das situações em causa, não podendo justificar a mesma estatuição (v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, p. 447: para haver analogia “não basta uma semelhança da descrição exterior da situação”, pois ela “ultrapassa a mera verificação, tem caráter axiológico ou valorativo”: “há um núcleo fundamental nos dois casos que exige a mesma estatuição”. Tem de haver, assim, uma “comunhão de características essenciais” — TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 403). Esse “núcleo fundamental” integra também o *animus* (atuação por conta de outrem), dado que, nos casos em que ele falta, a razão de decidir da lei é distinta da razão de decidir nos casos em que ele está presente. A diferença entre estes dois casos não reside, desta forma, “num ponto irrelevante para a regulamentação jurídica” (CASTRO MENDES, *Introdução...*, p. 239).

ria de razão com vista a defender a justeza da aplicação à gestão imprópria das regras da gestão propriamente dita.

Não cremos, portanto, que a aplicabilidade do regime da gestão aos casos em que falta o *animus aliena negotia gerendi* se funde em razões suficientemente fortes para ser defendida numa perspetiva *de iure condendo*, sendo excessivamente penalizadora para o “gestor”, já sujeito às regras do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil. O escopo de um instituto como a gestão de negócios não é “reforçar e completar” a responsabilidade civil <sup>(163)</sup>. Nem o de fazer as vezes do enriquecimento sem causa. O instituto visa permitir a imputação do risco de uma atividade realizada por terceiro não-autorizado na esfera do titular do direito em causa, que terá direito a tudo o que dela resulte, já que foi efetuada por sua conta. Trata-se de um instituto com uma lógica própria, do qual derivam efeitos muito particulares, o que impõe que tenha um âmbito de aplicação também bastante específico. O resultado da aplicação da gestão de negócios a casos onde falta o *animus* é a constituição de uma obrigação cujo objeto pode ultrapassar largamente o que resultaria das regras do enriquecimento, sem que, defendem alguns, se exija sequer que haja culpa do agente.

Independentemente de termos optado por tomar esta posição no plano do direito a constituir, julgamos que o mais importante é conhecer os objetivos prosseguidos pela consagração jurídica das duas figuras que constituíram o objeto do nosso estudo e a forma como a jurisprudência aplica e a doutrina interpreta as disposições estabelecidas na lei a este respeito e, acima de tudo, compreender melhor as soluções do nosso próprio direito, objetivo fundamental num estudo de Direito Comparado que aspire a ter algum, ainda que pequeno, interesse prático.

## BIBLIOGRAFIA

- AITKEN, Lee J. W., «Negotiorum gestio and the common law: a jurisdictional approach», in *Sydney Law Review*, vol. 11, março 1988, pp. 566-598, disponível online em [www.austlii.edu.au](http://www.austlii.edu.au) (consultado em 1-05-2014)
- ARMIJON, Pierre, NOLDE, Baron Boris, WOLFF, Martin, *Traité de droit comparé*, II, Paris, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950
- ASCENSÃO, J. Oliveira, *O direito — Introdução e teoria geral*, 13.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005
- BASTOS, Filipe Brito, «O enriquecimento forçado no regime da gestão de negócios e a tutela do enriquecido de boa fé», in *O Direito*, 143.º (2011), pp. 135-147
- BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Das obrigações em geral*, I (arts. 397.º a 472.º), 1971

---

<sup>(163)</sup> Objetivo que, como vimos (*supra*, nota 35), WITTMAN diz ser prosseguido pela gestão imprópria.

