

OBRAS DO AUTOR

*Aceitação e objetividade.* São Paulo: RT, 2004.  
*Being apart from reasons.* Dordrecht: Springer, 2006.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Michelon Jr., Cláudio

Direito Restitutivo : enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios / Cláudio Michelon Jr. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. – (Coleção Biblioteca de direito civil : estudos em homenagem ao professor Miguel Reale ; v. 8 / coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa)

ISBN 85-203-2981-0

I. Obrigações (Direito) I. Reale, Miguel. II. Martins-Costa, Judith. III. Título. IV. Série.

06-7986

CDU-347.4

Índices para catálogo sistemático: I. Direito das obrigações : Direito civil 347.4

Biblioteca de Direito Civil  
Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale

Volume 8

COORDENAÇÃO

MIGUEL REALE

JUDITH MARTINS-COSTA

CLÁUDIO MICHELON JR.

# DIREITO RESTITUITÓRIO

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

PAGAMENTO INDEVIDO

GESTÃO DE NEGÓCIOS

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda não expressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento jurídico positivo".<sup>44</sup> As cláusulas gerais fazem isso de dois modos: passivamente, através da adoção de expressões vagas o suficiente para suportarem grande carga interpretativa, mas que ainda assim oferecem pontos focais em torno dos quais a atividade interpretativa pode desenvolver-se; e ativamente, estabelecendo uma *agenda* investigativa para o intérprete, o que se obtém a partir do estabelecimento de relações estruturais claras entre os conceitos vagamente estruturados. Pode-se discutir o que constitui a "causa", mas não se pode discutir que a *ausência de causa* é uma parte do suporte fático do enriquecimento sem causa (juntamente com o enriquecimento, o suporte na pessoa ou patrimônio de outrem e o nexo causal entre esse enriquecimento e esse "suporte" em outrem).

A tarefa de determinação desse conteúdo normativo e de sua adaptação a novas situações sociais é não apenas da jurisprudência, mas também, e primariamente, da doutrina. E é tarefa da doutrina não apenas oferecer soluções interpretativas aos desafios propostos pelo legislador, mas também, e fundamentalmente, propor argumentos para justificar essas soluções que sejam validamente fundados no direito brasileiro vigente. O novo Código Civil é uma oportunidade preciosa para que a doutrina brasileira reassuma seu papel histórico de contribuir decisivamente para a racionalização da argumentação jurídica em direito privado no Brasil. Divinação oracular não é substituto para o argumento racional.

Essa é a difícil tarefa da doutrina civilista brasileira nas próximas décadas e é nesse espírito que o presente livro foi escrito, ainda que a execução do projeto espelhe as limitações do autor.

Nas páginas seguintes, a exposição do direito restituitório brasileiro regulado pelo Livro das Obrigações do Código Civil seguirá a estrutura do próprio Código e tomará a forma de comentários a cada artigo compreendido entre os arts. 861 e 886.

<sup>(44)</sup> Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado* cit., p. 274.

## DA GESTÃO DE NEGÓCIOS

### 1. Uma primeira aproximação: a gestão de negócios como medida restituitória e como forma de responsabilização civil

A estrutura principiológica subjacente ao instituto da gestão de negócios é o ponto de partida para a construção da hermenêutica do instituto. É necessário ter presente que a gestão de negócios obedece a dois princípios diferentes e conceitualmente independentes, a saber: o princípio da conservação estática dos patrimônios, que veda o enriquecimento injustificado, e o princípio da autonomia privada, que veda a intervenção dos outros na condução da vida privada de cada um. Esses dois princípios regulam duas pretensões radicalmente diferentes, quais sejam: a pretensão do gestor ao ressarcimento das despesas efetuadas em prol do dono do negócio e a pretensão de indenização do dono do negócio em relação ao gestor que se imiscui na sua vida. Certos dispositivos do Capítulo II do Título VII do Livro das Obrigações são formas de implementação do primeiro princípio, outros do segundo princípio e um terceiro grupo estabelece elementos do suporte fático que são concretizações de ambos os princípios.

Antes de explicar mais detidamente esses princípios, é útil ter presente a história da gestão de negócios. Isso porque o instituto regula duas pretensões diferentes que surgiram em momentos históricos distintos e que só em momento posterior foram tratadas como diferentes aspectos do mesmo instituto unitário. Esse tratamento unitário de pretensões tão diferentes causa espécie ao neófito no estudo do tema, sempre em busca de uma principiologia unitária para o instituto. A história não é argumento dogmático determinante da interpretação das regras que regulam o instituto, mas é uma ferramenta que ajuda a perceber a sua estrutura principiológica híbrida.

De fato, é possível que a pretensão chamada *direta*, ou seja, aquela do *dominus* contra o gestor para que este, uma vez iniciada a gestão, proceda de modo diligente, seja historicamente anterior à pretensão

dita *contraria*, i.e., a pretensão do gestor ao ressarcimento de seus gastos na gestão proveitosa.<sup>1</sup>

O surgimento da ação *contraria*, por outro lado, está em estreita conexão com o instituto do mandato, conexão essa que ajuda a explicar a complexa malha de relações entre os institutos. Essa estreita relação entre o mandato e a gestão de negócios ajuda a explicar porque esses dois institutos foram freqüentemente confundidos, a ponto de a gestão chegar a ser considerada como um “mandato tácito” por alguns autores ou, o que é mais relevante, como um *tipo contratual autônomo*.

A classificação da gestão como uma forma contratual próxima ao mandato pode ser constatada em diversos códigos civis, entre os quais o Código Civil brasileiro de 1916 e o BGB alemão. A jurisprudência francesa utilizou atecnicamente a noção de “mandato tácito” para estender certos efeitos da gestão de negócios, notadamente a restituição de despesas, aos casos de prestação de socorro.<sup>2</sup>

De fato, é provável que o instituto tenha surgido para dar conta daqueles atos praticados pelo mandatário no interesse do mandante mas que extrapolavam os poderes outorgados.<sup>3</sup> Em primeiro lugar foi regulada a atuação danosa do mandatário que, extrapolando os poderes do mandato, gera perda ao *dominus*/mandante. A seguir foi regulada a pretensão do gestor de ser reembolsado pelas despesas e serviços prestados.

Durante o período clássico do direito romano, foram identificados vários requisitos para que surgissem tais pretensões, em especial

(1) Neste sentido Giovanni Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*, p. 6. Em que pese a escassez de fragmentos sobre a *negotiorum gestio*, antes de Cícero, a opinião parece correta e, de fato, é largamente dominante, mas deve-se advertir que a justificativa de Pacchioni para a sua opinião é imprecisa. O autor afirma que era mais próprio do direito romano a proteção ao indivíduo proprietário (no caso, o *dominus*) que sofre uma interferência em seus negócios do que a proteção daquele que age de modo a salvaguardar os interesses de outrem. Todavia, a imposição da noção moderna de indivíduo (e mesmo de direito subjetivo e de propriedade privada) sobre a experiência romana é um anacronismo que deve ser evitado.

(2) Ver Christophe Radé, *La responsabilité civile contractuelle – Les quasi-contrats*, p. 98. e Philippe Malaurie et al, *Droit civil – Les obligations*, p. 533-534.

(3) Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...* cit., p. 235.

a pretensão do gestor ao reembolso. Para que incidisse o suporte fático da *actio contraria*, era necessário que se configurasse a alienidade do negócio, a *absentia domini*, o *utiliter coeptum* e o *animus aliena negotia gerendi*. A compilação justinianéia, porém, reduziu esses requisitos de modo a tornar a *actio contraria* um instituto muito próximo do instituto contemporâneo do enriquecimento sem causa.

De fato, essa identificação pode ser percebida pela forma como parte da doutrina francesa, durante o legôlatra século XIX, procurava fundar a existência de uma ação de enriquecimento sem causa (instituto não tipificado no *Code*) utilizando o instituto da gestão de negócios (esse, sim, regulado nos arts. 1.372 a 1.375), como fundamento de uma ação geral de enriquecimento.

Durante o final do século XIX e todo o século XX, no direito comparado, o instituto da gestão de negócios foi cobrando de volta algumas das características que possuiu no período clássico do direito romano. Com isso operou-se um afastamento em relação ao enriquecimento sem causa. Esse movimento pendular de aproximação e afastamento em relação ao enriquecimento sem causa, todavia, não deve obscurecer as afinidades no fundamento e nos suportes fáticos da gestão de negócios (ou, ao menos, a *actio contraria*, que é parte do instituto) e do enriquecimento sem causa.<sup>4</sup>

De outra parte, restam cada vez mais evidentes as diferenças entre o instituto da gestão de negócios e o contrato de mandato, como se percebe claramente com um passar de olhos sobre a doutrina brasileira<sup>5</sup> e estrangeira.<sup>6</sup>

(4) Ressaltando a proximidade, veja-se Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...* cit., p. 8-10; em sentido contrário, veja-se Pietro Sirena, *La gestione di affari altrui...* cit., p. 284 ss.; sobre as diferenças específicas veja-se Philippe Malaurie et al, *Droit civil – Les obligations* cit., p. 532 e 536, e o comentário aos arts. 861 e 884, *infra*.

(5) Entre muitos outros, ver Sílvia Rodrigues, *Direito civil*, v. 3, p. 401; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, v. 3, p. 717-718; Newton De Lucca, *Comentários ao novo Código Civil – Arts. 854 a 926*, p. 34-36; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 2, p. 421.

(6) Entre outros, ver Pietro Sirena, *La gestione di affari altrui...* cit., p. 268, e Philippe Malaurie et al, *Droit civil – Les obligations* cit., p. 531-532.

De fato, em relação às suas eficácias, somente nos casos em que o gestor opera por conta do *dominus* se poderiam produzir os efeitos jurídicos de um mandato. Mas a gestão, como veremos abaixo, não compreende apenas atos jurídicos, mas também atos materiais de gestão, como alertam, entre outros, Pietro Sirena<sup>7</sup> Philippe Malaurie.<sup>8</sup> Mais ainda: para que seja possível a inclusão da gestão na categoria dos contratos (seja como uma espécie de mandato, seja como um tipo contratual autônomo), é necessário que, no suporte fático, tenhamos alguma forma de declaração de vontade recíproca, que ao menos uma das partes gere na outra parte expectativas legítimas, pela incidência do princípio da confiança.<sup>9</sup> Todavia, a incidência das regras de gestão, como também veremos a seguir, não supõe uma declaração de vontade do gestor. A tentativa de defender que há uma “vontade tácita” do *dominus* na gestão só pode ser explicada, como diria o mesmo Pietro Sirena, pela “preocupação de reafirmar a centralidade do consenso no sistema de fontes (não delituais) das obrigações”.<sup>10</sup>

As diferenças entre gestão de negócios e mandato, bem como as semelhanças e diferenças entre gestão de negócios e enriquecimento sem causa decorrem, sem dúvida, de abissais diferenças e significativas semelhanças nos princípios subjacentes a cada qual dos três institutos. Convém, pois, que voltemos nossa atenção para a principio-ologia que informa a regulamentação do instituto da gestão de negócios.

## 2. O fundamento do instituto

A doutrina identifica uma tensão entre os dois princípios subjacentes à regulamentação do instituto. De um lado, há a necessidade de garantir ao titular de um direito que ninguém se imiscua em sua própria forma de gerir seus bens e direitos. De outro lado, há a necessidade de minimizar os ônus que recaem sobre aquele que, altruisticamente, toma para si a tarefa de agir em prol de outrem, sem possuir autorização para fazê-lo. Os princípios que instrumentalizam essas duas necessidades no raciocínio jurídico são o princípio da auto-

(7) Pietro Sirena, *La gestione di affari altrui...* cit., p. 270.

(8) Philippe Malaurie et al, *Droit civil – Les obligations* cit., p. 535.

(9) Newton De Lucca, *Comentários ao novo Código Civil...* cit., p. 34-36.

(10) Pietro Sirena, *La gestione di affari altrui...* cit., p. 270.

nomia privada (por vezes, como veremos, interpretado à luz da noção de confiança) e o princípio da conservação estática dos patrimônios.

Quanto ao primeiro princípio é importante lembrar que a gestão de negócios é um instituto que permite, dadas certas condições e limitações, que um terceiro interfira na esfera de direitos de outrem. Em parte, as regras que regulamentam o instituto são cuidadosamente elaboradas pela tradição de modo a minimizar o impacto da gestão na administração dos bens pelo titular.

Houve quem defendesse que não havia na gestão de negócios qualquer limitação efetiva à autonomia do indivíduo: o instituto deveria ser concebido como uma proteção à *vontade ou ao interesse presumido do dominus*.<sup>11</sup> Essa resposta, que teve largo curso no século XIX e que ainda hoje possui defensores, não é apropriada. Está claro que a resposta ainda opera a partir de uma concepção de direito privado que vê na chamada “autonomia da vontade” o pilar central de todo o direito privado e, mais especificamente, do direito obrigacional. O argumento paradigmático dos cultores do dogma da vontade para a justificação/interpretação das regras que regem qualquer instituto jurídico pode ser denominado de *reductio ad voluntatem*, ou seja, um instituto só se justifica se for possível vinculá-lo à proteção da vontade do indivíduo. O corolário desse princípio é: a interpretação deve sempre ser orientada no sentido de compreender como as regras podem servir à proteção da vontade.

É possível tecer diversas objeções inter-relacionadas com essa forma de conceber as relações entre gestão de negócios e autonomia privada.

A primeira e mais fundamental dessas objeções é denunciar o próprio dogma da vontade. O princípio da autonomia privada não pode, como querem os cultores do dogma da vontade, ser reduzido à

(11) Segundo o argumento, o fato de a vontade do dono do negócio de assumir obrigações de restituição das despesas do gestor ser um pressuposto da vontade do próprio gestor de acudir aos interesses do dono do negócio justifica as obrigações mútuas entre eles. Segundo reporta Júlio Manuel Vieira Gomes (A gestão de negócios: um instituto jurídico numa encruzilhada, p. 33-34), essa teoria é defendida por Paul Guillot em tese de 1928.

proteção exclusiva da *vontade* do indivíduo. Não convém que nos detenhamos nesse ponto, já exaustivamente tratado pela doutrina contemporânea.

Todavia, há uma segunda objeção ainda mais conclusiva ao argumento de redução à vontade: segundo os arts. 869, 870 e 871, a obrigação do *dominus* em relação ao gestor não é excluída pela prova de que o gestor não tinha *vontade* de praticar o ato material ou jurídico que lhe foi proveitoso,<sup>12</sup> a não ser que essa vontade de não praticar o ato fosse conhecida do gestor. Ou seja, esse princípio hermenêutico voluntarista fere a própria regulamentação positiva do instituto.

Enfim, a idéia de vontade tácita ou presumida parece simplesmente apontar para a necessidade de os cultores do dogma fazerem o instituto caber dentro de seu rígido esquema conceitual pré-concebido, não importando se, para tanto, é necessário desconsiderar o direito positivado.

A insuficiência da tentativa de conceber a gestão de negócios como uma proteção à vontade presumida é tão clara que, desde muito, a doutrina tem apontado a necessidade de justificar a gestão de negócios como uma limitação ao poder da vontade do *dominus* fundada em princípios claramente não-voluntaristas.

De fato, a doutrina, brasileira e estrangeira, é unânime ao salientar que a regulação positiva do instituto da gestão de negócios caracteriza uma radical limitação à autonomia privada.<sup>13</sup> Cumpre perguntar, portanto, por que razão foi permitida uma tal limitação à autonomia privada. A resposta a essa questão orientou a tradição na construção das regras sobre a gestão de negócios – é essa resposta que deve também orientar a hermenêutica dessas regras.

Em substituição ao fundamento voluntarista que foi tipicamente utilizado no século XIX para explicar o instituto, surgiram teorias funcionalistas da gestão de negócios. Essas tentativas, que serão explicadas a seguir, e que têm longo curso entre os civilistas até hoje,

<sup>(12)</sup> Em sentido similar, Júlio Manuel Vieira Gomes, *A gestão de negócios...* cit., p. 34.

<sup>(13)</sup> Por exemplo, Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, v. 5, p. 82; Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...* cit., p. 232-233; Almeida Costa, *Direito das obrigações* cit., p. 432; Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., p. 15.

não são frutíferas. Convém, entretanto, explicá-las e refutá-las, antes de apresentar os princípios que explicam de modo mais correto a limitação que as regras sobre a gestão impõem à autonomia privada.

Ainda sob a vigência do Código anterior, Bevilacqua já apontava a necessidade de estímulo à solidariedade social como o fundamento básico do instituto, sempre temperado pela necessidade de “não estimular a immixtação” em negócios alheios.<sup>14</sup> Mais recentemente, uma outra forma de justificação funcionalista tem sido proposta como fundamento do instituto pela doutrina, a saber, o interesse da coletividade na conservação dos bens de modo a evitar a inútil perda de recursos.<sup>15</sup> Segundo essa interpretação, a gestão de negócios regula a tensão entre o interesse da coletividade na preservação dos bens sociais e o interesse do *dominus* na intromissão ou não do gestor em seus negócios. Houve quem levasse a tese funcionalista ainda mais adiante, justificando o direito à restituição na necessidade de incentivar a utilização de bens privados a fim de maximizar a capacidade produtiva do grupo social.<sup>16</sup>

Em suma, a forma de justificação voluntarista do instituto passou a ser considerada inadequada, tendo sido gradualmente substituída por princípios justificativos marcadamente funcionalistas, em especial o princípio de conservação dos bens em uma sociedade, defendido por Paolo Gallo, aparentemente inspirado em considerações típicas da escola hermenêutica da *economical analysis of law*.<sup>17</sup> De fato, essa noção de “preservação dos bens sociais” parece ter inspirado uma série de dispositivos do novo Código Civil, entre os quais a relativização da regra segundo a qual *superficies solo cedit* na aquisição por acessão.

<sup>(14)</sup> Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado* cit., p. 82.

<sup>(15)</sup> Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...* cit., p. 232.

<sup>(16)</sup> Dessa forma, o instituto teria uma natureza sancionatória pela improdutividade do bem, aparentado a certas formas de expropriação, como deixa claro Lucio Trevisan em seu *Ricenti orientamenti in tema di “negotiorum gestio”*, p. 603-605.

<sup>(17)</sup> Essa forma de pensar não é exclusiva da chamada “análise econômica do direito”, como demonstra Pasquau Liaño (*La gestión de negocios ajenos*, p. 324-327) ao relacionar as opiniões de diversos autores espanhóis, franceses e italianos em suporte desta opinião (por ele compartilhada).

Parece, todavia, que a correta compreensão do instituto da gestão de negócios só pode ser obtida por quem parte de duas premissas básicas: (a) os princípios subjacentes ao instituto são dois, o primeiro dos quais explica e fundamenta a *actio directa*, enquanto o segundo explica e fundamenta a existência da *actio reversa*; (b) esses princípios não existem em isolamento, mas em constante interação entre si e com outros princípios jurídicos.

