

RUI ATAÍDE

REGIME E NATUREZA JURÍDICA  
DA ADMINISTRAÇÃO CONJUGAL “DE FACTO”

SEPARATA

DE

ESTUDOS EM HOMENAGEM  
AO PROF. DOUTOR  
MARTIM DE ALBUQUERQUE

E D I Ç Ã O  
DA FACULDADE  
DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

2010

Coimbra Editora

## REGIME E NATUREZA JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO CONJUGAL “DE FACTO”

RUI ATAÍDE (\*)

**Sumário:** Introdução; 1. O mandato conjugal “de facto” no sistema de administração de bens do casal. Noção e antecedentes legislativos; 2. O regime jurídico da administração conjugal “de facto”. Preliminares; 2.1. A extensão dos poderes; 2.2. O problema da forma; 2.3. A falta de oposição expressa. Cessação da intervenção; consequências da administração conjugal “de facto” exercida contra a oposição expressa do administrado; 2.4. As obrigações do administrador conjugal “de facto”; 2.4.1. A obrigação de praticar os actos compreendidos no mandato segundo as instruções do mandante; a interrupção da gestão; 2.4.2. As obrigações de prestar informações e comunicar a execução ou inexecução do mandato; a aprovação “tácita”; 2.4.3. O direito de não executar o mandato ou de se afastar das instruções recebidas; 2.4.4. Obrigação de pagamento de juros; 2.5. As obrigações do administrado; 2.5.1. A obrigação de fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, salvo convenção em contrário [artigo 1167.º, alínea *a*)]; 2.5.2. A obrigação de pagar a retribuição que ao caso competir [artigo 1167.º, alínea *b*)]; 2.5.3. As obrigações de reembolso das despesas e de indemnização dos prejuízos sofridos em consequência da administração [artigo 1167.º, alíneas *c*) e *d*)]; 2.6. A eficácia externa da administração conjugal “de facto”; 2.6.1. O mandato com representação; 2.6.2. O mandato sem representação; 2.6.3. A natureza não representativa do mandato conjugal “de facto”; 3. A natureza jurídica da administração conjugal “de facto”. O contributo do Direito Comparado. Posição adoptada; 3.1. A tese do mandato “tácito”; 3.2. A recondução à gestão de negócios; 3.3. A irrelevância jurídica do silêncio; 3.4. A relação de confiança; 3.5. Contributo para o estudo da representação “tolerada”.

### INTRODUÇÃO

I. Ao remeter para as regras do mandato a actuação do cônjuge que, com o conhecimento e sem a oposição expressa do consorte, administra bens próprios deste último ou bens comuns cuja administração não lhe coubesse, o artigo 1681.º, n.º 3, do Código Civil oferece uma complexa solução dogmática tanto no concernente às relações entre cônjuges, como no respeitante às que forem estabelecidas pelo administrador com terceiros <sup>(1)</sup>.

(\*) Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

(1) Doravante, todas as disposições legais citadas sem indicação de fonte reportam-se ao articulado do Código Civil português em vigor.

A este último nível, o preceito representa uma das escassas previsões específicas da chamada “protecção da aparência” no Direito Civil português, pois uma mera actuação “de facto” é valorada como se baseasse num acordo de vontades, com os inevitáveis reflexos na segurança do tráfego contratual levado a cabo pelo cônjuge — administrador na área de cobertura normativa.

Nessa medida, o seu estudo deve eximir-se das improficuidades que afectam de forma quase que congénita a investigação do tema, porque centrada, de uma forma geral, em torno da própria ideia de aparência jurídica, a qual, em si considerada, não goza de dignidade axiológica mínima que fundamente a sua protecção institucional <sup>(2)</sup>. Com efeito, quem se conduz juridicamente por um estado de coisas desconforme à realidade, deve, em princípio <sup>(3)</sup>, suportar as consequências da errónea avaliação da situação de facto subjacente, tanto mais que a sua protecção reverterá, necessariamente, em desfavor da posição jurídica de que é titular o sujeito beneficiário da regulação material <sup>(4)</sup>.

II. Todavia, o interesse teórico-prático da figura transcende a importância de que se possa revestir para o estudo da protecção da aparência jurídica, assumindo, também, especial relevo no quadro das especialidades assinaladas aos contratos conjugais de carácter patrimonial face aos princípios constituintes da autonomia privada.

Com efeito, a convocação da disciplina do mandato para enquadrar juridicamente a intervenção espontânea do cônjuge — administrador ilustra, de forma exemplar, a excepcional dificuldade que se depara à conformidade de um tipo negocial comum com as finalidades específicas que presidem à contratação intra-cônjugal.

No tráfego contratual indiferenciado, dominado pelo instituto da autono-

<sup>(2)</sup> Em termos semelhantes mas com outra formulação, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Volume II, Almedina, 1984, pp. 1234 ss., considerando que a aparência não justifica por si representações merecedoras de protecção jurídica, com a concordância de CARNEIRO, DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2007, p. 45 (nota 31), realçando, mais à frente (p. 94), que a tutela da aparência não pode ser interpretada como decorrente da violação de um dever de não provocar um dano deste tipo.

<sup>(3)</sup> Em princípio, porque, conforme refere MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil cit.*, Volume II, pp. 1247-1248, há que ter presente, por um lado, as disposições singulares que tutelam a aparência, as quais assumem, porém, uma feição excepcional, porque demasiado presas à específica razão de ser dos regimes estabelecidos, tornando-se, por isso, insusceptíveis de aplicação analógica (artigo 11.º) e, por outro, a consagração de dispositivos gerais, implícitos no dever de actuar segundo a boa fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas.

<sup>(4)</sup> A delicadeza inerente à protecção da confiança é salientada por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* (reimpressão da 3.ª edição de 2005), Almedina, 2007, I — Parte Geral, Tomo I — Parte Geral, Tomo I, p. 410, e *Da boa fé no Direito Civil, cit.*, Volume II, p. 1246, por conduzir à postergação das soluções de *ius strictum*.

mia privada, complexo normativo que só se deixa compreender mercê da actuação conjunta dos princípios da autodeterminação e da autoresponsabilidade, fundamentalmente complementares — o primeiro dos quais, uma vez consagrado, exige o segundo — as partes são livres de escolher os tipos e regimes negociais a que se querem vincular <sup>(5)</sup>.

Consequentemente, na medida em que, dentro dos limites da lei (artigo 405.º), lhes assiste a liberdade de estipular o conteúdo que consideram mais adequado à concertação dos respectivos interesses, *sibi imputet*, se não souberem acautelá-los devidamente. Neste campo e sem prejuízo do significado dos negócios usu-rários, adiante desenvolvido, não vigora qualquer critério normativo destinado a conseguir um quimérico equilíbrio das prestações, competindo aos contraentes obtê-lo, pelo zelo e prudência com que se conduzem nas negociações, observando os deveres de informação e cuidado que ao caso caibam. É o consenso que, nos negócios onerosos, define esse ponto de intersecção entre as finalidades contrapostas, só as partes podendo e sabendo determinar o que é "justo" na relação de troca que estabelecem.

Um hipotético critério normativo tendente a assegurar um ideal equilíbrio das prestações, além de estiolar a autonomia privada, afigura-se, ademais, impraticável, tal é o pouco que se conhece, como lembra CANARIS, sobre o que possa ser "a justiça contratual, particularmente no domínio da obrigação de prestação principal e de outras *essentialia negotii*", de que é exemplo, ainda nas suas palavras, a milenar e improdutiva discussão sobre o que se deva entender por *ius-tum pretium*. Prevalência, pois, para a liberdade, a qual "é em si mesma um grande valor", que se autojustifica, tornando-se, por isso, incompatível com o condicionamento da admissibilidade dos seus resultados, dependentes que estivessem de "critérios de justeza" <sup>(6)</sup>.

Não se vê, de facto, como poderia ser de outro modo, se no espaço do "eu",

<sup>(5)</sup> Sobre o funcionamento integrado dos princípios da autodeterminação e autoresponsabilidade, cf. CLAUS — WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 (tradução portuguesa da 2.ª edição alemã de 1983), pp. 80, 84 e 93, e *A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado"*, p. 56, in *Contratos, Actualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, p. 51.

<sup>(6)</sup> *A liberdade e a justiça contratual, cit.*, p. 58, enunciando, de seguida, alguns dos meios indirectos disponíveis para obviar a "injustiças graves": garantias institucionais como a concorrência, garantias individuais centradas na relevância dos vícios do consentimento (v. g., coacção, dolo, erro), deveres de informação e o direito de arrependimento, consagrado no Direito do Consumo e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil, cit.*, pp. 436 (em especial, nota 448) e 441, salientando a liberdade das partes estabelecerem o âmbito das suas vinculações, reservando os terrenos de liberdade que pretendem e que, no plano dos modelos ideais de referência, o contrato contribui para evitar consequências manifestamente desajustadas, ainda que, no limite, tudo dependa da verificação em concreto das condições de funcionalidade da autonomia privada.

cada sujeito é o melhor juiz dos seus próprios interesses, egoisticamente perspectivados e dos meios mais idóneos para prosseguir os objectivos últimos que se propõe atingir, de que a participação no tráfego contratual se revela instrumento primordial. Só uma desproporção excessiva ou injustificada das prestações, causada pela exploração de uma situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter da contraparte, desencadeia a intervenção do mecanismo estreito dos negócios usurários (artigo 282.º) (7).

As cláusulas contratuais gerais não constituem uma excepção ou, sequer, uma limitação da autonomia privada; antes, pelo contrário, vêm salvaguardar a sua margem possível de intervenção na área da contratação massificada, da qual já há muito tinham desaparecido de forma efectiva as suas faculdades características, por obra da desigualdade jurídica e económica entre as partes (8).

O modelo de contratação atomístico pressuposto pelo regime de formação dos negócios jurídicos adoptado pelos artigos 224.º e seguintes revelou-se naturalmente incapaz de assegurar o exercício, residual que fosse, da liberdade de estipulação, perante a massificação do tráfego negocial, incompatível com qualquer actividade de negociação, propriamente dita, em que se discuta o teor das propostas, seguida de apresentação de contrapropostas.

Face a este estado de coisas, o regime legal das cláusulas contratuais gerais veio repor condições mínimas de equilíbrio entre os contraentes, proscrevendo, nomeadamente, cláusulas abusivas, que modificavam disciplinas fundamentais em sentido gravemente desfavorável ao aderente, como a responsabilidade civil, garantias e prazo de exercício de direitos.

Note-se, ainda assim, e esse é um importante traço dogmático para o que aqui se discute, a área fundamental de incidência das cláusulas contratuais gerais não se situa no centro da estrutura obrigacional, ou seja, o binómio prestação — contraprestação, cujo ponto de equilíbrio continua a ser fixado pelas partes mas basicamente a dos deveres acessórios de conduta, em especial de comunicação e informação (9).

(7) Não é, em rigor, o desequilíbrio objectivo das prestações que se proscreve, por mais manifesto que seja, mas tão-só o que for causado por um factor qualificado de fragilidade ou inferioridade de uma das partes. Consequentemente, a desproporção das prestações, ainda que manifestamente excessiva, não releva só por si.

Sobre os pressupostos e a dificuldade de aplicação do artigo 282.º, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, cit.*, I — Parte Geral, Tomo I — Parte Geral, Tomo I, pp. 649-651.

(8) Sublinhando a importância desempenhada pela Lei das Cláusulas Contratuais Gerais na preservação da autonomia privada, cf. MENEZES CORDEIRO, *idem*, p. 396.

(9) Em sentido diferente, cf. MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, p. 618, realçando a peculiaridade do artigo 15.º da lei portuguesa, que (ao contrário da legislação alemã e da Directriz n.º 93/13) contemplaria, no limite, o controlo das prestações principais.

Considerando, face à lei alemã, que as cláusulas contratuais gerais “não têm, em princípio, por objecto a composição directa da prestação e contraprestação, contendo, antes, regulamentações acessórias e suplementares”, cf. CLAUS CANARIS, *A liberdade e a justiça contratual, cit.*, p. 63.

Tam  
tratal aj  
dos dever  
prejuízo c

III.  
isto é, p  
é expoer  
cial se s  
vontade  
por valor  
dos conti  
monial -  
não se e

Daí  
ao dispo  
passíveis  
axiologia  
plina típ

IV.  
a equida  
sequênci  
tões sim  
creto e i  
pela esp

A a  
nial, per  
evitando  
defesa d  
cindível  
por este

(10)  
nala-lhe, n  
liberdade c

(11)  
ciplina das

(12)  
mente, qu  
lizar soluç  
— Introd

Também a boa fé objectiva não desempenha funções de controlo do conteúdo contratual ajustado entre as partes. À face do artigo 762.º, n.º 2, conforma o cumprimento dos deveres de prestar e fundamenta o surgimento de deveres acessórios de conduta, sem prejuízo de nortear a integração das lacunas negociais (artigo 239.º) <sup>(10)</sup>.

III. Contudo, se transitarmos do espaço do "eu" para o espaço do "nós", isto é, para situações de comunidade de vida juridicamente benquistas, de que é expoente a comunhão conjugal, já se justifica em pleno que o conteúdo negocial se submeta a um critério heterónimo de avaliação, isto é, independente da vontade das partes, que faça prevalecer as suas finalidades especiais, orientadas por valores próprios, que transcendem necessariamente os interesses individuais dos contraentes, particularmente — como sucede, por via de regra na vida matrimonial — se os efeitos económicos das convenções puderem afectar terceiros, não se esgotando nas esferas dos parceiros contratuais.

Daí que o sistema de relações patrimoniais entre os cônjuges se subordine ao dispositivo da equidade, obstando à verificação de desequilíbrios indesejados, passíveis de consubstanciar fenómenos de enriquecimento injustificado à luz da axiologia jus-familiar, podendo, nessa medida, provocar a deformação da disciplina típica dos figurinos negociais adoptados <sup>(11)</sup>.

IV. Conforme explica MENEZES CORDEIRO, o modelo de decisão segundo a equidade é confeccionado caso a caso, sem a preocupação de medir as consequências que adviriam da necessidade de decidir, de forma semelhante, questões similares, ponderando apenas as que inerem à sua aplicação ao caso concreto e inspirando-se em considerações de oportunidade momentânea, ditadas pela específica situação dos sujeitos <sup>(12)</sup>.

A aplicação de tal modelo de decisão ao campo da comunhão matrimonial, permite obter uma composição de interesses ajustada ao caso concreto, evitando desamparar em absoluto a posição de qualquer dos parceiros, porque a defesa de ambos, em medida proporcional, às respectivas condições é imprescindível à prossecução do próprio escopo institucional a que dão vida, impedindo, por este meio, os resultados normais da subsunção a regras estritas, dotadas,

<sup>(10)</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 437, assinala-lhe, respectivamente, uma função meramente reguladora e complementadora., sem interferir na liberdade de autodeterminação das partes nem se lhes substituindo na definição do programa contratual.

<sup>(11)</sup> Cf., em termos aproximados, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, 2000, pp. 382-383, 421-423, 584 e 601.

<sup>(12)</sup> Cf. *Da boa fé no Direito Civil*, cit., Volume II, pp. 1203-1205. Sublinhando, igualmente, que a equidade não constitui um critério normativo de decisão, não se propondo generalizar soluções mas, antes, criar uma solução para o caso singular, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, 2006, pp. 246 e 261.

por definição, de generalidade e abstracção, as quais se aplicam, por igual, a todos os que se encontrarem na situação hipotética legalmente prevista.

V. O sentido deste conjunto de considerações encontra plena razão de ser no facto de não existir uma proibição geral de actividade negocial entre os cônjuges que, aliás, seria incompatível com a liberdade de agir, enquanto princípio constituinte do Direito Civil, mas tão-só, como se salientará adiante, proscricções específicas de determinados tipos contratuais e regras especiais que derrogam o regime geral dos contratos comuns.

Bem pelo contrário, a liberdade geral de contratação entre os cônjuges constitui um corolário natural do artigo 1671.º, n.º 2, ao investi-los no dever de definirem por acordo a orientação da vida em comum, criando um amplo espaço de regulamentação e concretização desta directriz, cujo preenchimento em concreto exigirá, amiúde, o recurso a esquemas negociais, o mais das vezes, de prestação de serviços, que rejam a colaboração devida, em ordem a assegurar o bom cumprimento de obrigações conjugais nucleares, em especial, dos deveres de cooperação e assistência (artigos 1674.º e 1675.º) <sup>(13)</sup>.

Estará, então, ao seu dispor a variada gama de modalidades contratuais oferecidas pelo direito comum, a par da liberdade de estipular cláusulas diferentes dos regimes legais e de celebrar negócios atípicos (artigo 405.º), suficientes, no seu conjunto, para satisfazer as necessidades de regulação que decorrem das finalidades próprias da comunhão de vida <sup>(14)</sup>.

Como sobre essa actividade negocial impende, contudo, ainda à luz do artigo 1671.º, n.º 2, parte final, um especial controlo de conteúdo ditado pelo bem da família e os interesses de ambos os cônjuges, os danos sofridos por um dos contraentes, em consequência da sua imprevidência, descuido ou excessiva generosidade, adquirem agora relevância jurídica, ao contrário do normal tráfego contratual, não por representarem perdas patrimoniais próprias mas por poderem

<sup>(13)</sup> O modelo jurídico de concretização da directriz estabelecida no artigo 1671.º, n.º 2, pode variar. Cf., a este propósito, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 592, para quem as actuações dos cônjuges podem ser reconduzidas a verdadeiros negócios jurídicos, comportamentos de facto juridicamente relevantes e quase negócios jurídicos, PEDRO ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito da Família* (ensaio), Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (146), 1986, pp. 79 ss., segundo o qual a natureza dos acordos conjugais não é, de forma alguma, incompatível com a ideia de negócio jurídico e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 815 (nota 904), que não contesta a presença de actuações negociais nas relações entre os cônjuges, embora defenda que muitas dessas condutas não envolvem a autodeterminação de consequências jurídicas, própria do vínculo negocial.

<sup>(14)</sup> Preconizando tipos próprios de contratos conjugais, cf. RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., pp. 600 e 612.

reverter em desfavor da estabilidade institucional do matrimónio, que requer uma permanente composição equilibrada de interesses, sujeita a sindicância forte e sem intermitências, que se socorre de diferentes instrumentos para fiscalizar a constituição, modificação e extinção das relações patrimoniais matrimoniais.

VI. Assim sucede, sem intuito exaustivo, com o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens (artigo 1714.º, n.º 1), a proibição dos contratos de compra e venda e de sociedade entre os cônjuges (artigo 1714.º, n.º 2), a imperatividade das regras sobre administração de bens [artigo 1699.º, n.º 1, alínea c)], a absoluta incomunicabilidade de determinadas categorias de bens [artigos 1699.º, n.º 1, alínea d), e 1733.º], a livre revogabilidade a todo o tempo das doações entre casados (artigo 1765.º, n.º 1) e o controlo público dos acordos sobre alimentos, exercício do poder paternal e destino da casa de morada de família [artigos 1775.º, n.º 2, e 1778.º; artigos 12.º, n.º 1, alínea b), e 14.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro], em sede de divórcio por mútuo consentimento, que, no seu conjunto, espelham uma superintendência contínua exercida sobre a vida patrimonial do casal, em especial, sobre as formas escolhidas pelos cônjuges para dinamizarem as suas relações patrimoniais, sistematicamente submetidas ao papel instrumental de servirem o bem da família e os seus próprios interesses, funcionalizados no quadro da comunhão matrimonial (artigo 1671.º, n.º 2).

VII. O âmbito do presente estudo circunscreve-se, contudo, às considerações dogmáticas que se afigurem adequadas, quer no plano das relações externas estabelecidas pelo administrador conjugal com terceiros, quer ao nível das relações internas entre cônjuges, as quais carecem, necessariamente, de ser antecedidas da análise detalhada da noção legal, dos seus antecedentes legislativos, da função que ocupa no sistema da administração conjugal de bens e da definição precisa do respectivo regime jurídico, que se conserva nebuloso em alguns elementos essenciais, prejudicando, assim, qualquer teorização sustentada que se pretenda erguer.

## 1. O MANDATO CONJUGAL "DE FACTO" NO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS DO CASAL. NOÇÃO E ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

I. Os efeitos patrimoniais do casamento manifestam-se em três áreas distintas mas funcionalmente articuladas em ordem à melhor prossecução dos superiores interesses da vida matrimonial: administração de bens, regimes de bens e dívidas conjugais.

As directivas nucleares na definição da titularidade dos poderes de administração sobre os diferentes acervos de bens que integram o activo patrimonial do casal constam do artigo 1678.º, n.ºs 1 e 3.

Para os bens próprios, vale a regra que confere a cada cônjuge a sua administração exclusiva (artigo 1678.º, n.º 1); aos bens comuns é aplicável o princípio inverso da co-administração, que se desdobra em duas sub-regras: a da gestão concorrencial ou disjunta, quando se consubstanciar na prática de actos de administração ordinária e a da direcção conjunta quando incidir em actos de administração extraordinária (artigo 1678.º/3, primeira e segunda partes, respectivamente).

Por seu turno, o artigo 1678.º, n.º 2, alíneas *a)* a *g)*, vem introduzir excepções a estas duas regras basilares, atribuindo a qualquer dos cônjuges, verificadas determinadas circunstâncias que especifica, a administração quase-plena <sup>(15)</sup> — compreendendo, assim, poderes de administração ordinária e extraordinária — de certas categorias de bens comuns e, inclusive, dos bens próprios do outro cônjuge.

A administração por um dos cônjuges dos bens próprios do outro dá-se, apenas, em três situações: quando os bens, apesar de pertença exclusiva de um, são exclusivamente utilizados pelo outro como instrumento de trabalho, quando o titular se encontra ausente ou impossibilitado de os administrar ou se confiou, por mandato, esse poder ao outro [artigo 1678.º, n.º 2, alíneas *e)*, *f)* e *g)*]; a administração exclusiva de bens comuns verifica-se não só nestes três casos [apesar do lapso da Reforma de 77 ao não os referir nas alíneas *f)* e *g)*], como também nas hipóteses descritas nas alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *d)*, em atenção à sua via de ingresso no património conjugal, em que releva a especial ligação a um dos cônjuges, além do respeito pela vontade do autor das liberalidades, a que se reporta o caso particular da alínea *d)* <sup>(16)</sup>.

II. O estatuto jurídico do cônjuge que administra bens comuns ou próprios do outro ao abrigo do preceituado no artigo 1678.º, n.º 2, encontra-se estabelecido no artigo 1681.º, n.ºs 1 e 2, consoante a fonte dos respectivos poderes se situe, respectivamente, na lei [alíneas *a)* a *f)*] ou em mandato [alínea *g)*].