- BAUDRY-LACANTINERIE, G., BARDE, L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, IV, 3.<sup>a</sup> edição, 1928
- BEUTHIEN, in SOERTEL — *Kommentar zum BGB*, 4/2, §§ 677, 687, Verlag W. Kohlhammer, 1999
- BOUT, Roger, *La gestion d'affaires en droit civil français contemporain*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972
- BROX, Hans, *Besonderes Schuldrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique, 1990
- BUCKLAND, W. W., *The main institutions of roman private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931
- CAMPOS, Diogo Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 4.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008
- CAPITANT, Henri, WEILL, Alex, TERRÉ, François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 6.<sup>a</sup> edição, Dalloz, 1973
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, II, 1.<sup>a</sup> edição «Quadrige», Paris, Presses Universitaires de France, 2004
- CLÉMENT, Nicolas, *Gestion d'affaires et société créée de fait, essai de convergence à propos d'un antagonisme*, 2012, disponível online em [www.fac-droit-savoie.fr](http://www.fac-droit-savoie.fr) (consultado em 20-04-2014)
- COELHO, F. Pereira, *O enriquecimento e o dano*, Sep. da Revista de direito e de estudos sociais, anos 15/16, Almedina, 1999 (reimpressão)
- CORDEIRO, A. Menezes, *Direito das obrigações*, vol. II, 1.<sup>a</sup> edição, Lisboa, AAFDL, 1980
- , *Tratado de direito civil português*, I — *Parte geral*, tomo I, 3.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2005
- , *Tratado de direito civil português*, I — *Parte geral*, tomo IV, Almedina, 2007 (reimpressão)
- , *Tratado de direito civil português*, II — *Direito das obrigações*, tomo II, Almedina, 2010
- , *Tratado de direito civil português*, II — *Direito das obrigações*, tomo III, Almedina, 2010
- COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, 12.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2009
- DAGAN, Hanoch, «*In the defense of the good Samaritan*», in *Michigan Law Review*, vol. 97, 1999, pp. 1152-1200, disponível em <http://home.heinonline.org> (consultado em 19-04-2014)
- DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11.<sup>a</sup> edição, disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx> (consultado em 23-07-2014)
- DAWSON, John P., «*Negotiorum gestio: The altruistic intermeddler*», in *Harvard Law Review*, vol. 74, n.º 5, pp. 817-865 e n.º 6, pp. 1073-1129, disponível online em <http://home.heinonline.org> (consultado em 30-03-2014)
- , «*The self-serving intermeddler*», in *Harvard Law Review*, vol. 87, n.º 7, pp. 1409-1458, disponível online em <http://home.heinonline.org> (consultado em 30-03-2014)
- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 8.<sup>a</sup> edição, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991
- DUARTE, Rui Pinto, «Uma introdução ao Direito Comparado», in *O Direito*, 138.º (2006), IV, pp. 769-792.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de derecho civil*, II: *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, 15.<sup>a</sup> edição, Barcelona, Bosch, 1966
- FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1987
- FICK, F., *Commentaire du Code Fédéral des Obligations*, 1.º vol., Neuchâtel, Delachaux & Niestlé Éditeurs, 1915
- GOMES, Júlio Vieira, *Gestão de negócios: um instituto numa encruzilhada*, Sep. do vol. XXXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994
- , «A gestão de negócios: 'a oeste nada de novo?'», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III, Coimbra Editora, 2007

- GONÇALVES, Joaquim Rodrigues, «Gestão de negócios — Breve estudo sobre as obrigações entre o dominus e o gestor», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Suplemento IX), Coimbra, Coimbra Editora, 1951
- GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, vol. IX, Coimbra, Coimbra Editora, 1934
- GUHL, Théo, *Le Droit Fédéral des Obligations*, 3.<sup>a</sup> edição, Zurique, Éditions Polygraphiques, 1947
- HEDEMANN, J. W., *Derecho de obligaciones*, 3.<sup>o</sup> vol., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958
- HOFSTETTER, Josef, *Traité de droit privé suisse*, vol. VII, t. II, 1: *Le Mandat et la Gestion d'Affaires*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1994
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano — história e instituciones*, 11.<sup>a</sup> edição, Barcelona, Editorial Ariel
- JORGE, Fernando Pessoa, *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975-76
- JUGLART, Michel de, *Cours de droit civil*, I, 2.<sup>o</sup> vol., 10.<sup>a</sup> edição, Paris, Éditions Montchrestien
- JUSTO, A. Santos, *Direito privado romano*, I — *Parte geral*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2006
- , *Direito privado romano*, II — *Direito das obrigações*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2011
- KASER, Max, *Direito privado romano*, Lisboa, Serviço de Educação / Fundação Calouste Gulbenkian, 1999
- LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959
- , *Metodologia da ciência do direito*, 3.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- LEITÃO, Menezes, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Coimbra, Almedina, 2005
- , *Direito das obrigações*, vol. I, 9.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2010
- LUCAS, André, *Code Civil*, Paris, Éditions Litec, 1987
- MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 2006
- MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent, *Cours de droit civil — Les obligations*, Paris, Éditions Cujas, 1985
- MARASINGHE, M. L., «*The place of negotiorum gestio in English law*», in *Ottawa Law Review*, vol. 8, 1976, pp. 573-587, disponível online em <http://home.heinonline.org> (consultado em 2-04-2014)
- MARQUES, J. Dias, *Introdução ao estudo do direito*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Pedro Ferreira — Artes Gráficas, 1994
- MARTIN, Alfred, *Le Code des Obligations — Des Contrats de Droit Civil*, Lausana, Librairie Payot & Cie., 1919
- MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre, *Droit civil*, II, 1.<sup>o</sup> vol., Paris, 1962
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean, *Leçons de droit civil*, II, 1.<sup>o</sup> vol., 5.<sup>a</sup> edição, Paris, Éditions Montchrestien, 1973
- MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, 1.<sup>o</sup> vol., Barcelona, Bosch, 1995
- MENDES, Armindo Ribeiro, *A gestão de negócios no direito civil português*, Lisboa, 1971
- MENDES, J. Castro, *Introdução ao estudo do direito*, Lisboa, Pedro Ferreira — Artes Gráficas, 1994
- PALMA, Rui Camacho, «Da inconveniência do *animus aliena negotia gerendi* como requisito da gestão de negócios», in *Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 21, junho 1997, pp. 389-430
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 2.<sup>a</sup> edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947
- , Georges, *Traité pratique de droit civil français*, VII, 2.<sup>a</sup> edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956
- ROSSEL, Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations*, t. I, Lausana, Librairie Payot & Cie., 1920