Antes mesmo de apresentar (e justificar) cada qual dos princípios subjacentes ao instituto, cumpre apontar uma característica que lhes é comum e que desafia o entendimento hoje mais comum sobre o fundamento da gestão de negócios: *nenhum dos princípios a seguir possui natureza funcionalista*. Portanto, a tese que se pretende defender é a de que o fundamento último do instituto, conforme se encontra regulado no novo Código Civil, não é nenhum objetivo externo ao direito privado, como a “preservação de bens sociais” ou a “maximização da riqueza”. Isso significa que a tese aqui proposta vai de encontro à posição mais aceita hoje sobre o instituto, tanto no direito brasileiro como no direito comparado. De fato, a crítica ao dogma da vontade, que foi talvez a característica mais marcante da civilística do século XX, foi normalmente fundada em concepções funcionalistas do direito civil. Por vezes o viés funcionalista era tão pronunciado que mesmo o dogma da vontade era traduzido em termos funcionalistas para ser compreendido.<sup>18</sup>

Isso não significa negar a importância da funcionalização social de outros institutos jurídicos, como o contrato ou a propriedade. Significa apenas que os dispositivos do novo Código que versam sobre a gestão de negócios não podem ser coerentemente explicados como sendo tentativas funcionalistas de maximizar certos bens sociais. Obviamente que a noção de funcionalização de outros institutos jurídicos relacionados com a gestão de negócios pode influenciar a interpretação e aplicação dos dispositivos que regulam a gestão. Todavia, essa influência hermenêutica é externa ao instituto, ou seja, estabelece as fronteiras de sua atuação.

<sup>(18)</sup> Sobre a tradução do voluntarismo em termos funcionalistas na teoria contratual, ver Cláudio Michelon Jr., Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado, p. 101-112.

Por fim, muitos autores defenderam que o fundamento último do instituto da gestão de negócios seria o valor moral do altruísmo. Falou-se da gestão como um reconhecimento do dever moral de prestar ajuda àqueles que estão sofrendo necessidades, ou como instituição jurídica paradigmática de *Menschenhilfe*.<sup>19</sup> Note-se que esta não é uma justificação de tipo funcionalista, pois esses autores não justificam o instituto no fomento à solidariedade social, mas, ao contrário, acreditam que o instituto é uma forma de reconhecimento do altruísmo pelo direito. Essa teoria explicativa da gestão de negócios é falha por vários motivos, todos eles relacionados com um problema central: instituições jurídicas são tipicamente formas de resolver o problema central de qualquer teoria da justiça, qual seja como devem ser repartidos os bens sociais. A gestão de negócios, conforme regulada no Código brasileiro (e na maior parte dos sistemas de direito continental), se preocupa justamente com isso, ou seja, com estabelecer alguns critérios para a atribuição de bens. De fato, parece haver uma tensão entre o comportamento altruísta e a exigência de uma compensação pelas perdas sofridas durante a prática do comportamento altruísta.<sup>20</sup>

Especificamente no que toca à gestão de negócios, é importante perceber que a *actio directa* simplesmente não tem qualquer relação direta com o altruísmo. Ao contrário, o direito brasileiro agrava a responsabilidade do gestor e cria para ele deveres adicionais, uma vez iniciada a gestão. Ou seja: após o ato inicial de altruísmo, surgem deveres de cuidado que devem ser respeitados mesmo que o altruísmo do gestor tenha cessado. Em relação à *actio contraria*, também o princípio do altruísmo não explica muitas das regras sobre a gestão. Em primeiro lugar, como observou Stoljar, o altruísmo não explica por

<sup>(19)</sup> S. J. Stoljar, “Negotiorum gestio”, p. 13.

<sup>(20)</sup> De fato, a tensão entre altruísmo e justiça já era percebida com clareza pelos filósofos medievais e até hoje preocupa filósofos morais e filósofos do direito. A melhor formulação do problema é ainda aquela de Anselmo e que é comumente referida como o paradoxo da misericórdia: “Que tipo de justiça é essa que dá àquele que merece a morte eterna, a vida que não acaba? Como, então, Senhor cheio de graça, bondoso para com os maus, podes salvar os maus se isso não é justo e Vós nada fazeis de injusto?” (St. Anselm, *Proslogium (with a reply on behalf of the fool by Gaunillo and the Author's reply to Gaunillo)*, p. 129).

que o gestor tem direito a demandar o *dono do negócio* pelos seus prejuízos. Se o altruísmo é um valor, seria mais altruísta da parte do gestor abdicar de seus gastos em relação ao dono do negócio do que exigir restituição das despesas e reparação de eventuais danos sofridos. Em outras palavras, a regulamentação da gestão não oferece reconhecimento pelo altruísmo, mas formas de minimizar o altruísmo do gestor. Um segundo argumento reside no fato de que, mesmo que as intenções do gestor não fossem completamente altruístas, se preenchidos os requisitos estabelecidos nos dispositivos legais, haveria direito a restituição das despesas e indenização dos danos do gestor. De fato, esses casos em que a gestão se aplica na ausência de altruísmo parecem ser a maioria dos casos.<sup>21</sup>

Feitas essas advertências, cumpre tratar individualmente dos princípios subjacentes à gestão de negócios. Em primeiro lugar, em relação à *actio directa*, o princípio que lhe subjaz é o princípio da autonomia privada. A legislação impõe uma série de deveres especiais ao gestor que visam orientar a sua conduta de modo que permita, na maior medida possível, que a sua administração dos interesses alheios conflite na menor medida possível com a determinação autônoma do *dominus* sobre seus próprios interesses. Se o gestor violar esses deveres, o titular do interesse gerido terá direito ao ressarcimento dos prejuízos causados decorrente. De fato, a culpa na responsabilização civil do gestor de negócios diz respeito justamente a esses deveres específicos que surgem para o gestor em razão da gestão. Os arts. 861 e 864 a 868, *caput*, regulam esses deveres peculiares do gestor de negócios: há o dever de gerir conforme o interesse ou vontade presumível do dono (art. 861), o dever de aviso (art. 864), o dever de continuar a gestão (art. 865), o dever de envidar diligência habitual (art. 866), o dever de não fazer operações arriscadas (art. 868). Esses deveres, cuja violação, como veremos a seguir, pode gerar diversos tipos diferentes de responsabilidade civil para o gestor, todos se explicam pela necessidade de preservar, na maior medida possível, a autonomia do *dominus*.

<sup>(21)</sup> Não há estatísticas confiáveis sobre casos de gestão no Brasil, mas Stoljar refere estudo realizado na Alemanha em que, de 1.100 casos julgados, apenas dois ou três (de 1941, 1949 e 1962) são realmente situações em que o gestor agiu por altruísmo.

Cumpre aqui lembrar a excepcionalidade da gestão de negócios frente ao princípio da autonomia privada. Nas palavras de Serpa Lopes, “o princípio geral é o de não ser lícito a quem quer que seja imiscuir-se no negócio alheio, a menos que, excepcionalmente, ocorra uma imperiosa necessidade ao lado de uma utilidade nessa intervenção”.<sup>22</sup> Todavia, o gestor, por definição, é aquele que se imiscui. Por essa razão, a legislação introduziu diversos deveres nos quais incorre o gestor, se resolver iniciar a gestão, como o dever de gerir conforme a vontade presumível do dono e o dever de envidar diligência habitual. Alguns dos deveres imputados ao gestor, porém, parecem não ter relação apenas com o princípio da autonomia privada, mas também estão relacionados à noção de confiança.<sup>23</sup> Por exemplo: o dever de dar continuidade à gestão iniciada (art. 865) é uma forma de evitar a confiança gerada nos terceiros (que, por hipótese, poderiam ter a disposição de gerir o interesse do *dominus*) de que este interesse já estava sob os cuidados de outrem (e de que, portanto, sua intervenção não seria necessária).

O segundo princípio que subjaz ao instituto é um corolário do princípio da conservação estática dos patrimônios, que é fundamento de todo o direito restitutivo.<sup>24</sup> No caso da gestão de negócios, esse princípio se manifesta em um subprincípio segundo qual o investimento proveitoso na conservação ou no acréscimo do patrimônio de outrem deve ser restituído a quem investiu por quem se beneficiou do investimento. Obviamente que esse enriquecimento *imposto* tem

<sup>(22)</sup> Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., p. 45-46.

<sup>(23)</sup> A utilização da expressão “noção de confiança”, e não de “princípio da confiança”, visa simplesmente a enfatizar o fato de que a confiança é tomada aqui como mero fato social e não como norma. A norma subjacente ainda é a que determina maximizar a autonomia do *dominus* em relação aos seus interesses. Somente uma gestão eficaz pode cumprir esse objetivo, finalizando com a devolução da administração do interesse ao próprio dono do negócio. A confiança aqui é gerada em terceiro que teria a disposição de auxiliar o *dominus*, mas não o faz por crer que não há necessidade de intervir. A sua confiança não é o que a norma protege, mas sim a preservação dos interesses do *dominus*. Uma lúcida explicação da noção de confiança pode ser encontrada em recente livro de Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 45-55.

<sup>(24)</sup> Cf., *supra*, item 3 da Introdução.

regras específicas para que seja considerado fundamento de um direito à restituição. Esses limites, derivados em parte da própria necessidade de proteger a autonomia privada do dono do negócio, estão regulados com algum detalhe no Capítulo II do Título VII. Esse segundo princípio, quando posto a serviço da compreensão dos dispositivos legais que versam sobre a gestão de negócios, se especifica como um princípio de restituição de algo que se constitui em um “sacrifício injusto” (enquanto no enriquecimento sem causa a especificação do princípio parece mais centrada na noção de “migração de um bem”). No próximo item voltaremos a discorrer sobre essa especificação do princípio que norteia a gestão de negócios, e a diferença entre essa compreensão da gestão de negócios e o enriquecimento sem causa.

Portanto, a interpretação das regras positivadas no presente capítulo deve levar em conta tanto o princípio da autonomia privada (compreendido, em algumas situações, à luz da noção de confiança) quanto o princípio da conservação estática dos patrimônios, em sua interação com os demais princípios informadores do ordenamento jurídico. Antes de passar especificamente ao comentário de cada qual dos dispositivos que regulam a gestão de negócios, cumpre tecer algumas considerações sobre o interesse do instituto na atualidade.

### 3. A gestão de negócios e o enriquecimento sem causa

Esclarecidos os fundamentos do instituto, é necessário investigar a relação entre a gestão de negócios (na verdade, a *actio contraria*) e o instituto paradigmático do direito restitutivo, qual seja o enriquecimento sem causa. Se o princípio da conservação estática dos patrimônios subjaz tanto a um quanto a outro, é legítimo perguntar por que temos dois institutos e não apenas um. A resposta a essa pergunta permite compreender quais os limites de cada instituto na prática e, além disso, nos permite melhor interpretar o texto legislado.

Tradicionalmente, a comparação entre os institutos se centra na diferença eficaz entre eles, em especial no problema da necessidade ou não de que a vantagem do beneficiado (i.e., o *dominus* na gestão e o enriquecido no enriquecimento sem causa) subsista ao menos até o momento da propositura da ação. Na gestão de negócios não é necessário que a vantagem obtida a partir do altruísmo do gestor subsis-

ta no patrimônio do *dominus* para que haja direito à restituição,<sup>25</sup> enquanto o mesmo não se pode dizer, de regra, no enriquecimento sem causa.<sup>26</sup> Ainda que isso seja correto, não fica clara a razão subjacente ao tratamento diferenciado. A compreensão dessa razão certamente proveria uma explicação das diferenças nos suportes fáticos dos dois institutos.

Uma diferenciação mais compreensiva entre os institutos foi proposta por Stoljar em seu importante trabalho de 1984.<sup>27</sup> A teoria proposta não parece correta, mas o seu ponto de partida, desde que temperado por algumas qualificações, é promissor. Stoljar propõe considerar que o enriquecimento sem causa deve ser compreendido como um resultado do fato de que o enriquecido não possui título para conservar a “coisa” com a qual se enriqueceu. O enriquecimento sem causa geraria uma pretensão de tipo reivindicatório. A *actio contraria* da gestão de negócios, diferentemente, não pressuporia a existência de qualquer bem anterior ao benefício que surge ao dono do negócio, mas seria uma forma de “remuneração” pelos serviços prestados pelo gestor (teria havido um sacrifício injustificado por parte do gestor em favor do dono do negócio).<sup>28</sup>

Essa concepção falha por diversas razões em explicar a legislação brasileira (e, diga-se de passagem, a maior parte das regulamentações desses institutos no direito comparado). A uma porque o gestor, no direito brasileiro, a não ser em casos excepcionalíssimos explicados abaixo, não faz jus a qualquer remuneração pelos serviços prestados. Pode apenas recuperar as despesas efetuadas em favor do dono do negócio e os danos que suportou em benefício deste. A duas porque, no enriquecimento sem causa, a titularidade do bem é *efetivamente transferida*. O proprietário do bem não é o “empobrecido”, mas o próprio *enriquecido*. A prova disso é que o “empobrecido” não tem direito de seqüela em relação a esses bens. De fato, o enriquecimento sem causa só se torna central, no direito das obrigações, naqueles momentos históricos em que o direito positivo incorpora uma “es-

(25) Veja-se o item 2 do comentário ao art. 869, *infra*.

(26) Veja-se o item 1.1.4 do comentário ao art. 884, *infra*.

(27) S. J. Stoljar, “Negotiorum gestio” *cit.*, p. 8-12.

(28) *Idem*, p. 11.



quizofrenia” entre dois grupos independentes de regras, quais sejam as regras de atribuição de titularidade de bens e as regras de justificação substancial da atribuição de bens *efetivada*.<sup>29</sup>

Todavia, ainda que o desenvolvimento da teoria tenha deixado a desejar, a intuição subjacente a essa teoria parece ser perfeitamente correta. Essa intuição é mais claramente expressa nas palavras do próprio autor, quando diz: “De fato, a *negotiorum gestio* não é fundada em uma noção de enriquecimento injusto, mas sim em uma noção de sacrifício injusto”.<sup>30</sup>

Na realidade, a *restituição* subjacente ao enriquecimento sem causa é a *devolução* de um bem específico ou de seu valor. Esse bem não precisa ser uma “coisa”, em sentido técnico, mas pode ser mesmo um direito (v.g., direito à exploração comercial de uma imagem), mas de toda forma o que se verifica é a noção de que um bem atribuído a alguém migra para o patrimônio de outrem, ou porque esse outro adquire titularidade sobre o bem, ou porque esse outro utiliza, consume ou, de qualquer outra forma, usufrui o bem sem que a isso tenha direito. Diferentemente, a *restituição* subjacente à gestão de negócios é a reconstituição do patrimônio do gestor que empregou um ou mais bens seus, ou mesmo emanções da sua personalidade, na defesa dos interesses do dono do negócio. Os bens do gestor não migram em direção ao patrimônio do enriquecido (como acontece no enriquecimento por prestação), nem são usufruídos pelo enriquecido como se tivesse direito ao bem (como acontece no enriquecimento por intervenção), mas são empregados pelo próprio gestor na persecução dos interesses do dono do negócio.

Essas duas formas de conceber a restituição dão conta de como é possível que a gestão de negócios não se subsuma na categoria mais

<sup>(29)</sup> Essa “esquizofrenia” não é necessariamente ruim, mas responde a certas necessidades do tráfico de bens em sociedades complexas, em especial a necessidade de regras formais claramente aplicáveis por todos para a atribuição de titularidade de bens, sem as quais uma sociedade em que estranhos negociam constantemente dificilmente poderia existir. Uma explicação mais detalhada desse fenômeno de dissociação pode ser encontrada adiante (veja-se o item 1.4.2 do comentário ao art. 884, *infra*).

<sup>(30)</sup> No original: “Indeed, *negotiorum gestio* is not so much predicated on a notion of unjust enrichment as on an idea of unjust sacrifice” (S. J. Stoljar, “*Negotiorum gestio*” cit., p. 11).

abrangente do enriquecimento sem causa. E essa diferença também explicará as diferentes regulamentações de cada instituto no direito positivo brasileiro e servirá como princípio hermenêutico que ajuda na interpretação dos institutos, como veremos ao comentar especificamente os dispositivos legais que regulam a gestão de negócios.

#### 4. Interesse do instituto na atualidade

A maior parte da doutrina contemporânea é rápida ao afirmar a pouca relevância do instituto<sup>31</sup> na atualidade. Chegou-se a reclamar da “exagerada minudência” de regulamentação do novo Código Civil brasileiro.<sup>32</sup> Todavia, há indícios de que, ao menos em certas áreas, a utilização do instituto está em expansão. Um desses indícios é o rápido crescimento da tendência a reconhecer o instituto (ou de doutrinas análogas ao instituto) em ordenamentos que, tradicionalmente, não o admitiam, notadamente nos ordenamentos de *common law*.<sup>33</sup> De outra parte, ordenamentos jurídicos que tradicionalmente excluía a aplicação do instituto a certos tipos de caso passaram a admiti-la mesmo nesses casos.<sup>34</sup> É importante identificar, portanto, quais os campos em que o instituto está em retração e separá-los daqueles em que a utilização do instituto se mantém estável e também daqueles em que o instituto está em expansão.

A melhor estratégia para avaliar a utilidade do instituto foi aquela proposta por Vieira Gomes, segundo quem esse tema deve ser apreciado sob dois aspectos diferentes e complementares, quais sejam (a) a utilidade prática do instituto e (b) a sua importância no contexto da dogmática jurídica.<sup>35</sup>

<sup>(31)</sup> Nesse sentido, entre inúmeros outros, Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quase contratti...* cit., p. 235-236; Silvio Rodrigues, *Direito civil* cit., v. 3, p. 398.

<sup>(32)</sup> Newton De Lucca, *Comentários ao novo Código Civil...* cit., p. 36.

<sup>(33)</sup> Peter Birks, *Unjust enrichment*, p. 21-22; S. J. Stoljar, “*Negotiorum gestio*” cit., p. 4.

<sup>(34)</sup> Como é o caso da evolução da jurisprudência francesa no que toca à possibilidade de utilizar a gestão de negócios como instrumento que permite o ressarcimento dos gastos daquele que presta socorro, mesmo que, ao fazê-lo, esteja agindo por dever (cf. nota 40, *abaixo*).

<sup>(35)</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *A gestão de negócios...* cit., p. 11 ss.