No primeiro caso, o cônjuge está dispensado de prestar contas da sua administração, respondendo, apenas, pelos actos intencionalmente praticados em pre-

<sup>(15)</sup> Quase-plena, por força das excepções consagradas nos artigos 1682.º/3, 1682.º-A e B, que condicionam a validade dos actos aí previstos ao consentimento do cônjuge não-administrador.

<sup>(16)</sup> Cf., sobre a titularidade dos poderes de administração conjugal de bens, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Volume I, Livraria Petrony, 5.ª edição (1999), pp. 372 ss., CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família*, AAFDL (1990/1991), pp. 128-133, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Coimbra Editora, Volume I, 4.ª edição (2008), pp. 367 ss.

juízo d  
que do  
Se  
ciplina  
contrár  
o hou  
(artigo  
É,  
ao prev  
prios d  
escrito  
assim,  
atenção  
activid

II  
recente  
de 196  
dica p  
marido  
no reg  
tração  
cônjug  
quando  
ceu à  
regime

A  
tantes.  
de No  
A  
aplica

(1  
maxime  
(1  
para o  
(1  
n.º 1, c  
mulher  
quais s  
sempre

juízo do casal ou do consorte — estando, por isso, excluídas as omissões, ainda que dolosas e os actos meramente negligentes (artigo 1681.º, n.º 1).

Se a administração se basear em mandato, aplica-se a correspondente disciplina, embora suavizada <sup>(17)</sup>, porque, na falta de disposição convencional em contrário, o cônjuge só terá que prestar contas e entregar o respectivo saldo, se o houver, relativamente aos actos praticados durante os últimos cinco anos (artigo 1681.º, n.º 2).

É, justamente, para o regime do mandato que o artigo 1681.º, n.º 3, remete, ao prevenir a hipótese de um dos "cônjuges entrar na administração de bens próprios do outro ou de bens comuns cuja administração lhe não caiba, sem mandato escrito mas com conhecimento e sem oposição expressa do outro", estendendo, assim, ao "administrador de facto" a disciplina privilegiada que criou — em atenção à especificidade do vínculo que une os contraentes — para regular a actividade do cônjuge que, com base em mandato, administra bens do casal.

III. A origem histórica da solução consagrada no artigo 1681.º, n.º 3, é recente, situando-se no antigo artigo 1737.º, na redacção originária do legislador de 1966, o qual, na época, constituiu uma disposição inovadora na ordem jurídica portuguesa, dado que o artigo 1189.º do Código de Seabra deferia ao marido, em termos inderrogáveis, a administração dos bens do casal, inclusive, no regime da separação absoluta. Por isso, a previsão e regulação da administração "de facto" só se tornou necessária para prevenir a possibilidade de um dos cônjuges se desinteressar do exercício dos seus poderes de administração <sup>(18)</sup>, quando o artigo 1678.º, n.º 2, alínea *d*), na redacção primitiva de 66, reconheceu à mulher o direito de administrar todo o seu património, se vigorasse o regime da separação de bens <sup>(19)</sup>.

A redacção originária sofreu, entretanto, várias alterações — umas, importantes, outras, nem tanto — introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

A modificação mais significativa consistiu no alargamento do seu campo de aplicação, ditado pela consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges

(17) Como resulta do cotejo entre os deveres típicos do mandatário prescritos no artigo 1161.º, *maxime*, alíneas *d*) e *f*) e os que o oneram nos termos do artigo 1681.º, n.º 2.

(18) Cf. MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Regimes matrimoniais convencionais*, Anteprojecto para o novo Código Civil, BMJ n.º 122 (1963), p. 256.

(19) Na sequência do artigo 1674.º, que consagrava a chefia marital da família, o artigo 1678.º, n.º 1, deferia ao marido a administração de todos os bens do casal, incluindo os próprios da mulher e os bens dotais, prevendo-se no número seguinte oito grupos de excepções, entre as quais se encontrava na alínea *d*) a que concedia à mulher o direito de administrar o seu património, sempre que o casamento fosse celebrado segundo o regime da separação.

(artigo 1671.º); enquanto na versão primitiva, a norma se confinava ao regime de separação de bens, a Reforma de 1977 estendeu-a aos demais, chamando-a para a Secção I (Disposições Gerais) do Capítulo IX, que dispõe sobre os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, tendencialmente aplicáveis a todos os regimes de bens. O reconhecimento ao cônjuge-mulher do direito, também nos regimes de comunhão, de administrar o seu património e os bens comuns, em condições de plena paridade com o marido, tornou inelutável a extensão do âmbito de aplicação da administração conjugal “de facto”.

Por outro lado, verificou-se uma modificação de pormenor na redacção, desnecessária, aliás, e sem quaisquer implicações substantivas, requerendo-se, agora, *expressis verbis*, o conhecimento da administração “de facto” pelo cônjuge não administrador, o que mais não é do que uma explicitação da falta de oposição expressa já antes exigida, cuja relevância sempre pressupôs obviamente aquele conhecimento, pois a falta de oposição expressa devida a desconhecimento do administrado sempre impediria a aplicação do preceito, podendo investir o cônjuge-administrador em responsabilidade civil nos termos gerais — pese embora a chamada “fragilidade da garantia” que debilita a protecção dos direitos patrimoniais do cônjuge lesado <sup>(20)</sup> — sem embargo das sanções privativas pela violação dos deveres conjugais <sup>(21)</sup>.

Questão muito debatida é a de saber se a violação dos deveres patrimoniais pode constituir ou não causa de divórcio, atendendo ao facto de não participarem do elenco fixado no artigo 1672.º, que enuncia os deveres conjugais e de, ao contrário dos deve-

<sup>(20)</sup> A aplicação das regras comuns da responsabilidade civil à prática de ilícitos conjugais, nomeadamente, se consistirem na violação de deveres patrimoniais, continua a sofrer forte resistência, por se entender suficiente a protecção oferecida pelos dispositivos próprios do direito matrimonial, sob pena de se potenciar a dissolução do vínculo.

Contudo, a pouco e pouco, tem-se vindo a formar uma orientação hostil à tradicional imunidade dos ilícitos matrimoniais e mais receptiva ao acolhimento da tutela delitual, em concurso com o quadro sancionatório oferecido pelo Direito da Família. Cf., a este propósito, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal — os deveres conjugais sexuais* (dissertação de doutoramento), Almedina, 2004, pp. 760-762, concluindo, após extensa e aprofundada investigação, que nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais, dado que a celebração do casamento não cria uma área de excepção, isenta do regime geral da responsabilidade civil, o qual representa um instrumento de protecção de todos os direitos subjectivos.

ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora, 2000, pp. 120-136 e 176, sustenta o recurso à tutela aquiliana para sancionar a infracção dos deveres pessoais mas não deixa de reconhecer os obstáculos legais ao ressarcimento de danos entre cônjuges, sempre que sofridos no âmbito das suas relações patrimoniais.

<sup>(21)</sup> A não ser que o desconhecimento esteja coberto por alguma das circunstâncias em que se funda a administração com base na lei [v. g., artigo 1678.º, n.º 2, alínea f)]; estaremos, de todo o modo, fora da “administração de facto”, remetendo-nos, assim, para o artigo 1681.º/1.

res pe  
casame  
permi  
de per  
princí  
patrim

A  
favorá  
cio, un  
violaçã  
do arti  
DE SOU

C  
a viola  
crivo f  
divórci  
forma  
a subsi  
recordã  
do côn

A  
cônjug  
frontan  
de requ  
moniai  
uma pr  
admini  
o artig  
mónio

T  
ção da  
tos pe  
famili  
cava-s  
os ben  
grado  
no ár

(2  
(2  
sabili  
tament

res pessoais, não serem intrínsecos à união matrimonial, o casamento já concede ao cônjuge lesado uma importante proteção, permitindo-lhe que requeira a simples separação judicial, sem o risco de perder o que é seu pela má administração do consórcio. Em princípio, lhe estaria vedado pedir o divórcio com fundamento em violações patrimoniais.

Ao invés, o artigo 1779.º, n.º 1, constituiria um dado legalmente favorável à relevância da infracção dos deveres patrimoniais como causa de divórcio, uma vez que não procede a qualquer discriminação entre a natureza da violação que justifica o divórcio, além de o próprio elenco de deveres contido no artigo 1672.º não conter uma enumeração completa, como salienta MIGUEL DE SOUSA, professando entendimento que suscita apoio (22).

Com efeito, deve ser afastada qualquer petição de princípio que exclua em a violação dos deveres patrimoniais como causa de divórcio. Há que submetê-lo ao critério fornecido pelo conceito indeterminado que consta da cláusula geral do chamado divórcio-sanção (artigo 1779.º), pois a gravidade do ilícito pode comprometer de tal forma a viabilidade da vida em comum, que torne objectivamente inexigível ao lesado a subsistência do vínculo conjugal, embora não deixando de ter sempre presente, como recorda MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que o artigo 1681.º, n.º 1, limita a responsabilidade do cônjuge administrador às violações dolosas dos deveres patrimoniais (23).

Acresce que nenhuma destas soluções é incompatível com o direito reconhecido ao cônjuge lesado de requerer a simples separação judicial de bens, uma vez que se confrontam mecanismos com pressupostos e finalidades bem distintos. Não se trata, agora, de requerer o divórcio ou responsabilizar civilmente o administrador pelos danos patrimoniais causados, efeitos que exigem violações dolosas, mas tão só conceder ao lesado uma protecção cautelar que ainda venha a tempo de defender o seu património de uma administração objectivamente ruinosa. Com efeito, a "má administração" de que trata o artigo 1767.º basta-se com uma incompetência gestora grosseira que ameace o património do lesado.

IV. Deu-se, ainda, por fim, uma outra alteração, que consistiu na eliminação da obrigação antes imposta ao administrador "de facto" de restituir os frutos percebidos, a não ser que provasse tê-los aplicado na satisfação de encargos familiares ou no interesse do cônjuge proprietário. O dever de restituir justificava-se por a administração "de facto" incidir, na época, exclusivamente sobre os bens próprios do outro cônjuge, mantendo, por isso, plena razão de ser — malgrado a descuidada supressão da Reforma de 1977 — sempre que tenha lugar no âmbito do regime da separação, no qual inexistia, por definição, comunhão

(22) Cf. *O regime jurídico do divórcio*, Almedina, 1991, pp. 38-39.

(23) Cf. *idem*, pp. 44-45, registando a incoerência sistemática que resultaria de a responsabilidade do cônjuge administrador exigir uma conduta intencional e de se admitir que o decretamento do divórcio, efeito muito mais importante, se bastasse com uma mera negligência.

res pessoais, não serem intrínsecos à união matrimonial. Acresce que o Direito do casamento já concede ao cônjuge lesado uma importante tutela da sua situação patrimonial, permitindo-lhe que requeira a simples separação judicial de bens, se estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do consorte (artigo 1767.º), pelo que, em princípio, lhe estaria vedado pedir o divórcio com fundamento em violação dos deveres patrimoniais.

Ao invés, o artigo 1779.º, n.º 1, constituiria um dado legislativo aparentemente favorável à relevância da infracção dos deveres patrimoniais como fundamento de divórcio, uma vez que não procede a qualquer discriminação entre a natureza dos deveres cuja violação justifica o divórcio, além de o próprio elenco de deveres conjugais constante do artigo 1672.º não conter uma enumeração completa, como salienta MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, professando entendimento que suscita apoio <sup>(22)</sup>.

Com efeito, deve ser afastada qualquer petição de princípio que exclua em abstracto a violação dos deveres patrimoniais como causa de divórcio. Há que submetê-la ao crivo fornecido pelo conceito indeterminado que consta da cláusula geral do chamado divórcio-sanção (artigo 1779.º), pois a gravidade do ilícito pode comprometer de tal forma a viabilidade da vida em comum, que torne objectivamente inexigível ao lesado a subsistência do vínculo conjugal, embora não deixando de ter sempre presente, como recorda MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que o artigo 1681.º, n.º 1, limita a responsabilidade do cônjuge administrador às violações dolosas dos deveres patrimoniais <sup>(23)</sup>.

Acresce que nenhuma destas soluções é incompatível com o direito reconhecido ao cônjuge lesado de requerer a simples separação judicial de bens, uma vez que se confrontam mecanismos com pressupostos e finalidades bem distintos. Não se trata, agora, de requerer o divórcio ou responsabilizar civilmente o administrador pelos danos patrimoniais causados, efeitos que exigem violações dolosas, mas tão só conceder ao lesado uma protecção cautelar que ainda venha a tempo de defender o seu património de uma administração objectivamente ruínosa. Com efeito, a "má administração" de que trata o artigo 1767.º basta-se com uma incompetência gestora grosseira que ameace o património do lesado.

IV. Deu-se, ainda, por fim, uma outra alteração, que consistiu na eliminação da obrigação antes imposta ao administrador "de facto" de restituir os frutos percebidos, a não ser que provasse tê-los aplicado na satisfação de encargos familiares ou no interesse do cônjuge proprietário. O dever de restituir justificava-se por a administração "de facto" incidir, na época, exclusivamente sobre os bens próprios do outro cônjuge, mantendo, por isso, plena razão de ser — malgrado a descuidada supressão da Reforma de 1977 — sempre que tenha lugar no âmbito do regime da separação, no qual inexistia, por definição, comunhão

<sup>(22)</sup> Cf. *O regime jurídico do divórcio*, Almedina, 1991, pp. 38-39.

<sup>(23)</sup> Cf. *idem*, pp. 44-45, registando a incoerência sistemática que resultaria de a responsabilidade do cônjuge administrador exigir uma conduta intencional e de se admitir que o decretamento do divórcio, efeito muito mais importante, se bastasse com uma mera negligência.

patrimonial, ao contrário dos demais regimes típicos, em que os frutos dos bens próprios são bens comuns (24).

## 2. O REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO CONJUGAL “DE FACTO”. PRELIMINARES

I. Ao invés do que em primeira linha se poderia supor, a remissão legal para as regras do mandato não consegue preencher, por si só, toda a disciplina jurídica da administração conjugal “de facto”, porquanto uma importante parte do regime típico estipulado nos artigos 1157.º e seguintes pressupõe naturalmente uma vontade negocial manifestada ao abrigo da autonomia privada que não só constitui o vínculo como ainda vivifica a execução contratual, ao passo que neste caso inexistente em absoluto qualquer declaração negocial mas apenas um mero e continuado comportamento inactivo do *dominus* face à actuação do consorte, a que são associados determinados efeitos *ex lege*.

É natural, portanto, que surjam lacunas por impossibilidade lógica de sub-sunção da administração “de facto” a algumas disposições da disciplina legal do mandato, cujo preenchimento revela especial melindre porque não pode deixar de ser feito à luz dos valores privativos da comunhão conjugal, a qual, na medida em que veicula uma teleologia própria, pode, por seu lado, conduzir ao afastamento de outras daquelas regras, por se manifestarem incompatíveis com os critérios normativos jus-familiares, os quais participam obrigatoriamente na valoração da administração “de facto”, implicando ainda a necessária adaptação ou até possível detrimento dos que vigoram relativamente ao tráfego contratual comum.

Dois outros factores agravam ainda mais o embaraço do exercício.

Por um lado, o sentido da eventual reacção do administrado ao necessário acatamento pelo mandatário de determinadas regras do regime legal do mandato pode implicar a conversão a todo o tempo da administração “de facto” numa relação negocial tacitamente constituída, pese embora o razoável obstáculo criado pelo artigo 1681.º, n.º 3, que exige para esse efeito mandato escrito.

Por outro, a sobreposição dos dois pressupostos de carácter negativo da administração “de facto”, que se consubstanciam na falta de oposição expressa e na ausência de mandato escrito, cuja interferência acrescenta significativa margem de complexidade.

---

(24) Conforme resulta da aplicação conjugada dos artigos 1724.º, alínea *b*), 1728.º, n.º 1, *a contrario sensu*, e 1733.º, n.º 2, por identidade de razão.

II. Serão, assim, poucos os problemas que se podem considerar liminarmente solucionados.

Entre esses, destaca-se, conforme acima assinalado, a moderação — face ao estabelecido no artigo 1161.º, alíneas *d*) e *e*) — dos deveres de prestação de contas e entrega do saldo, se o houver, os quais se limitam aos actos praticados nos últimos cinco anos (artigo 1681, n.º 2, por remissão do n.º 3).

Já as hipóteses previstas nos artigos 1160.º (pluralidade de mandatos) e 1166.º (pluralidade de mandatários) não podem, por imposição lógica, aplicar-se, uma vez que pressupõem incumbências confiadas pessoalmente pelo mandante, aqui necessariamente ausentes, além de, à luz do artigo 1681.º, n.º 3, só o consorte gozar de legitimidade para chamar a si a gestão patrimonial do casal.

Daí que por essa exacta razão, não se possa igualmente aplicar o artigo 1165.º, na parte em que admite que o mandatário se faça substituir por outrem, nos mesmos termos em que o procurador o pode fazer, embora já nada impeça que se sirva de auxiliares.

III. Já se revela mais complexo determinar a gratuidade ou onerosidade deste "mandato de facto".

À primeira vista, poderá repugnar aos valores que regem a convivência marital admitir uma retribuição pelo desempenho de uma actividade gestora assumida de modo espontâneo, passível, aliás, de reverter em proveito comum do casal, sobretudo, se incidir sobre bens de que o administrador "de facto" seja contitular. Todavia, na ausência de convenção entre as partes que elida a presunção de gratuidade ou onerosidade fixada, conforme o caso, no artigo 1158.º, n.º 1, há que aplicar por analogia o disposto quanto à remuneração da gestão de negócios (artigo 470.º, n.º 1), a qual é admitida sempre que corresponda ao exercício da actividade profissional do gestor, caso em que se deverá recorrer aos critérios constantes do artigo 1158.º, n.º 2, *ex vi* artigo 470.º, n.º 2<sup>(25)</sup>.

Com efeito, não se vislumbrando que a chamada "ordem pública da família" obste ao ajuste de uma retribuição do mandatário que, por convenção, administre os bens do casal ao abrigo do artigo 1678.º, n.º 2, alínea *g*), mal se compreenderia, por identidade, se não, maioria de razão, que o impedisse, quando o administrador se limita a exercer uma autorização legal, suprimindo a inacção e o desinteresse do cônjuge a quem essa função está cometida em primeira linha pelo regime patrimonial primário do casamento<sup>(26)</sup>.

(25) Na ordem jurídica italiana, a doutrina maioritária manifesta-se favorável à gratuidade do mandato conjugal para administrar, em atenção ao vínculo de solidariedade entre os cônjuges. Cf. MICHELE SESTA, *Diritto di Famiglia*, 2.ª edição, Cedam, 2005, p. 236.

(26) A "ordem pública da família" costuma ser entendida como o complexo normativo de carácter injuntivo que veicula os interesses familiares a *se*, os quais se sobrepõem à vontade dos cônjuges. A este propósito, cf. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, *cit.*, p. 515.

De todo o modo, a determinação do direito à retribuição e do respectivo montante está sujeita ao crivo imposto pelas regras do enriquecimento sem causa, cujas regras próprias devem intervir num duplo sentido: para evitar a remuneração da gestão ou moderar o seu montante, na medida em que, de outro modo, importasse num enriquecimento injustificado do administrador, nomeadamente, na hipótese de ter incidido sobre bens comuns; para impor a sua atribuição, se a gratuitidade da gestão se traduzir num enriquecimento injustificado do administrado, em especial, na hipótese em que tiver exclusivamente por objecto os seus bens próprios.

Havendo lugar ao pagamento de retribuição, o critério da equidade, previsto em último lugar no artigo 1158.º, n.º 2, assumirá, neste caso, prevalência determinante na sua fixação, por se tratar do parâmetro mais adequado para obter, em concreto, um ajustamento equilibrado de interesses (27).

### 2.1. A extensão dos poderes

I. A primeira dificuldade séria consiste na determinação dos actos que podem ser praticados pelo mandatário "de facto". Continua escassa e razoavelmente inconclusiva a literatura jurídica que se debruçou sobre o exacto âmbito dos poderes do administrador, permanecendo por definir se devem confinar-se aos que caracterizam a administração ordinária ou se alargam ao círculo da administração extraordinária (28).

A fundamentação da resposta não deve prescindir do cotejo com os lugares normativos que demarcam os limites assinalados à administração de bens alheios, com a particularidade de, aqui, poderem estar em causa, além de bens próprios do outro cônjuge, bens comuns de que o administrador é contitular.

II. Os dois mais importantes termos de referência são constituídos pelo regime comum do mandato e pela própria disciplina da administração conjugal fundada em previsões legais específicas, em especial, das que autorizam a gestão de bens próprios do consorte [artigo 1678.º, n.º 2, alíneas e), f) e g)], que nos facultam, contudo, dados contrapostos (29).

Com efeito, enquanto no que ao primeiro concerne, o artigo 1159.º nos diz que o mandato geral só compreende actos de administração ordinária, o segundo

(27) Sobre as diversas funções desempenhadas pela equidade, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., Volume II, pp. 1197-1208, e OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 245 ss.

(28) É paradigmática a posição de MARIA LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, ROA, 1981, p. 130, que afirma ser certamente difícil determinar-lhe os contornos.

(29) Mais longínquos mas ainda relevantes, destaque-se o regime da curadoria provisória (estabelecido no artigo 94.º, cujo n.º 1 remete, aliás, para as disposições do mandato geral), poder paternal (artigos 1888.º e segs.) e tutela (artigos 1935.º e segs.).

atribui, con-  
gendo tanto  
vadas as ex

III. A  
conjugal "de

Desde  
n.º 3, confe-  
cificação, to  
possam ser  
bens comun

Em seg  
vários dos l  
há muito, o  
nistradores c  
nistrado (31)

Concor  
a extensão c

IV. Nã  
tuma ser ap  
ou seja, a r  
vez que, con  
dir sobre be  
regimes de  
também terá

(30) Infe  
a praticar não s  
dante ou a um  
por exemplo, s  
de actos que p  
poderes para al  
distinção, cf. M  
4.ª edição, Alr  
Volume II, 4.ª  
trato de mand  
tratos em espec  
missione, Sped

(31) Cf.

dina, 1974, Vo

(32) Cf.

(PINTO MONTEI

atribui, como se salientou *supra*, poderes de quase-plena administração, abrangendo tanto a mera administração, como a administração extraordinária, ressalvadas as exceções consignadas nos artigos 1682.º, n.º 3, 1682.º-A e B.