- SCHLECHTRIEM, Peter, *Unjust enrichment by interference with property rights*, Capítulo 8 do vol. X da *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen e Haia, J. C. B. Mohr e Martinus Nijhoff Publishers
- SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho — Universidad Complutense, Editorial Civitas, 1994
- , *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960
- SCYBOZ, Georges, GILLIÉRON, Pierre-Robert, *Code Civil suisse et Code des Obligations annotés*, 4.<sup>a</sup> edição, Lausana, Éditions Payot, 1988
- SEILER, in *Münchener Kommentar*, IV, § 687, 4.<sup>a</sup> edição, Munique, Verlag C. H. Beck, 2005
- SERRA, Adriano Vaz, *Direito das obrigações (com exceção dos contratos em especial) — Anteprojeto*, Lisboa, 1960
- , «Gestão de negócios», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 66, Maio 1957
- SMITS, Jan M., *The good Samaritan in european private law; On the perils of principles without a programme and a programme for the future*, 2000, disponível online em [arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3773](http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3773) (consultado em 25-04-2014)
- SOUSA, M. Teixeira de, *Introdução ao estudo do direito*, Almedina, 2012
- SPRAU, in PALANDT — *Kommentar zum BGB*, Band 7, Munique, Verlag C. H. Beck, 2005
- STOLJAR, Samuel J., *Negotiorum gestio*, Capítulo 17 do vol. X da *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen e Haia, J. C. B. Mohr e Martinus Nijhoff Publishers
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997
- TERCIER, Pierre, *La partie spéciale du Code des Obligations*, Zurique, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1988
- , *Le nouveau droit de personnalité*, Zurique, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1984.
- TORRENT, Armando, *Manual de Derecho privado romano*, Saragoça, 1995
- TUHR, A. Von, *Tratado de las obligaciones*, I, 1.<sup>a</sup> edição, Madrid, Editorial Reus, 1934
- VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2003 (reimpressão)
- VICENTE, Dário Moura, *Direito comparado*, vol. I, 3.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2014
- VISSER, Daniel, «*Injustified enrichment in comparative perspective*», in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Capítulo 30, pp. 970-1002
- VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, Editorial Civitas, 1986
- WENIGER, Olivier, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how)*, Génova, Librairie Droz, 1994, disponível em [books.google.pt](http://books.google.pt) (consultado em 1-05-2014)
- WIEACKER, Fraz, *História do direito privado moderno*, trad. da 2.<sup>a</sup> edição (1967), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian
- WITTMANN, Roland, in *Staudingers Kommentar*, II, § 687, Berlim, J. Schweitzer Verlag, 1980