Do ponto de vista de sua utilidade prática, e em que pesem opiniões em contrário,<sup>36</sup> a gestão de negócios não tem hoje a importância que teve outrora. Em parte, isso se deve ao fato de que as tecnologias de transportes e de comunicação tornam muito fácil que o interessado administre os seus negócios à distância.<sup>37</sup> Em parte, porque a própria tecnologia jurídica desenvolveu ou bem instrumentos de gestão eficazes (novas formas societárias, registros públicos que tornam mais seguros os negócios realizados por mandato etc.), ou bem formas de restituição similares à gestão de negócios, mas de aplicação significativamente mais abrangente (como o enriquecimento sem causa). Adicione-se a isso o fato de que certos casos típicos de gestão de negócios foram submetidos pelo novo Código a uma regulamentação específica, como o pagamento de dívida por terceiro, e será possível perceber a diminuição do número de situações às quais se aplicam as regras da gestão de negócios.<sup>38</sup>

Em que pese a inegável diminuição do escopo de aplicação do instituto, é possível apontar, tanto no Brasil como no direito comparado, diversas situações cuja solução requer a aplicação das regras relativas à gestão de negócios. Casos mais relevantes aos quais ainda podem ser aplicadas as regras sobre gestão de negócios são os de prestação de socorro urgente à pessoa ou ao patrimônio de outrem. De fato, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que não há consenso sobre uma aplicação geral do instituto da gestão de negócios, como nos direitos inglês e norte-americano, há uma tendência a reconhecer a sua relevância em relação a esses casos de prestação de socorro, ainda que de forma limitada.<sup>39</sup> Em sistemas jurídicos que instituem um

<sup>(36)</sup> Idem, p. 12. Nessa passagem o autor português refere as opiniões de Semo e Picard.

<sup>(37)</sup> Arnoldo Wald, *Obrigações e contratos*, p. 537.

<sup>(38)</sup> Sobre a utilização da gestão de negócios para regular os casos de pagamento de dívida por terceiro, veja-se Hector L. MacQueen, *Payment of another's debt*, p. 459 e passim.

<sup>(39)</sup> Os ordenamentos da *common law* admitem desde muito uma *doctrine* segundo a qual serviços prestados em situação de emergência por profissionais médicos no intuito de preservar a vida dão azo ao direito de restituição do valor do serviço prestado (v.g., Frederic C. Woodward, *The law of quasi contracts*, § 191, p. 309, e também § 201, p. 314-315).

dever de prestar socorro discute-se sobre a possibilidade de utilizar o instituto como meio de recuperar as despesas daquele que presta socorro.<sup>40</sup> Tratar-se-á desse assunto no comentário ao art. 861, abaixo.

Outro caso relevante é aquele em que, havendo comunhão de interesses entre pessoas de um grupo, apenas uma delas se encarrega de gerir esses interesses. Admite-se a aplicação da gestão de negócios, por exemplo, no condomínio. Por força do art. 1.315 do Código Civil, todas as despesas de conservação da coisa devem ser divididas entre os condôminos. Todavia, não há disposição específica sobre as despesas que aproveitam à coisa, mas que não são propriamente despesas de conservação. A estas devem ser aplicadas as regras da gestão de negócios. Por essa razão, não parece exato o exemplo que Pontes de Miranda oferece de gestão de negócios entre co-proprietários. O autor alagoano afirma que o comproprietário que demole a torre que ameaça cair ou o muro que ameaça a caixa de eletricidade é gestor.<sup>41</sup> Todavia, essas são situações de conservação do bem, cobertas pelo art. 1.315 do novo Código Civil (cujo *caput* equivale ao do art. 624 do Código anterior), não sujeitas aos requisitos específicos da gestão de negócios.

De toda forma, como lembra Aída de Carlucci, nem sempre os repertórios de jurisprudência refletem a vitalidade de um instituto.<sup>42</sup> Talvez os fatos de que (a) a regulação da gestão de negócios é o resultado de longos anos de amadurecimento e de que (b) essa regulação é intuitivamente ligada à idéia de sacrifício injusto expliquem o seu acatamento espontâneo e a escassez de jurisprudência sobre o tema.

Do ponto de vista de sua importância dogmática, deve-se ressaltar que o conjunto de fatos concretos capturados pelo suporte fático da gestão de negócios compreende dois elementos com os quais os juristas não se sentem normalmente à vontade.

Em primeiro lugar, Vieira Gomes ressalta a idéia de altruísmo. Ainda que esse não seja um traço definidor do instituto, como vimos

<sup>(40)</sup> Por exemplo, na França, cf. C. Radé, *La responsabilité civile contractuelle...* cit., p. 98, e François Terré et al, *Droit civil – Les obligations*, p. 984.

<sup>(41)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 43, § 4705, p. 186.

<sup>(42)</sup> Aída K. De Carlucci, *La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina: nuevas tendencias doctrinales y los proyectos de reformas unificadores de la legislación civil y comercial*, p. 120.

acima, é inegável que as regras da gestão de negócios incidem sobre numerosos casos em que o comportamento do agente é guiado pelo altruísmo. O fato de que o gestor deve possuir *animus negotia aliena gerendi* (desenvolvido abaixo, no item 1.4 do comentário ao art. 861) faz crer que o seu interesse precípua não é a gestão do próprio interesse (excetuada a situação de conexão de interesses prevista no art. 875). Já se falou que o nosso direito das obrigações, construído sobre a fantasia de que todos os indivíduos sempre agem de modo auto-interessado, tende a considerar o ato de altruísmo como "anormal".<sup>43</sup> Por essa razão, as legislações ocidentais dão um tratamento "desajeitado" a atos jurídicos praticados *causa donandi*, como os legados e as doações, cuja forma e cujos efeitos são muito estritamente regulados com um regime especialmente restrito de invalidade e mesmo de ineficácia (v.g., nos casos de ingratidão). A gestão de negócios, nesse particular, pode servir como ponto de partida para a construção de uma teoria do altruísmo no direito privado. Ressalte-se, ainda, que o elemento altruísta que normalmente se verifica nos contextos fáticos em que incidem as regras sobre o instituto explica o porquê de não haver um maior número de casos de gestão de negócios na jurisprudência dos tribunais, vez que o gestor realmente altruísta normalmente não lança mão de seu direito à restituição de despesas e prejuízos.

Em segundo lugar, a gestão de negócios não regula apenas os casos que poderiam ser resolvidos por apelo às regras de validade e eficácia de negócios jurídicos. Isso porque a gestão de negócios pode se dar pela simples prática de atos materiais que não podem ser anulados, pois que simplesmente existem. Adicione-se a isso o fato de que, na gestão de negócios, não há contrato (como no caso da doação) ou aceitação (como no caso do legado), de forma que a intervenção é imposta ao *dominus*.

Conclui-se, portanto, que são apressadas as conclusões de parte da doutrina sobre a decadência do instituto, que mantém grande vitalidade dogmática ainda que o conjunto dos casos aos quais se aplique tenha de fato sofrido alteração.

As discussões dessa introdução sobre a estrutura da gestão de negócios, sobre os seus princípios fundantes, suas diferenças com o

<sup>(43)</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *A gestão de negócios...* cit., p. 14.

enriquecimento sem causa e quanto ao seu âmbito de aplicação se refletem diretamente na compreensão da lei que regula o instituto, como será possível perceber nas páginas que seguem.

**Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.**

## DIREITO ANTERIOR

Esboço de Teixeira de Freitas, art. 3.426, para a definição, sem referência à vontade ou interesse, e art. 3.444, sobre a relação do gestor com terceiros; CC/1916, art. 1.331.

## LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil português, art. 464; Código Civil italiano, art. 2.028; Código Civil francês, art. 1.372; Código Civil espanhol, art. 1.888; Código Suíço de Obrigações, art. 419; Código Civil alemão, art. 677; Código Civil uruguaio: art. 1.309; Código Civil argentino, art. 2.288; Código Civil chileno, art. 2.286.

### 1. O suporte fático da gestão de negócios (direta)

Como se viu nos itens 1 e 2 da introdução ao presente capítulo do Código, o instituto da gestão de negócios regulamenta duas pretensões distintas, quais sejam: a ação direta do dono do negócio contra o gestor, por prejuízos causados pela gestão, e a ação *contraria* do gestor contra o dono do negócio, pelas despesas que teve em sua gestão.

Os suportes fáticos de cada ação são distintos, mas possuem requisitos comuns, dois dos quais, denominados por Pontes de Miranda "requisitos objetivos",<sup>44</sup> são expressamente exigidos pelo artigo em comento. Esses requisitos são, de um lado, a falta de outorga e, de outro, a alienidade do negócio, cada um dos quais devendo ser trata-

<sup>(44)</sup> Pontes Miranda, *Tratado de direito privado*, cit., v. 43, § 4706, p. 191.

do separadamente. Além desses requisitos objetivos, a doutrina aponta, como requisito comum aos suportes fáticos de ambas as pretensões (direta e contrária), a intenção de gerir negócio de outrem (o *animus negotia aliena gerendi*), que não é claramente requerida por qualquer dos artigos que regulam a gestão de negócios, seja no Código Civil anterior, seja no novo Código Civil. Desse requisito tratar-se-á tanto no comentário ao presente artigo como no comentário ao art. 875, abaixo, que, se bem interpretado, aponta para a inclusão do *animus negotia aliena gerendi* como requisito necessário para qualquer pretensão resultante de gestão de negócios.

Além desses requisitos explicitamente exigidos pelo texto do artigo em comento, a doutrina brasileira e comparada aponta alguns outros requisitos. Em primeiro lugar, é apontado o requisito objetivo da chamada *absentia domini*, que, ainda que não prevista explicitamente no suporte fático do instituto, pode ser inferida a partir dos princípios gerais que regulam a responsabilidade civil por atos ilícitos. Em segundo lugar, é apontado o requisito subjetivo da “capacidade do gestor”, cuja necessidade, como veremos adiante, varia conforme o objeto de análise seja uma *actio directa* ou uma *actio contraria*.

Essa coincidência em diversos elementos do suporte fático de cada qual das duas pretensões é o que justifica o tratamento unitário de ambas no âmbito de um mesmo instituto. Todavia, a interpretação de um mesmo requisito pode ser diferente conforme se trate de uma pretensão restituitória (ação *contraria*) ou de uma pretensão indenizatória (ação *directa*).

Vejamos cada qual dos elementos do suporte fático da gestão de negócios separadamente.

### 1.1 A falta de outorga

A existência de outorga de poderes exclui a aplicação das regras sobre gestão de negócios, seja esta outorga negocial, seja legal.

É importante salientar que a existência de um *dever jurídico* de gerir implica, em princípio, no *poder jurídico* de gerir.<sup>45</sup> Portanto, não

<sup>(45)</sup> Exemplificativamente, no Brasil, ver Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4705, p. 192; em Portugal, Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., p. 442.

apenas o mandatário, mas também o titular do poder familiar, o administrador judicial da falência, o depositário judicial e o tutor não são gestores de negócio, nos termos do art. 861. Todavia, há uma exceção largamente difundida no direito comparado a esse princípio, qual seja: o dever de prestar socorro. De fato, diversos sistemas jurídicos admitem que, mesmo que haja dever de prestar socorro, aquele que presta socorro deve ser considerado gestor de negócios da pessoa a quem o socorro foi prestado.<sup>46</sup>

Discutiu-se também se o dever não jurídico, mas meramente moral (para utilizar a expressão de Pontes de Miranda), de praticar o ato também excluiria a incidência do suporte fático da gestão de negócios. Pontes de Miranda, com razão, mantém a possibilidade de haver gestão de negócios mesmo quando haja dever moral de praticar o ato.<sup>47</sup>

Questão interessante é saber se o mandatário que atua em excesso de mandato também pode ser considerado gestor de negócios, presentes os demais requisitos da gestão.<sup>48</sup> Em relação à *actio contraria*, há quem considere que a atuação em excesso de poder jamais poderia ser considerada gestão de negócios, uma vez que a escolha do mandante de não conceder certos poderes ao mandatário poderia ser interpretada como uma intenção de que o mandatário não se imiscua naqueles assuntos para cujos cuidados seria necessário ter outros poderes. Tratar-se-ia, entendem esses doutrinadores, de um caso de *implicitas prohibitio domini*.<sup>49</sup> Essa opinião está equivocada pois superestima a capacidade do mandante de antever todas as possíveis combinações de fatos que podem justificar uma intervenção do mandatário para além dos poderes estabelecidos no mandato. Ao menos em relação a esses fatos, que não seriam ordinariamente cogitados pelo mandante, pode-se concluir pela possibilidade de que incida o suporte fático da gestão de negócios. Em relação à *actio directa*, porém, não

<sup>(46)</sup> Cf. autores citados nas notas 39 e 40, acima.

<sup>(47)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4706, p. 192.

<sup>(48)</sup> Em sentido afirmativo, no Brasil, Clóvis Bevilacqua, *Código Civil...* cit., v. 5, p. 83; no direito comparado, Schlesinger, *Eccesso di mandato e gestione d'affari*, p. 94.

<sup>(49)</sup> Sobre a discussão doutrinária, veja-se Miguel Pasquau Liaño, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 103.

há muito espaço para dúvidas. A atuação em excesso de poderes atrai a responsabilização civil mais rigorosa do gestor (típica da gestão de negócios), tanto frente ao *dominus* quanto em relação a terceiros. Há alguns bons exemplos jurisprudenciais dessa interpretação da noção de falta de outorga na atuação do mandatário em excesso de poder.<sup>50</sup>

Por fim, cumpre perguntar se a mera crença de que se está obrigado, sem que se esteja realmente obrigado, pode também excluir a incidência do suporte fático da gestão de negócios. Aqui se percebem claramente as diferenças práticas entre os princípios hermenêuticos referidos na introdução e, por conseqüência, a importância de identificar corretamente esses princípios. Quem vê a gestão de negócios como uma forma de instrumentalizar juridicamente o valor do altruísmo tende, como conseqüência, a pensar que aquele que pensa estar obrigado, mesmo que não esteja realmente obrigado, não poderá alegar que incidiram em seu caso as regras sobre gestão de negócios.<sup>51</sup> Essa forma de entender a gestão de negócios é, como vimos na introdução, equivocada. Alternativamente, a concepção de gestão de negócios (ao menos no que toca à *actio contraria*) como uma forma de compensar um sacrifício injustamente sofrido por alguém em benefício de outrem leva à conclusão de que o ânimo psíquico do gestor no que toca à existência ou não de um dever é irrelevante, vez que o sacrifício de seu patrimônio ou de certos aspectos de sua pessoa se verifica também no caso de pensar o gestor que tinha um dever que, de fato, não existia.

### 1.2 A alienidade do negócio

Em primeiro lugar, convém esclarecer que a palavra “negócios”, contida na expressão “gestão de negócios”, significa, mais propria-

<sup>(50)</sup> O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, decidiu que o contrato de locação celebrado por administradora de imóveis em excesso de poderes torna a administradora responsável perante o locatário pelos efeitos da resolução por inadimplemento (devolução de valores, cláusula penal e demais danos sofridos), excluindo a responsabilidade dos proprietários (TJRJ, 2.<sup>a</sup> Câm. Cív., Ap. 2004.001.06189, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 30.06.2004, DO 06.07.2004).

<sup>(51)</sup> Vg., Miguel Pasquau Liaño, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 104-105.

mente, “interesses”.<sup>52</sup> Isso, porém, não significa que qualquer interesse do *dominus* possa ser objeto de gestão de negócios. O gestor não pode praticar aqueles atos que só podem ser praticados pessoalmente, como o testamento, o divórcio ou a adoção.<sup>53</sup> Há quem proponha restrição ainda maior, afirmando que o gestor pode apenas praticar atos propriamente patrimoniais.<sup>54</sup> Essa opinião parece excluir injustificadamente alguns casos do âmbito da gestão de negócios. Assim, a entrega de documentação necessária para instruir pedido administrativo previamente efetuado pelo *dominus* de nacionalidade brasileira, quando efetuada por terceiro, é ato material cuja eficácia é eminentemente a de contribuir para a alteração do *status* pessoal do requerente. Ainda assim, há que se considerar que houve gestão de negócios.

Pode-se gerir o “negócio” de outrem ainda que não se pratique qualquer ato ou negócio jurídico, bastando a prática de atos materiais. A opinião é unânime na doutrina brasileira<sup>55</sup> e comparada.<sup>56</sup>

Quando se referiu a negócio *alheio*, o legislador não excluiu a possibilidade de que o gestor tenha um interesse conexo ao interesse do dono do negócio no ato de gestão, como esclarece o art. 875 do Código.

Por fim, é importante investigar como pode ser definido propriamente o escopo do negócio, uma vez que sobre a totalidade do negócio gerido vão incidir os deveres de gestão (item 2, abaixo). Se o gestor iniciar a administração de certo interesse alheio (digamos que salva certo bem imóvel de um incêndio), englobaria a gestão também a gestão dos frutos desse bem, ou a sua exploração comercial regular? A determinação desse escopo não pode ser feita em abstrato. Aqui se prova necessário utilizar um dos padrões hermenêuticos que o direito brasileiro introduz para a compreensão do escopo das obrigações, nomeadamente a referência aos modelos culturais que servem de padrão hermenêutico ao intérprete.

<sup>(52)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4704, p. 177.

<sup>(53)</sup> M. J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações* cit., p. 433.

<sup>(54)</sup> Vg. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil* cit., v. 2, p. 422.

<sup>(55)</sup> Por exemplo, em Silvio Rodrigues, *Direito civil* cit., v. 3, p. 401.

<sup>(56)</sup> Por exemplo, M. J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações* cit., p. 433; P. Malaurie et al, *Droit civil – Les obligations* cit., p. 535.

O modo de utilização das circunstâncias no processo hermenêutico é explicado por Marcos Ludwig, construindo a conexão hermenêutica sobre lição de Antônio Junqueira de Azevedo. O professor da USP, em seu clássico *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*,<sup>57</sup> esclarece que, em relação às manifestações de vontade, as circunstâncias “formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*”, e, mais adiante, que “são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos”. Marcos Ludwig, por sua vez, demonstra que esse modelo ou padrão cultural, no processo obrigacional, pode ser considerado um modelo hermenêutico, nos termos da teoria dos modelos de Miguel Reale.<sup>58</sup> O mesmo padrão deve ser utilizado para interpretar também atos materiais que geram eficácias jurídicas e não apenas declarações de vontade. Daí a sua utilidade na interpretação dos limites dos deveres do gestor em relação a quais interesses do *dominus* ele tem o dever de continuar gerindo.

### 1.3 Impossibilidade de gestão pelo dono do negócio

É necessário que o dono do negócio esteja impossibilitado de gerir pessoalmente o negócio.<sup>59</sup> Se a intervenção ocorre em situação na qual esse requisito não se verifica, não ocorre gestão de negócios, mas ato ilícito absoluto. Nesse caso, como sói acontecer no direito das obrigações, a extrema dificuldade equivale à impossibilidade.

Tradicionalmente denominado de *absentia domini*, esse instituto não requer a ausência em sentido técnico do *dominus* (regulada pelos arts. 22 a 39 do novo Código).<sup>60</sup> Não é necessário nem mesmo um desaparecimento ou um distanciamento prolongado. A “não-presença” pode ser temporária, mas deve ser tal que a demora da realização

<sup>(57)</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 122.