III. A solução que preconizasse a restrição da actividade do administrador conjugal "de facto" à área da mera administração parece oferecer várias vantagens.

Desde logo, respeitaria fielmente o artigo 1159.º, dado que o artigo 1681.º, n.º 3, confere ao cônjuge um verdadeiro mandato geral, abrangendo, sem especificação, todos e quaisquer actos (salvo as proibições acima assinaladas), que possam ser praticados sobre a generalidade dos bens próprios do consorte e dos bens comuns que cabia a este último administrar <sup>(30)</sup>.

Em segundo lugar, granjearia apoios induzidos da conexão de sentido com vários dos lugares paralelos mencionados, nalguns das quais, aliás, assenta, de há muito, o critério doutrinário proposto para delimitar os poderes dos administradores de bens alheios, sempre que não tenham sido outorgados pelo administrador <sup>(31)</sup>.

Concorrem, contudo, diferentes ordens de fundamentos que desaconselham a extensão desta *ratio legis* ao caso presente.

IV. Não se verifica, desde logo, de forma plena, a razão primordial que costuma ser apontada para justificar a limitação aos actos de mera administração, ou seja, a maior propensão para o risco quando se gere bens alheios <sup>(32)</sup>, uma vez que, conforme se salientou antes, a administração "de facto" pode não só incidir sobre bens comuns como abranger ainda bens próprios, cujos frutos, nos regimes de comunhão, são bens comuns, pelo que o administrador conjugal também terá, por via de regra, um interesse pessoal, particularmente forte, na

<sup>(30)</sup> Infere-se do critério insito ao artigo 1159.º que há mandato geral, desde que os actos a praticar não sejam especificados, não sendo necessário que se reporte a todos os assuntos do mandante ou a um núcleo patrimonial mais ou menos amplo. Haverá assim mandato geral, ainda que, por exemplo, sejam dados poderes para administrar um único prédio, sem determinação do tipo de actos que podem ser praticados e mandato especial, se, por hipótese, o mandatário recebe poderes para alienar todos os bens móveis do titular. Sobre a evolução conceptual sofrida por esta distinção, cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III — Contratos em Especial, 4.ª edição, Almedina, 2006, p. 439; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1997, sub artigo 1162.º, p. 791; JANUÁRIO GOMES, *Contrato de mandato*, em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (org.), *Direito das Obrigações*, 3.º — *Contratos em especial*, 2.ª edição, AAFDL, 1991, pp. 320-323; e ANGELO LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, pp. 132-133.

<sup>(31)</sup> Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* (4.ª reimpressão), Almedina, 1974, Volume II, pp. 61-64.

<sup>(32)</sup> Cf. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª edição (PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), 2005, p. 407.

obtenção de proveitos patrimoniais, sendo, por isso, natural que adopte o cuidado e a diligência que colocaria na gestão de assuntos exclusivamente seus.

Em segundo lugar, assim como o cônjuge que administra bens comuns ou próprios do outro, nos termos do artigo 1678.º, n.º 2, alíneas a) a f), o faz ao abrigo de cobertura legal, também a administração conjugal “de facto” retira a sua legitimidade da própria previsão normativa que a contempla. Não se compreenderia, pois, que só a primeira permissão legal compreendesse a administração ordinária e extraordinária, discriminando, sem suporte axiológico bastante, situações merecedoras de igual tratamento jurídico, porque, por um lado, beneficiam da mesma fonte habilitante e, por outro, visam proteger relevantes finalidades jurídicas, merecedoras de tutela.

Com efeito, também aponta no mesmo sentido a antecipação parcial dos resultados da interpretação teleológica do artigo 1681.º, n.º 3, que adiante serão desenvolvidos em pormenor.

V. O pensamento legislativo veiculado pelos trabalhos preparatórios revela ter prevalecido a dupla preocupação de evitar que o “cônjuge mais ávido de bens materiais aproveitasse a oportunidade para se locupletar à custa do cônjuge mais generoso” e encontrar ainda uma solução equilibrada sempre que um dos cônjuges se desinteressasse da administração do seu património <sup>(33)</sup>.

Os critérios teleológico-objectivos desvendam, contudo, um complexo de finalidades que vão bem para além do que parece ter sido a *mens legislatoris* <sup>(34)</sup>.

Por um lado, a disposição representa uma manifestação da concepção institucional do casamento, que aponta ao matrimónio a prossecução de um interesse próprio, que transcende os interesses individuais dos cônjuges, visando o sustento, educação e assistência do agregado. A consagração da administração conjugal “de facto” constitui, nessa medida, uma das várias fórmulas jurídicas possíveis para defender a estabilidade patrimonial da instituição matrimonial,

<sup>(33)</sup> Cf., MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Regimes convencionais*, cit., pp. 256 e 261-263, explicando as razões que animaram o novo regime. Embora o antigo artigo 1737.º não criasse qualquer discriminação, abrangendo também o cônjuge-mulher que tomasse a iniciativa de administrar os bens próprios do marido, receava-se, no fundo, que o peso da tradição a desincentivasse de exercer o novel direito, como se depreende de uma passagem do próprio estudo que acompanhava o articulado do anteprojecto (p. 261) e também está patente em AUGUSTO LOPES CARDOSO, *A administração dos bens do casal*, Almedina, 1973, p. 341.

<sup>(34)</sup> Como observa, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª edição portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 (tradução da 6.ª edição alemã, reformulada, de 1991, por José Lamego), pp. 469-470, os critérios teleológicos-objectivos não dependem — porque se apoiam nos princípios ético-jurídicos que estão antepostos a uma regulação — de o legislador ter sempre consciência da sua importância para a disciplina jurídica que ele próprio conformou, embora “esta só se deixe compreender na sua globalidade enquanto por eles condicionada”.

de ou  
dos c  
nistra  
F  
tráfeg  
negóc  
evita  
além  
da rel  
cump  
É  
judal  
que a  
n.º 2,  
patrin  
meno:  
ceiros  
neram  
que el  
foram  
nária

(3  
trinária:  
para qu  
dos côr  
Suplem  
que an  
no espa  
(3  
express  
nistraçã  
(3  
pp. 571  
dam a  
com a  
E  
mentaçã  
2.ª ediç  
o legis  
intra-co  
este efe  
cial por  
os mes

Uma das áreas em que a protecção de terceiros adquire particular acuidade por via dos poderes que se reconheça integrarem a administração conjugal "de facto", é a das dívidas conjugais, em especial, no tocante aos requisitos de comunicabilidade de uma das mais importantes categorias destes débitos.

Referimo-nos ao artigo 1691.º, n.º 1, alínea c), segundo o qual as dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador em proveito comum do casal e nos limites dos seus poderes de administração responsabilizam ambos os cônjuges.

Da coordenação entre ambas as disposições resulta que a administração "de facto" exercida sem oposição expressa do consorte, e, por isso, legitimada pelo artigo 1681.º, n.º 3, habilita o cônjuge-administrador que aja nos limites dos poderes de administração, a constituir dívidas da responsabilidade de ambos, desde que contraídas em proveito comum do casal. Ora, não se perceberia, do ponto de vista do terceiro, por que razão o empreiteiro incumbido, por hipótese, de proceder a obras de melhoramento na casa de morada de família, ficaria sujeito à impugnação da validade do negócio, ao contrário do que sucederia se contratasse a realização de obras de conservação (cujo custo pode, aliás, ultrapassar o das primeiras), quando, afinal, ele tem uma confiança legítima que à iniciativa do cônjuge subjaz a aquiescência do consorte, como é, em regra, razoável presumir quanto ao normal funcionamento da comunidade conjugal <sup>(38)</sup>.

## 2.2. O problema da forma

I. Um outro importante elemento da formulação constante do artigo 1681, n.º 3, merece a devida atenção.

Ao invés do que parece resultar dos artigos 1678.º, n.º 2, alínea g), que prevê o mandato como fonte de poderes de administração contratualmente concedidos, e 1681.º, n.º 2, em que se define o correspondente estatuto, nenhum dos quais formulando qualquer exigência especial de forma, pelo que seria de considerar aplicável o princípio geral consignado no artigo 219.º, dado que o regime comum do contrato também não a estipula (artigos 1157.º e segs.), o enunciado do artigo 1681.º, n.º 3, acaba por indirectamente a impor, ao empregar a formulação "sem mandato escrito", constituindo, ao lado da falta de oposição expressa, um dos dois pressupostos negativos da figura.

A exigência indirecta de forma que, assim, se apura, conhece apoio no elemento histórico constituído pelos trabalhos preparatórios, em que se afirmava não dever relevar o mandato não escrito, "pois a respectiva prova originaria as maiores dificuldades" <sup>(39)</sup>.

II. Desta decisão legislativa resultam importantes consequências jurídicas, pois o cônjuge-administrador, ainda que munido de mandato oral, estará sujeito ao

<sup>(38)</sup> Ademais, ao administrado resta sempre a possibilidade de deduzir oposição expressa para travar a intervenção do cônjuge, caso ultrapasse os limites que lhe pareça razoável tolerar.

<sup>(39)</sup> Cf. MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Regimes convencionais*, cit., p. 261.

artigo  
O afã  
pois, c  
é, cric  
n.º 2,  
o seu  
A  
que c  
não se  
comu

2

I.  
do cô  
admin  
C  
cial, d  
entenc  
donde  
C  
artigo  
tar dif  
poderi

(4  
como d  
(4  
a admir  
violaçã  
-mandat  
incumpi  
Já  
gozará c  
"de fact  
(4  
polissen  
(4  
p. 342 (C  
(4  
se ter ex

II. O elemento histórico revela de novo que predominou o desiderato de regular as relações entre os cônjuges, em matéria de frutos percebidos, percipiendos e levantamento de benfeitorias, consoante a administração se desenrolasse com ou sem a oposição expressa do administrado.

Mais uma vez, a solução legal não se afigura feliz do ponto de vista dos riscos probatórios que se propunha acautelar, uma vez que, por si só, uma oposição expressa pode padecer precisamente das mesmas dificuldades de prova que se pretendia contornar, caso se circunscreva — como sucederá na maioria das vezes — à intimidade do lar, embaraçando, por isso, a sua demonstração em juízo. Para este efeito, teria sido preferível, não obstante as razões aduzidas no anteprojecto, manter a exigência de oposição escrita ou, em alternativa, não impor requisitos especiais à oposição do administrado, à semelhança da opção efectuada pela reforma italiana do Direito da Família em 1975<sup>(45)</sup>, tanto mais que o sentido objectivo, socialmente reconhecível, de determinadas formas tácitas de manifestação de vontade é bem mais idóneo para satisfazer a referida finalidade do que comportamentos expressos deduzidos na privacidade da vida conjugal<sup>(46)</sup>.

No plano das relações internas, bastará, portanto, a inequívoca oposição manifestada ao administrador “de facto” para desencadear a aplicação da segunda parte do preceito, submetendo-o às cominações previstas para o possuidor de má

---

óbvias, o direito irrenunciável da mulher à administração do seu património no regime da separação absoluta.

As “razões óbvias” eram, decerto, de ordem cultural, as quais, sendo de algum modo compreensíveis à época em que foram alegadas, já não o eram de forma alguma ao tempo da Reforma de 1977, que consagrou o princípio da plena igualdade jurídica entre cônjuges. Aliás, nos anos imediatamente subsequentes ao Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, abundaram na imprensa declarações expressas de oposição à administração marital, alegadamente abusiva, acompanhadas em regra da rejeição antecipada da responsabilidade por dívidas que por essa via fossem contraídas, demonstrando sem peias como já era infundado o receio legislativo...

(45) Com a Reforma italiana do Direito da Família, em 1975, suprimiu-se a exigência de oposição escrita, admitindo-se, por isso — ao contrário do que resulta da disposição portuguesa congénere — que se manifeste, segundo as regras gerais, tanto directamente como por meio de comportamento concludente. Cf., neste sentido, GIUSEPPE CASSANO, *Manuale del Nuovo Diritto di Famiglia*, 2.ª edição, Celt, 2003, p. 736; BRUNO DE FILIPPIS, *Trattato Breve di Diritto da Famiglia*, Cedam, 2002, p. 314 (nota 386); GIOVANNI CATTANEO, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia-a cura di Cian/Trabucchi/Oppo* (1992), p. 438, e *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia-a cura di Luigi Carraro* (1977), Tomo I, pp. 474-480; MICHELE SESTA, *Diritto di Famiglia*, cit., p. 236.

(46) O sentido socialmente compreensível da abertura de uma conta bancária em nome exclusivo do cônjuge que tolerava a administração, mediante transferência da conta solidária do casal que, por hipótese, suportava a “administração de facto” exercida pelo consorte pode, porventura, ser bem mais inequívoco da oposição do administrado, que a “expressividade” de qualquer alteração doméstica.

fé mas, em atenção à complexa teleologia que anima o preceito, a exigência de "oposição expressa" como meio de travar a actuação do "administrador de facto" goza ainda de um preciso sentido útil no plano das relações externas, uma vez que a tutela dos terceiros que contratem com o cônjuge-administrador não poderá prescindir de uma oposição que se manifeste em termos cognoscíveis.

III. Para este efeito, o conceito deve ser integrado pelo lugar paralelo constituído pela menção a "meios idóneos", a que se reporta o artigo 266.º, n.º 1, a propósito do ónus de diligência a cargo do representado que pretende revogar ou modificar a procuração, uma vez que a "oposição expressa" está para a administração "de facto" como a revogação o está para a procuração, ambas exteriorizando uma igual vontade de pôr termo a uma conduta que produz consequências jurídicas na esfera do *dominus*, sujeitando-se, portanto, a idênticas necessidades de protecção do tráfego que postulam as mesmas bitolas de diligência.

Pode, por isso, suceder que o administrador "de facto" responda perante o cônjuge como possuidor de má fé, mantendo-se, todavia, a vinculação do administrador face aos terceiros a quem não tenha feito chegar por meios idóneos a sua oposição à intervenção gestora.

A dualidade de consequências, conforme se opere no plano das relações internas ou externas, é uma solução normal nas actuações por conta de outrem, autorizadas ou não, em que a eventual responsabilidade do *principal* perante terceiros a fim de evitar que sofram danos de outra forma irreparáveis, advenientes da intervenção do preposto a que deu causa e em cujo benefício teve lugar, não impede que se ressarça, por via de direito de regresso, contra o efectivo lesante de todos os prejuízos que este lhe infligiu (47).

IV. Pelos motivos expostos, não se afiguram plenamente aplicáveis ao caso as disposições que regem a revogação do mandato, apesar da remissão constante do artigo 1681.º, n.º 3.

É certo que a livre revogabilidade do mandato a todo o tempo por qualquer dos contraentes, que individualiza a disciplina deste contrato face à regra geral consagrada no artigo 406.º, encontra paralelismo na permanente possibilidade de

(47) Será o caso da responsabilidade do comitente pelos actos do comissário e do devedor pelos do auxiliar (respectivamente, artigos 500.º e 800.º), que pode abranger iniciativas voluntariamente empreendidas pelos prepostos, desde que caibam no quadro geral das funções confiadas. Sobre a questão, analisada em geral a propósito do campo de aplicação do artigo 800.º, cf. RUI ATAÍDE, *A responsabilidade do "representado" na representação tolerada — Um problema de representação sem poderes* (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas), Lisboa, 1998, pp. 146-147, com indicações bibliográficas.

dedução de oposição expressa, como forma de travar a administração “de facto”<sup>(48)</sup>.

Existe, porém, uma diferença fundamental. Segundo o artigo 1170.º, n.º 2, o mandato concedido também no interesse do mandatário não pode ser revogado sem o acordo deste, salvo ocorrendo justa causa.

Esta importante restrição à livre revogabilidade, que investe o mandante na obrigação de indemnizar o mandatário (artigo 1172.º), caso não se verifiquem os elementos constitutivos da justa causa, está forçosamente ausente da administração conjugal “de facto”, por ser contrária ao valor fundamental da direcção conjunta da família que preside à regulação dos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento (artigo 1671.º, n.º 2)<sup>(49)</sup>.

Com efeito, sem prejuízo de a importância do assunto justificar, só por si, uma investigação específica que, neste lugar, não se pode ensaiar, a administração conjugal “de facto” é passível de incarnar um mandato conferido *ex lege* também no interesse do administrador, em ordem a evitar que sofra as mais que prováveis desvantagens patrimoniais causadas pela passividade do cônjuge, atenta a contitularidade dos bens comuns e a sua ligação incidível aos bens próprios de ambos, nexos característicos da relação matrimonial criada pelo contrato de casamento. A relação subjacente, exigida em tese, nascerá mediatamente do próprio contrato de casamento que cria um nexo de interdependência patrimonial entre os cônjuges, fonte de múltiplas situações reais e creditícias, que podem estar directamente em jogo na administração “de facto”<sup>(50)</sup>.

<sup>(48)</sup> Sobre o assunto, entre nós, cf. JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina, 1989, pp. 83-105, 145-277, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume III, pp. 468-471, 473-475, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2.ª edição, Almedina, 2006, pp. 537 ss., ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Revogação unilateral do mandato, pós-eficácia e responsabilidade pela confiança*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles / org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário Costa Gomes, I — Direito Privado e Vária, Almedina, 2002, pp. 305-346, e RAQUEL REI, *A justa causa para a revogação do mandato* (Relatório de Mestrado em Direito Civil), 1994.

<sup>(49)</sup> Na dogmática do mandato, defende-se que a ocorrência de justa causa representa um elemento constitutivo do direito de revogar, na falta da qual a revogação não produzirá efeitos. Cf. JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil, cit.*, p. 222, e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume III, p. 474.

<sup>(50)</sup> O interesse do mandatário *in rem suam* é protegido por um direito subjectivo cuja génese não assenta na relação de mandato, provindo de uma outra, de que a consecução do mandato é instrumental. Sobre o problema, em geral, cf., JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil cit.*, pp. 146-150, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume III, pp. 473-475; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo IV, Almedina, 2007, p. 71; IRENE DE SEIÇA GIRÃO, *Mandato de interesse comum*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Coimbra Editora, 2004, pp. 394-403 (397).

## 2.4. As obrigações do administrador conjugal “de facto”

Além do que oportunamente se referiu no tocante aos deveres de prestação de contas e de entrega do saldo, também a aplicação das demais obrigações do mandatário previstas nos artigos 1161.º e seguintes carece de ser feita com as necessárias adaptações impostas pelas peculiaridades da administração conjugal “consentida”.

A remissão para as regras do mandato encontra plena justificação por aí se encontrar a regulação paradigmática das actividades de prestação de serviços a que a iniciativa gestora do cônjuge — administrador necessariamente se reconduz mas não pode escamotear a ausência de uma vinculação contratual que constitui a razão de ser de algumas das mais importantes obrigações típicas do mandatário.

Faltando o consenso negocial, a intervenção espontânea do administrador em assuntos alheios ou conexos materializa o que BAPTISTA MACHADO designava por “assunção de facto de uma certa posição”, que coloca os interesses do *dominus* à mercê da acção do interventor<sup>(53)</sup>, criando, assim, uma tensão permanente entre os deveres do gestor de negócios e as obrigações do mandatário, que poderão conhecer uma aplicação alternada, a decidir caso a caso, em função da superior vocação normativa que uns ou outros revelarem para enquadrar os traços característicos da gestão conjugal de bens autorizada pelo artigo 1681.º, n.º 3.

### 2.4.1. A obrigação de praticar os actos compreendidos no mandato segundo as instruções do mandante; a interrupção da gestão

I. A imposição ao mandatário da obrigação típica de praticar os actos compreendidos no mandato, segundo as instruções do mandante [artigo 1161.º, alínea a)] tem por fonte o próprio contrato do qual nasce o dever jurídico de a cumprir. Por isso, não pode de forma alguma aplicar-se à administração conjugal “de facto” que não é imposta ao cônjuge mas antes autorizada por lei, sendo assumida unilateralmente e de modo espontâneo, como se de gestão de negócios se tratasse, só não o sendo plenamente, aliás, porque o interventor goza de uma habilitação legal para agir<sup>(54)</sup>.

A espontaneidade da iniciativa gestora não pode, por isso, investir o cônjuge no dever jurídico de gerir uma parte do património familiar cuja administração estava por lei cometida ao consorte nem no de a assegurar indefinidamente,

<sup>(53)</sup> BAPTISTA MACHADO. *A Cláusula do Razoável*, RLJ, Anos 119.º-121.º, N.º 3767, p. 38.

<sup>(54)</sup> A afinidade entre o artigo 1681.º, n.º 3, e a gestão de negócios será tratada adiante com maior desenvolvimento.

sobretudo nos casos em que a administração conjugal incidir num extenso aglomerado patrimonial que, pela própria natureza das coisas carece de gestão continuada. Não havendo um dever de iniciar a gestão, por identidade ou mesmo maioria de razão existirá o de a exercer, muito menos ainda sendo exigível ao interventor que supra por tempo indeterminado a passividade daquele a quem, em primeira linha, está legalmente atribuído o múnus de providenciar a administração das referidas categorias de bens.

Fundamental para este efeito é a distinção entre os pressupostos da administração conjugal "de facto" admitida no artigo 1681.º, n.º 3, e o os que dão razão de ser à previsão constante do artigo 1678.º, n.º 2, alínea f), que defere ao cônjuge a administração dos bens próprios do outro (e comuns, acrescente-se, por maioria de razão) se o consorte se encontrar impedido de a exercer "por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer outro motivo...". Aqui, trata-se de uma obrigação de base legal, imposta em atenção ao facto de se tratar de uma situação de impedimento, supostamente de carácter temporário, cujo fundamento ainda se poderá imputar ao dever pessoal de cooperação que vincula reciprocamente os cônjuges, na vertente do dever de socorro e auxílio mútuos (artigos 1672.º e 1675.º).

Nenhum destes elementos subjaz à *factispecies* pressuposta pelo artigo 1681.º, n.º 3, que procura simplesmente prevenir as consequências danosas que o património do casal possa sofrer em virtude da inércia, comodidade ou desinteresse de um dos cônjuges, legitimando a intervenção do consorte que se lhe substitui na gestão de bens.

II. A lacuna que resulta da impossibilidade de se submeter o mandatário "de facto" à obrigação de praticar os actos compreendidos no suposto mandato deve, portanto, ser integrada mediante a aplicação analógica do artigo 466.º — mas ainda assim *cum granus salis* — que responsabiliza o gestor de negócios apenas pelos danos a que der causa, por culpa sua, com a injustificada interrupção da gestão<sup>(55)</sup>.