<sup>(58)</sup> Marcos Ludwig, *Usos e costumes no processo obrigacional*, p. 116-117, nota de rodapé 5.

<sup>(59)</sup> Aída K. De Carlucci, *La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina...* cit., p. 119.

<sup>(60)</sup> Pela desnecessidade da ausência, exemplificativamente, Aquilino Bevilacqua, *Código Civil brasileiro anotado*, p. 368.

da gestão possa ser danosa aos interesses do dono do negócio ou mesmo em relação a terceiros (como na hipótese regulada pelo art. 871).<sup>61</sup>

A razão subjacente para exigir essa impossibilidade de gerir o negócio pessoalmente é a necessidade de coibir aqueles que se imiscuem em negócios alheios sem que haja qualquer necessidade.<sup>62</sup> Daí por que não deve ser interpretada a *absentia domini* como uma ausência em sentido técnico: basta que a intervenção do gestor não se constitua em uma interferência em assunto que o dono do negócio tem possibilidade de gerir.

Se atos de gestão são praticados na presença do *dominus*, que poderia ter assumido a gestão de seus próprios interesses, mas não o fez, não se trata de gestão de negócios, mas de mandato tácito.<sup>63</sup> É interessante notar que há situações nebulosas em que um e outro fundamento são utilizados simultaneamente, em razão de ausência de provas.<sup>64</sup>

A jurisprudência entendeu corretamente que a possibilidade efetiva de gestão conjunta exclui a gestão de negócios, como no caso da administração conjunta da conta corrente.<sup>65</sup> Nesse caso, além do fato de que a alienidade do negócio não se configura dada a confusão de interesses (como afirma o acórdão), deve-se ressaltar que a existência de outorga de poderes implica a ausência do requisito de *absentia domini*.

<sup>(61)</sup> Aída K. De Carlucci, *La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina...* cit., p. 133.

<sup>(62)</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>(63)</sup> Clóvis Bevilacqua, *Soluções práticas de direito – Direito civil*, v. 1, p. 383-384; em sentido similar, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4704, p. 180.

<sup>(64)</sup> O TJRJ, por exemplo, decidiu que um corretor de imóveis que efetua despesas necessárias para a regularização do registro (condição necessária para a obtenção de financiamento bancário que viabilizaria o negócio realizado) tem direito ao ressarcimento das despesas, seja por gestão de negócios, seja por mandato verbal (melhor seria no caso a referência ao mandato tácito) (TJRJ, 3.ª Câm. Cív. Ap. 2003.001.06147, rel. Des. Murilo Andrade de Carvalho, j. 02.09.2003).

<sup>(65)</sup> Exemplificativamente, TJRS, 8.ª CC, Ap. Cív. 70003252889, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 06.11.2003.

#### 1.4 Primeiro requisito subjetivo: o *animus negotia aliena gerendi*

Houve, no direito comparado, três posições quanto a esse requisito. Há quem considere que este um requisito necessário para a configuração da gestão, há quem considere que a existência de *animus negotia aliena gerendi* não é condição necessária para a configuração da gestão de negócios e, finalmente, há quem considere que este é um requisito apenas para a *actio contraria*.

O novo Código Civil, assim como o anterior, não fazem menção expressa à vontade de gerir os interesses de outrem como requisito da gestão. Todavia, a doutrina nacional inclina-se a considerar esse um elemento nuclear do suporte fático desse instituto, tanto no que se refere à ação contrária quanto no que diz respeito à ação reversa.<sup>66</sup> No direito comparado essa é também a tendência predominante.<sup>67</sup> A discussão deve ser procedida de modo mais sutil do que um simples aliar-se a uma ou outra tese. Em primeiro lugar, a resposta à questão varia conforme se trate da ação do dono do negócio contra o gestor (direta) ou do gestor contra o dono do negócio (*contraria*). Em segundo lugar, mesmo no específico de cada uma dessas ações, a noção da intencionalidade do gestor suscita diferentes problemas. A investigação sobre a intencionalidade do gestor é bastante complexa e não é possível levá-la a cabo com propriedade se todas essas complexidades ficam subsumidas à aparentemente simples pergunta sobre se o *animus aliena negotia gerendi* se verifica. Procedamos, portanto, à análise das diversas questões contidas nessa pergunta.

Em relação à ação *contraria*, a discussão perde muito de seu interesse se considerarmos que naqueles casos em que o requisito falta é freqüente que estejam presentes os requisitos do enriquecimento

<sup>66</sup> Veja-se, exemplificativamente, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4706, p. 193. Nesse mesmo sentido, veja-se Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil* cit., v. 2, p. 442), Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro* cit., v. 3, p. 719) e Newton De Lucca (*Comentários ao novo Código Civil...* cit., p. 42). Em sentido contrário, Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil - Direito das obrigações*, v. 5, 2.ª Parte, p. 284) e Serpa Lopes (*Curso de direito civil...* cit., p. 31-32).

<sup>67</sup> Por exemplo, em Paolo Gallo, *Irmedi restitutori...* cit., p. 298, e M. J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações* cit., p. 433.

sem causa. Todavia, mesmo em relação à pretensão restituitória do gestor há, por vezes, necessidade de investigar o *animus negotia aliena gerendi*, vez que as conseqüências de um e outro instituto serão radicalmente diferentes naqueles casos em que o benefício ao *dominus* já se extinguiu ou nem chegou a se verificar concretamente (como ocorreria, por exemplo, no caso do gestor que tem prejuízos na tentativa de apagar o incêndio da casa do *dominus*). Antes de responder à questão proposta, devem-se separar analiticamente as situações em que essa pergunta pode ser relevante. Há, nesse sentido, ao menos quatro situações relevantes: (a) a pergunta sobre a intenção do gestor pode simplesmente ser traduzida na questão sobre se houve intenção de gratuidade do gestor;<sup>68</sup> (b) a pergunta sobre a intenção do gestor pode também ser traduzida na questão de se o gestor pensava ser o próprio titular do negócio gerido; (c) a pergunta sobre a intenção do gestor pode ser traduzida na questão de se o gestor pensava ser o negócio de uma terceira pessoa que não o verdadeiro titular do negócio; (d) a pergunta sobre a intenção do gestor pode também ser traduzida na questão de se o gestor não estaria visando primariamente um interesse seu, causando o benefício ao *dominus* apenas reflexamente. De cada qual dessas quatro interpretações do *animus negotia aliena gerendi* resulta uma resposta diferente para a questão proposta.

Quanto à questão (a), tem-se que a intenção de gratuidade do sacrifício excluiria a incidência das regras sobre gestão, no tocante à ação *contraria*.

A questão (b) é explicitamente regulada em diversos sistemas jurídicos, como no alemão (§ 685 do BGB). No Brasil, os fundamentos legislativos que justificam essas conclusões não estão presentes, nem mesmo implicitamente, como na França, onde se entendeu que a expressão "voluntariamente" continha implicitamente a noção de voluntariedade voltada aos negócios de outrem.<sup>69</sup> Pela ausência desse fundamento legislativo é de se concluir que, em relação à ação *contraria*, não é necessário que haja *animus* do gestor direcionado conscientemente ao benefício de outrem. Essa conclusão, aliás, está mais

<sup>68</sup> Esse parece ter sido o sentido em que Maria Helena Diniz afirma ser necessário o *animus negotia aliena gerendi* para a gestão de negócios (*Curso de direito civil brasileiro...* cit., v. 3, p. 719).

<sup>69</sup> Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., p. 31.

em linha com o fundamento apontado para o instituto na introdução ao tratamento da gestão de negócios acima, especialmente no item 3, já que, como lá ficou dito, o fundamento último da gestão não é o altruísmo, mas a noção de um sacrifício injustamente suportado pelo gestor em benefício do *dominus*. Por outro lado, se alguém pensa estar gerindo seu próprio interesse, pode ocorrer que outras regras mais específicas incidam sobre o caso em vez daquelas regras típicas da ação *contraria*. Suponha-se, por exemplo, que alguém tome posse de bens de outrem e os administre na convicção de que são seus. Não seriam aplicáveis às benfeitorias feitas as regras da gestão de negócios, mas sim as regras sobre o possuidor de boa-fé. Em não incidindo regras mais específicas, aplicar-se-á ao caso descrito a regra geral do enriquecimento sem causa e não as regras da gestão de negócios.

No que toca à questão (c), impõe-se saber se o erro do gestor quanto à titularidade do interesse pode excluir a gestão de negócios. Se o gestor pensa que o interesse gerido é de X, quando na verdade o interesse é de Y, ainda assim configurar-se-á a gestão de negócios. A solução, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser inferida a partir do § 2.º do art. 869, segundo o qual o direito à restituição do gestor contra o *dominus* subsiste mesmo naqueles casos em que o gestor, “em erro quanto ao dono do negócio, der a outra pessoa as contas da gestão”. A partir dessa regra específica sobre as contas é possível inferir o *standard* mais geral segundo o qual essa forma de erro do gestor quanto à titularidade não exclui a incidência das regras sobre gestão de negócios (ao menos no que toca à *actio contraria*).

Por fim, em relação à questão (d), é importante salientar que a concorrência de interesses entre gestor e *dominus*, em regra, não exclui a incidência das regras sobre gestão de negócios (tema que será mais detidamente tratado no comentário ao art. 875, abaixo). *A fortiori*, o desconhecimento de quem seja o titular do interesse gerido também não exclui a gestão de negócios.<sup>70</sup> Também em relação à *actio contraria*, é importante ressaltar que a intenção de obter proveito próprio ao administrar bens que se sabe serem de outrem exclui o *animus negotia aliena gerendi* e, por conseguinte, a incidência das regras sobre gestão de negócios.<sup>71</sup>

<sup>(70)</sup> Aquilles Bevilacqua, *Código Civil...* cit., p. 368.

<sup>(71)</sup> Miguel Pasquau Liaño, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 358 ss.

A situação é diferente em se tratando da *ação direta*, uma vez que ao gestor que pensa gerir seu próprio interesse não será normalmente imputável a má gestão (a não ser que tenha sido negligente na aferição da titularidade do interesse), dados os princípios gerais de responsabilização civil no direito brasileiro (em especial os arts. 186 e 927, *caput*). Há, no TJSP, decisão no sentido de que o dever de prestação de contas do gestor em relação ao *dominus* prescinde da verificação de *animus negotia aliena gerendi*.<sup>72</sup> A decisão, *data venia*, está equivocada. Se o administrador pensava estar cuidando dos próprios bens (o que não era comprovadamente o caso), deve-se perguntar se a sua representação mental equivocada da realidade é culposa ou não. Em sendo culposa a representação mental, o administrador é responsável perante o dono dos bens; em não sendo culposa, não há responsabilização civil, mas apenas dever de restituição dos bens e do enriquecimento sem causa que estes bens porventura tenham gerado para o administrador. Não há que se falar em prestação de contas em qualquer desses casos.

### 1.5 Segundo requisito subjetivo: a capacidade do gestor

Ao contrário dos Códigos Civis italiano (art. 2.029), argentino (art. 2.288), boliviano (art. 974), paraguaio (art. 1.809) e, de modo qualificado, o Código Civil alemão (§ 682), o Código brasileiro não requer explicitamente a capacidade jurídica do gestor para que surja a eficácia jurídica da *actio directa*. Impõe-se perguntar: pode o incapaz constituir para si mesmo, por meio da prática de um ato de gestão, a obrigação de continuar a gerir os negócios de outrem?

Pontes de Miranda considera que não há necessidade nem de capacidade negocial, nem de capacidade delitual, para que os efeitos da gestão de produzam.<sup>73</sup> O assunto, todavia, parece mais complexo, devendo ser tratados separadamente os suportes fáticos da ação direta do *dominus* contra o gestor e da ação reversa do gestor para com o *dominus*.

Em relação à ação reversa do gestor para com o *dominus* para ressarcimento das despesas da gestão útil (art. 869), não parece ser necessária a capacidade do gestor.

<sup>(72)</sup> TJSP, 3.ª Câm. Dir. Priv., Ap. Cív. 11.971-4/9, rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. 29.06.2004.

<sup>(73)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4706, p. 195.



A situação é diferente quando se trata dos deveres surgidos da gestão de negócios para o gestor (dever de permanecer na continuidade da gestão etc.) e da forma de responsabilização do gestor pela violação desses deveres (v.g., responsabilização mesmo pelo caso fortuito, na hipótese do art. 862). No sistema do Código Civil, o absolutamente incapaz não pode criar voluntariamente deveres para si mesmo, a não ser pela prática de ato ilícito (e, mesmo assim, esses deveres estão sujeitos às limitações de responsabilização contidas nos arts. 928, 932 e 933 do Código Civil).

Poderia o incapaz criar para si o dever de seguir gerindo um interesse (negócio) do *dominus* enquanto este não retomasse a administração desse seu interesse? Poderia o incapaz escolher incorrer em um regime de responsabilidade mais estrito, como é o do art. 862?

A melhor solução é aquela que se encontra no art. 682 do BGB, e que Serpa Lopes propugnava ser a mais adequada para solucionar o problema ainda na vigência do Código anterior: o incapaz só pode ser responsabilizado segundo as *regras gerais* de responsabilidade civil ou segundo as regras que determinam a restituição de um eventual enriquecimento injustificado.<sup>74</sup>

O que está contido em germe nessa solução é que os deveres cuja violação, pelo incapaz, podem gerar sua responsabilização são aqueles deveres gerais de conduta imputáveis a todos e não os deveres especiais resultantes da gestão (o dever de gerir segundo a vontade presumível do dono, o dever de continuidade da gestão etc.). Adicionalmente, pode haver direito do *dominus* à restituição de alguma vantagem auferida pelo gestor que configure enriquecimento sem causa.

Essa solução, aliás, foi sugerida até mesmo pela doutrina em ordenamentos jurídicos nos quais, diferentemente do Brasil, está contida disposição específica determinando a necessidade de que o gestor seja capaz para que se configure a gestão.<sup>75</sup>

Restaria ainda tratar do problema dos atos negociais praticados, em gestão de negócios, por absolutamente incapaz. Importa especial-

<sup>(74)</sup> Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., v. 5, p. 39-40.

<sup>(75)</sup> Neste sentido, por exemplo, manifestou-se uma parte da doutrina argentina, como reporta Aída De Carlucci (La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina... cit., p. 125).

mente saber se a ratificação do *dominus* tem o condão de sanar a nulidade do negócio jurídico celebrado. Esse problema será mais detidamente tratado no comentário ao art. 873, abaixo.

## 2. Dever de respeito ao “interesse” e à “vontade presumível” do dono

O artigo em comento comanda o gestor de negócios a proceder segundo o “interesse e a vontade presumível” daquele que tem seus negócios geridos.

A fórmula adotada pelo Código de 2002 (que repete a expressão contida no Código de 1916) é similar à solução alemã, suíça e, mais recentemente, portuguesa. Essa fórmula possui um conteúdo significativamente diferente da fórmula do “bom pai de família” dos direitos francês e italiano.<sup>76</sup> De fato, mesmo aqueles que defendem haver nestes ordenamentos a necessidade de utilização subsidiária do critério do bom pai de família<sup>77</sup> admitem a prevalência da vontade real ou presumível e do interesse objetivamente considerado.

O gestor será responsabilizado civilmente se não proceder à gestão de acordo com esse duplo *standard*. As excludentes normais de ilicitude (v.g., o estrito cumprimento de dever legal) afastam, também aqui, a responsabilidade civil. Assim, por exemplo, se a vontade presumível do *dominus* é a de que se pratique um ato que viola o direito, a ordem pública ou os bons costumes, o gestor está desobrigado de atender à sua vontade presumível.<sup>78</sup> Nessas situações, a vontade do *dominus* é, para utilizar a expressão de Pontes de Miranda, “inoperante”.

De fato, o Código nos oferece, no art. 871, o exemplo de uma situação na qual o gestor terá sempre garantida a restituição, ainda que sua ação fosse a vontade do *dominus*: o pagamento de dívida alimentar em nome do *dominus*. Pontes de Miranda sugere, com razão, quanto ao dispositivo equivalente do Código anterior, que aqui “é de interpretar-se a lei por analogia, com o que se põe o sistema jurídico

<sup>(76)</sup> No mesmo sentido, Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., p. 446.

<sup>(77)</sup> V.g., Galvão Telles, *Direito das obrigações*, p. 127.

<sup>(78)</sup> Neste sentido, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4709, p. 206; exemplificativamente, no direito comparado, Galvão Telles, *Direito das obrigações* cit., p. 125.

mais consentaneamente com o nível da cultura e da civilização, no tocante aos deveres de interesse público".<sup>79</sup>

Conclui-se que, *em princípio*, sempre que houver um dever do dono do negócio estatuído pela ordem jurídica no interesse público, a vontade do *dominus* de descumprir esse dever não exclui a caracterização da gestão de negócios daquele que cumpre o dever no lugar do *dominus*.

Convém brevemente explicar cada qual dos elementos do duplo *standard*. O interesse do dono é exemplarmente definido por Antunes Varela como a "aptidão objectiva do ato (levado a cabo pelo gestor) para satisfazer qualquer necessidade real do dono do negócio".<sup>80</sup>

Quanto à vontade do dono do negócio, é necessário esclarecer dois pontos. Em primeiro lugar, essa manifestação de vontade não pode ser uma manifestação de vontade negocial do *dominus* que equivalha a uma proposta no sentido de que alguém deveria administrar seus interesses em certo sentido. Nesse caso, o ato material do gestor poderia ser considerado uma aceitação e, presentes os requisitos legais, haveria contrato de mandato. Se houvesse mandato, não haveria gestão oficiosa.<sup>81</sup> Em segundo lugar, em não se tratando de declaração negocial, não há qualquer requisito de forma associado a essa manifestação de vontade do *dominus*. O artigo deixa claro ser possível até mesmo justificar a conduta do gestor na vontade presumível do dono do negócio. Essa vontade presumível deve ser aferida no caso concreto a partir do comportamento normal do próprio *dominus*. Isso explica por que é possível ao gestor até mesmo praticar negócios gratuitos, desde que haja firme evidência da vontade do *dominus* nesse sentido. Por exemplo, o fato de que o gestor por décadas contribuiu com um valor pequeno mensal para uma instituição de caridade.

O objetivo do gestor é harmonizar essas duas demandas. Assim, em havendo vários modos de satisfazer a vontade real ou presumida do dono do negócio, o gestor deve escolher aquele que mais se coaduna com o seu interesse; por outro lado, em havendo mais de uma

<sup>(79)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4707, p. 200-201.

<sup>(80)</sup> Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., p. 445.

<sup>(81)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4709, p. 205.

maneira de satisfazer o interesse do dono do negócio, o gestor deve optar pela que melhor satisfizer a sua vontade real ou presumível.

Por fim, deve-se lembrar que a responsabilização difere, conforme haja violação de (a) interesse ou de (b) vontade presumível. Na violação de interesse, a responsabilização civil poderá ser excluída pelas excludentes denexo causal, como o caso fortuito e a força maior. Por outro lado, a gestão iniciada em desacordo com a vontade real ou presumida do *dominus* é regulada pelo art. 862.

Em ocorrendo conflito entre, de um lado, a vontade real ou presumível do credor e, de outro lado, o seu interesse objetivamente considerado, a melhor solução depende das circunstâncias concretas do caso. Antunes Varela, contrariamente, crê que a vontade real ou presumida do dono do negócio deve sempre prevalecer sobre o seu interesse.<sup>82</sup> Todavia, há situações em que o gestor pode ser escusado por preferir o interesse à vontade do dono do negócio, notadamente naquelas em que o conflito entre vontade e interesse tenha surgido em decorrência de evento posterior ao momento em que o dono do negócio haja manifestado, ou deixado clara de modo indireto, a sua vontade. Nesses casos, a expressão da vontade do dono do negócio não poderia ter tomado em conta o fato de que um interesse seu seria atingido. Da mesma forma, se o conflito entre vontade e interesse resulta de um fato anterior à manifestação de vontade do dono do negócio, mas somente vem a ser conhecido após essa manifestação (i.e., na situação em que se torna claro para o gestor o erro substancial do dono do negócio subjacente à sua manifestação de vontade). Em ambos os casos, o dono não poderia ter tido consciência do conflito entre a sua vontade e o seu interesse no momento em que a vontade foi, direta ou indiretamente, manifestada. Nesses casos o gestor estará escusado por preferir servir ao interesse do dono, contrariando a sua vontade manifesta ou presumível.

Esse dever do gestor de avaliar qual a vontade e qual o interesse do dono do negócio, bem como a necessidade de avaliar a situação concreta para saber qual deve prevalecer, remete à investigação sobre qual deve ser o critério utilizado para avaliar a culpa do gestor. Há dois critérios possíveis para avaliar a culpa do gestor, quais sejam: (a)

<sup>(82)</sup> Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., p. 445-446.

o critério abstrato, segundo o qual o gestor deve ter o mesmo padrão de cuidado que seria de se esperar de um "bom pai de família", e (b) o critério concreto, segundo o qual deve-se tomar em conta o cuidado que o gestor deposita na administração de seus próprios negócios. O direito positivo brasileiro resolve essa dúvida por meio do art. 866, optando pelo critério concreto. O problema e a solução adotada pelo Código são mais detidamente explicados no comentário àquele artigo do Código, infra.

### 3. Responsabilidade perante terceiros

O artigo em comento estabelece que o gestor responde perante o terceiro "com que tratar". A singeleza da regra não denuncia a complexidade da construção doutrinária sobre o tema das relações negociais entre o gestor e o terceiro.

A doutrina diferencia duas situações diferentes: em primeiro lugar, o gestor pode ter agido em nome próprio; em segundo lugar, pode ter agido em nome do *dominus*.

Quando age em nome próprio, o gestor sempre deverá responder pelo negócio.<sup>83</sup> Por essa razão é irrelevante se o negócio é ou não utilmente administrado. A utilidade da administração pode apenas tornar o *dominus* co-responsável solidário e, nas relações internas entre os devedores solidários (gestor e *dominus*), o gestor terá direito de regresso contra o *dominus*.

Nos negócios que o gestor celebra em nome do dono do negócio, há três situações que reclamam regramento diferenciado, a saber: (a) aquela em que o negócio é utilmente administrado, que é regulada pelo art. 869 do Código Civil; (b) aquela em que o ato do gestor é ratificado, que é regulada pelo art. 873; e (c) aquela em que o negócio não é nem utilmente administrado nem ratificado, que não possui regulamentação específica no direito brasileiro. É necessário discutir esta última mais detidamente.

<sup>(83)</sup> Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., v. 5, p. 48. Alerta, porém, que é possível imaginar uma hipótese em que o *dominus* também pode ser acionado pelo terceiro. Se o terceiro sabia do interesse do *dominus* na celebração do negócio e decide celebrar o negócio em prol desse interesse, poderia ser, em princípio, caracterizado ele mesmo como gestor de negócios.

Há soluções diferentes no direito comparado para o problema de qual a situação do terceiro que contrata com o gestor na hipótese de (i) o gestor agir em nome do dono do negócio e (ii) a gestão resultar inútil. O Código Civil argentino tratou explicitamente do assunto em seu art. 2.305, estabelecendo que o terceiro pode exigir o cumprimento do contrato pelo gestor. Solução similar parece ter sido adotada pela doutrina espanhola e pela jurisprudência italiana.<sup>84</sup> A solução não é pacífica e, de fato, a doutrina francesa e a doutrina belga tendem a considerar que, nesses casos, o terceiro nada poderá reclamar, seja do dono do negócio, seja do gestor. Argumentam que o terceiro que aceita contratar nestas condições assume para si o risco de que não haja outorga prévia, ratificação ou utilidade da gestão, e, por essa razão, toma o eventual prejuízo. Segundo essa linha de argumentação, só poderia o terceiro reclamar o cumprimento da obrigação pelo gestor naquelas situações em que este tenha agido com culpa, como quando o gestor deu a entender que tinha mandato.<sup>85</sup>

No sistema do Código de 2002, não há espaço para essa discussão frente ao sentido literal da linguagem da parte final do dispositivo em comento. O gestor permanece responsável perante terceiro em qualquer situação, podendo apenas reclamar do dono do negócio o reembolso de despesas resultantes do cumprimento da obrigação, nas condições estabelecidas nos arts. 869, 870 e 873. Do ponto de vista processual, isso significa que o gestor é efetivamente legitimado passivo nas ações que intentar o terceiro em razão de atos ou negócios celebrados pelo gestor.<sup>86</sup>

### 4. Responsabilidade perante o dono

A responsabilidade do gestor perante o dono é regulada por regras diferentes, conforme se trate ou não de gestão contrária ao interesse e à vontade presumível do dono. Em se tratando de gestão con-

<sup>(84)</sup> Aída K. De Carlucci, *La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina...* cit., p. 175 ss.

<sup>(85)</sup> Neste sentido, por exemplo, F. Terré et al, *Droit civil...* cit., p. 985; Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, v. 2, n. 1099, p. 1067.

<sup>(86)</sup> Preciso na aplicação deste princípio o acórdão da 3.ª Câm. Civ. do TJRJ, Ap. 1997.001.08522, rel. Des. Maurício G. Oliveira, j. 25.06.1998.

forme a vontade e o interesse presumível do dono, o gestor responde nos termos do art. 866 (por não ter envidado a diligência habitual) e também nos termos do art. 868 (por operações arriscadas que escolheu efetuar e também por preferir seus interesses aos do *dominus*, quando em conflito). Nos casos regulados pelo art. 868 há a agravante de que é excluída a exoneração por ocorrência de caso fortuito.

A responsabilidade do gestor nos casos em que a gestão é iniciada contrariamente ao interesse e à vontade presumível do gerido é regulada pelos arts. 862 e 863, que instituem responsabilidade geral por qualquer prejuízo resultante da lesão, ainda que resultante de caso fortuito. Como lembra Paolo Gallo, a intromissão do gestor contra a vontade do *dominus* em seus negócios caracteriza, por si só, a culpa – afinal, *colpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*.<sup>87</sup> Por outro lado, o art. 874 atrai o mesmo regime de responsabilização civil de que cuidam os arts. 862 e 863 para os casos em que a contrariedade à vontade do gestor não é necessariamente *inicial*, mas resulta de desaprovação posterior do gestor. Em ambos os casos, a forma de responsabilização civil agravada é excluída se a gestão é considerada útil, por força dos arts. 874, 869 e 870. Também se exclui essa responsabilização nas hipóteses dos arts. 871 (despesas alimentares) e 872 (despesas com funeral). Para maiores esclarecimentos, veja-se o comentário aos referidos artigos.

**Art. 862. Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevenido, ainda quando se houvesse abatido.**

#### DIREITO ANTERIOR

Esboço de Teixeira de Freitas, art. 3.428, 1.º e 3.º, c/c art. 3.432, segunda parte; CC/1916, art. 1.332.

<sup>(87)</sup> Paolo Gallo, *I rimedi restitutori...* cit., p. 298.

#### LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil português, art. 466; Código Civil italiano, art. 2.030; Código Civil francês, omissis; Código Civil espanhol, art. 1.889; Código Suíço de Obrigações, art. 420, 3; Código Civil alemão, arts. 678 e 679; Código Civil uruguaio, omissis; Código Civil argentino, omissis; Código Civil chileno, art. 2.291.

#### 1. A não oposição do dono não é elemento do suporte fático

O artigo regula a gestão de negócios iniciada contra a vontade do gestor. Essa situação fática não se confunde com a situação em que o dono está ausente. É possível que o dono esteja ausente e tenha deixado indicações sobre como gerir o negócio (vontade manifesta) ou, alternativamente, tomando em consideração fatos de domínio público sobre o *dominus*, combinados com as máximas da experiência de que se falou no comentário ao artigo anterior (item 2), a sua vontade fosse presumível.

Cumpra inicialmente indagar: ocorre gestão de negócios nesse caso? A ausência de contrariedade à vontade do *dominus* não deveria estar no rol dos elementos do suporte fático apresentado no item 1 do comentário ao artigo antecedente?

No direito comparado, é possível encontrar diversas disposições legislativas que incluem a não contrariedade à vontade do *dominus* como elemento do suporte fático da gestão de negócios, de que são exemplos, o art. 1.813 do Código Civil paraguaio, o art. 2.031 do Código Civil italiano e o art. 2.303 do Código Civil argentino. Em outros ordenamentos jurídicos, chegou-se ao mesmo resultado por via de construção jurisprudencial, como, por exemplo, na França.<sup>88</sup>

Obviamente que, nesses sistemas, a vontade do *dominus* em sentido contrário a uma certa forma de gerir o negócio está limitada ao que ele pode *licitamente* querer. Assim, por exemplo, a vontade do *dominus* de não conservar prédio histórico que está juridicamente obrigado a conservar não exclui a gestão daquele que conserva o pré-

<sup>(88)</sup> Vg., F. Terré et al, *Droit civil...* cit., p. 981; P. Malaurie et al, *Droit civil...* cit., p. 534.

dio contra a vontade real ou presumível do *dominus*. Alguns ordenamentos excluem ainda a vontade do *dominus* que vá diretamente contra certos valores morais. Fala-se, na jurisprudência francesa, de que é necessária uma justificativa para a oposição do dono do negócio.<sup>89</sup>

O comentário sobre o direito comparado nos parágrafos anteriores é importante para que se compreenda o grau em que o direito brasileiro, neste particular, se afasta da maioria dos ordenamentos ocidentais que regulam a gestão de negócios (excetuada regulamentação da matéria no Código Civil alemão, notadamente em seu art. 678). O artigo do Código brasileiro que evidencia essa separação é precisamente o dispositivo em comento.

Essa orientação do direito brasileiro, já contida no Código anterior, levou Pontes de Miranda a afirmar, com sua habitual firmeza, que “[o] Código Civil brasileiro, nos arts. 1.332 e 1.333 [materialmente equivalentes aos arts. 862 e 863 do Código de 2002], de modo nenhum afasta que se possa gestionar negócio alheio sem outorga se o dono do negócio se manifestou, expressa ou tacitamente, ou mesmo presumidamente, contra a gestão de negócios sem outorga”.<sup>90</sup>

De fato, o artigo *regula os casos de gestão* contrária à vontade do *dominus*. A inclusão dos casos em que há atos de gestão contrários à vontade do dono do negócio como espécie do instituto da gestão de negócios é perfeitamente coerente com outras peculiaridades da regulamentação da gestão de negócios no novo Código Civil. Em especial, essa opção do legislador brasileiro é consistente com a existência de um regime mais estrito de responsabilidade civil do gestor de negócios. Lembre-se que as normas gerais da responsabilidade civil não se aplicam integralmente na regulamentação da responsabilidade do gestor de negócios, já que este não pode sempre utilizar as defesas baseadas na ocorrência de caso fortuito e força maior.

Nos sistemas jurídicos comparados, uma vez excluída a gestão, não há ação direta do *dominus* contra o gestor putativo, mas apenas

<sup>(89)</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>(90)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4709, p. 207; no mesmo sentido vai a opinião de Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., v. 5, p. 30-31.

ação para a responsabilização por eventual ato ilícito. O direito brasileiro, ao admitir que pode haver gestão de negócios mesmo na existência de oposição do dono do negócio, procura preservar o regime de responsabilidade mais estrita *para a proteção do deste*. De fato, não faria sentido criar um regime severo de responsabilidade civil para o gestor que age sem oposição do dono do negócio e, ao mesmo tempo, garantir que esse regime mais severo não se aplique ao gestor que age contra a vontade do *dominus*.

Importa por fim saber se essa mesma solução deve ser aplicada à ação *contraria* do gestor contra o dono do negócio para o ressarcimento de suas despesas e prejuízos. Em diversos ordenamentos do direito comparado, o gestor putativo não pode reclamar restituição com fundamento na gestão de negócios, mas isso não impede que este possa intentar ação para a restituição do enriquecimento sem causa do *dominus* obtido à sua custa.<sup>91</sup> A diferença entre os institutos é sutil, mas relevante, em especial no que toca ao momento da aferição da utilidade/enriquecimento.<sup>92</sup> Pergunta-se, portanto: tem o gestor pretensão fundada na gestão de negócios ou resta-lhe apenas a ação para restituição do enriquecimento?

O art. 862 não faz qualquer distinção entre a ação direta e a ação reversa, de modo que a interpretação literal do artigo leva a crer que o gestor que gere em oposição à vontade do dono do negócio teria pretensão *contraria* contra o dono. A contrariedade da gestão à vontade do *dominus* não exclui a incidência do suporte fático da gestão de negócios, tanto no que se refere à ação direta quanto no que se refere à ação reversa. Como afirmou Bevilacqua ao comentar o art. 1.332 do Código de 1916, a gestão em desconformidade com a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio é “um acto abusivo, que sómente o exito poderá innocentar”.<sup>93</sup> Excluída a abusividade da ação pelo êxito obtido, não há razão para rejeitar a possibilidade da ação *contraria* do gestor contra o dono do negócio.

<sup>(91)</sup> Vg., na França, F. Terré et al, *Droit civil...* cit., p. 981; e P. Malaurie et al, *Droit civil...* cit., p. 534.

<sup>(92)</sup> Veja-se o item 3 da introdução ao presente capítulo sobre gestão de negócios e o comentário aos arts. 869 e 884.

<sup>(93)</sup> Clóvis Bevilacqua, *Código Civil...* cit., v. 5, p. 84.

## 2. A responsabilização agravada

A dureza do direito brasileiro para com o gestor que inicia a gestão contra a vontade do dono do negócio resulta de uma aproximação desse gestor ao devedor moroso, ao menos no que toca à responsabilidade civil. Como é sabido, o direito brasileiro estabelece significativas diferenças entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Na responsabilidade civil do devedor moroso pela impossibilitação da prestação, por exemplo, a culpa é presumida, ou melhor, se verifica no momento do inadimplemento e não em relação à causa direta da impossibilitação. Há também regras diferentes para a pluralidade de devedores na responsabilidade extracontratual (o art. 942 determina a solidariedade passiva) e na responsabilidade contratual (o art. 279 imputa somente ao devedor culpado a responsabilidade pelos danos, respondendo os demais apenas pelo valor do principal), sobre como quantificar os danos, sobre prazos prescricionais, entre tantas outras.

Importa destacar, para fins de compreensão do instituto da gestão de negócios, que a responsabilidade do devedor moroso é mais radical do que os casos *standard* de responsabilidade extracontratual, pois algumas excludentes tradicionais denexo causal não podem ser utilizadas como matéria de defesa. O art. 399 do novo Código repete o art. 957 do Código anterior, tornando o devedor moroso responsável pela impossibilidade no cumprimento da obrigação, mesmo quando há caso fortuito ou força maior.

O artigo em comento introduz uma similar radicalização da responsabilidade do gestor. O gestor, quando opera contra a vontade manifesta ou presumível do *dominus*, é responsável não apenas pelos danos que resultam diretamente de sua culpa durante a gestão, mas também por todos os danos que sobrevenham aos interesses geridos em razão de caso fortuito.

Essa responsabilidade, à semelhança da do devedor moroso, só pode ser excluída se restar provado que o dano sobreviria ainda se houvesse o gestor se absterido (e não abatido, como conta no texto promulgado) de iniciar a gestão.

## 3. Proibição e circunstâncias especiais

Aplicam-se aqui as considerações feitas acima (item 2 do comentário ao artigo antecedente) sobre as circunstâncias nas quais o gestor não está obrigado a agir conforme a vontade do *dominus*.

## 4. Como responde o gestor?

O art. 863 regula a eficácia jurídica da gestão iniciada contra a vontade do gestor, *quando o prejuízo resultante da intervenção do gestor excede ao seu proveito*. As regras que se aplicam à situação em que *o proveito resultante excede o prejuízo* são aquelas que dizem respeito à chamada gestão útil (i.e., art. 869 ss.).

**Art. 863. No caso do artigo antecedente, se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença.**

## DIREITO ANTERIOR

No *Esboço* de Teixeira de Freitas não há correspondência exata a qualquer dispositivo específico; CC/1916, art. 1.333.

## LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil português, art. 466; Código Civil italiano, art. 2.030; Código Civil francês, omissis; Código Civil espanhol, art. 1.889; Código Suíço de Obrigações: omissis; Código Civil alemão, omissis; Código Civil uruguaio, omissis; Código Civil argentino, omissis; Código Civil chileno, omissis.

## 1. Alternatividade da obrigação do gestor infiel à vontade do *dominus*

Como foi dito no comentário ao art. 862 (item 4), o art. 863 regula em que consiste a eficácia jurídica da gestão iniciada contra a vontade do gestor (art. 862), *quando o prejuízo resultante da interven-*

casos, o gestor só responderá se escolher aquela que envolva risco significativamente maior entre as alternativas.

### 3. A exceção à regra do art. 869

Há duas peculiaridades no tratamento dado pelo parágrafo único ao ressarcimento do gestor nas hipóteses do *caput* (i.e., o gestor efetuar operações arriscadas ou preferir os seus interesses aos do dono do negócio), quais sejam (a) a limitação dos tipos de despesa ressarcíveis e (b) a condicionalidade do dever de ressarcimento.

Quanto a (a), o dever do *dominus* de restituição das despesas efetuadas pelo gestor ficará restrito às despesas necessárias. Não há dever de ressarcir as despesas úteis, que seriam ressarcíveis nos termos do art. 869. A solução, já presente no Código de 1916 (art. 1.338), foi criticada por Bevilaqua,<sup>126</sup> mas, apesar disso, houve por bem o codificador de 2002 manter o dispositivo.