A aplicação desta disposição à administração conjugal autorizada pelo artigo 1681.º, n.º 3, afigura-se, de facto, excepcionalmente delicada. De um lado, porque, a haver prejuízos, eles poder-se-ão repercutir igualmente na esfera do interventor, efeito que quase seguramente se verificará nos regimes de comunhão, obrigando a uma cuidada ponderação do evento danoso, em especial, no cálculo do seu *quantum*; de outro, porquanto os danos causados pela injustificada interrupção da gestão poderão ser sopesados à luz do eventual concurso com a

(55) MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I — Introdução/Da constituição das obrigações, 6.ª edição, Almedina, 2007, p. 493.

culpa imputável ao administrado nos termos do artigo 570.º, por não ter exercido os poderes de administração que lhe estavam legalmente confiados, omissão que participa do complexo processo causal que conduz à produção do dano. Com efeito, embora não seja este o lugar adequado para investigar a natureza jurídica dos poderes de administração matrimonial, a sua instrumentalização ao serviço da comunhão conjugal confere-lhes o carácter próprio das posições jurídicas passivas, na vertente dos deveres funcionais, cuja violação pode configurar o “facto culposos do lesado” a que se reporta o artigo 570.º (56).

Serão, pois, muito residuais os casos em que o administrador conjugal “de facto” responderá ao abrigo do artigo 466.º, reduzindo-se, provavelmente, às hipóteses em que o abandono da gestão provoque danos que, de outro modo, não seriam sofridos, conforme defendia VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios do Código Civil (57).

III. Indissociável do problema antecedente, é o da definição do parâmetro que deve substituir as instruções conferidas ao mandatário [artigo 1161.º, alínea a), segunda parte], as quais são o veículo natural da vontade do mandante, ausente, por definição, da administração conjugal “de facto”.

Por identidade de razão, esta segunda lacuna também deve ser integrada pelo instituto da gestão de negócios, mediante a aplicação analógica do artigo 465.º,

---

(56) A natureza jurídica dos poderes de administração conjugal representa um caso exemplar de transmutação face às regras comuns, inerente à transição do espaço do “eu” para o espaço do “nós”, a que nos referimos na **Introdução**. Enquanto decorrência da autonomia privada, a liberdade de cada um administrar o seu próprio património deriva da permissão genérica da produção de efeitos jurídicos, constituindo uma situação jurídica complexa, de cariz activo; no quadro da comunhão matrimonial, os poderes de administração são instrumentalizados à prossecução das respectivas finalidades específicas, transfigurando-se, conseqüentemente, em deveres funcionais.

Sublinhando a função instrumental desempenhada pelos deveres patrimoniais face à união matrimonial, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O regime jurídico do divórcio*, cit., p. 37.

Sobre os deveres funcionais e o conceito de autonomia privada, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, cit., I — Parte Geral, Tomo I, pp. 361 e 392, respectivamente.

(57) VAZ SERRA, *Gestão de negócios*, BMJ 66 (1957), pp. 114-115. Embora o seu entendimento não tenha sido expressamente acolhido no artigo 466.º, não existe qualquer obstáculo a que se interprete a disposição nesse sentido, o qual, aliás, é consentido pelo elemento literal, ao exigir um nexo causal entre a injustificada interrupção da gestão e a produção de danos.

À luz do artigo 466.º, não existe, portanto, liberdade absoluta de interromper a gestão, uma vez que o gestor é responsável pelos danos causados com o seu abandono injustificado, solução que se pode reconduzir ao princípio da auto-responsabilidade mas não ao argumento tradicionalmente aduzido de a iniciativa gestora ter obstado à intervenção de outras pessoas, dispostas a levar a gestão a bom termo, conforme defende, v. g., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª edição (4.ª reimpressão), Almedina, 2006, p. 458. Com efeito, ultrapassa a compreensão que, por exemplo, um incêndio, só porque está a ser mal apagado por B em casa de A, não possa ser devidamente extinto por C, a não ser obviamente que B o impeça.

exige que não haja mandato escrito, não impondo que o mandato escrito seja concedido de forma expressa, pelo que lhe poderá aproveitar o disposto no artigo 217.º, n.º 2, tudo dependendo, portanto, do sentido que se possa extrair da eventual declaração documentada. Logo, em caso de dúvida sobre o conteúdo da vontade real do administrado, o significado da sua conduta terá que ser apurado segundo o critério da impressão do declaratório normal colocado na posição do administrador, acolhido no artigo 236.º, n.º 1.

III. A especial densidade da relação matrimonial, própria da plena comunhão de vida que caracteriza o casamento enquanto estado, confere particular justificação ao alargamento, na administração conjugal de bens, do normal dever de informação que recai sobre o mandatário. O alheamento do cônjuge não desinveste o administrador “de facto” de, como se salientou antes, porfiar por um acordo sobre a orientação da vida em comum a que se refere o artigo 1671.º, n.º 2, ainda que possa importar na cessação da sua intervenção, com a consequente reassunção pelo consorte dos poderes de administração que lhe compete exercer ou a sua conversão numa relação negocial de mandato, qualquer dos desideratos, aliás, desejável à luz da filosofia jus-familiar, que chama ambos os cônjuges a assumirem as responsabilidades inerentes à direcção conjunta da família.

Daí que incumba ao administrador facultar ao cônjuge todas as informações sobre o estado da gestão impostas pelo princípio da boa fé (artigo 762.º) e não apenas as que este lhe peça [artigo 1161.º, alínea *b*)], pois, cabendo-lhe o domínio do facto, ele melhor que ninguém tem que conhecer e comunicar as vicissitudes susceptíveis de influenciar de forma sensível a sorte do património cuja direcção assumiu e que correspondem, em suma, à formulação proposta por GALVÃO TELLES para o regime comum, que vinculava o mandatário a prestar ao mandante não só as informações pedidas mas ainda as que ele tivesse interesse em conhecer<sup>(59)</sup>. Aliás, a essa mesma conclusão também se chega, mediante a aplicação analógica do artigo 465.º, alínea *d*), que introduziu uma disciplina bem mais severa que a sua homóloga no que ao mandato respeita, vinculando o gestor de negócios a prestar todas as informações relativas à gestão<sup>(60)</sup>.

<sup>(59)</sup> *Exposição de motivos*, BMJ n.º 83. No mesmo sentido, cf. JANUÁRIO GOMES, *Contrato de mandato cit.*, pp. 346 e 348, filiando esta extensão do dever de informação na obrigação do mandatário se conduzir segundo a bitola do *bonus pater familias*, e GIUSEPPE BAVETTA, *Mandato (Diritto privato)*, Enciclopedia del Diritto, Volume XXV, p. 357.

<sup>(60)</sup> A diferença de regimes afigura-se plenamente justificada, atendendo a que o mandante mantém o controlo dos seus assuntos, tendo-se limitado a confiar a respectiva execução ao mandatário, podendo, a par e passo, pedir todas as informações que lhe pareçam necessárias,

IV. Comunicada a execução ou inexecução do mandato, o cônjuge tanto pode pôr termo à intervenção do administrador "de facto", reassumindo a direcção do património que lhe compete administrar, como nada dizer, caso em que se tem por aprovada a gestão, conforme dispõe o artigo 1163.º, que concretiza uma das escassas previsões em que o silêncio vale como declaração negocial (artigo 218.º).

Contudo, a inexecução do mandato ou mesmo o que se deva entender, neste caso, pela sua execução, podem adquirir, aqui, particular complexidade, atendendo aos diferentes formatos que a administração de bens desenvolvida ao abrigo do artigo 1681.º, n.º 3, é susceptível de assumir.

Esta administração reveste, como vimos, o carácter de mandato geral, uma vez que carece de especificação dos actos a praticar, abrangendo ou sendo susceptível de abranger todo o património do administrado e ainda uma parte do acervo comum que legalmente lhe cabia gerir. Pode, contudo, não ser exercida toda a elasticidade permitida pelo artigo 1681.º, n.º 3, por o próprio administrador não a querer aproveitar ou por não ser necessária, se o desinteresse do consorte se limitar a um ou outro assunto ou afectar somente este ou aquele bem, casos em que o interventor cingirá a sua gestão, limitando-a à prática de actos inadiáveis sobre bens ou assuntos determinados com expressão patrimonial pouco significativa.

A variedade de objecto sobre que pode incidir a intervenção gestória, tem reflexos decisivos na subsunção da administração "de facto" ao artigo 1161.º, alínea c), parte final ou no seu afastamento do campo de aplicação da disposição.

V. Quando incidir sobre a totalidade ou uma parte muito significativa do património do administrado, implicando a direcção de uma pluralidade indeterminada de assuntos, é questionável, primeiro, se, em algum momento, o mandato se pode dar como executado e, segundo, se é concebível a superveniência de razões que impeçam a sua execução.

Com efeito, nenhum património dispensa os cuidados característicos da administração ordinária, os quais poderão ter que ser providenciados quase sem intermitências de forma a garantir a boa conservação dos bens e a sua normal frutificação<sup>(61)</sup>. A constância desta intervenção é passível, portanto, de apro-

enquanto na gestão de negócios o controlo factual transferiu-se para o interventor, razão pela qual são devidas todas as informações objectivamente importantes, já que, em regra, o *dominus* estará impedido de as solicitar.

(61) Suporte económico da própria existência, assim o valora OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Volume III — Relações e situações jurídicas, Coimbra Editora, 2002, p. 125.

ximar a administração conjugal “de facto” da fisionomia própria das relações obrigacionais duradouras, na medida em que a sua execução revista carácter mais ou menos continuado, tendendo o respectivo cumprimento a prolongar-se ininterruptamente no tempo, tanto mais que, por definição, não lhe está aposto termo, certo ou incerto, apenas cessando por desvinculação do interventor ou decisão do administrado <sup>(62)</sup>.

Ora, das obrigações duradouras não se pode, em rigor, dizer, em algum momento, que estão cumpridas — entendido que seja o cumprimento como meio normal de extinção das obrigações — mas, antes, que “estão a ser cumpridas” ou que “têm vindo a ser cumpridas”. Como assinala MENEZES CORDEIRO, a especificidade das relações duradouras, em matéria de cumprimento, consiste em estarem “teleologicamente constituídas para permanecer e não se extinguirem com a execução” <sup>(63)</sup>.

Daí que o dever de comunicar a execução do mandato pressuponha, de algum modo, que a responsabilidade assumida pelo mandatário se esgote com o decurso de um determinado lapso temporal, tudo acabando por depender dos concretos factores que identificam a sua intervenção, nomeadamente, a maior ou menor extensão da massa de bens que administra, a natureza dos assuntos geridos e o tipo de providências requeridas. Uma coisa será a venda de um bem consumível em risco de perecer, que se traduz numa prestação instantânea, cujo cumprimento extingue a respectiva obrigação, importando a sua pronta comunicação ao titular, nos termos do artigo 1161.º, alínea c); outra, bem diferente, a administração de um imóvel arrendado ou a custódia de coisas, que, em regra, postulam intervenções duradoiras por tempo indeterminado, que requerem, antes, esclarecimentos regulares sobre o complexo processamento das correspondentes actividades gestoras <sup>(64)</sup>.

Desse modo, precisamente porque pode ingressar no campo das relações obrigacionais duradouras, a administração conjugal de bens reforça a observância dos deveres oriundos da boa fé objectiva, que aqui encontram um domínio privilegiado de eleição, em especial, os de informação e lealdade, justificando, também,

---

<sup>(62)</sup> ANGELO LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione, cit.*, pp. 136-137 (nota 73), considera que o mandato geral dá sempre azo a uma relação duradoira, ao passo que o mandato especial tanto pode configurar um contrato de execução instantânea como duradoira. A nosso ver, do mandato geral nasce de forma tendencial, mas não obrigatoriamente, uma relação obrigacional duradoira.

<sup>(63)</sup> Cf. *Da boa fé no Direito Civil, cit.*, Volume I, pp. 588-589 (nota 210), destacando as relações duradoiras como um campo particular de aplicação da complexidade intra-obrigacional e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil, cit.*, pp. 560 ss.

<sup>(64)</sup> Sobre o depósito como contrato de execução continuada, cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume III, p. 479.

por este motivo, o alargamento, acima defendido, da obrigação do interventor de prestar todas as informações objectivamente importantes sobre a evolução da gestão e não apenas as que lhe forem pedidas <sup>(65)</sup>.

VI. *Mutatis mutandis*, quanto às razões supervenientes que possam justificar a não execução do mandato, que se tenderão a reduzir às hipóteses previstas no regime geral da impossibilidade objectiva de cumprimento ou atinente à pessoa do mandatário, embora não lhe sendo imputável (artigos 790.º e 791.º), que não propriamente às específicas vicissitudes sofridas pelo assunto do mandante, como de alguma forma é pressuposto pela parte final do artigo 1161.º, alínea c), sempre sem prejuízo da sua aplicação aos actos determinados que o administrador se preparava para praticar mas que circunstâncias posteriores tornaram desaconselháveis.

De facto, algumas importantes disposições do regime legal do mandato estão especialmente pensadas para aqueles casos em que a incumbência do mandante se traduz na prática de acto ou actos determinados que se exauram num certo momento ou em período de tempo de duração irrelevante, não se harmonizando com actividades que se desenvolvem tendencialmente por tempo indeterminado, desdobrando-se numa multiplicidade de operações, insusceptíveis de prévia especificação <sup>(66)</sup>.

Estas limitações ou adaptações dos deveres do mandatário impostas pelas características próprias das relações obrigacionais duradoiras estendem-se à administração de bens autorizada pelo artigo 1681.º, n.º 3, na medida em que se lhes adequa a respectiva fisionomia concreta, em função dos factores de identificação acima expostos, conforme, designadamente, tenha por objecto uma maior ou menor massa de bens, incida sobre assuntos determinados ou indeterminados, se confine a providências específicas ou se alargue à generalidade dos actos de administração.

#### **2.4.3. O direito de não executar o mandato ou de se afastar das instruções recebidas**

I. Delicada volta a ser a aplicação da importante disposição constante do artigo 1162.º, na parte em que permite ao mandatário deixar de cumprir o mandato se for razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, caso conhecesse certas circunstâncias que não foi possível comunicar-lhe em tempo útil <sup>(67)</sup>.

<sup>(65)</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume I, p. 138, sobre a maior intensidade dos deveres de agir segundo a boa fé nas relações obrigacionais duradoiras.

<sup>(66)</sup> O problema ressurgiu já de seguida com a análise da possibilidade reconhecida ao mandatário de não executar o mandato.

<sup>(67)</sup> Na parte em que permite ao mandatário afastar-se das instruções recebidas, o artigo 1162.º não é, por razões óbvias, aplicável, pois a existência de instruções impede ou extingue, conforme o caso, a administração "de facto", corporizando um acordo de administração em sentido próprio.

De todo o modo, as considerações anteriormente deduzidas a propósito das dificuldades de aplicação do artigo 1161.º, alíneas *a*) e *c*) aplainam o caminho, se é que não o consomem.

II. O fundamento da disposição tem que ser novamente compreendido no âmbito de uma relação negocial, da qual nasceu para o mandatário o dever jurídico de praticar os actos que integram o objecto do contrato, configurando-se como um contrapeso que o desonera licitamente de cumprir a prestação contratada. Aliás, em rigor, como sustenta a doutrina dominante, em lugar de uma posição jurídica activa, o preceito investe afinal o mandatário no dever de não cumprir o mandato caso se verifique a hipótese legalmente prevista <sup>(68)</sup>, por respeito à vontade conjectural do mandante que, caso pudesse pronunciar-se, se decidiria presumivelmente pela cessação da actividade confiada ao mandatário, representando, nessa medida, uma concretização do princípio da boa fé no cumprimento dos contratos (artigo 762.º) <sup>(69)</sup>.

Ora, não existindo neste caso o dever de iniciar a gestão nem de a prosseguir, a não ser que a sua injustificada interrupção provoque danos que, de outro modo, não seriam sofridos, o mandatário “de facto” tem obviamente o direito de não executar o mandato.

Será, contudo, que não se salva um campo útil de aplicação do preceito à administração conjugal “de facto”?

III. Desde logo, não se descortina em termos plausíveis, atendendo à especial proximidade — existencial entre cônjuges, característica do vínculo matrimonial, a possibilidade de haver circunstâncias que não possam ser comunicadas em tempo útil ao consorte, de forma a que este possa tomar as decisões que ao caso caibam <sup>(70)</sup> mas, mesmo a admitir-se a verificação dessa impossibilidade, ainda assim não poderá a norma aplicar-se a todas as hipóteses de administração conjugal exercida no âmbito do artigo 1681.º, n.º 3.

É certo que, agora, estamos perante factos desconhecidos do administrado, ao contrário do que se passa com o mandato conjugal “de facto” que não dis-

<sup>(68)</sup> Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., Volume II, sub artigo 1162.º, p. 797; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, Almedina, 2005, p. 204, e *Direito das Obrigações*, cit., Volume III — Contratos em Especial, p. 446; JANUÁRIO GOMES, *Contrato de mandato* cit., p. 347.

<sup>(69)</sup> Para BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, cit., RLJ, N.º 3757, p. 106, este dever do mandatário não resulta do contrato em si mas de um “dever de protecção” relativamente ao interesse que lhe foi confiado.

<sup>(70)</sup> A não ser que a administração se funde em impedimento do consorte, tendo, então, lugar ao abrigo do artigo 1678, n.º 2, alínea *f*), aplicando-se nesse caso o artigo 1681.º, n.º 1, e não o n.º 3.

pensa o conhecimento da actuação do administrador, pelo que a aplicação do artigo 1162.º manteria todo o cabimento, se é que não a reforçaria por força da densidade própria da relação conjugal.

O problema é outro, bem diferente, resultando da função instrumental que o património do casal desempenha em relação à própria comunhão conjugal de vida. São os bens dos cônjuges que suportam a autonomia económica do agregado familiar, viabilizando o cumprimento do basilar dever de assistência que compreende a obrigação de prestar alimentos e de contribuir para os encargos da vida familiar (artigo 1675.º) e que ainda apoiarão o cumprimento do dever de cooperação (artigo 1674.º), na residual dimensão patrimonial que este possa assumir. O património conjugal constitui uma massa de bens, carecida, enfim, de permanente administração, pelo que a existência de circunstâncias que não recomendem a execução do mandato, apenas se aplicará aos casos em que a intervenção do administrador se circunscreva a actos isolados sobre bens determinados que, no momento inicial, requeriam medidas de gestão tornadas a final desaconselháveis por circunstâncias objectiva ou subjectivamente supervenientes.

IV. Com efeito, o artigo 1162.º constitui mais uma das disposições do regime legal do mandato, cuja aplicação pressupõe de forma implícita uma determinada configuração da actividade confiada ao mandatário, centrada novamente em acto ou actos de execução mais ou menos instantânea, não se adequando a incumbências que representam interesses permanentes do mandante ou que revestem, pelo menos, alguma estabilidade temporal e que, por isso, requerem um exercício continuado.

Mais uma vez, tudo dependerá da concreta configuração assumida pela intervenção do administrador. O artigo 1681.º, n.º 3, autoriza-o a ingressar na administração de todo o património do consorte e ainda nos bens comuns cuja gestão lhe é legalmente deferida mas a iniciativa gestora pode limitar-se a específicas posições patrimoniais que apenas careçam de determinadas medidas ou providências administrativas de execução mais ou menos rápida. Caso assim suceda, ou seja, na medida em que o interesse carecido de gestão se satisfaça com esse tipo de intervenção, *a priori* considerada necessária mas que se vem a revelar objectivamente contraproducente ainda antes de ser executada, deve o administrador não a cumprir, conforme determina o artigo 1162.º, comunicando, sem demora, ao administrado, as razões da sua decisão [artigo 1161.º, alínea c), parte final].

#### 2.4.4. Obrigação de pagamento de juros

O artigo 1164.º investe o mandatário na obrigação de pagar ao mandante os juros legais respeitantes às quantias que recebeu dele ou por conta dele, a partir do momento em que as devia ter entregue ou aplicado segundo as suas instruções.

Da administração conjugal “de facto” só podem participar, por definição, os juros correspondentes às quantias recebidas por conta do mandante, excluída que está a possibilidade de receber quaisquer quantias do mandante ou de as aplicar segundo as suas instruções, sob pena de se subtrair ao campo de aplicação do artigo 1681.º, n.º 3.

Restam, portanto, os juros das importâncias recebidas por conta do cônjuge e que lhe deveriam ter sido entregues [v. g., preço de alienação de bens próprios, que conservam essa qualidade nos termos do artigo 1723.º, alínea b)] e que não tenha sido remetido no tempo devido ao mandante], independentemente de interpelação, uma vez que existia um momento certo para o cumprimento da obrigação. Não o tendo sido, assumem a natureza de indemnização moratória, que sanciona o atraso pelo inadimplemento de uma obrigação legal, nenhum motivo havendo para aplicar analogicamente o disposto no artigo 1697.º, que difere para o momento da partilha a exigibilidade das compensações devidas pelo pagamento das dívidas do casal, razão pela qual a norma é de aplicação imediata ao mandato conjugal “de facto” (71).

## 2.5. As obrigações do administrado

Ao consentir, primeiro, a iniciativa do consorte de chamar a si a administração dos seus próprios bens e ou da parcela dos bens comuns cuja gestão lhe estava legalmente cometida e tolerar, depois, que ele a prossiga, sem se lhe opor, o administrado desonera-se da responsabilidade de direcção da sua esfera de assuntos, aceitando a intervenção do cônjuge no espaço, em princípio, reservado da sua autonomia privada.

Esta vantagem oferecida pela ordem jurídica fundamenta que, mesmo faltando uma vinculação contratual, lhe sejam impostas obrigações correspectivas dos deveres legais que, como vimos, também impendem sobre o administrador pelo mero facto de ter assumido o empreendimento gestório, em ordem a evitar que a intervenção cause a este último um prejuízo patrimonial, sem justificação à luz dos princípios da justiça comutativa que rege as relações intersubjectivas, voluntárias ou involuntárias.

Consequentemente, em primeira linha, tanto poderá ser devido o reembolso das despesas efectuadas como a reparação dos danos sofridos com o exercício da gestão, de forma a manter indemne o interventor.

Seja como for, a ausência do consenso negocial não pode deixar de determinar também aqui e à semelhança do que sucede com os deveres do adminis-

(71) Sobre a obrigação imposta pelo artigo 1164.º, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, cit.*, Volume II, pp. 799-801; JANUÁRIO GOMES, *Contrato de mandato, cit.*, pp. 358-361.

trador, uma avaliação cuidada da viabilidade de se aplicarem ou não as obrigações que adstringem o mandante, nos termos do artigo 1167.º

**2.5.1. A obrigação de fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, salvo convenção em contrário [artigo 1167.º, alínea a)]**

Este dever típico do mandante, destinado a viabilizar o cumprimento da incumbência confiada ao mandatário — pois não lhe é razoavelmente exigível que a execute à custa de meios adiantados por si, a não ser que se haja obrigado nesse sentido — inexistente necessariamente na administração conjugal "de facto", porque oriunda de uma intervenção espontânea consentida pelo *dominus*, sem prejuízo de os bens do consorte em cuja administração o interventor livremente ingressa, acabarem por desempenhar, eles próprios, na medida necessária, a função prática dos meios a que se refere o artigo 1167.º, alínea a).

De outro modo, terá que ser o próprio administrador a antecipar por sua conta tais meios, nomeadamente, se a responsabilidade assumida exigir o dispêndio de numerário, sem prejuízo do direito de se reembolsar junto do *dominus* nos termos do artigo 1168.º, alínea c).

Por seu turno, sempre que a administração se exerça sobre coisas corpóreas, a respectiva apreensão material pelo interventor investi-lo-á na sua mera detenção, baseada na simples tolerância do titular do direito [artigo 1253.º, alínea c)].

Não havendo a obrigação de fornecer os meios necessários à boa execução do mandato, afigura-se, conseqüentemente, inaplicável ao caso o direito correspondente reconhecido ao mandatário de suspender a execução do contrato, enquanto o mandante permanecer em mora (artigo 1168.º). Procedem, aqui, com as devidas adaptações, as considerações acima deduzidas a propósito da possibilidade do mandatário não executar o mandato quando seja razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, se conhecesse certas circunstâncias que não lhe foi possível comunicar-lhe em tempo útil (artigo 1162.º), a qual, como vimos, também se apresenta correlata, embora a título accidental, do dever típico de executar o mandato [artigo 1161.º, alínea a)].

**2.5.2. A obrigação de pagar a retribuição que ao caso competir [artigo 1167.º, alínea b)]**

O eventual dever de remunerar a intervenção gestora depende, nos termos oportunamente assinalados, da sua correspondência com a actividade profissional do administrador, por via da aplicação analógica do artigo 470.º, visto faltar uma convenção que elida qualquer das presunções estabelecidas pelo artigo 1158.º, n.º 1.

finição, os  
, excluída  
de as apli-  
aplicação

a do côn-  
bens pró-  
b)] e que  
mente de  
o da obri-  
tória, que  
n motivo  
ue difere  
idas pelo  
imediate

adminis-  
estão lhe  
n se lhe  
ia esfera  
o, reser-

mo fal-  
pectivas  
ístrador  
n a evi-  
justifi-  
ntersub-

mbolso  
ercício

e deter-  
dminis-

VARELA,  
ato, cit.,

Das disposições nucleares do direito patrimonial do casamento, não participa, com efeito, qualquer proibição directa ou indirecta de os cônjuges acertarem acordos de colaboração com cláusulas remuneratórias dos serviços prestados entre si. Não corresponderão, provavelmente, ao ideal de cooperação não mercantil que se espera nortear o normal funcionamento da comunidade matrimonial mas a sua validade afigura-se admissível na margem consentida à regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges pelo princípio da autonomia privada, sobretudo na medida em que se entenda que a sociedade conjugal não representa um espaço obrigatório de sacrifício económico para qualquer dos seus membros, além do que lhes é imposto pela imperatividade das regras legais sobre administração de bens e deveres conjugais [artigo 1699.º, n.º 1, alíneas *b)* e *c)*].

Admitida a validade de tais convenções e atenta a razoável identidade substancial das situações subjacentes, nada parece impedir a aplicação conjugada dos artigos 470.º e 1158.º, n.º 2, à administração conjugal “de facto”, que atribuem um crédito remuneratório ao gestor/mandatário, exigível logo que finde a gestão, por não se verificarem no caso presente as razões que justificam o diferimento para o momento da partilha das compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (artigo 1697.º).

### **2.5.3. As obrigações de reembolso das despesas e de indemnização dos prejuízos sofridos em consequência da administração [artigo 1167.º, alíneas *c)* e *d)*]**

I. Os deveres em apreço são consequência da alienidade que inere à actividade de prestação de serviços empreendida pelo mandatário. Ao agir por conta do mandante, é justo que o interposto seja reembolsado dos encargos suportados com a gestão e indemnizado dos prejuízos que esta lhe causou.

A obrigação de reembolso de despesas tanto tem lugar quando não houve provisão para os encargos com a execução gestora, compreendida no dever de providenciar ao mandatário os meios necessários ao cumprimento do negócio para que foi contratado [artigo 1167.º, alínea *a)*], como nos casos em que essa provisão se revelou insuficiente para cobrir os gastos que o preposto fundamentamente considerou indispensáveis.

Por seu lado, a obrigação de reparar os danos sofridos com a execução do mandato constitui um caso de responsabilidade objectiva, que dispensa culpa do mandante, bastando-se com o nexo de causalidade entre a prestação do serviço e o prejuízo.

Ambas as obrigações se afiguram inderrogáveis por vontade das partes, devendo entender-se que a convenção em contrário admitida no artigo 1167.º,

alínea *a*) apenas poderá adiar o cumprimento do sobredito dever, que não excluí-lo <sup>(72)</sup>.

II. No lugar próprio (*supra*, 2.4.1.), concluiu-se que, na falta de uma declaração de vontade do administrado e das consequentes instruções que a veiculem, deve o administrador conjugal orientar-se pelos parâmetros que dirigem a intervenção do gestor de negócios, observando o interesse e a vontade real ou presumível do *dominus* [artigo 465.º, alínea *a*)].

Nessa medida, os direitos do administrador de se reembolsar pelas despesas suportadas e de se ressarcir dos prejuízos sofridos dependem do respeito por aqueles critérios normativos, em suma, de ter havido gestão regular nos termos do artigo 468.º

A essa mesma conclusão se chegará, caso se opte pela aplicação directa do artigo 1167.º, alíneas *c*) e *d*), o que só não se defende por imperativo de coerência metodológica, pois tendo-se recusado, por impossibilidade lógica, a subsunção da administração "de facto" ao artigo 1161.º, alínea *a*), não se pode, agora, sujeitar o mandante a obrigações legais que, embora eventuais, pressupõem o dever do mandatário cumprir o mandato.

III. De resto, a *ratio* normativa é idêntica em ambos os preceitos [artigos 468.º e 1167.º, alíneas *c*) e *d*)], pois que o critério de distribuição do risco das actividades de prestação de serviço não se altera, por num caso se dar no quadro contratual e, noutro, mercê da iniciativa espontânea do prestador, não sendo, aliás, accidental a quase perfeita coincidência literal que liga os dois preceitos.

Com efeito, se no mandato o risco da actividade gestória corre por conta do mandante desde que o mandatário tenha agido sem culpa nos limites dos poderes concedidos, também o risco da gestão corre por conta do dono do negócio, desde que o gestor se haja conformado com o seu interesse e vontade, real ou presumível.

Em qualquer dos casos, trata-se, em rigor, de uma concretização do princípio *casus sentit dominus*, segundo o qual o risco geral da vida corre por conta do titular do interesse prejudicado, critério de repartição de danos que só recua se o lesante houver de responder por um qualquer título de imputação, baseado no princípio da culpa, do risco ou do sacrifício.

Consequentemente, o incumprimento do programa gestório desenhado pelo mandante ou o desvio do gestor em relação ao interesse e vontade do *dominus*, fazem incorrer o prestador do serviço contratado ou espontaneamente assumido

---

(72) Neste sentido, para o direito italiano, cf. ANGELO LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione*, cit., pp. 362-363.

numa dupla consequência: responde pelos prejuízos, ainda que fortuitos, causados ao *dominus* e suporta os danos produzidos na sua própria esfera <sup>(73)</sup>.

## 2.6. A eficácia externa da administração conjugal “de facto”

A normal actividade de administração patrimonial compreende a prática de actos materiais e jurídicos.

Sempre que se traduza na prática de actos jurídicos, coloca-se o problema de determinar o modo como os respectivos efeitos se repercutem na esfera do administrado, obrigando a definir a natureza representativa ou não representativa do mandato conjugal “de facto”, para o que se torna necessário conferir previamente o regime instituído pelos artigos 1178.º a 1184.º com a disciplina específica do Direito matrimonial.

### 2.6.1. O mandato com representação

I. Noutra ocasião, já tivemos oportunidade de salientar a notória originalidade do regime português do mandato representativo face às principais codificações europeias que dissociaram a procuração do mandato <sup>(74)</sup>.

Nos termos do artigo 1178.º, n.º 2, o mandatário a quem tenham sido conferidos poderes representativos deve agir por conta e **em nome** do mandante, salvo cláusula em contrário <sup>(75)</sup>.

Ao invés, o BGB (§§ 662 a 676) não consagra sequer uma única disposição atinente ao mandato com representação e o *Codice* limita-se a prever a figura no artigo 1704.º, que determina a aplicação do preceituado respeitante à representação (artigos 1388.º a 1400.º), omitindo qualquer elemento particular da sua disciplina jurídica.

<sup>(73)</sup> Sobre o risco da actividade mandatada, cf. *Del mandato: disposizioni generali* (art. 1703.º-1730.º), Commentario teórico-prático al codice civile (a cura di MAURIZIO GADDI), Libro IV — Delle Obligazioni, Roma, 1971, sub. artigo 1720.º, p. 179; sobre o risco da gestão de negócios no ordenamento jurídico português, com elementos de direito comparado, cf. MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, cit., p. 218, e *Direito das Obrigações*, cit., Volume I, p. 490, e RUI ATAÍDE, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada*, cit., p. 75.

<sup>(74)</sup> Cf., com mais desenvolvimento, RUI ATAÍDE, *Mandato com representação* (Relatório de Mestrado em Direito Civil), Lisboa, 1994, pp. 35-38.

<sup>(75)</sup> Segundo PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil: ensaio de reconstrução dogmática*, Almedina, 2004, 534 (nota 94), a ressalva legal visa prevenir os casos em que o mandante prefira que seja o mandatário a avaliar em concreto se a melhor forma de defender os interesses do “principal” consiste na utilização ou não dos poderes representativos.

Em sentido similar, já JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, cit., p. 244 (nota 690).

II. A reconstrução da ossatura do mandato representativo apresenta na base dois negócios jurídicos distintos: a procuração e o mandato.

Da procuração, resulta como efeito jurídico típico, o poder de agir em nome do constituinte; do mandato, nasce caracteristicamente o dever de agir por conta do mandante (artigo 1157.º) que, segundo a orientação doutrinária perfilhada, exprime o cumprimento do programa gestório em conformidade com as instruções do mandante, em ordem a assegurar a prossecução da alteridade do interesse prevalecente <sup>(76)</sup>, corolário, aliás, do entendimento que encara o mandato como gestão convencionalizada de negócios alheios, no sentido de toda a actividade em proveito de outrem ou que tem lugar na esfera de interesses do mesmo, qualquer que seja a sua natureza, válido no nosso ordenamento, desde que confinado ao universo da actividade jurídica, dada a correspondente delimitação do artigo 1157.º (ao invés do § 662 do BGB que admite, no âmbito do mandato, a prática de actos materiais).

III. Nestes termos, a reunião dos dois negócios não deveria, em princípio, originar consequências jurídicas distintas das que os tipificam, isoladamente considerados. À legitimidade representativa emergente da procuração, acresceria tão-só o dever de agir por conta do mandante, cumprindo com zelo e diligência a actividade gestória.

Foi este o modelo adoptado no *Codice*, caracterizado por um fenómeno de mera justaposição de regimes <sup>(77)</sup>, conservando-se a autonomia própria da disciplina reguladora dos negócios constitutivos.

No direito italiano — neste particular mais próximo do português, por existir também maior afinidade de base legislativa, dada, *v. g.*, quer pela noção legal de mandato (artigo 1703.º) reproduzida no nosso artigo 1157.º, quer pela previsão constante do artigo 1704.º, transportada para o nosso artigo 1178, n.º 1 — é de algum modo paradigmático o ponto de vista que distingue a relação de gestão subjacente ao contrato de mandato, fonte do encargo de executar a actividade prometida por conta do mandante,

<sup>(76)</sup> Cf. ANGELO LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione*, *cit.*, págs. 43 e ss., e JANUÁRIO GOMES, *ob. ult. cit.*, pp. 92-95. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, *cit.*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 63, considera que o "agir por conta" significa que os actos a praticar pelo mandatário se destinam à esfera do mandante.

Em sentido algo diferente, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *cit.*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1987, p. 446, e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, Volume III, pp. 432-433, que encaram o dever de agir por conta como o propósito de transferir, imediata ou posteriormente, os proveitos e encargos da intervenção para a esfera do *dominus*.

Contudo, no mandato representativo perde sentido autonomizar um intuito de destinação dos efeitos da actividade gestória, visto se encontrar absorvido pelo mecanismo da *contemplatio domini*, o qual assegura automaticamente a dita repercussão.

<sup>(77)</sup> E que também está presente no artigo 1178.º, n.º 1, do diploma português.

da relação externa, estabelecida entre o *dominus* e o terceiro, assente na concessão de poderes representativos <sup>(78)</sup>.

Em orientações similares, salienta-se o nexó causal entre o exercício dos poderes representativos e a vinculação directa do mandante aos efeitos da actuação gestória, sem mais aprofundamentos <sup>(79)</sup>, a aplicação cumulativa, ainda que em separado, das normas próprias de ambos os institutos <sup>(80)</sup> ou a coexistência do poder de agir em nome, oriundo da procuração, e o dever de agir por conta, procedente do mandato <sup>(81)</sup>.

Numa perspectiva mais integrada, sublinha-se a coligação funcional entre procuração e negócio gestório, sem prejuízo da autonomia estrutural que os individualiza <sup>(82)</sup>.

IV. A singularidade da solução acolhida no artigo 1178.º, n.º 2, merece investigação atenta, porquanto o **dever de agir em nome** ali supletivamente previsto, não pode proceder nem da procuração, da qual apenas emana o poder de agir em nome do representado, nem do mandato de que nasce apenas o dever de agir por conta do mandante.

Com efeito, a procuração, enquanto negócio jurídico unilateral, não pode criar posições jurídicas passivas, a não ser ao constituinte, não se “contratualizando” só por fazer parte de uma relação gestória; por seu lado, se o mandato, quando acompanhado da concessão de poderes representativos, constituísse a fonte do dever de agir em nome do mandante, seria redundante chamar à colação as normas atinentes à representação, uma vez que esse dever consumiria o poder de agir em nome do constituinte, esvaziando a necessidade de recorrer às regras da procuração <sup>(83)</sup>.

Está, portanto, por explicar a fonte da obrigação de agir *contemplatio domini*, em que o mandatário com poderes representativos se encontra investido <sup>(84)</sup>.

V. Na matriz do mandato representativo encontramos uma pluralidade de declarações negociais conexas — de um lado, a procuração, doutro, o man-

<sup>(78)</sup> Cf. FRANCESCO DOMINÈDÒ, “Mandato (Diritto Civile)”, *Noviss. Digest. Ital.*, p. 112; CIAN e TRABUCCHI, *Commentario Breve*, *cit.*, p. 1388.

<sup>(79)</sup> Cf. ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzione di Diritto Civile*, Cedam, 33.ª edição, 1992, p. 719.

<sup>(80)</sup> Cf. GIUSEPPE MIRABELLI, *Dei Singoli Contratti*, *cit.*, p. 559.

<sup>(81)</sup> Cf. VITTORIO DE MARTINO, *Commentario Teorico-Pratico al Codice Civile*, livro IV, pp. 47-51.

<sup>(82)</sup> Cf. LUMINOSO, *ob. cit.*, p. 37.

<sup>(83)</sup> Por esta exacta razão, deve ser afastada a interpretação que aponte a consagração pontual da concepção napoleónica, vertida no artigo 1318.º do Código de Seabra. O mandato preserva a sua idiossincrasia jurídica, ainda que a actividade gestória goze de eficácia representativa. Aliás, como assinalam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 744, o artigo 1178.º, n.º 2, não conhece antecedentes legislativos.

<sup>(84)</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, *cit.*, pp. 530-531 (nota 83), considera que procuração e relação causal concorrem ambos para o surgimento da representação.

dato — de cuja coligação nasce um efeito jurídico novo, estranho à estrutura de qualquer dos tipos constitutivos: o dever de agir em nome do mandante, conformando-se **um negócio jurídico de síntese**, a que corresponde um regime jurídico próprio, diferente das disciplinas normativas privativas de cada um dos negócios componentes <sup>(85)</sup>, contrariamente ao que sucede no ordenamento italiano, que acolheu a simples justaposição de regimes do mandato e da procuração <sup>(86)</sup>.

### 2.6.2. O mandato sem representação

I. Casos há em que alguém, embora interessado na realização de certo negócio, prefere manter a sua identidade oculta, para, v. g., evitar especulações, obtendo condições mais justas, manter o sigilo ou camuflar um benefício que pretende atribuir a outrem <sup>(87)</sup>.

Consequentemente, ao agir em nome próprio para satisfazer a finalidade visada pelo mandante <sup>(88)</sup>, o mandatário assume a qualidade de parte <sup>(89)</sup> nos actos que celebra, radicando-se na sua esfera os correlatos direitos e obrigações (artigo 1180.º). Desta forma, v. g., só a ele assiste legitimidade para arguir os vícios na formação do negócio e apenas ele responde, segundo as regras gerais do incumprimento, perante o terceiro que, em caso algum, tem direito de acção

<sup>(85)</sup> As quais, contudo, se continuam a aplicar ao mandato representativo, na parte em que não contrariam o dever de agir "*contemplatio domini*".

<sup>(86)</sup> Cf. RUI ATAÍDE, *Mandato com representação*, cit., pp. 37-38, e, no mesmo sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Volume III, p. 454.

No seu ensino oral (seminários de Mestrado do ano lectivo 1993-94), MENEZES CORDEIRO sustentou que o enunciado do artigo 1178.º, n.º 2, representa um afloramento da concepção semi-napeolónica do mandato.

Em Itália, cf. VITTORIO DE MARTINO, *Commentario Teorico-Pratico al Codice Civile*, livro IV, p. 50, sobre a caracterização do mandato representativo como negócio unitário e ANGELO LUMINOSO, *ob. cit.*, pp. 140 ss.; sobre a classificação dos negócios jurídicos quanto à estrutura, cf., ainda, EMILIO BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Volume II, Coimbra Editora, 1969, pp. 180 ss.

<sup>(87)</sup> Cf. FERNANDO PESSOA JORGE, *Mandato sem representação*, Edições Ática, 1961, pp. 160-162, debruçando-se sobre o que designa por fim mediato visado pelo mandante, acrescentando nada impedir que o terceiro conheça a existência do mandato, por lhe ser indiferente a pessoa do outro contraente ou até por preferir a vinculação do interposto. O artigo 1180.º, parte final, veio plenamente ao encontro desta última ideia.

<sup>(88)</sup> O mandatário pode agir em nome próprio por não se encontrar munido de poderes representativos ou por não os utilizar, por acordo com o mandante (artigo 1178.º, n.º 2, parte final), conforme, antes, se assinalou.

<sup>(89)</sup> Sobre a identificação dos sujeitos a que se reportam os efeitos desencadeados, como critério do conceito de "parte", cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, cit., Tomo I, p. 460.

contra o mandante, recaindo, enfim, sobre si, todos os efeitos característicos da posição de “parte”.

Contudo, uma vez que os efeitos dos actos praticados se destinam a final à esfera do mandante, formaram-se duas concepções sobre o modo como opera essa repercussão. De um lado, sustenta-se que tal eficácia se produz por via de uma dupla transferência, transitando sempre num momento intermédio pelo património do mandatário, que a receberia do mandante em direcção ao terceiro ou do terceiro a caminho do mandante, conforme, respectivamente, se tratasse de mandato para alienar ou para adquirir; de outro, defende-se que, embora não havendo representação, dar-se-ia um fenómeno de repercussão directa *ope legis*, sem interposição do património do mandatário <sup>(90)</sup>.

II. No concernente ao mandato para alienar, a tese da transferência directa entre mandante e terceiro, socorre-se, entre nós, do artigo 892.º, que concederá ao mandatário a necessária legitimidade para dispor dos bens do mandante.

Contudo, o facto de a hipótese caber no âmbito de previsão daquele preceito, não significa necessariamente que se lhe deva aplicar, atenta a sua incompatibilidade com o regime do mandato, em especial, com a regra geral estabelecida no artigo 1180.º, segundo o qual o mandatário que actua em nome próprio adquire os direitos e assume as obrigações dos actos que praticar <sup>(91)</sup>.

Com efeito, fixada a regra geral no artigo 1180.º, assiste-se, depois, à sua concretização nas disposições subsequentes, que vão definindo as várias soluções, conforme os efeitos em causa.

<sup>(90)</sup> Em JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, cit., pp. 115-117 e 120-121, e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Volume III — Contratos em Especial, pp. 461-462, encontra-se alargadas exposições doutrinárias sobre as teses da transmissão directa e da dupla transferência (instrumental ou simultânea e fiduciária) no mandato sem representação.

A tese da transferência imediata foi adoptada por FERNANDO PESSOA JORGE, *Mandato sem representação*, cit., pp. 291 ss. e 334 ss.

A teoria da dupla transferência fiduciária no mandato para alienar é subscrita, entre nós, por GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 193-194, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, AAFDL, 1985, Volume II, p. 167, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Volume III — Contratos em Especial, p. 462, e SEQUEIRA RIBEIRO, *Acerca da forma no contrato de mandato*, RFDUL, Volume XXXVIII — N.º 2, 1997, pp. 389-395.

<sup>(91)</sup> O artigo 892.º baseia a argumentação de JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, cit., pp. 122-124, e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., Volume II, sub artigo 1181.º, pp. 827-828, embora aqui se considere tratar-se de pura construção doutrinária.

A nosso ver, só se justificaria o recurso ao artigo 892.º se o regime do mandato não fornecesse uma regulação completa, suficientemente conclusiva, o que não sucede.

O artigo 1181.º, n.º 1, impõe ao mandatário a transferência para o mandante dos direitos adquiridos em execução do mandato, permitindo o n.º 2, no tocante aos créditos, que o mandante se lhe substitua no respectivo exercício, confirmando, em pleno, a tese da dupla transferência, só tendo sentido o dispositivo sub-rogatório, na medida em que a titularidade do crédito se radicou na esfera do mandatário, pois, caso contrário, tratando-se de direito próprio do mandante, este poderia agir nos termos gerais (artigos 817.º e segs.).