Quanto a (b), o dever do *dominus* está condicionado a sua decisão de aproveitar-se da gestão. Enquanto o dever do art. 869 é categórico, não estando condicionado nem mesmo à existência de proveito efetivo ao *dominus*, a condição estabelecida no artigo em comento sujeita a existência do dever à decisão do *dominus* de aceitar os benefícios da gestão.

**Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão.**

**§ 1.º A utilidade, ou necessidade, da despesa, apreciar-se-á não pelo resultado obtido, mas segundo as circunstâncias da ocasião em que se fizerem.**

**§ 2.º Vigora o disposto neste artigo, ainda quando o gestor, em erro quanto ao dono do negócio, der a outra pessoa as contas da gestão.**

<sup>(126)</sup> Clóvis Bevilaqua, *Código Civil...* cit., v. 5, p. 89.

## DIREITO ANTERIOR

No *Esboço* de Teixeira de Freitas, o art. 3.434 estabelece as regras sobre a utilidade da gestão; CC/1916, art. 1.339, com pequenas diferenças de redação.

## LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil português, art. 468, 1; Código Civil italiano, art. 2.031; Código Civil francês, art. 1.375; Código Civil espanhol, art. 1.893; Código Suiço de Obrigações, art. 422; Código Civil alemão, arts. 683 e 686; Código Civil uruguaio, art. 1.311; Código Civil argentino, art. 2.298; Código Civil chileno, art. 2.290.

### 1. Os requisitos adicionais da ação *contraria*

#### 1.1 A utilidade da gestão

A utilidade da gestão é elemento central do suporte fático cuja eficácia é o surgimento da pretensão à reparação dos prejuízos e ressarcimento das despesas efetuadas pelo gestor de negócios (a *actio contraria*). Não se pode dizer que este seja um elemento central do suporte fático da gestão de negócios *tout court*, uma vez que a utilidade não é requisito nem para o surgimento de deveres extraordinários para o gestor em relação ao dono do negócio, nem para a incidência das regras mais severas de responsabilização do gestor.

Ainda que a utilidade seja um elemento central do suporte fático da ação *contraria*, é possível que esse elemento seja substituído pela simples ratificação do dono do negócio (veja-se o comentário ao art. 873). Na verdade, a existência de ratificação pelo dono pode trazer eficácia mais complexa do que a da ação *contraria* da simples gestão, como um eventual direito à remuneração do gestor, que aquele artigo equipara ao mandatário. De toda forma, a eficácia da ação *contraria* poderia ser compreendida na eficácia que decorre da ratificação.

Há ainda duas situações em que a utilidade atual da gestão não se questiona, ambas reguladas pelo art. 870. Em primeiro lugar, o gestor que acode a prejuízos iminentes não precisa que suas ações resultem

em qualquer forma de benefício atual ou futuro para o *dominus*. Assim, por exemplo, quem procura apagar o incêndio de uma casa, ainda que suas ações não resultem na salvação da casa, é gestor de negócios e deve ter suas despesas ressarcidas. Em segundo lugar, se a gestão, ainda que não proveitosa em um primeiro momento, redundar em efetivo proveito posterior ao dono do negócio ou da coisa. Assim, a compra de um bem pelo gestor em nome do *dominus*, que, no momento em que é celebrada, pouca utilidade tinha, mas é redimida pela valorização posterior do bem. A essas exceções voltaremos adiante no comentário ao art. 870.

Na relação entre os arts. 869 e 870 do Código Civil, percebe-se que o legislador regulou de modo diferente três situações: aquela em que há urgência de acudir a prejuízos iminentes, em que não é necessário que tenha havido qualquer utilidade efetiva para o dono do negócio; a situação em que, ainda que não houvesse necessidade de acudir a prejuízos iminentes, a utilidade não existia inicialmente, mas passou a existir por eventos posteriores à gestão (caso em que o benefício está limitado ao proveito, nos termos do art. 870); e, finalmente, os casos em que há já inicialmente uma utilidade na gestão (mesmo que não se tenha acudido a perigo iminente e mesmo que o benefício tenha desaparecido), caso regulado pelo presente artigo. Assim, resulta falsa a afirmação de Stoljar de que o Código austríaco teria sido o único a perceber a ambigüidade entre situações de urgência sem resultados úteis e situações em que não há urgência, mas há resultado útil.<sup>127</sup> O Código brasileiro de 1916, assim como o de 2002, não apenas percebem essa diferença, como vão além ao identificarem na verdade três situações dignas de regulação diferenciada.

Não há um critério único para apreciar a utilidade, devendo ser sopesados elementos relacionados à situação do *dominus* (seria suficiente ao gestor entrar em contato com ele para que este tomasse conta do negócio?), ao estado de seus interesses a serem geridos, às habilidades do gestor etc.<sup>128</sup> Todavia, uma idéia norteadora é a de que haja um balanço entre, de um lado, o benefício ao qual o gestor visa e, de outro lado, as despesas incorridas e os danos sofridos pelo gestor.

<sup>(127)</sup> S. J. Stoljar, "Negotiorum gestio" cit., p. 51.

<sup>(128)</sup> Idem, p. 50.

## 1.2 Momento da apreciação da utilidade (§ 1.º)

Os ordenamentos jurídicos comparados adotam dois parâmetros mutuamente excludentes para a avaliação da utilidade da gestão, nomeadamente a *utiliter coeptum* e a *utiliter gestum*. A primeira diz respeito à utilidade da gestão no momento em que o gestor a assume, enquanto a segunda se refere à existência de um resultado final positivo, resultante da gestão.<sup>129</sup>

Um exemplo pode auxiliar a compreender essa distinção. Se o critério para a avaliação da utilidade da gestão é a utilidade inicial, aquele que efetua despesas e tem prejuízos na tentativa de recuperar a saúde de um animal de outrem tem direito ao ressarcimento dessas despesas na condição de gestor de negócios, ainda que o animal venha a falecer posteriormente. Se o critério é a utilidade final resultante, não haveria gestão de negócios nesse caso (ou, ao menos, não haveria *actio contraria*).

O § 1.º estabelece, como parâmetro temporal para apreciar a utilidade ou necessidade das obrigações contraídas, o momento em que são contraídas e não o eventual resultado posterior. Por essa razão, um fato ou circunstância que sobrevem posteriormente aos atos de gestão e que neutraliza (ou mesmo torna economicamente desvantajosa) a gestão não tem o condão de excluir a utilidade dos atos do gestor.<sup>130</sup>

Ressalte-se que não há qualquer conflito entre essa opção do legislador brasileiro pela *utiliter coeptum* e o que dispõe a segunda parte do art. 870. Neste dispositivo, o legislador limita o ressarcimento ao proveito obtido pelo dono do negócio, mas isso não invalida que o proveito seja analisado contemporaneamente à prática dos atos de gestão.

Segundo a doutrina francesa, essa é uma das distinções centrais entre a pretensão à restituição do enriquecimento sem causa e a pretensão ao reembolso das despesas e à reparação dos prejuízos na ges-

<sup>(129)</sup> Sobre a distinção veja-se, por exemplo, De Carlucci, La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina... cit., p. 120.

<sup>(130)</sup> Neste sentido, entre outros, M. I. Carvalho de Mendonça, *Contractos no direito civil brasileiro*, v. 1, p. 341.

43514/07



tão de negócios.<sup>131</sup> De fato, tanto o direito alemão quanto o direito português possuem regra expressa quanto à necessidade de persistência do enriquecimento no patrimônio do enriquecido para que se configure o suporte fático do enriquecimento sem causa (BGB, § 818, 3.ª seção; CC português, art. 479 c/c art. 480). Ao regular o enriquecimento sem causa, o direito brasileiro não adotou regra expressa no mesmo sentido. De fato, a doutrina comparada já identificou diversos casos em que essa “regra de atualidade” não pode ser aplicada sem que sejam feridos certos princípios do ordenamento jurídico.

Sobre a extensão da aplicação da “regra de atualidade” na regulamentação brasileira do enriquecimento sem causa, veja-se o item 1.1.4 do comentário ao art. 884. Convém apenas ressaltar que, em relação à gestão de negócios, o ordenamento jurídico brasileiro não exige a permanência da utilidade para que se configure o suporte fático da ação *contraria*.

Por fim, convém ressaltar que há ao menos uma situação em que o desaparecimento da utilidade pode fazer caducar o direito do gestor consubstanciado na *actio contraria*: esse é o caso em que a utilidade se perde por consequência das próprias ações do gestor.

## 2. Abrangência do dever de restituição

O artigo deixa clara toda a extensão eficaz da *actio contraria*. Devem ser restituídos tanto as despesas em que incorreu o gestor no exercício da gestão quanto os prejuízos que sofreu em decorrência desta. Não abrange, em regra, uma remuneração aos serviços prestados pelo gestor (ainda que essa regra admita exceções, explicadas abaixo). O art. 870 resolve o problema de saber se o valor da indenização/reembolso deve ser limitado pelo valor em que a gestão aproveitou ao dono do negócio, nos casos de proveito final (e não nos casos de proveito inicial, em que não há necessariamente qualquer limitação).

Quanto aos prejuízos, cabe perguntar qual o modo de calcular o valor devido pelo dono do negócio frente a duas possibilidades, quais

sejam (a) o valor do bem perdido no momento em que foi sofrida a perda atualizado monetariamente ou (b) o valor que este bem teria no momento do ajuizamento da ação. A importância desse problema hermenêutico é maior entre aqueles doutrinadores (especialmente no direito francês) que vêm na resposta a essa pergunta uma das diferenças centrais entre a *actio contraria* na gestão de negócios e a ação para a restituição do enriquecimento sem causa (a *actio de in rem verso*). Especialmente na França há quem afirme que, na ação para a restituição do enriquecimento sem causa, o valor do enriquecimento a ser restituído é aquele do momento em que foi proposta a ação e não aquele do momento em que ocorreu o enriquecimento. Por outro lado, a *actio contraria* compreenderia o direito à restituição dos valores dos prejuízos no montante da data em que o bem do gestor foi sacrificado em favor do negócio do dono, atualizados monetariamente.

A maior parte da doutrina francesa afirma ser essa a diferença eficaz fundamental entre a *actio de in rem verso* e a *actio contraria*.<sup>132</sup> Essa conclusão, porém, não é unívoca nem mesmo entre os autores que escrevem sobre o direito francês. De fato, o caso pioneiro em que *Cour de Cassation* afirmou ser o momento da interposição da ação aquele em que se deve avaliar o valor do enriquecimento tem sido mal interpretado pela doutrina francesa, como demonstrou Christian P. Filios.<sup>133</sup>

No direito brasileiro o argumento é parcialmente procedente. O *caput* do art. 884 não autoriza a conclusão de que na *actio de in rem verso* o valor devido seria determinado em um momento posterior àquele em que ocorreu a migração entre patrimônios. Por essa razão, nos casos regulados pelo *caput* do art. 884 não há diferença eficaz relevante entre o enriquecimento sem causa e a *actio contraria*. Todavia, o parágrafo único daquele mesmo artigo estabelece que, em se tratando de enriquecimento consistente em uma *coisa determinada*, e não sendo possível a restituição em espécie, o valor devido em substituição será o “valor do bem na época em que foi exigido”. Em se tratando, portanto, de enriquecimento de coisa determinada, é correto concluir que o cálculo do valor do enriquecimento sem causa dife-

<sup>(131)</sup> Por exemplo, em F Terré et al, *Droit civil...* cit., p. 983-984; ver, também, P. Malaurie et al, *Droit civil...* cit., p. 536.

<sup>(132)</sup> Neste sentido, por exemplo, P. Malaurie et al, *Droit civil...* cit., p. 532.

<sup>(133)</sup> Christian P. Filios, *Lenrichissement sans cause en droit privé français*, p. 441-445.

re do cálculo do reembolso devido ao gestor pelo prejuízo sofrido em razão da gestão.

Um último ponto merece relevo no que toca ao estudo do conteúdo eficaz da *actio contraria*, qual seja o problema de saber se o gestor de negócios deve ser também remunerado pelo tempo despendido e pelos esforços envidados. A regra geral é a da gratuidade da gestão, pacífica na doutrina brasileira e comparada.<sup>134</sup> Essa regra deriva do elemento de “benevolência” que compõe o suporte fático, ou seja, do *animus aliena negotia gerendi*. Isso porque quem tem a intenção de gerenciar os interesses de outrem não pode estar agindo motivado pelo seu próprio interesse em ser remunerado. Presume-se, portanto, a gratuidade do gesto.<sup>135</sup> Além disso, a doutrina italiana traz outro argumento que parece perfeitamente aplicável ao direito brasileiro: em se considerando que o gestor tenha direito, em princípio, a uma remuneração pelos seus serviços, ter-se-ia concedido ao gestor mais direitos contra o dono do negócio do que teria o mandatário em relação ao mandante que consentiu explicitamente no mandato. De fato, pela incidência do art. 658 presume-se que o mandato seja gratuito, “exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício como profissão lucrativa”. Essa limitação à gratuidade do mandato leva a perguntar se não seria possível admitir exceção similar no tratamento da remunerabilidade da atividade do gestor.

Alguma divergência há quanto à possibilidade de remunerar os serviços que o gestor presta no exercício de uma atividade profissional. Pacchioni, no direito italiano, já havia sugerido a distinção entre o simples gestor civil e o gestor “commerciale”, sugerindo que o segundo faria jus a uma remuneração.<sup>136</sup> Alguns ordenamentos jurídicos disciplinaram especificamente a questão, como o direito portu-

guês, que permite, por meio do art. 470 do Código Civil, que haja remuneração do gestor nos casos em que as suas ações correspondem ao exercício de sua “atividade profissional”. Em outros ordenamentos, foi a jurisprudência que introduziu a exceção.<sup>137</sup> Essa solução foi defendida entre nós por diversos autores, que propõem que se inclua no conceito de prejuízo constante no *caput* do artigo em comento também o investimento de *expertise* profissional.<sup>138</sup>

A exceção se justifica por duas razões. A uma, não se aplica a ela o argumento levantado por Pacchioni sobre oferecer tratamento melhor ao gestor de negócios do que o dispensado ao mandatário. Em segundo lugar, e mais relevantemente, o dispêndio de tempo dedicado à atividade profissional pode ser claramente caracterizado como lucro cessante e, portanto, como prejuízo decorrente da gestão.

### 3. Obrigações contraídas pelo gestor no exercício da gestão

O artigo regula a obrigação contraída pelo gestor em nome do dono do negócio, mas nada diz sobre a obrigação contraída pelo gestor em nome próprio. Em caso de utilidade da gestão, o dono do negócio passa a ser obrigado ao adimplemento das obrigações contraídas pelo gestor em seu nome.

Há soluções diferentes no direito comparado para o problema de qual a situação do terceiro que contrata com o gestor, agindo este explicitamente em nome do dono do negócio, na hipótese de a gestão resultar inútil. No direito brasileiro a solução depende da interpretação da parte final do art. 861, que estabelece que o gestor fica “responsável (...) às pessoas com que tratar”, a cujo comentário se remete.

Diferentemente, se a obrigação é contraída pelo gestor em nome próprio, permanece este responsável, podendo ser ressarcido se a gestão for considerada útil. A mera utilidade, nesse caso, não tem o

<sup>(134)</sup> No Brasil, exemplificativamente, ver Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4712, n. 4-5, p. 224, e Sílvia Rodrigues, *Direito civil* cit., v. 3, p. 402; pela doutrina comparada, exemplificativamente, ver C. Radé, *La responsabilité civile contractuelle...* cit., p. 103.

<sup>(135)</sup> Em sentido similar, Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...* cit., p. 258.

<sup>(136)</sup> G. Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit., p. 527.

<sup>(137)</sup> Vg., na França, cf. P. Malaurie et al, *Droit civil...* cit., p. 538; na *common law*, desde muito, o direito à remuneração de médicos e enfermeiras que prestam serviços em situação de emergência é reconhecida (Frederic C. Woodward, *The law of quasi contracts* cit., § 201, p. 314).

<sup>(138)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 1712, n. 5, p. 224, e Sílvia Rodrigues, *Direito civil* cit., v. 3, p. 402.

condão de alterar a relação jurídica estabelecida entre gestor e terceiro, como esclarece o art. 861 em sua parte final.<sup>139</sup>

#### 4. Erro do gestor na identificação do dono do negócio gerido

O § 2.º do artigo em comento é simplesmente uma aplicação do princípio geral de que é desnecessário, para que haja gestão de negócios, que o gestor tenha consciência de quem é o verdadeiro titular do interesse (desde que, é claro, não pense ser exclusivamente seu o interesse, caso em que estaríamos diante da situação de ausência de *animus negotia aliena gerendi*). Esse parágrafo é essencial na interpretação da regulação do estado subjetivo do gestor, como já foi demonstrado no comentário ao art. 861 (item 1.4).

**Art. 870. Aplica-se a disposição do artigo antecedente, quando a gestão se proponha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio ou da coisa; mas a indenização ao gestor não excederá, em importância, as vantagens obtidas com a gestão.**

#### DIREITO ANTERIOR

No *Esboço* de Teixeira de Freitas, não há dispositivo específico; CC/1916, art. 1.340, com pequenas diferenças de redação.

#### LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil italiano, art. 2.031; Código Civil espanhol, art. 1.893; Código Civil alemão, arts. 680 e 683.

#### 1. Os três tipos de gestão

Como foi dito acima, no item 1.1 do comentário ao art. 869, o Código Civil brasileiro foi sutil ao identificar três diferentes tipos de gestão de negócios, cada um com regramento diferente quanto à *actio*

<sup>(139)</sup> No mesmo sentido o direito francês, como afirma, v.g., F. Terré, *Droit civil...* cit., p. 985-986.

*contraria e*, mais especificamente, com relação ao requisito de utilidade tradicionalmente exigido para que o gestor tenha direito ao reembolso das despesas incorridas e ao ressarcimento dos prejuízos sofridos. Esses três casos podem ser inferidos da interpretação conjunta dos arts. 869 e 870 do Código Civil. São eles: (a) a situação em que há urgência de acudir a prejuízos iminentes; (b) a situação em que, ainda que não houvesse necessidade de acudir a prejuízos iminentes, a utilidade não existia inicialmente, mas passou a existir por eventos posteriores à gestão; e, finalmente, (c) a situação em que há já inicialmente uma utilidade na gestão (mesmo que não se tenha acudido a perigo iminente e mesmo que o benefício tenha desaparecido), caso regulado pelo art. 869. O legislador de 2002, assim como o de 1916, entendeu serem essas três situações dignas de regulação diferenciada.