Trata-se de uma aplicação do mecanismo sub-rogatório previsto nos artigos 606.º e seguintes e não de uma acção directa, solução que nada tem de injusto para o mandante em caso de insolvência do mandatário, porquanto se limita a igualar o tratamento com os seus (dele, mandatário) restantes credores, fazendo correr por conta daquele o risco próprio da interposição real, de cujos eventuais e esperados proveitos é o único ou principal beneficiário.

Discorda-se, assim, do entendimento maioritário, por se considerar que não há razão para isentar o mandante dos riscos que inerem à interposição real por si introduzida no tráfego, atendendo à vantagem de que já beneficia, conforme a seguir se explica, por a ordem jurídica lhe permitir que participe no comércio jurídico por interposta pessoa. Acresce, por outro lado, que, a solução da sub-rogação directa reverte em manifesto prejuízo da protecção do tráfego, diminuindo o alcance do princípio consagrado no artigo 601.º, ao potenciar a criação de segmentos patrimoniais virtualmente isentos da garantia geral dos credores <sup>(92)</sup>.

III. Resulta daqui uma dificuldade séria para a tese da transferência imediata, pois se o terceiro adquirisse directamente do mandante, deveria ser este, segundo as regras gerais, e não o mandatário, o credor da obrigação de pagamento de preço, ao contrário do que estipula o artigo 1181.º, n.º 1, e do que sai confirmado do n.º 2, ao permitir que o mandante se substitua ao mandatário no exercício do correspectivo direito.

Acresce que, assim sendo, se cria também obstáculos complexos ao cumprimento pelo mandatário da obrigação de entrega, caso não tenha conseguido

---

<sup>(92)</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, cit.*, Volume II, sub artigo 1181.º, p. 829, consideram injusto sujeitar o mandante a rateio em concurso de credores, caso se dê a insolvência do mandatário, alegando, ainda, que, a tratar-se de acção sub-rogatória, mal se justificaria uma providência especial para o mandato sem representação. Este último argumento tem valor assaz relativo, dado serem abundantes as duplicações de regras gerais dispersas pelas regulações periféricas.

MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume III — Contratos em Especial, p. 458, considera igualmente que o dispositivo facultado pelo artigo 1181.º, n.º 2, consiste numa acção directa e não na acção sub-rogatória indirecta.

O artigo 27.º, § 3.º, do Projecto, atribuía expressamente ao mandante uma acção sub-rogatória directa.

a prévia apreensão material da coisa a alienar e o mandante se recuse, entretanto, a fazê-lo, violando o disposto no artigo 1167.º, alínea *a*).

Decerto que assiste ao mandatário acção de cumprimento contra o mandante e ao terceiro adquirente acção de cumprimento contra o mandatário, podendo ainda socorrer-se dos meios de defesa da posse e de acção de reivindicação. Contudo, a procedência da acção de cumprimento instaurada pelo terceiro contra o mandatário depende do êxito da que por este tiver sido proposta contra o mandante, dado não ser possível ao mandatário cumprir a obrigação de entrega perante o terceiro, enquanto não detiver a coisa a alienar e, por seu lado, a viabilidade das acções reais dependerá, como sempre, da prévia identificação do mandante (e terceiros), que, em regra, não é conhecida no mandato sem representação.

A tese da dupla transferência também enfrenta o mesmo problema, ou seja, o mandante pode à mesma recusar-se a entregar a coisa ao mandatário, dificultando-lhe o cumprimento desta obrigação perante o terceiro adquirente, pelo que, à primeira vista, a posição jurídica deste seria igualmente consistente ou periclitante, conforme os casos — tudo dependendo de o mandante cumprir ou não a obrigação imposta pelo artigo 1167.º, alínea *a*) — na medida em que, enquanto adquirente, lhe seria indiferente adquirir directamente do mandante ou do mandatário <sup>(93)</sup>.

Não parece, contudo, que assim se deva entender, atendendo à diferença que separa uma aquisição a "*non domino*" de uma aquisição do verdadeiro titular.

Se o mandatário adquirir do mandante com a obrigação de retransmitir para o terceiro, além da acção de cumprimento contra o mandante, pode também opor-lhe, bem como a terceiros, os meios de defesa da posse — adquirida por constituto possessório desde a celebração do mandato — e, em relação a estes, ainda pode socorrer-se da acção de reivindicação.

Ora, na medida em que o mandatário ficar mais protegido, também o fica o terceiro, cuja posição jurídica se torna fundamental defender. Ou seja, a tese da transferência directa acaba virtualmente por prejudicar a posição dos terceiros adquirentes de bens móveis não sujeitos a registo, porque, além da generalizada incerteza invencível sobre a legitimidade de quem se adquire, em virtude de, entre nós, não vigorar o princípio "posse vale título", que afecta seriamente a segurança jurídica do comércio de móveis, teremos estoura oferecida pelo mandato sem representação para alienar, com mais um caso de aquisição a "*non domino*", uma vez que o mandatário/alienante não seria, afinal, o titular.

---

<sup>(93)</sup> Indiferente ao terceiro já parece ser a penhorabilidade da coisa a alienar até à prática do acto gestório, conforme se encontra no património do mandante (tese da transferência directa) ou do mandatário (tese da dupla transferência).

A partir do momento em que a ordem jurídica oferece a importante vantagem de permitir que alguém contrate outrem para desenvolver uma actividade negocial em seu benefício, o eixo da tutela tem forçosamente que se desviar para a posição jurídica dos terceiros que contratam com os interpostos, garantindo-lhes a efectividade dos meios normais de tutela dos direitos que adquiriram com os negócios celebrados. A teoria da dupla transferência salva-guarda-os melhor e mostra-se também mais fiel ao regime legal do mandato sem representação, razão pela qual merece adesão, na modalidade da transferência a título fiduciário da propriedade da coisa entre mandante e mandatário [artigo 1167.º, alínea a)]<sup>(94)</sup>, o qual, por sua vez, terá que retransmitir ao terceiro<sup>(95)</sup>.

Como salienta GALVÃO TELLES, sempre que a interposta pessoa disponha de um direito alheio, deverá adquiri-lo previamente, pois só assim gozará da legitimidade directa de que necessita para lhe dar o destino convencionado, uma vez que não agiu como representante<sup>(96)</sup>.

IV. A tese da transferência directa assenta, implicitamente, numa interpretação restritiva do artigo 1181.º que, segundo se alega, apenas contemplaria o mandato para adquirir<sup>(97)</sup>.

Porém, os resultados da simples interpretação declarativa dizem-nos que o campo de aplicação do preceito tanto compreende o mandato para adquirir, como o mandato para alienar, uma vez que os direitos adquiridos pelo mandatário a que se reporta o artigo 1181.º, n.º 1, tanto o podem ser nos negócios de aquisição, como de alienação, como sucede, tipicamente, no crédito da obrigação de pagamento de preço, que nasce dos contratos de alienação onerosa.

De modo que recaindo sobre o mandatário a obrigação de entrega da coisa alienada e cabendo-lhe a titularidade do crédito correspondente, não se vê como o regime do mandato sem representação possa constituir campo fértil para a tese da transferência directa, na falta de uma disposição legal que, à semelhança do que estabelece o artigo 1706.º, n.º 1, do Código Civil italiano quanto ao mandato para adquirir bens móveis não sujeitos a registo, consagre, agora no sen-

(94) Afirmar, sem mais, que o mandato não é um contrato translativo, constitui um postulado, carecendo, por isso, de demonstração. Com efeito, o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais não impõe a tipicidade dos contratos reais *quod effectum*. Cf., neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, Volume I, p. 187 (nota 1).

(95) Cf., neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume III — Contratos em Especial, p. 462.

(96) Cf. *Manual dos Contratos, cit.*, p. 425.

(97) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, cit.*, Volume II, sub artigo 1181.º, p. 827.

tido inverso, a translação imediata da propriedade do mandante para a do terceiro adquirente <sup>(98)</sup>.

V. De todo o modo, a tese da transferência imediata acaba sempre por esbarrar nas regras registrais, que regem os negócios sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo <sup>(99)</sup>.

Embora desaparecida a obrigatoriedade de escritura pública consagrada no artigo 80.º, n.º 1, do Código do Notariado, entretanto abolida pelo Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho, os negócios que importem a constituição ou transmissão de direitos sobre imóveis confrontam-se com o disposto no artigo 16.º, alínea e), do Código de Registo Predial, segundo o qual o registo é nulo “quando tiver sido lavrado... com violação do princípio do trato sucessivo”, o qual condiciona o registo definitivo a favor do adquirente à inscrição prévia em nome do transmitente (artigo 34.º, em conjugação com o artigo 9.º, n.º 1), sem esquecer que o artigo 54.º, n.º 2, do Código do Notariado também impede que sejam lavrados os instrumentos pelos quais se transmitam direitos sobre prédios, sem que se faça referência à sua inscrição em nome de quem os aliena.

VI. Quanto ao mandato sem representação para adquirir, o regime dos artigos 1180.º a 1184.º não tem suscitado dúvidas dogmáticas, sendo pacífico o entendimento que defende a consagração da tese da dupla transferência.

Consumada a aquisição, a titularidade radica-se na esfera do mandatário (artigo 1180.º, n.º 1), que responde também pelos débitos correspectivos, cabendo ao mandante assumi-los por via do mecanismo da assunção de dívidas ou, em caso de impossibilidade por falta de acordo do terceiro, entregar ao mandatário os meios necessários para que este as cumpra ou reembolsá-lo das despesas realizadas com o cumprimento (artigo 1182.º).

Em ordem a evitar que os bens adquiridos pelo mandatário respondam pelas respectivas dívidas, frustrando a obrigação de retransmissão imposta pelo artigo 1181.º, n.º 1, consagrou-se a sua imunidade no artigo 1184.º, desde que verificado um duplo requisito: o mandato tem que constar de documento datado

---

<sup>(98)</sup> Do ponto de vista conceptual, não haveria de facto obstáculo a que se dissociassem os efeitos reais dos obrigacionais, ou seja, a transmissão directa entre mandante e terceiro não impede que continuem a recair sobre o mandatário os deveres de prestar e os créditos próprios do negócio celebrado com o terceiro. É esse, aliás, o modelo acolhido pelo artigo 1706.º, primeira parte, do *Codice*, que concede ao mandante acção de reivindicação dos bens móveis não sujeitos a registo adquiridos pelo mandatário, sem prejuízo do disposto no artigo 1705.º, primeira parte, que foi transposto para o nosso artigo 1180.º

<sup>(99)</sup> Criando soluções diferenciadas para um problema que é, essencialmente, o mesmo, como salienta CARLO SANTAGATA, *Mandato — Disposizioni generali*, Il Foro Italiano, 1985, p. 235.

antes da penhora e não pode ter sido feito o registo da aquisição em nome do mandatário, sempre que esta esteja sujeita a registo, como sucede com os imóveis e algumas categorias de bens móveis. Caso o mandatário tenha registado a transmissão a seu favor, este dispositivo de protecção do mandante não pode funcionar, de forma a tutelar a fé pública da inscrição<sup>(100)</sup>.

Torna-se, assim, indispensável um segundo acto de retransmissão, que assegure a transferência para o mandante — por conta de quem, nos termos do artigo 1157.º, o acto foi praticado — dos resultados da interposição do mandatário.

Recusando-se o mandatário a cumprir a obrigação de retransferir os bens adquiridos em execução do mandato, pode o mandante instaurar acção de cumprimento, prevista no artigo 817.º, obtendo a condenação judicial na sua entrega, sem prejuízo de, não tendo havido alienação do bem a terceiro, recorrer à aplicação analógica do artigo 830.º, na medida em que se aceite, como parece defensável, que a outorga do mandato impôs ao mandatário uma obrigação de contratar, passível de execução específica, que assegure a efectiva investidura do mandante na titularidade dos direitos que se lhe destinavam *ab initio*<sup>(101)</sup>.

### 2.6.3. A natureza não representativa do mandato conjugal "de facto"

I. Analisado o regime legal do mandato com e sem representação, importa definir se o mandato conjugal "de facto" envolve a concessão implícita de poderes representativos ou opera segundo as regras do mandato sem representação.

A resposta deve ser antecedida do exame das disposições legais do regime patrimonial primário do casamento que se afiguram nucleares para esse efeito.

II. Desse complexo normativo, resulta que a competência legal para administrar constitui título de legitimidade bastante para vincular o administrado, como sucede na alienação de bens móveis comuns (artigo 1682.º, n.º 1, parte final) e mesmo bens próprios do outro cônjuge [artigo 1682.º, n.º 3, alínea *b*), parte final], desde que, em qualquer dos casos se trate de actos de administração ordinária, e ainda com as dívidas contraídas em proveito comum do casal e nos limites dos respectivos poderes de administração [artigo 1691.º, n.º 1, alínea *c*)]. Também os bens sub-rogados no lugar de bens próprios de um dos cônjuges, por meio de troca directa, como ainda o produto da sua alienação, conservam a

<sup>(100)</sup> Como também não funcionará, sempre que o mandato se tenha traduzido na aquisição de bens móveis não sujeitos a registo.

<sup>(101)</sup> De forma a viabilizar a extensão analógica do artigo 830.º, o mandato sem representação para adquirir bens imóveis terá necessariamente que ser reduzido a escrito. Cf. JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, cit., pp. 139 ss., e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Volume III — Contratos em Especial, p. 458.

qualidade de bens próprios, nos termos do artigo 1723.º, alíneas *a*) e *b*), representando um fenómeno de sub-rogação real directa, que se repete, por identidade de razão, se os bens alienados forem comuns, mantendo, necessariamente, os sub-rogados esse mesmo estatuto <sup>(102)</sup>.

Verifica-se em todos estes casos um fenómeno de co-autoria jurídica, na medida em que as consequências da actuação conduzida pelo administrador conjugal de bens tanto se podem repercutir, a um só tempo, nas esferas de ambos os cônjuges, efeito inelutável sempre que incida sobre bens comuns, como somente na do administrado, quando apenas tiver por objecto os seus bens próprios <sup>(103)</sup>.

III. O regime jurídico acabado de descrever suporta, do ponto de vista teórico, dois modelos conceituais, capaz, qualquer deles, *prima facie*, de o explicar.

Antes de mais, poderia considerar-se estarmos perante um mandato dotado de eficácia representativa, uma vez que as consequências jurídicas da actuação conduzida pelo administrador se reflectem directa e automaticamente na esfera do administrado <sup>(104)</sup>.

Contudo, a sê-lo, apresentaria alguns desvios particularmente anómalos em relação ao regime geral da representação.

Em primeiro lugar, porque, conforme antes se assinalou e ao contrário do que resulta dos artigos 258.º e seguintes, os efeitos jurídicos da administração conjugal “de facto” também se podem projectar na própria esfera do administrador.

Em segundo, ao invés do que ali sucede, tal sorte de eficácia representativa dispensaria a actuação *contemplatio domini* e até mesmo a reconhecibilidade da ligação ao *dominus*, como observa alguma doutrina <sup>(105)</sup>.

<sup>(102)</sup> A sub-rogação real indirecta admitida no artigo 1723.º, alínea *c*), não pode operar no âmbito da administração conjugal “de facto”, dado exigir que a proveniência do dinheiro ou valores conste do documento de aquisição ou equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges (sublinhado nosso). Sobre o alcance desta exigência de forma, cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, Volume I, AAFDL, 2.ª edição, 2005, pp. 201-203, corroborando-se a opinião sustentada segundo a qual, do ponto de vista teleológico, só deve operar nas relações com terceiros, a cuja protecção se destina, podendo a origem dos fundos ser provada por qualquer meio nas relações entre os cônjuges.

<sup>(103)</sup> Por via de regra, os actos praticados pelo administrador conjugal gozarão, portanto, de uma dupla eficácia.

Sobre a contraposição entre autoria material (que cabe ao agente) e jurídica (determinada pela esfera em que os efeitos se produzem), cf. DIAS MARQUES, *Noções Elementares de Direito Civil*, Petrony, 7.ª edição, 1992, p. 87 (nota 1).

<sup>(104)</sup> Em Itália, atribuindo eficácia representativa à administração conjugal “de facto”, *CssIt*, 29-11-73, n.º 3293, *GI*, 1974, I, 1, p. 1495.

<sup>(105)</sup> Cf. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 548 (nota 756), mas referindo-a apenas a propósito do artigo 1691.º, n.º 1, alínea *b*), em que não há conexão com a

De facto, os efeitos jurídicos legalmente cominados não dependem do agir em nome alheio, bastando-se com o preenchimento dos requisitos privativos das regras matrimoniais — designadamente, habilitação legal para administrar, modalidades de actos praticados (abrangendo os de administração mas vetando os de disposição), finalidades que lhes presidiram (v. g., proveito comum do casal) e o estatuto dos bens administrados, próprios ou comuns.

Acresce que, na maioria das situações, nem sequer será reconhecível o vínculo conjugal que asseguraria neste caso a ligação ao *dominus*, como quase inevitavelmente sucederá na alienação de bens móveis, próprios do outro cônjuge ou de ambos e ainda com múltiplas dívidas contraídas em proveito comum do casal, sem que a validade e eficácia de todos estes actos fiquem de alguma forma minimamente prejudicadas.

IV. Uma actuação supostamente representativa que prescindisse da actuação em nome alheio e que produzisse também efeitos na esfera do próprio representante, desfiguraria de tal modo o regime da representação, que não se afigura adequado reconduzir-lhe a administração conjugal "de facto" <sup>(106)</sup>.

Embora proliferem as desarticulações entre Parte Geral e regulações periféricas <sup>(107)</sup>, não há que se engrossar com construções dogmáticas enviesadas, tanto mais que se encontra disponível um enquadramento alternativo, que acolhe, sem violentação jurídica, os seus traços característicos.

V. Referimo-nos ao mandato sem representação, não no modelo da dupla transmissão consagrado nos artigos 1180.º e seguintes mas no da transferência imediata *ipso jure* dos direitos adquiridos e das obrigações contraídas, incluindo todos os efeitos reais e obrigacionais nascidos dos actos praticados e, nessa medida, mais extenso do que o adoptado pelo artigo 1706.º, primeira parte do

---

administração de bens, sendo certo, todavia, que é extensível às outras hipóteses normativas já versadas no texto, em que existe a referida conexão [artigos 1682.º, n.ºs 1 e 3, alínea *b*), ambos na parte final, 1691, n.º 1, alínea *c*), e 1723.º, alíneas *a*) e *b*)].

<sup>(106)</sup> É certo que a actuação desenvolvida pelo administrador conjugal também produz efeitos na esfera do cônjuge mas essa eficácia não é, de forma alguma, apanágio da actividade representativa, verificando-se em inúmeras figuras jurídicas, em que não existe qualquer vínculo representativo (v. g., o terceiro a favor de quem for convencionada a promessa adquire direito à prestação, nos termos do artigo 444.º, n.º 1, assim como a instituição de herdeiro e a nomeação de legatários criam direitos potestativos na esfera dos sucessíveis).

Revê-se, assim, o entendimento adoptado em *A responsabilidade do "representado" na representação tolerada*, *cit.*, pp. 59-61, em que se atribuiu carácter representativo ao mandato conjugal de "facto".

<sup>(107)</sup> Cf., a este propósito, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, *cit.*, I — Parte Geral, Tomo I, pp. 113-114, e *Teoria Geral do Direito Civil* — Relatório, 1988, p. 77.

Código Civil italiano, que embora conceda ao mandante acção de reivindicação dos bens móveis não sujeitos a registo, adquiridos por sua conta pelo mandatário (sem prejuízo dos direitos reconhecidos aos possuidores de boa fé), faz recair sobre o mandatário os efeitos obrigacionais dos negócios celebrados com o terceiro (artigo 1705.º, primeira parte) <sup>(108)</sup>.

A vinculação solidária às dívidas contraídas pelo administrador nos limites dos seus poderes e em proveito comum do casal e a sub-rogação real directa dos bens próprios cujas alienações configurem actos de administração ordinária, constituem normas imperativas do direito matrimonial, que representam efeitos *ope legis* produzidos automática e directamente na esfera do administrado, os quais cabem, sem dificuldade, nos quadros do mandato sem representação, solução que, aliás, não é absolutamente inédita no ordenamento jurídico português <sup>(109)</sup>.

A razão da especialidade de regime é imputável ao vínculo que o casamento cria entre os diferentes acervos que constituem o património global do casal (bens próprios de cada cônjuge e bens comuns), tratado como uma entidade *a se*, uma unidade económico-jurídica, funcionalmente afecta à satisfação das finalidades institucionais, que responde pelos actos <sup>(110)</sup> de qualquer dos cônjuges, cumpridos que sejam os requisitos próprios das regras matrimoniais.

O regime legal das dívidas conjugais inverte substancialmente as regras gerais do Direito das Obrigações em matéria de débitos plurais <sup>(111)</sup>.

Por um lado, caso se aplicassem aqueles princípios, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges, ainda que comunicáveis, vinculavam-nos, na ausência de estipulação em contrário, nos termos da responsabilidade parciária (artigo 513.º) e não solidariamente como decorre do artigo 1695.º/1; por outro, as dívidas contraídas por um só dos cônjuges apenas a ele o responsabilizariam — cada sujeito, em princípio, só se pode vincular a si próprio.

Se o primeiro desvio ainda se pode fundar numa das ressalvas do próprio artigo 513.º, quando prevê a derrogação do regime-regra por imposição legal <sup>(112)</sup>, já o segundo só

---

<sup>(108)</sup> Tratando-se de mandato para adquirir imóveis ou móveis sujeitos a registo, impôs-se ao mandatário a obrigação de os retransmitir, tutelada, em caso de incumprimento, pelo recurso à execução específica, admitida com mais amplitude pelo artigo 2932.º do *Codice* do que pelo artigo 830.º do nosso Código de 1966.

<sup>(109)</sup> Como sucede no mandato comercial (artigos 231.º a 247.º do Código de Veiga Beirão), segundo FERNANDO PESSOA JORGE, *Mandato sem representação*, cit., pp. 340 ss., e JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, pp. 128-129 (nota 386).

<sup>(110)</sup> Ou mesmo simples factos jurídicos “*stricto sensu*” [v. g., artigo 1692.º, alínea b), ressalva final].

<sup>(111)</sup> Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família*, cit., pp. 140-149, numa das poucas referências à especificidade de regime face à disciplina comum.