Na situação (a), não é necessário que tenha havido qualquer utilidade efetiva para o dono do negócio. Basta que tenha havido a efetiva possibilidade de que tal utilidade se verificasse. Por isso, quem socorre o filho de outrem de acidente tem direito ao reembolso de despesas e ao ressarcimento de prejuízos, mesmo que o socorrido venha a morrer. Na situação (b), a gestão, que não era inicialmente proveitosa, se revelou, por eventos posteriores, muito valiosa. A esse caso aplica-se a parte final do art. 870, que reza que a indenização do gestor está limitada ao proveito obtido pelo dono do negócio. Finalmente, a situação (c), em que há desde logo uma utilidade inicial na gestão, hipótese regida pelo artigo anterior e que exclui a necessidade de que a utilidade efetivamente obtida permaneça no tempo até o momento em que o gestor reclamar sua indenização e seu ressarcimento.

Bevilaqua parece crer que os casos (a) e (b) regulados pelo artigo em comento são situações em que a utilidade não precisa ser apreciada no caso concreto. A vontade presumida do *dominus* não ofereceria dúvida: a gestão efetivamente acudiu aos seus interesses.<sup>140</sup> A investigação da utilidade seria, portanto, desnecessária. *Data venia*, aqui não parece ser o caso de invocar seja a vontade real, seja a vontade presumida do dono do negócio. Trata-se apenas de constatar que o critério de utilidade se aplica de modo diferente em diferentes situações.

<sup>(140)</sup> Clóvis Bevilacqua, *Código Civil...* cit., v. 5, p. 92-93.

**Art. 871. Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato.**

## DIREITO ANTERIOR

No *Esboço* de Teixeira de Freitas, não há artigos específicos; CC/1916, art. 1.341, com pequenas diferenças de redação.

## LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil espanhol, art. 1.894; Código Civil alemão, art. 679; Código Suíço das Obrigações, art. 422, alínea 3; Código Civil argentino, art. 2.306.

### 1. Possibilidade de extensão analógica do disposto no artigo a outros deveres

Antes de iniciar a análise da situação especificamente regulada no artigo em comento é necessário enfrentar o problema da possibilidade de estender o disposto no art. 871 a outras situações em que alguém cumpre os deveres jurídicos de outrem. De fato, tanto o art. 871 quanto o art. 872 estabelecem a possibilidade de que haja gestão de negócios quando o gestor age de tal maneira a cumprir um dever jurídico do *dominus*. Importa saber se esses dois deveres devem ser interpretados como constituindo lista taxativa, o que excluiria a possibilidade de interpretação analógica, ou como lista exemplificativa, que permitiria estender a disciplina da gestão de negócios a outros casos em alguém cumpre deveres de outrem.<sup>141</sup>

Pode parecer que, com a entrada em vigor do novo Código Civil, o problema de saber se é possível estender o tratamento dos referidos artigos para outras situações análogas tenha se tornado anacrônico. Isso porque, mesmo que não fosse possível uma extensão do princí-

<sup>(141)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4712, n. 3, p. 222.

pio subjacente aos arts. 871 e 872 a outros casos similares, seria possível atingir a restituição nestes outros casos por meio do instituto do enriquecimento sem causa (hoje regulado pelos arts. 884-886 do Código Civil). Todavia, a questão permanece relevante, uma vez que as regras sobre gestão de negócios têm o condão não apenas de permitir a restituição das despesas (eficácia típica da *actio contraria*), mas também o de atrair um regime de responsabilização civil mais estrito para avaliar a conduta do gestor. Daí a permanência da importância prática de resolver esse problema proposto por Pontes de Miranda.

Pontes de Miranda sugere que a opinião que defende a impossibilidade de extensão analógica do princípio contido nos arts. 871 e 872 a outros casos está ultrapassada,<sup>142</sup> defendendo que, a partir desses artigos, deva-se abranger também outros tipos de dever de *interesse público*.<sup>143</sup> Essa solução pode ser fundada dogmaticamente no fato de que o cumprimento de dever alheio é uma forma de intromissão nos negócios alheios e, por essa razão, demanda, além de uma disciplina restituitória, uma disciplina de responsabilidade civil que proteja aquele que seria o devedor original. A necessidade de regular ambos os aspectos é a finalidade subjacente ao instituto da gestão de negócios, e, por essa razão, uma interpretação teleológica das regras gerais do instituto conduziria à mesma interpretação favorecida por Pontes de Miranda para os arts. 871 e 872.

Ainda que seja possível a extensão analógica, é necessário atentar para os diversos casos de cumprimento de dever por terceiro que são especificamente regulados pelo direito civil brasileiro. Assim, por exemplo, as regras aplicáveis ao pagamento de dívidas de natureza obrigacional por terceiro (tanto interessado quanto não interessado) são encontradas nos arts. 304 a 306 do Código Civil. Nessas situações em que há regra específica cobrindo a matéria, a interpretação analógica dos arts. 871 e 872, que teria o condão de atrair a regulamentação do instituto da gestão de negócios para o caso concreto, não é justificável. Todavia, em todos os demais casos incidirão as regras do instituto.

<sup>(142)</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>(143)</sup> *Idem*, § 4707, n. 4, p. 200-201.

## 2. A interpretação da expressão “obrigado a alimentos”

A expressão “obrigado a alimentos” já existia na lei anterior. Não há dúvida que a expressão refere não apenas ao ato de prover alimentação, mas também ao provimento de casa, médicos e remédios, hospitalização, instrução etc.<sup>144</sup>

Todavia, para efeitos da aplicação do art. 871, é necessário distinguir duas classes de direito a alimentos. Há direito a alimentos que é direito potestativo, ou seja, direito a ver constituída a obrigação alimentar. Esses casos excluem aqueles em que o direito a alimentos já está atualizado como direito a uma prestação alimentar.<sup>145</sup> O último grupo compreende o dever de alimentos entre pais e filhos na constância do poder familiar e o dever de alimentos entre os cônjuges na constância do casamento.<sup>146</sup> A especialidade dos últimos casos decorre tanto do disposto no art. 1.566 (que regula os deveres entre os cônjuges na constância do casamento) quanto do disposto no art. 1.634 (que regula os deveres dos pais em relação aos filhos na constância do poder familiar).

Os demais casos de direito a alimentos (regulados pelo art. 1.694 ss. do Código) podem ser qualificados como direitos potestativos à constituição de uma relação obrigacional de prestar alimentos. Por essa razão, nesses casos, é necessário que haja sentença transitada em julgado constituindo a obrigação alimentar<sup>147</sup> para que o gestor possa reclamar a restituição do valor pago do obrigado a prestar alimentos.

## 3. A ausência

Como foi dito acima (item 1.3 do comentário ao art. 861), a incidência das regras gerais sobre a gestão de negócios não supõe a au-

<sup>(144)</sup> Idem, § 4712, n. 3, p. 222.

<sup>(145)</sup> Exposições sucintas e precisas sobre a diferença entre direitos potestativos e direitos a uma prestação podem ser encontradas em Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, p. 178-184, e Agnelo Amorim Filho, *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, p. 3-37.

<sup>(146)</sup> Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., p. 46-47.

<sup>(147)</sup> Idem, p. 46. João Luiz Alves afirma haver necessidade tanto de prova da relação alimentar previamente existente quanto da fixação de seu valor (*Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*, p. 963).

sência do dono do negócio, no sentido técnico da palavra. A regra geral é a de que basta que o dono do negócio esteja, por alguma razão, impossibilitado de gerir o seu interesse, que é, no caso, o adimplemento da obrigação alimentar.

Há quem veja no art. 871 uma exceção a essa regra. Segundo Hahnemann Guimarães, por exemplo, o art. 871 do Código está a se referir à ausência em sentido técnico (regulada pelos arts. 22 a 39 do Código Civil), o que teria sido uma opção criticável do legislador brasileiro.<sup>148</sup> No mesmo sentido se inclina Newton De Lucca.<sup>149</sup>

Todavia, há duas razões pelas quais a expressão “ausência”, contida na dicção do artigo, não deve ser interpretada em seu sentido técnico. Em primeiro lugar, as razões apontadas pela doutrina para afastar a ausência do suporte fático geral da gestão de negócios são perfeitamente aplicáveis à espécie regulada pelo art. 871.<sup>150</sup> Em segundo lugar, porque àquelas razões se adiciona a interpretação teleológica do artigo. O artigo regula não apenas o interesse do *dominus* no adimplemento de suas dívidas, mas também o interesse dos sujeitos que têm direito aos alimentos oponível ao *dominus*. Uma das finalidades do artigo é maximizar a probabilidade de que as pessoas que têm direito aos alimentos venham a ver suas necessidades providas, mediante a garantia ao gestor de que terá direito à restituição de seus gastos oponível ao obrigado original. A importância de incentivar a prestação de alimentos está diretamente relacionada com a importância peculiar dessa obrigação, que alguns autores qualificam como um direito de personalidade.<sup>151</sup>

A compreensão do artigo à luz dessa finalidade específica reforça a conclusão de que a expressão “ausência” deve ser interpretada no sentido mais amplo possível, de modo a cobrir o maior número de casos em que o devedor da obrigação alimentar não está impossibilitado de adimplir sua dívida.

<sup>(148)</sup> Hahnemann Guimarães, *Estudos sobre gestão de negócios*, Rio de Janeiro, Casa Lauzinger, 1932, p. 135-136 (apud Newton De Lucca, *Comentários ao novo Código Civil...* cit., p. 67).

<sup>(149)</sup> Newton De Lucca, *Comentários ao novo Código Civil...* cit., p. 66-67.

<sup>(150)</sup> Sobre essas razões, ver item 1.3 do comentário ao art. 861.

<sup>(151)</sup> Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., p. 46.

#### 4. Intenção de gratuidade exclui a gestão

Desde os primeiros comentadores do Código de 1916 a doutrina brasileira sempre entendeu que o parágrafo único do art. 872 (antigo art. 1.342) aplica-se não apenas ao suporte fático constituído pelo art. 871 (antigo art. 1.341).<sup>152</sup> O art. 872 estabelece que o gestor pode reclamar as despesas funerárias efetuadas daqueles que tinham dever de alimentos em relação ao falecido. O parágrafo único exclui qualquer direito de restituição ao gestor quando restar provado que o gestor tinha simples intento de bem-fazer. Portanto, a mera intenção de bem-fazer exclui também o direito à restituição de prestações de intuito alimentar efetuadas por terceiro.

Em verdade, à mesma conclusão poder-se-ia chegar partindo do pressuposto de que a gestão de negócios pressupõe a intenção de gerir negócios de outrem (veja-se comentário ao art. 861, item 1.4, acima). A intenção de bem-fazer exclui a intenção de gerenciar os negócios do devedor alimentar, já que, em havendo intenção caridosa, a ação seria praticada de toda forma, ainda que a dívida alimentar não existisse. Por essa razão o direito comparado, tanto nos ordenamentos romano-germânicos quanto na *common law*, chega precisamente a idêntica conclusão, mesmo na ausência de qualquer dispositivo legal.<sup>153</sup>

#### 5. Gestão contra a vontade do dono do negócio

O artigo estabelece que a obrigação restituitória surge para o devedor de alimentos mesmo sem ratificação. Trata-se de uma das exceções à regra de que a gestão não pode ser exercida contra a vontade do *dominus*. Na verdade, não se trata apenas de não ser necessária a ratificação da gestão para que tenha o gestor um direito à restituição, mas sim de que esse direito surge ainda que o gestor *aja contra a vontade expressa* do dono do negócio. A razão subjacente a essa conclusão é o fato de que, como vimos acima, não apenas os interesses do *dominus* estão em jogo, mas também os interesses personalíssimos de

outras pessoas. A mesma solução foi adotada no direito comparado, tanto em ordenamentos de *common law* quanto em ordenamentos de *civil law*.<sup>154</sup>

**Art. 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens.**

**Parágrafo único. Cessa o disposto neste artigo e no antecedente, em se provando que o gestor fez essas despesas com o simples intento de bem-fazer.**

#### DIREITO ANTERIOR

No *Esboço* de Teixeira de Freitas, não há dispositivo específico; CC/1916, art. 1.342, com pequenas diferenças de redação.

#### LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil espanhol, art. 1.894; Código Civil alemão, art. 685, em relação ao intento de bem-fazer, mas ligado aos alimentos e não às despesas funerárias; Código Civil argentino, art. 2.307. O parágrafo único tem precedente no Código Civil alemão, art. 697.

#### 1. O dever de pagar as despesas funerárias

A regra geral sobre as despesas funerárias, contida no art. 1.998 do Código, determina que o monte-mor da herança responde pelo pagamento das dívidas funerárias. Essas dívidas não são propriamente do falecido,<sup>155</sup> que não mais possui personalidade em sentido técnico. Todavia, o Código as reconhece como emanadas da personalidade do *de cujos*, de modo que são pagas com os recursos do

<sup>(152)</sup> Clóvis Bevilacqua, *Código Civil...* cit., v. 5, p. 94; João Luiz Alves, *Código Civil...* cit., p. 963.

<sup>(153)</sup> S. L. Stoljar, "Negotiorum gestio", p. 80.

<sup>(154)</sup> Paolo Gallo, *I rimedi restitutori...* cit., p. 302-303.

<sup>(155)</sup> Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil – Parte Especial – Do direito das sucessões*, v. 21, p. 403.

monte-mor, e não com os recursos do monte partível.<sup>156</sup> Mais ainda: a sua precedência sobre qualquer outra dívida constituída pelo próprio *de cujus* é garantida pelo art. 965, I, do Código Civil.

Nos casos em que a morte decorre de homicídio, há previsão específica de um dever imputável ao homicida de arcar com as despesas funerárias, previsto no art. 948, I.

Importa ressaltar que não há qualquer previsão específica de um dever dos herdeiros de arcar com as despesas funerárias. Na verdade, o que Pontes de Miranda disse sobre o Código anterior aplica-se também ao Código de 2002: “Não há qualquer regra jurídica do Código Civil, fora do art. 1.342 [atual art. 872], *sobre dever de prestar despesas de enterro*”.<sup>157</sup> Essa inexistência de uma regra específica sobre o tema parece estar relacionada com o dogma da correlatividade absoluta entre direito e dever (i.e., não haveria dever sem um direito correspondente, e vice-versa). Considerando que a personalidade termina com a morte, a aceitação desse dogma geraria a impossibilidade de conceber um dever de pagar pelo funeral, pois não haveria um direito subjetivo correspondente a esse dever. A única forma por meio da qual o codificador logrou regular esse dever é indireta, por meio do estabelecimento de um dever de restituir as despesas funerárias realizadas por outrem, ou seja, por meio do artigo em comento. Nesse caso, a dificuldade imposta pelo dogma da correlatividade não mais se verifica, já que ao dever de restituir o valor das despesas funerárias corresponde claramente um direito do gestor de negócios.

De fato, é no art. 872 que fica estabelecido o dever daquele(s) que teria(m) obrigação alimentar com o falecido de arcar com as despesas funerárias.<sup>158</sup> Sem a previsão do artigo não haveria um dever genérico imputável a ninguém (com exceção dos casos de homicídio)

<sup>(156)</sup> Cf. Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao novo Código Civil – Direito das sucessões* (arts. 1.784 a 2.027), p. 739. O Código de 1916 continha regra materialmente idêntica no seu art. 1.797, que era interpretada de modo similar pela melhor doutrina, como, por exemplo, por Carlos Maximiliano (*Direito das sucessões*, v. 3, n. 1518-1520, p. 348-351).

<sup>(157)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 1712, n. 3, p. 223.

<sup>(158)</sup> No mesmo sentido, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 1712, n. 3, p. 223.

de arcar com despesas funerárias. Em não havendo bens no monte-mor, não haveria de quem cobrar as despesas funerárias eventualmente realizadas (ou financiadas) por alguém que se compadecesse da situação do morto (com exceção do caso de homicídio, regulado especificamente no Código). Daí o cuidado do legislador de esclarecer que o dispositivo se aplica “ainda mesmo que esta [pessoa falecida] não tenha deixado bens”.

Cumprir perguntar se o gestor, nesse caso, tem obrigação primeiro de acionar o monte-mor, de modo que, somente depois de constatada a inexistência de bens em montante suficiente para fazer frente às despesas funerárias, poderia o gestor acionar aqueles que teriam obrigação alimentar. A expressão “ainda mesmo que ... não tenha deixado bens” leva a crer que ao gestor é facultado requerer a restituição das despesas junto ao monte-mor ou junto aos que teriam obrigação alimentar, não havendo relação de precedência necessária entre um e outro.

A conclusão é reforçada pela incidência, no caso concreto, da regra do art. 264, que regula o surgimento de solidariedade entre coobrigados. De fato, no caso sob análise, a lei estabelece uma pluralidade de devedores obrigados ao pagamento da totalidade de uma mesma dívida. O suporte fático da solidariedade passiva incide nos termos do art. 264, que reza: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.<sup>159</sup>

As relações entre os devedores solidários (monte-mor, os que teriam obrigação alimentar e, nos casos em que couber, o homicida), após o adimplemento por um deles, regulam-se pelas regras de direito sucessório e, no caso do homicida, da responsabilidade civil. Assim, do pagamento pelo monte-mor não decorre direito de regresso contra os que teriam dívida alimentar, mas decorre direito de regresso contra o homicida, quando houver; do pagamento de restituição efetuado pelo que teria dívida alimentar decorrem direitos de regresso tanto contra o monte-mor quanto contra o homicida, quando hou-

<sup>(159)</sup> Por essa última razão (incidência da regra de solidariedade), deve-se considerar que, em relação ao pagamento das despesas funerárias, é também solidariamente responsável o homicida.

ver; por fim, do pagamento efetuado pelo homicida obviamente não decorre qualquer direito do regresso, seja contra o monte-mor, seja contra os obrigados alimentares.

## 2. As despesas que podem ser ressarcidas

Para que seja possível determinar a extensão do direito do gestor à restituição das despesas efetuadas importa identificar, em primeiro lugar, quais despesas podem ser consideradas "funerárias". Para esse fim, podemos nos valer da doutrina e da jurisprudência que se formaram ao longo do século XX em torno da interpretação dos arts. 1.797 e 1.569, I, do Código anterior (respectivamente equivalentes aos arts. 1.998 e 965, I, do novo Código). Em segundo lugar, importa estabelecer se qualquer tipo de despesa considerada funerária pode ser ressarcida, independentemente de seu valor, ou se há limites de valor para o ressarcimento das despesas funerárias.

Quanto ao primeiro ponto, as despesas funerárias são todas as despesas de inumação do corpo, incluindo caixão, enterro, encomendação, transporte, sepultura.<sup>160</sup> Essas despesas não incluem os chamados "sufrágios" pela alma do falecido, que constam do art. 1.998 do Código.<sup>161</sup>

Quanto ao segundo ponto, o artigo em comento oferece um padrão claro ao afirmar que as despesas restituíveis são aquelas "proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido".

## 3. A intenção de bem-fazer

O parágrafo único determina que a intenção de "bem-fazer" exclui o dever de restituir previsto no *caput*. A exceção prevista no parágrafo único aplica-se também ao direito à restituição do terceiro que paga os alimentos devidos por outrem. Se considerarmos a intenção de bem-fazer como intenção de fazer caridade, como esclarece

<sup>(160)</sup> Lembrando cada uma dessas despesas, ver Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...* cit., p. 738-739, e Carlos Maximiliano, que acrescenta as despesas com câmara ardente, veladora e mortalha (*Direito das sucessões* cit., n. 1519, p. 349).

<sup>(161)</sup> Clóvis Bevilacqua, *Código Civil...* cit., v. 5, nota 3 ao art. 1.342, p. 95.

Bevilacqua,<sup>162</sup> pode-se perceber que o parágrafo simplesmente explicita uma conclusão que poderia ser alcançada a partir do suporte fático geral do instituto da gestão de negócios. De fato, a intenção de bem-fazer, interpretada como intenção de caridade, exclui o *animus aliena negotia gerendi* e, portanto, impede a incidência do suporte fático da gestão de negócios.

## 4. A interpretação analógica a partir do art. 872

Como se viu acima (comentário ao art. 871), tanto o art. 872 quanto o art. 871 estabelecem a possibilidade de que haja gestão de negócios quando o gestor age de tal maneira a cumprir um dever jurídico do *dominus*. Pelos argumentos expostos acima (item 1 do comentário ao art. 871), deve-se concluir que o mesmo tratamento deve ser estendido, por analogia, a outros deveres além daqueles expressamente regulados, quais sejam o dever de prestar alimentos e o dever de custear despesas funerárias.

**Art. 873. A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.**

## DIREITO ANTERIOR

*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.442; CC/1916, art. 1.343, com pequenas diferenças de redação.

## LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil português, arts. 471 e 268; Código Civil italiano, art. 2.032; Código Civil francês, omissis; Código Civil espanhol, art. 1.892; Código Suíço de Obrigações, art. 424; Código Civil alemão, art. 684; Código Civil uruguaio, omissis; Código Civil argentino, art. 2.304; Código Civil chileno, omissis.

<sup>(162)</sup> *Idem*, nota 2 ao art. 1.342, p. 95.



## 1. O suporte fático da ratificação

A ratificação da gestão não é ato jurídico *stricto sensu*, mas sim negócio jurídico unilateral do dono do negócio. Isso porque o ordenamento não exclui que a vontade do dono possa influenciar o conteúdo eficaz da gestão. O direito brasileiro não exclui que a ratificação seja dada sob condição suspensiva, com limites temporais (v.g., ratificação de todos os atos do gestor praticados até o dia tal), ou mesmo que seja limitada a uns aspectos do negócio e não a outros. Essa opinião da boa doutrina<sup>163</sup> está correta, uma vez que o texto do artigo, ao determinar que a ratificação “pura e simples” deva retroagir até o “dia do começo da gestão”, sugere a existência de outra forma de ratificação (que não a pura e simples), que não estaria sujeita à mesma regra.

Essa interpretação *a contrario* do artigo se coaduna com o princípio da autonomia privada e, em especial, com a admissão do ordenamento jurídico de que possa haver negócios jurídicos atípicos no direito privado.

Quanto à sua forma, discutiu-se se há exigência de forma para a ratificação dos atos em excesso de poder do mandatário (art. 662, parágrafo único, aplicado analogicamente). O referido dispositivo determina que a ratificação pelo mandante dos atos praticados em seu nome sem poderes suficientes deve ser expressa ou resultar de ato inequívoco do mandante. Se aplicado o dispositivo analogicamente à gestão de negócios, não seria possível considerar como ratificação da gestão certas formas tácitas de manifestação da vontade, como a prática de diversos atos que individualmente deveriam ser considerados “equivocos” mas que, tomados em conjunto, indicam a vontade de ratificar. Mais ainda: a analogia excluiria a possibilidade de ratificação decorrente do silêncio do gestor que está ciente da gestão e não apresenta objeção ao gestor.

Entre nós, Serpa Lopes enfrentou o problema de modo correto. A partir da premissa da liberdade de formas (regra geral consagrada no art. 107 do Código Civil atual), Serpa Lopes conclui que seria in-

<sup>163</sup> V.g., Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4711, n. 2, p. 213.

correto estender analogicamente a aplicação do art. 662, parágrafo único, do Código anterior à ratificação da gestão de negócios.<sup>164</sup>

Parte da doutrina francesa faz uma diferenciação entre a ratificação tácita por atos do dono que fazem presumir a sua concordância e o mero silêncio do dono do negócio que está ciente da gestão, admitindo que pode haver ratificação no primeiro caso, mas não no segundo.<sup>165</sup> A diferenciação está fundada na tese de que o simples silêncio, em princípio, não gera obrigação. Essa conclusão, porém, está incorreta. A maior parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos aceita que o silêncio não constitui uma declaração de vontade no sentido de assentimento.<sup>166</sup> Todavia, o direito comparado aceita várias exceções a essa regra geral, como a situação em que o contrato gera benefício exclusivamente para o silente ofertado, ou aquela em que ao silente foi ofertado o perdão de dívida (remissão), ou um presente, ou ainda o abrir mão de garantia a um débito existente, entre diversas outras.<sup>167</sup>

O direito brasileiro, mais especialmente, admitiu expressamente o silêncio como declaração de anuência no art. 111 do Código Civil, desde que os usos e costumes assim o autorizem. Na condição de *standard* geral, o dispositivo tem larga aplicação em diversos aspectos diferentes da regulação do direito privado brasileiro.<sup>168</sup> No caso específico da ratificação da gestão, é fácil aferir que, de acordo com os usos, quem tem primariamente o ônus de administração do patrimônio é o dono do negócio, e só excepcionalmente esse ônus incumbe ao gestor (que o assume por benevolência). É compatível com os usos a conclusão de que o dono do negócio, ao tomar ciência da gestão em seu favor, deve aliviar o gestor de sua carga. Daí por que, no silêncio daquele que tem primariamente o ônus de administrar o negócio, deve-

<sup>164</sup> Serpa Lopes, *Curso de direito civil...* cit., p. 51; no mesmo sentido, J. M. Carvalho Santos, *Gestão de negócios* cit., p. 323.

<sup>165</sup> V.g., F. Terré, E et al, *Droit civil...* cit., p. 981, nota 9; em sentido contrário, Melina Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, p. 158.

<sup>166</sup> Cf. Arthur T. von Mehren, *Contracts in general*, p. 26.

<sup>167</sup> Idem, p. 26-27; veja-se também a investigação sobre o silêncio no direito privado comparado de Vera Jacob de Fradera, em seu excelente *O valor do silêncio no novo Código Civil*, p. 569-582, notadamente em sua primeira parte.

<sup>168</sup> Cf. Vera Jacob de Fradera, *O valor do silêncio...* cit., p. 580.

se presumir ratificação tácita. Obviamente que essa interpretação do silêncio depende de certos requisitos, como a ciência do dono sobre a gestão iniciada, a possibilidade de o dono se apresentar para assumir a administração do negócio, entre outros.

A doutrina<sup>169</sup> e a jurisprudência brasileira estão em linha com essa interpretação do art. 873. Em relação à jurisprudência, vale destacar um interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que o silêncio e o uso de recursos resultantes da gestão e depositados em conta corrente foram considerados como suficientes para concluir pela existência de ratificação.<sup>170</sup>

## 2. A eficácia da ratificação na relação de crédito entre o gestor/credor e o dono do negócio/devedor

É comum afirmar que a ratificação substitui o requisito de utilidade como parte do suporte fático da *actio contraria*. Essa linha de raciocínio leva parte da doutrina a afirmar que a ratificação não adiciona nada à gestão útil.<sup>171</sup> Todavia, se, de um lado, parece claro que todas as pretensões específicas contidas na *actio contraria* surgem em caso de ratificação, também é necessário reconhecer, por outro lado, que a ratificação pode trazer outras eficácias por força da referência do art. 873 ao regime eficaz do mandato.

A eficácia do mandato, referida expressamente pelo art. 873, é diferente da eficácia da gestão oficiosa útil. Dessa diferença de regime eficaz decorrem duas perguntas importantes.

Em primeiro lugar, o Código Civil determina que deve ser presumido um direito do mandatário à remuneração, dadas certas condições (art. 658, *caput*), enquanto, como se viu acima, o gestor não possui direito à remuneração por seus serviços (item 2 do comentário ao art. 869). Pergunta-se, portanto: quis o legislador adotar para os casos de ratificação da gestão o regime de eficácias do mandato ou o regime da *actio contraria*?

Em segundo lugar, o regime do mandato difere do regime da gestão de negócios, em que o reembolso das despesas e gastos em certas

formas de gestão útil (como vimos nos comentários aos arts. 869 e 870) encontra um limitador na medida da utilidade. Todavia, o mandatário deve ser reembolsado de todas as suas despesas e prejuízos incorridos na execução do mandato, mesmo que do mandato não resulte qualquer benefício ao mandante (arts. 676 e 678). Pergunta-se, portanto: a ratificação da gestão pode fazer com que o montante a ser reembolsado e indenizado não seja limitado ao valor da utilidade efetivamente auferida ou, contrariamente, ao ratificar, o dono obriga-se a ressarcir e indenizar o valor das despesas e prejuízos no limite da utilidade da gestão?

A resposta a ambas as perguntas é a mesma. A eficácia da gestão ratificada é a eficácia que teria o mandato, e não a eficácia da gestão útil não ratificada. Duas razões fundamentam essa conclusão: (a) o texto da lei, em sua interpretação literal, é inequívoco quanto ao fato de a eficácia da ratificação ser a mesma eficácia que teria um mandato retroativo; (b) as razões que explicam a exclusão de remuneração do gestor pela gestão simplesmente útil e a limitação da restituição das despesas e prejuízos na medida da utilidade desaparecem na presença de uma ratificação. Quanto ao ponto (b), lembre-se que a impossibilidade de garantir remuneração à gestão simplesmente útil é incompatível com a necessidade de não incêntivar a intervenção nos negócios alheios por aqueles que têm tempo ocioso e desejo de auferir lucro (lembre-se que a gestão é ato de benevolência). Todavia, no caso de ser necessária a ratificação, a remuneração do gestor não dependeria da lei (como ocorre com suas despesas e prejuízos na gestão oficiosa útil), mas da vontade do dono do negócio. Isso não daria qualquer garantia de retorno ao investimento de seu tempo ocioso. Da mesma forma, a limitação da restituição das despesas e da remuneração dos prejuízos à utilidade da gestão visa a não onerar o dono do negócio além do ônus que teria se não se tivesse iniciado a gestão, ficando preservada sua autonomia quanto à sua própria esfera jurídica. No caso da ratificação, a dívida para além do proveito só se verifica por aceitação livre do dono do negócio desses encargos.

## 3. A eficácia da ratificação para o afastamento da responsabilidade do gestor

A ratificação não produz apenas efeitos no que diz respeito a eventuais créditos do gestor oponíveis ao dono do negócio (item 2,

<sup>(169)</sup> Sílvio Rodrigues, *Direito civil cit.*, v. 3, p. 405.

<sup>(170)</sup> 1.ª T., APC 34856/95, rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, j. 08.05.1995, publ. 18.05.1995.

<sup>(171)</sup> E.g., Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...* cit., p. 248.

acima). Há um efeito direto também sobre a responsabilidade do gestor, que resta afastada. A ratificação, portanto, extingue a ação *directa*.

#### 4. A eficácia da ratificação para saneamento dos atos praticados pelo gestor absolutamente incapaz

É importante investigar se a ratificação da gestão pelo *dominus* tem o condão de sanar os atos negociais praticados, em gestão de negócios, por absolutamente incapaz. A importância resulta do fato de que o Código atual, diferentemente do Código anterior, consagra expressamente, no art. 169, que os negócios nulos não podem ser sanados pela vontade das partes.

Em que pese a novidade do dispositivo do art. 169, que serviu para serenar algumas vozes dissonantes na doutrina, a não sanabilidade do nulo já era largamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência na vigência do Código Civil anterior.<sup>172</sup> Convém, portanto, buscar nessa doutrina soluções para o problema.

Uma das soluções propostas pela jurisprudência para negócios jurídicos ratificados pela própria parte incapaz em momento posterior é considerar a ratificação como uma recelebração, ou seja, como se a ratificação fosse a aceitação de proposta pendente. Dessa forma, forma-se novo contrato, com o mesmo conteúdo do contrato anterior e com eficácia retroativa. A mesma solução poderia ser utilizada em numerosos casos de ratificação do *dominus* dos atos do gestor. Esses atos seriam tidos como se tivessem sido celebrados pelo *dominus* na data da ratificação, mas com eficácia retroativa.

**Art. 874. Se o dono do negócio, ou da coisa, desaprovar a gestão, considerando-a contrária aos seus interesses, vigorará o disposto nos arts. 862 e 863, salvo o estabelecido nos arts. 869 e 870.**

<sup>(172)</sup> Cf. Cláudio F. Michelin Jr., Um ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos cit., p. 67; para outras referências doutrinárias, veja-se a nota de rodapé 55 do mesmo artigo.

## DIREITO ANTERIOR

*Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 3.434 e 3.442; CC/1916, art. 1.344.

## LEGISLAÇÃO COMPARADA

Código Civil português, art. 469; Código Civil italiano, art. 2.030; Código Civil francês, omissis; Código Civil espanhol, art. 1.893; Código Suíço de Obrigações, art. 422, 2; Código Civil alemão, arts. 683 e 684; Código Civil uruguaio, omissis; Código Civil argentino, art. 2.305; Código Civil chileno, omissis.

### 1. Ação do *dominus* contra o gestor

O art. 874 estende o mesmo regime de responsabilidade civil agravada, no qual incide o gestor se inicia a gestão contra a vontade manifesta ou presumível do *dominus*, à situação em que o dono do negócio desaprova a gestão, *mesmo que a gestão tenha sido iniciada de modo regular*, nos termos dos arts. 862 e 863.

Além disso, o artigo determina que esse regime de responsabilização seja excetuado nas três hipóteses de gestão útil, identificadas nos comentários aos arts. 869 e 870 acima. Obviamente que a analogia permite a extensão dessa exceção às formas de gestão reguladas pelos arts. 871 (pagamento de dívida alimentar do *dominus*) e 872 (pagamento de despesas funerárias). Como foi demonstrado nos comentários aos arts. 871 e 872, é possível, por analogia com essas hipóteses, identificar outras hipóteses similares que devem receber o mesmo tratamento e que, portanto, devem ser também consideradas casos em que o regime de responsabilização agravada dos arts. 862 e 863 deve ser excepcionado.

### 2. A compensação do lucro com as perdas

Ainda que a gestão não resulte útil, é possível que os atos do gestor gerem algum benefício para o dono do negócio. Esse benefício de menor monta do que o prejuízo deve ser compensado com o benefi-

cio auferido no momento do cálculo da indenização devida pelo gestor.<sup>173</sup>

**Art. 875. Se os negócios alheios forem conexos ao do gestor, de tal arte que se não possam gerir separadamente, haver-se-á o gestor por sócio daquele cujos interesses agenciar de envolta com os seus.**

**Parágrafo único. No caso deste artigo, aquele em cujo benefício interveio o gestor só é obrigado na razão das vantagens que lograr.**

#### DIREITO ANTERIOR

Esboço de Teixeira de Freitas, art. 3.427, 5.º; CC/1916, art. 1.345.

#### LEGISLAÇÃO COMPARADA

Sem correspondente direto na legislação comparada vigente.

##### 1. Conexão de interesses entre gestor e dono do negócio nos atos de gestão

Este artigo possui redação muito semelhante à do art. 1.345 do Código anterior. Sua interpretação, na maior parte dos casos, não gera polêmica, concluindo os autores que a conexão de interesses do dono do negócio com os interesses do gestor em relação aos atos de gestão não impede a incidência do suporte fático do instituto.<sup>174</sup> A referência do legislador ao contrato de sociedade deve ser interpretada, como propõe Carvalho de Mendonça, como uma determinação de que o *dominus* só esteja obrigado na proporção das vantagens pessoalmente obtidas (o que é esclarecido no parágrafo único).<sup>175</sup>

<sup>(173)</sup> Nesse mesmo sentido, M. I. Carvalho de Mendonça, *Contractos no direito civil brasileiro*, cit., v. 1, n. 116, p. 320.

<sup>(174)</sup> E.g., Clóvis Bevilacqua, *Código Civil...* cit., v. 5, p. 83, e Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, p. 186.

<sup>(175)</sup> M. I. Carvalho de Mendonça, *Contractos no direito civil brasileiro* cit., v. 1, n. 129, p. 348.

Assim, por exemplo, em se tratando de despesas urgentes do condomínio, mesmo a minoria dos condôminos poderia decidir pela prática dos atos de gestão que, se considerados úteis, fariam surgir para todos os condôminos a obrigação de responder pelas despesas efetuadas em proveito do condomínio (desde que presentes os demais requisitos do instituto). Ressalte-se apenas que as regras sobre a gestão não se aplicariam às despesas de conservação da coisa, cuja partilha é determinada incondicionalmente pelo art. 1.315.

Todavia, há um caso que gera dúvidas na doutrina. Haveria gestão naqueles casos em que o interesse do gestor é claramente predominante em relação ao interesse do *dominus*? Pontes de Miranda afirma que a preponderância dos interesses do gestor sobre os do dono do negócio é irrelevante.<sup>176</sup> A doutrina e a jurisprudência italianas, por outro lado, excluem a incidência das regras da gestão de negócios sobre esses casos.<sup>177</sup> A jurisprudência do STJ decidiu caso paradigmático, em que uma agência de viagens não havia efetuado o pagamento referente a um de seus clientes ao prestador de serviços de turismo no Caribe (tratava-se de um pacote que incluía serviços de mergulho). O referido cliente, informado disso quando já estava no Caribe, houve por bem pagar diretamente ao prestador do serviço local o valor devido pela agência, como forma de viabilizar não apenas a continuidade de seu passeio, como a do grupo inteiro. O STJ aceitou que o cliente, nesse caso, agira como gestor dos negócios da agência, pois evitou, por meio de seu desembolso, o cancelamento da viagem de todo o grupo, o que acarretaria significativo prejuízo à agência. O interesse do cliente em continuar a viagem, vez que já se encontrava no Caribe, é evidente. Ainda assim, o STJ julgou que o cliente tinha *actio contraria* em relação à agência para recuperar suas despesas.<sup>178</sup>

Todavia, antes de concluir o comentário ao presente artigo, é necessário lembrar que as regras sobre a gestão de negócios tratam de duas pretensões cujo suporte fático é apenas parcialmente coincidente, quais sejam a pretensão dita *direta* do dono do negócio contra o

<sup>(176)</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., v. 43, § 4746, p. 192-193.

<sup>(177)</sup> Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...* cit., p. 243.

<sup>(178)</sup> Trata-se do REsp 17591/SP, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.06.1994, DJ 27.06.1994.