<sup>(112)</sup> Mas como observa TEIXEIRA DE SOUSA, *idem*, p. 143, o regime de accionamento da responsabilidade solidária pelas dívidas conjugais difere da disciplina geral, em que o credor pode

se explica à luz da especial natureza das situações jurídicas patrimoniais nascidas do matrimónio, de que decorrem, a nível de relações externas, os importantes corolários acima assinalados.

Exceptuando o disposto no artigo 1691.º, n.º 1, alínea *a*), assinale-se que todas as restantes dívidas comuns nascem de facto imputável a apenas um dos cônjuges, abrangendo, inclusive, eventos ocorridos antes do matrimónio, desde que em vista dele [v. g., artigo 1691.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 2].

### 3. A NATUREZA JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO CONJUGAL "DE FACTO". O CONTRIBUTO DO DIREITO COMPARADO. POSIÇÃO ADOPTADA

Tem sido relativamente escassa a atenção prestada à teorização da figura.

As sucintas referências conhecidas oscilam entre a terminologia dogmaticamente descomprometida, que também temos utilizado de mandato ou administração "de facto", apoiadas na remissão legal para o artigo 1681.º/2<sup>(113)</sup> — recorrendo-se, por vezes, a formulações similares<sup>(114)</sup> — e o chamado mandato "tácito"<sup>(115)</sup> ou "aparência de mandato"<sup>(116)</sup>.

Nos ordenamentos que, em Direito comparado, consagraram soluções semelhantes, os entendimentos também divergem.

Nem todos os sistemas legais criaram regimes especiais para enquadrar a administração conjugal "de facto".

Em Espanha, o artigo 71.º do Código Civil determina, de forma lapidar, que nenhum cônjuge se pode arrogar poderes de representação que não lhe tenham sido confiados pelo outro. Consequentemente, a intervenção do cônjuge — administrador nos termos previstos pelo nosso artigo 1681.º, n.º 3, estará sujeita às regras da gestão de negócios ou da responsabilidade civil, conforme os casos.

---

exigir a cada devedor a prestação integral, enquanto o cumprimento das dívidas conjugais deve ser exigido de ambos, falando, a propósito de *Haftung* sem *Schuld* (solidariedade quanto à responsabilidade patrimonial mas não quanto ao dever de prestação).

<sup>(113)</sup> Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 377, JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família*, cit., pp. 131-132, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 385.

<sup>(114)</sup> Cf. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., Volume IV, p. 297: "tudo se passa como se houvesse realmente mandato do outro cônjuge"; MARIA LEONOR BELEZA, *Direito da Família*, AAFDL (1979), p. 112: "administração sem poderes".

<sup>(115)</sup> Cf. MARIA LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, cit., p. 130: "tudo se passa como se houvesse um mandato tácito, ainda que seja certamente difícil determinar-lhe os contornos".

<sup>(116)</sup> Cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, cit., pp. 229-230, e ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges*, cit., p. 125, falam em "administração fundada na aparência de mandato".

O Direito alemão também não conhece uma disposição similar. A redacção actual do § 1357, BGB, limita-se a legitimar a celebração por qualquer dos cônjuges dos negócios destinados à cobertura apropriada das necessidades da vida familiar, tendo ampliado o âmbito de aplicação originário, circunscrito à habilitação da mulher casada para praticar os actos necessários ao efectivo cumprimento dos deveres de gestão doméstica.

Trata-se de uma formulação alternativa do princípio da administração disjunta ou concorrencial, que compreende um círculo teleologicamente delimitado de actos correntes ou de mera administração, cuja natureza se traduz num poder jurídico singular, não se deixando reconduzir a um poder de representação legal, por dispensar a actuação em nome alheio e pelo alargamento dos efeitos produzidos à esfera do próprio agente <sup>(117)</sup>.

### 3.1. A tese do mandato “tácito”

I. O Direito francês oferece uma solução clara, em virtude de os próprios artigos 1432.º, n.º 1 (regimes de comunhão), e 1540.º, n.º 1 (regime de separação), explicitarem a qualificação de “mandato tácito”.

Nestes termos, a doutrina limita-se a chamar a atenção para as particularidades deste “mandato tácito”, quer quanto aos poderes que abrange, compreendendo, apenas, a prática de actos de administração e gozo, com exclusão expressa dos negócios de disposição, quer quanto à responsabilidade privilegiada que institui, limitada, em princípio, aos frutos existentes no momento em que o administrado exija a prestação de contas, excluindo os percebidos já consumidos ou os que poderia diligentemente ter percebido, a não ser que se prove fraude ou negligência, caso em que responderá pelos últimos cinco anos (artigo 1432.º, n.º 2).

Caso a intervenção do administrador se verifique apesar da oposição comprovada do consorte, a qual se pode manifestar por qualquer meio, produz-se o agravamento da responsabilidade nas relações internas, alargada, agora, a todos os frutos percebidos, ainda que já consumidos e aos que, negligentemente, deixou de perceber (artigo 1432.º, n.º 3) <sup>(118)</sup>.

Apesar do artigo 1432.º não regular as consequências jurídicas externas da administração “de facto” exercida com a comprovada oposição do administrado, não é, contudo, descurada, em absoluto, a protecção da contraparte que a desconhecesse. Além da disposição constante do artigo 222.º do *CNap*, que con-

---

<sup>(117)</sup> Cf. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 5.ª edição, Munique, 2006, § 19, IV, notas marginais 44-82, e THOMAS RAUSCHER, *Familienrecht*, Heidelberg, 2001, notas marginais 730 ss.

<sup>(118)</sup> Cf. FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER, *Droit Civil — Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 3.ª edição, 2001, p. 427, que distingue o mandato tácito presumido a que se reporta o artigo 1432.º, n.º 1, do mandato tácito provado, por neste último os actos de disposição serem inatracáveis; GÉRARD CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Presses Universitaires de France (1984), pp. 433-435.

fere uma importante mas limitada tutela aos terceiros de boa fé, mantendo a validade dos negócios que tenham por objecto bens móveis, próprios do cônjuge contratante, mas de que este não podia dispor sem o consentimento do consorte, atribuindo-lhe a necessária legitimidade *ad hoc*, mantém-se de pé a hipótese do "mandato aparente", ao menos, nos casos em que a respectiva teoria pode prosperar <sup>(119)</sup>. Aparte desta regulação, subsiste o possível recurso à própria gestão de negócios, se desenvolvida sem o conhecimento do *dominus* e desde que observado o requisito imprescindível da utilidade da intervenção <sup>(120)</sup>.

II. É inquestionável que a especificidade da convivência matrimonial engendra modelos próprios de mútuo conhecimento que facilitam a compreensão de peculiares formas de agir. Torna-se, por isso, normal que um dos cônjuges se comece a comportar de certo modo, beneficiando da aquiescência passiva do outro, dando lugar a uma vinculação jurídica fundada na convicção de que uma determinada actuação continuará a ser observada no futuro, já se afigurando, porém, assaz discutível que esses figurinos de interacção sejam susceptíveis de corporizar a formação de acordos <sup>(121)</sup>, ainda que não se revelem facilmente reconhecíveis pelas regras fixadas nos artigos 224.º e seguintes. Conforme se salienta na doutrina, mesmo o simples acordo não pode dispensar a existência de duas comunicações, ainda que tácitas, assim como a adopção por alguém de um comportamento que previsivelmente merece a concordância de outrem, não significa, em rigor, a formação de um acordo, posto que este último conheça a situação <sup>(122)</sup>.

<sup>(119)</sup> Dois acórdãos históricos demonstram à saciedade as oscilações da jurisprudência francesa entre a teoria mais exigente do «erro comum» (*CssFr*, 13-12-1962, *JCP*, 1963.II. 13104-13105), entendido como "invencível" e no qual, por isso, todos podem incorrer e a mais generosa do «erro legítimo» (*CssFr*, 30-11-1965, *JCP*, 1966.I. 14631), como critérios de fundamentação da teoria do "mandato aparente". Na doutrina, cf. ALAIN BÉNABENT, *Droit Civil — Les contrats spéciaux*, 2.ª edição (1995), pp. 412-416, defendendo a prevalência da "segurança dinâmica" do tráfico sobre a "segurança estática", FRANÇOIS DUTILLEUL/PHILIPPE DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 2.ª edição (1993), pp. 485-486, apelando, também, à segurança das transacções, PHILIPPE PÉTEL, *Le contrat de mandat* (1994), pp. 82-84, e GÉRARD CORNU, *Du mandat apparent*, *RTDC*, Tomo 64 (1966), pp. 830-831.

<sup>(120)</sup> Cf. FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER, *ob. e loc. cit.*, GÉRARD CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 435 e 438-439.

<sup>(121)</sup> Como admite RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, *cit.*, pp. 588-599.

<sup>(122)</sup> Cf., respectivamente, MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, *cit.*, p. 345, a propósito da recusa de subsunção da natureza jurídica da responsabilidade do gestor de negócios à figura do "acordo simples" ou "de facto", e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, *cit.*, p. 822.

Sobre a distinção entre negócios jurídicos e simples acordos, já MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *cit.*, Volume II, pp. 31-32, seguido por CARLOS MOTA PINTO (PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 382-383.

Embora estes comportamentos representem elementos de apreensão empírica, eventualmente muito relevantes em sede de sociologia matrimonial, não conhecem, contudo, expressão jurídica autónoma, isto é, na ausência de regras especiais que rejam a formação de contratos conjugais, sujeitam-se às disposições gerais, que irão avaliar se respeitam ou não os requisitos das declarações negociais.

Daí que à contratação entre cônjuges se possa e deva também aplicar os critérios legais vigentes em sede de declaração negocial que, de resto, oferecem uma defesa adequada da vontade real, vedando a relevância de declarações “não queridas”, incluindo as que só se formaram na convicção do declaratório por negligência do “declarante” (123).

Com efeito, ainda que um concreto quadro factual permita censurar alguém por o seu comportamento ter dado causa à aparência exterior de uma declaração, o Direito português não se basta com a mera imputabilidade da declaração negocial, segundo critérios objectivos de interpretação destinados à defesa do tráfico que sancionam a negligência do declarante, não prescindindo da consciência de que se assume uma vinculação jurídico-negocial. Sobre o responsável pela aparência culposa de declaração, recai apenas a obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 246.º, segunda parte.

Outro entendimento não parece sustentável, em face da distinção entre “vontade de declaração” e “vontade negocial”, uma vez que a primeira conhece um específico regime jurídico (artigo 246.º), em que inexistem requisitos objectivos de atendibilidade, mais gravoso — porque cerceia qualquer efeito à declaração — do que a falta de vontade negocial, isto é, ao erro sobre o preciso conteúdo e sentido da vinculação assumida, compreendido na disciplina do erro na declaração (artigo 247.º) (124).

---

(123) A exigência da consciência da declaração negocial (artigo 246.º) faz claudicar as declarações de vontade “impróprias” ou “negligentes”, como salienta PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, 1995, p. 251 (nota 163), e já referia FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Almedina, 1985, 3.ª tiragem, pp. 133-134 (nota 2).

(124) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., Volume I, pp. 643-645, e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., pp. 227-229.

O assunto é objecto de intensa controvérsia no meio jurídico alemão que desconhece uma disposição homóloga do nosso artigo 246.º Requerem, entre outros, a consciência da declaração, CLAUS CANARIS, *Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, em *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, publ. F. Bydlinski, 1986, pp. 105-106, e *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, pp. 427-428 e 548 ss., e STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 116, 13.ª edição, 1995, n.ºs 18-20.

Bastando-se com a culpa do declarante, suficiente para a imputação do valor negocial da conduta, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8.ª edição, 1997, pp. 474-475, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* — Volume II, *Das Rechtsgeschäft*,

III. A tese do mandato "tácito" filia-se na compreensível comodidade de procurar amparo em categorias conceituais dominadas para explicar fenómenos jurídicos pouco trabalhados. As declarações tácitas têm sido, aliás, vítimas privilegiadas dessa tentação<sup>(125)</sup>.

Na declaração tácita, existe uma verdadeira declaração de vontade, ainda que indirecta, por se extrair de factos que a revelam com toda a probabilidade. Será o caso das valorações normativas constantes, v. g., dos artigos 234.º (embora a epígrafe fale de "dispensa de declaração de aceitação", está em causa uma aceitação tácita por se exigir uma conduta que exteriorize essa intenção) e 2056.º, n.º 3, que, por interpretação *a contrario sensu*, considera aceite a herança pelo sucessível que praticou actos de disposição dos bens hereditários<sup>(126)</sup>.

Na administração conjugal de "facto", ao invés, ou o administrado opta pelo silêncio, caso em que inexistente qualquer declaração de vontade da qual se possa extrair, ainda que por via indirecta, um propósito negocial ou, em alternativa, se alguma conduta houver, exteriorizará vontade contrária à gestão do cônjuge, mas que não impedirá a aplicação do regime do artigo 1681.º, n.º 3, por não satisfazer o requisito de cognoscibilidade legalmente exigido.

Em suma: só por ficção a figura será reconduzível ao conceito de declaração tácita<sup>(127)</sup>.

### 3.2. A recondução à gestão de negócios

I. Na medida em que se não defenda a equiparação entre conhecimento sem oposição e autorização, a administração conjugal "de facto", enquanto

---

4.ª edição, 1992, pp. 449-450 (somente para as declarações concludentes), SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Tomo II (§§ 241-432), 1990, § 116, n.ºs 12-14, PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 54.ª edição, 1995, § 116, n.º 4, b), PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5.ª edição, 1998, pp. 195-197, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 17.ª edição, 1996, pp. 83-85, e *Allgemeiner Teil des BGB*, 6.ª edição, 1994, pp. 222-225, HERMAN KÖHLER, *BGB-Allgemeiner Teil*, 23.ª edição, 1996, pp. 131-132.

<sup>(125)</sup> Cf., neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, cit., I — Parte Geral, Tomo I, pp. 544-545, e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., pp. 60-68, que engloba a figura em exame no círculo do que designa por "exemplos de ficções de declarações tácitas".

<sup>(126)</sup> Sobre a declaração tácita, uniformemente neste sentido, entre nós, cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, cit., Volume II, pp. 130-134, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 424-426, CASTRO MENDES, *Teoria geral do Direito Civil*, AAFDL, edição revista (1985), Volume II, pp. 74-84, DIAS MARQUES, *Noções elementares de Direito Civil*, cit., pp. 62-64, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, cit., I — Parte Geral, Tomo I, p. 544.

<sup>(127)</sup> Cf., MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, cit., I — Parte Geral, Tomo I, p. 545, que refuta, em tese, a tendência de explicar a imputação de determinados efeitos jurídicos a declarações inexistentes.

ingerência não autorizada em esfera alheia, poderia nos casos em que tivesse por objecto bens comuns do casal, enquadrar-se na gestão de negócios (artigos 464.º e seguintes), sob as vestes da chamada gestão “conexa”, em que se prossegue uma utilidade incidivelmente comum, por contraposição à “simples”, onde se veicula um interesse exclusivo do *dominus* e que se aplicaria às hipóteses em que a gestão apenas incidisse sobre bens próprios do administrado (128).

II. É neste sentido que aponta alguma orientação doutrinária italiana, depois das alterações legislativas introduzidas em 1975, que criaram sérias dificuldades de teorização.

A disciplina da matéria está sedeadada, desde a Reforma do Direito da Família em 1975, no artigo 217.º, n.º 4, que, embora inserido no regime de separação, é aplicável igualmente aos regimes de comunhão (*ex vi* do artigo 185.º).

Entre o actual artigo 217.º, n.º 4, e o antigo artigo 212.º, n.º 2 (revogado pela Reforma), existem diferenças técnicas substanciais, reflectindo, talvez, uma evolução das concepções legislativas, assumidas de modo algo ínvio, que conduziram a alguma incerteza dogmática. Antes da Reforma, a situação beneficiava de regulação directa, inclinando-se parte da doutrina e a jurisprudência para a ideia de mandato “tácito”; hoje, é a hipótese inversa que merece cobertura normativa, ou seja, o cônjuge que, não obstante a oposição do consorte, administra os seus bens próprios ou pratica actos que os afectem, responde tanto pelos danos causados como pelos frutos percipiendos, pelo que, embora sob crítica, se entende ter o legislador preferido remeter a solução para a valoração jurisprudencial (129).

Encontrando-se, assim, em branco, a regulação da gestão de “facto” (embora não em absoluto, dado se considerar que está sujeito ao disposto no artigo 218.º que, reportando-se, sem distinguir, ao cônjuge que goza os bens do outro, investe-o nas obrigações do usufrutuário), confrontam-se diferentes orientações

(128) Sobre a gestão conexa, cf. PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, AAFDL, 1975-76, p. 233; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Volume II, AAFDL, 1994, p. 17, e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 11.ª edição, 2008, p. 396.

(129) Cf. PAOLO CENDON, *Commentario al Codice Civile* (1991), Volume I, p. 504, e GIUSEPPE CASSANO, *Manuale del Nuovo Diritto di Famiglia*, cit., p. 736.

Configura-se paradigmático da orientação anterior à Reforma, o já citado aresto da *CssIt*, 29-11-73, n.º 3293, *GI*, 1974, I, 1, 1495, segundo o qual a assunção da administração de facto pelo marido, sem a oposição da mulher, legitima a presunção de um mandato tácito de tipo representativo, que faz recair sobre esta as consequências da actividade do cônjuge.

MICHELE SESTA, *Diritto di Famiglia*, cit., pp. 236-237, admite que, na maior parte dos casos, a tolerância do administrado configure a concessão de mandato por via de comportamento concludente; quando assim não for, serão aplicáveis as regras da gestão de negócios.

dogmáticas, umas reconduzindo-a à gestão de negócios, outras à administração "tolerada" (130).

III. A gestão de negócios não é, de facto, incompatível com o conhecimento da intervenção pelo *dominus*. Tema clássico no âmbito dos estudos sobre a gestão de negócios, o conceito de *absentia domini* sofreu um importante alargamento, admitindo-se que abranja casos caracterizados por mera inacção, desinteresse ou simples incapacidade técnica do titular para assegurar a direcção dos seus assuntos, mormente, nas hipóteses em que tal inércia cria perigo de danos na esfera do agente, como pode suceder na constância da vida matrimonial, se um dos cônjuges se desinteressar da administração dos seus bens.

O conhecimento pelo *dominus* da gestão de negócios, sem que se lhe oponha até ao seu término, não modifica a natureza jurídica do instituto, embora a sua conduta possa sujeitar a recusa de aprovação ao crivo do abuso de direito, por frustrar a confiança legítima do gestor, verificados que se encontrem os requisitos necessários à sua protecção, consideração que se pode estender, com as devidas adaptações, à posição do terceiro, perante a eventual recusa de ratificação do acto jurídico praticado em seu (dele, *dominus*) nome (131).

Com efeito, a recusa de aprovação, enquanto exercício de uma posição jurídica activa, sujeita-se ao controlo da boa fé, podendo incorrer no juízo de ilegitimidade previsto no artigo 334.º, caso se venha a dar na sequência do

(130) Cf. *Commentario, ult. cit.*, Volume I, pp. 504-505.

Ainda há, contudo, doutrina que continua a sustentar, apesar da actual redacção do artigo 217.º/4, a equiparação da gestão "de facto" ao mandato, dada a ausência de oposição do cônjuge titular. Cf., neste sentido, GIOVANNI CATTANEO, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia, cit.*, p. 438.

Também para CORNU, *Les régimes matrimoniaux, cit.*, p. 448, a situação lembra a gestão de negócios pelos seus elementos materiais (intromissão nos assuntos de outrem) e jurídicos (ausência de habilitação legal — não fora a cobertura normativa em apreço — voluntária ou judicial)

(131) O problema suscitado no texto só se colocará se a actuação do gestor não preencher os requisitos do artigo 468.º, pois satisfazendo-os, os seus direitos beneficiam da solução oferecida por esta disposição.

Em *A responsabilidade do "representado" na representação tolerada, cit.*, pp. 78-91, tratámos com desenvolvimento a evolução conceptual operada em torno do requisito da *absentia domini* e das suas possíveis implicações perante terceiros. A eficácia externa da gestão foi investigada igualmente por JÚLIO GOMES, *A gestão de negócios — um instituto jurídico numa encruzilhada* (1993), Separata do Volume XXXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 136-145.

Em sentido diferente, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil, cit.*, pp. 460-463 (nota 475), pois embora considere que o conhecimento da gestão não materializa um acto negocial, entende, contudo, que a relação de colaboração assim consentida ultrapassa os limites do instituto, situando-se num sector diverso, ainda que contíguo, por existir uma legitimação da conduta de quem toma a seu cargo interesses alheios.

conhecimento da iniciativa gestora, originário ou superveniente — por via do cumprimento do dever de aviso prescrito no artigo 465.º, alínea *b*) — aditado pelo acompanhamento permanente da gestão, mediante o estrito adimplemento do dever de informação estabelecido na alínea *d*) do mesmo preceito, sem que da parte do titular outra atitude houvesse, senão silêncio reiterado, quando lhe está sempre salva a possibilidade de, a todo o tempo, proibir a intervenção do gestor.

IV. A administração conjugal “de facto” afasta-se, contudo, de forma decisiva da gestão de negócios, por duas razões fundamentais.

Por um lado, porque beneficia de cobertura normativa, não cumprindo, assim, o requisito da falta de autorização, exigido pelo artigo 464.º, parte final <sup>(132)</sup>.

Por outro, a administração “de facto” opera apesar da oposição do *dominus*, desde que não expressa, o que, em sede de gestão de negócios, constitui uma proibição da intervenção, impedindo, em absoluto, a aplicação do instituto <sup>(133)</sup>.

### 3.3. A irrelevância jurídica do silêncio

Não se afigura, igualmente, aceitável que este seja um dos casos em que o silêncio valha como meio declarativo (artigo 218.º), uma vez que a administração de “facto” não se forma só na ausência de qualquer oposição, constituindo-se ainda que haja oposição, desde que não expressa. Só a oposição expressa obsta à aplicação do preceito.

Pode, assim, existir oposição material que, não obstante, careça de relevância jurídica. Consistindo o silêncio, por definição, na omissão de qualquer conduta, mais não sendo do que o reflexo jurídico da ausência de acção, bem se vê como esta alternativa de fundamentação dogmática resulta improfícua para explicar a figura jurídica estabelecida no artigo 1681.º, n.º 3, nos casos de oposição não expressa <sup>(134)</sup>.

Ademais, posto que se tratasse de uma aplicação do artigo 218.º, a solução deixaria sempre por compreender as razões da decisão legal, que se não deixa reconduzir a uma alegada “vontade presumível”, supostamente concor-

---

<sup>(132)</sup> Como realça MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume II, pp. 14-15, o gestor não deve encontrar-se numa situação em que lhe sejam dirigidas quaisquer normas, permissivas ou de obrigação, que o habilitem a agir.

<sup>(133)</sup> A proibição da gestão é um requisito negativo, tornando ilícita a ingerência. Cf., neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, cit.*, Volume II, p. 15.

<sup>(134)</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, cit.*, I — Parte Geral, Tomo I, p. 545, e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral, cit.*, Volume II — Acções e factos jurídicos, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp. 37-39.

dante ou até fundamentadora das consequências jurídicas inelutáveis cominadas por lei <sup>(135)</sup>.

### 3.4. A relação de confiança

I. Conforme antes se salientou, a densidade da relação conjugal cria formas próprias de interagir, baseadas num conhecimento mútuo especialmente intenso, que permite a qualquer dos cônjuges extrair fundadas conexões de sentido de certas condutas do consorte que, no enquadramento comum, se manifestariam inócuas para as veicular.

Por esse motivo, a convivência matrimonial constitui um espaço de eleição para a afirmação de silêncios eloquentes, portadores de uma conclusãncia de conteúdo, que firmam legítimas convicções sobre o sentido que lhes subjaz. Excluída que está a significãncia negocial do silêncio, resta determinar o adequado quadrante dogmático em que integrã-lo, estando disponíveis, para o apuramento da referida "conclusãncia", as regras aplicãveis ao domínio paralelo das declarações negociais <sup>(136)</sup>.

II. Do ponto de vista do cõnjuge que chamou a si, sem oposiãção, a gestãõ de bens comuns ou prõprios que ao consorte competia administrar, é legítimo inferir que o silêncio deste manifesta aquiescência com a iniciativa gestora, revelando um propósito comum de cooperaãção, ainda que de forma passiva, num determinado resultado do empreendimento espontaneamente levado a cabo.

Constitui-se, assim, uma relaãção de confianãça <sup>(137)</sup>, que merece honras de tutela legal, por se tratar de uma actividade juridicamente bem-querida, nãõ por se dirigir primariamente à protecãção em si do confiante mas sobretudo porque este supre uma inércia potencialmente lesiva do patrimõnio familiar, que ameaçava a prõpria estabilidade institucional, a qual nãõ prescinde de uma administraãção activa dos bens do casal.

<sup>(135)</sup> Cf. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II – Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 118, para quem — em crítica à frequente alegaãção de que, nestes casos, a lei corresponde a uma vontade "presumível" do omitente — a resoluãção legal nada tem a ver com qualquer "vontade", antes se deixando deduzir de uma valoraãção de interesses.

<sup>(136)</sup> Cf. CLAUS CANARIS, *Die Vertrauenshaftung* cit., p. 492, a propósito do silêncio como sub-caso de comportamentos concludentes e SALVATORE PATTI, *Silenzio, inercia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili in IL CONTRATTO-Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Volume I (1992), pp. 230-231.

<sup>(137)</sup> DIETMAR RENDELS, *Rechtsprobleme bei Konten von Ehegatten*, Bona, 1994, pp. 217 ss., aplicou a teoria da confianãça às relaões entre os cõnjuges, falando de uma relaãção de confianãça anãloga a um contrato, para justificar que os levantamentos por qualquer dos cõnjuges de contas bancãrias em contitularidade gozam de fundamento jurídico, nãõ dando lugar a uma obrigaãção de compensaãção.

Neste cômputo de valorações, pouco importa se o efectivo estado subjectivo do administrado representa ou não concordância com a actuação do interventor. É legítimo ao interventor inferi-la, tanto mais que ao cônjuge resta a possibilidade de a todo o tempo se exonerar da vinculação legal, deduzindo a competente oposição expressa, razão pela qual, enquanto não a travar, deve responder pela confiança a que der causa mesmo que essa aquiescência não exista, isto é, ainda que a sua tolerância apenas se deva, por exemplo, ao propósito de manter a paz conjugal, evitando conflitos eventualmente dilacerantes e não à presumível concordância com a iniciativa e conteúdo da administração, relativamente irrelevante para efeitos de valoração legal, até porque, em rigor, o sentido efectivo da sua vontade é imperscrutável, como sucede, por definição, com o silêncio. O consentimento da administração “de facto” representa um comportamento juridicamente relevante, apenas enquanto elemento de uma regulação jurídica, que o vincula não em atenção à sua vontade mas por decisão legal, fundada nas ordens de razões acima assinaladas e que a transcendem <sup>(138)</sup>.

No âmbito desta previsão específica, responder pela confiança não implica a proibição de determinadas condutas nem importa consequências ressarcitórias, significando, antes, a estrita vinculação aos efeitos jurídicos dos actos praticados pelo administrador, designadamente, a responsabilidade solidária pelas dívidas contraídas nos limites dos seus poderes e em proveito comum do casal e a sub-rogação real directa dos seus bens próprios cujas alienações configurem actos de administração ordinária, ainda que se fosse o administrado a agir nunca tais dívidas fossem contraídas nem aquelas alienações realizadas, por as considerar desnecessárias, desvantajosas ou, inclusive, ruinosas.

III. Reflexamente resulta, também, protegida a posição jurídica do cônjuge — administrador que, na ausência de regulação especial, poderia ser dirimida segundo diferentes soluções legislativas, desde uma liminar cominação de ilicitude, por se tratar de uma ingerência não autorizada em esfera alheia, até ao crivo normativo da gestão de negócios.

Em vez disso, o legislador optou por se socorrer das regras do mandato, tipo contratual paradigmático dos contratos de prestação de serviço (artigo 1156.º), dotado de fina e elaborada regulação, historicamente estável, nos seus elementos essenciais, sem embargo da evolução interna sofrida, marcada por algumas tergiversações quanto ao objecto (actos materiais e ou jurídicos), carácter gratuito

---

<sup>(138)</sup> Sobre a distinção entre a vinculação contratual como efeito jurídico-negocial ou *ex lege*, cf. BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, cit., RLJ, N.º 3754, p. 11, e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pp. 73-74.

ou oneroso da actividade do mandatário e dissociação ou agregação à representação (139).

Ainda indirectamente, mas de forma inequívoca, dá-se também guarida ao princípio da segurança do tráfico que, em termos comparativos com a tutela da confiança, se caracteriza por maior objectivação ou dessubjectivação dos pressupostos de intervenção jurídica, designadamente, no tocante aos estados subjectivos dos sujeitos envolvidos (140).

A validade e a eficácia dos negócios jurídicos celebrados com terceiros saem, assim, devidamente salvaguardadas, em especial, face à alternativa natural proporcionada pela gestão de negócios, cuja eficácia externa, nos casos de gestão representativa, é, entre nós, indirecta, dependendo da sua conformidade aos critérios que arbitram a relação interna, *dominus* — gestor (artigo 468.º) (141).

IV. Como alerta MENEZES CORDEIRO, as previsões específicas dispensam, por vezes, um ou outro dos pressupostos da responsabilidade pela confiança, os quais, de uma forma geral, se podem ainda relacionar entre si nos termos de um sistema móvel, sem hierarquia dos factores constitutivos e com possibilidade de a especial intensidade de um deles compensar a falta de outro (142).

A situação de confiança, própria de quem, sem violar os deveres de cuidado aplicáveis, ignora que lesa uma posição jurídica alheia, está aqui ausente, pois o interventor não pode deixar de saber que competem ao cônjuge os poderes de administração cujo exercício chamou a si.

A gestão patrimonial sem a oposição expressa do consorte cria no administrador a legítima convicção que a intervenção reúne o seu assentimento, preenchendo a justificação da confiança.

A actividade negocial requerida pela administração conjugal de bens materializa o subsequente investimento jurídico, alicerçado na justificação da confiança.

A imputação da confiança criada, responsabilizando o consorte pela situação a que deu azo por via da inacção a que se remeteu, é produzida pelo próprio preceito ao sujeitar a administração "de facto" às regras do mandato.

(139) Cf., quanto à origem histórica do mandato, assente nas *actiones in jus conceptae*, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., Volume I, p. 73, e, ainda, PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 10.ª edição, reimpressão (1946), pp. 405 e 414.

(140) CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pp. 47-48 e 52, a propósito das previsões legais específicas que manifestam uma vontade explícita do legislador.

(141) Cf. RUI ATAÍDE, com desenvolvimento, *A responsabilidade do "representado" na representação tolerada*, cit., pp. 42-43.

(142) A exposição subsequente respeita o alinhamento dos factores de protecção da confiança definido por MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., Volume II, 1248-1249, e *Tratado de direito civil português*, cit., I — Parte Geral, Tomo I, pp. 411-414.

### 3.5. Contributo para o estudo da representação “tolerada”

I. O artigo 1681.º, n.º 3, aplica-se, ainda que os terceiros contratantes desconheçam o estado civil do administrador. Conforme oportunamente se salientou, as regras privativas do Direito do casamento produzem a vinculação directa do administrado, solidariamente com o administrador, sem que haja actuação em nome alheio e ainda que nas circunstâncias do caso, não se torne cognoscível a relação que os une.

A especificidade deste regime jurídico concorreu, então, para, por um lado, afastar a administração conjugal “de facto” do campo da representação e, por outro, determinar que a protecção dos terceiros e a segurança do tráfego não constituem finalidades primárias mas apenas reflexas e indirectas da solução legal, que se deixa precipuamente seduzir pela adequação indiciária da iniciativa gestora às valorações institucionais que, cumpridas em concreto, asseguram a tutela dos terceiros contratantes, independentemente de conhecerem a existência do vínculo conjugal e, por maioria de razão, de um subjacente entendimento que presida à actividade do administrador de bens.

Estas conclusões não sofrem alteração ainda que o interventor aja em nome do cônjuge ou que a relação matrimonial seja conhecida ou cognoscível dos terceiros, ou seja, o fundamento último da tutela legislativa mantém-se incólume, uma vez que a subsistência dos negócios celebrados e a consequente protecção indirecta dos co-contratantes continua logicamente a não depender das suas representações subjectivas, posto que legítimas, sobre hipotéticos acordos intra-conjugais que baseiem a actividade de administração desenvolvida por um só deles.

II. Os estados subjectivos dos terceiros contraentes podem, todavia, assumir importância dogmática decisiva, caso estejam inteirados da existência do vínculo conjugal e a actuação do administrador se revele contrária às regras matrimoniais.

Se as dívidas contraídas não o forem em proveito comum do casal ou se as alienações de bens próprios do administrado não se reconduzirem ao círculo da administração propriamente dita mas configurarem verdadeiros actos de disposição, o Direito do casamento, no primeiro caso, responsabiliza exclusivamente o administrador [artigo 1692.º, alínea a)] e, no segundo, fere-os com a cominação de anulabilidade (artigo 1687.º).

Fraqueja, nestas hipóteses, a protecção dos terceiros que confiaram na vinculação do administrado, limitados à garantia patrimonial oferecida pelos bens próprios do contraente e à sua meação nos bens comuns para solver os débitos (artigo 1696.º) e, responder, se for o caso — como, em princípio, será, por conhecer a falta de habilitação para vincular o cônjuge — segundo as regras gerais por *culpa in contrahendo* (artigo 227.º).

III. Quando tal suceder, isto é, se a actuação do administrador violar as regras matrimoniais e os terceiros estiverem a par do vínculo conjugal, designadamente, porque o administrador agiu *nomine alieno*, podem ainda assim estar reunidas as condições necessárias para assegurar a sua protecção, se o administrado, invocando, conforme os casos, o regime patrimonial primário do casamento ou a ineficácia cominada pelo artigo 268.º, recusar a sua vinculação.

Com efeito, se alguém souber que outrem actua em seu nome, arrogando-se poderes representativos não conferidos e não se opõe a tal conduta, admite-se que possa responder perante a contraparte do negócio representativo, caso essa tolerância, segundo a boa fé e considerando os usos do tráfego, possa ser interpretada como se tivesse outorgado efectivamente uma procuração<sup>(143)</sup>.

A aplicação desta dogmática à administração conjugal "de facto" afigura-se particularmente viável.

Do ponto de vista do homem comum colocado na posição da contraparte e na falta de oposição expressa, é o acordo interno e não o desacordo que se deve presumir na constância do vínculo matrimonial, alicerçado, aliás, no princípio da direcção conjunta da família, consagrado no artigo 1671.º, n.º 2.

Nestas condições, os terceiros com quem se processe a actividade negocial desenvolvida pelo administrador têm fundadas razões para inferir que se apoia na vontade do outro cônjuge, não lhes competindo, antes de contratar, apurar se a realidade subjacente contende com a aparência, cabendo, antes, ao titular participar a sua discordância com a actuação gestora dele conhecida, visando desonerar-se da eventual responsabilidade emergente; daí, a imposição de um ónus de diligência consubstanciado na oposição expressa, entendida, para efeitos de relações externas, como a que é levada ao conhecimento de terceiros por meios idóneos, nos termos do lugar paralelo situado no artigo 266.º, n.º 1.

Não sendo imputável ao terceiro contratante a inobservância dos pertinentes deveres de indagação, não deve, também, correr por sua conta o risco da falta de correspondência entre a realidade efectiva e a aparência, uma vez que se constituiu uma situação de confiança legítima, baseada na boa fé subjectiva, de cariz ético e psicológico.

IV. A demonstração dos demais pressupostos acima enunciados também não conhece especial complexidade, facilitada que está pelas considerações anteriores, apenas tendo que sofrer algumas adaptações.

---

<sup>(143)</sup> Corresponde à fórmula da "procuração tolerada" (*Duldungsvollmacht*) com que o *BGH*, em regra, trabalha. Segundo CLAUD CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., pp. 39 ss., e WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II — Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 828-830, a *Duldungsvollmacht* filia-se numa jurisprudência antiga, que recua aos tribunais comerciais de finais do século XIX, anterior à entrada em vigor do *BGB*. Segundo CANARIS, trata-se já de um instituto do Direito consuetudinário.

A justificação da confiança, assente na existência de elementos objectivos idóneos para provocar a adesão do confiante, já se encontra, em parte, conseguida, com anteriores considerações: o cônjuge que se apresenta isolado, a administrar o património do casal, sem a oposição do consorte, cria no parceiro negocial a legítima convicção de que a sua intervenção reúne o seu assentimento.

O investimento de confiança consubstanciou-se, conforme os casos, no negócio representativo anulável (se cair na alçada do artigo 1687.º) ou ineficaz (se for subsumível ao artigo 268.º) que, de outro modo, ficará desamparado pelo sistema, ao não vincular o administrado.

Finalmente, a imputação opera por o administrado ter dado causa, por silêncio ou omissão de oposição expressa, à situação de confiança legítima criada no terceiro sobre a sua concordância com a gestão “de facto”.

V. Oportunamente (*supra* 3.1.), houve ensejo de afastar a susceptibilidade de reconduzir a administração conjugal “de facto” ao quadro do negócio jurídico, porquanto o direito português exige uma conduta comunicativa de cujo significado negocial haja consciência.

A espontaneidade da iniciativa do *falsus procurator* também impede, fora dum quadro organizacional, a responsabilização do *dominus* por culpa in contrahendo, assim como a tutela delitual não consagra um dever de não criar aparências enganosas<sup>(144)</sup>.

Do ponto de vista metodológico, ainda se manifesta disponível o procedimento da aplicação analógica da norma que protege a confiança dos terceiros na subsistência dos poderes representativos (artigo 266.º) ao momento simétrico da sua constituição, desde que demonstrada a verificação no caso omissivo da *ratio decidendi* que preside à hipótese legalmente regulada.

Foi, aliás, um raciocínio de tipo indutivo, erguido em torno dos §§ 170 a 172 do *BGB*, previsões singulares limitadas, que permitiu, no espaço jurídico alemão, formar um princípio geral na base do qual se construiu a responsabilidade pela aparência jurídica de poderes representativos<sup>(145)</sup>.

VI. Porém, em face da ordem jurídica portuguesa, não parece ser este o processo sistemático mais adequado.

Conforme acima se aduziu, os limites da aplicação analógica das disposições específicas protectoras da confiança são dados pela feição excepcionalizante que caracteriza a postergação da posição jurídica do sujeito beneficiário da

<sup>(144)</sup> Cf. RUI ATAÍDE, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada*, cit., pp. 138-142 e 150-152, de forma mais desenvolvida.

<sup>(145)</sup> *Ibidem*, pp. 18-23 e 30-31, com indicações bibliográficas.

regulação material, preterida em favor do que confiou na aparência<sup>(146)</sup>, sem ainda olvidar que o seu pressuposto fundamental consiste na obrigatória demonstração que o caso omissivo é fruto de uma incompletude normativa, ou seja, só o é, porque o legislador não o previu, uma vez que se o tivesse previsto, ter-lhe-ia dado regulação.

Ora, no nosso problema, nada mais improvável se afigura do que essa demonstração.

O instituto da representação voluntária, enquanto instrumento de alargamento das potencialidades de actuação jurídica, inserido, sem mácula sistemática, na área da declaração negocial, tem, fundamentalmente, de garantir que a vinculação do titular se contém nos limites da respectiva vontade, veiculada pela procuração, a cuja prossecução os poderes atribuídos se encontram funcionalizados. Para além das hipóteses clássicas da revogação e modificações da procuração, escapa à sua teleologia a protecção de terceiros afectados por actuações representativas sem outorga de poderes, ainda que imputável de alguma forma ao comportamento assumido pelo *dominus*<sup>(147)</sup>.

Mas ainda que beneficiasse de outra colocação sistemática, o regime da representação dificilmente poderia prestar apoio significativo à construção da responsabilidade do "representado" na representação sem poderes, dado que, enquanto instrumento de realização da declaração negocial, radica a sua admissibilidade, face ao ordenamento, no princípio da autonomia privada, ao passo que a vinculação do *principal* se filia no princípio da auto-responsabilidade.

VII. Por seu turno, o carácter manifestamente excepcional da protecção concedida aos terceiros de boa fé pelo dispositivo estabelecido no artigo 266.º resulta com clareza da intencionalidade legislativa inspiradora da desigualdade de soluções dadas pelo Direito da representação, em função de idênticos estados subjectivos dos vários sujeitos envolvidos na relação triangular constituída pela actuação em nome alheio.

Avulta, em especial, a ausência de qualquer disposição que vincule o «representado» ao negócio representativo, quando tolere a actuação do *falsus procurator*, por reciprocidade:

1.º) Com a eficácia da revogação da procuração, não levada ao conhecimento do terceiro por meios idóneos mas dele, por algum modo, conhecida (artigo 266.º, n.º 1, *in fine*);

<sup>(146)</sup> Recorde-se MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé, cit.*, Volume II, pp. 1243-1247 (1246).

<sup>(147)</sup> Para MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, cit.*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 99, se a tutela dos terceiros fosse concedida directamente pelas regras da representação, isso equivaleria a fazer da procuração um negócio a três, destruindo toda a funcionalidade do instituto.

2.º) Com a eficácia das restantes causas extintivas da procuração tão só cognoscíveis pelo terceiro (artigo 266.º, n.º 2);

3.º) Com a insusceptibilidade de retratação do terceiro conhecedor da falta de poderes do representante no momento da conclusão do negócio (artigo 268.º, n.º 4, *in fine*);

4.º) Com o regime do abuso de representação, moldado no da representação sem poderes, quando conhecido ou cognoscível da contraparte (artigo 268.º, n.º 1, *ex vi* do artigo 269.º).

O indubitável desequilíbrio de soluções jurídicas patenteado pelo quadro acabado de sumariar leva, pois, a crer que, na ponderação de interesses levada a cabo pelo legislador, se fez recair, em termos gerais, na contraparte, o risco da inexistência ou insuficiência dos poderes representativos, avultando, por um lado, o cariz excepcional da tutela conferida pelo artigo 266.º e esvaziando, por outro, a pretensão de encontrar uma lacuna, entendida enquanto incompletude contrária ao plano legal.

VIII. Não se adopta, igualmente, a tese da lacuna “oculta” que se configura em contraposição à lacuna patente, quando a regra, aplicável em abstracto, não se ajusta a um determinado grupo de casos, por não atender à sua especificidade, relevante para a valoração. A lacuna consiste, aqui, na ausência de uma restrição que seria contrária ao sentido literal da regra mas conforme à teleologia legal. Verifica-se, portanto, um processo de redução teleológica, dado que o campo de aplicação da regra é circunscrito ao que lhe cabe segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei <sup>(148)</sup>.

Contudo, na medida em que a protecção da confiança da contraparte na validade e eficácia do negócio representativo se possa acolher na tutela institucional concedida pela boa fé objectiva, a restrição que daí sobrevém para o campo de aplicação do artigo 268.º, n.º 1, resulta de uma teleologia não imanente

---

<sup>(148)</sup> Exemplo de lacuna “oculta” encontra-se no artigo 1699.º, n.º 2, sempre que os filhos dos esposos forem comuns. Com efeito, a proibição de estipulação do regime da comunhão geral ou da comunicabilidade dos bens enunciados no artigo 1722.º, n.º 1, destina-se teleologicamente à protecção das expectativas sucessórias dos descendentes, pelo que, segundo a conexão de sentido imanente à lei, soçobrará, não se devendo aplicá-la, se os filhos forem de ambos.

Sobre o que se deva entender por lacuna “oculta”, cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 535-538 e 555-556.

PAULO MOTA PINTO, *Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros* (relatório de Mestrado em Direito Comercial), BFD 69 (1993), pp. 614-615 (nota 43), admite-a, apenas, como hipótese de trabalho, afastando-a, contudo, do caso em apreço.

à lei, ao contrário, como se sublinhou acima, da que enforma os processos de redução característicos da chamada lacuna "oculta" <sup>(149)</sup>.

IX. Pelas ordens de razões expostas, estamos em crer, que, no nosso sistema jus-privatístico, não se afigura viável defender a individualidade dogmática da representação "tolerada" fora do âmbito de aplicação proporcionado pelo artigo 23.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que rege o contrato de agência <sup>(150)</sup>.

De resto, o enquadramento institucional que se revela apropriado para acolher a pretensão do terceiro, confrontado com a ineficácia definitiva do negócio representativo por recusa de ratificação, consiste no dispositivo consagrado no artigo 334.º que, pelo seu carácter excepcional, se conjuga de forma harmoniosa com o princípio estruturante da autonomia privada, à luz do qual constituiria uma restrição injustificável da esfera de liberdade individual a vinculação indiscriminada do *dominus*, só por não se ter oposto, oportunamente, à indevida actuação em seu nome <sup>(151)</sup>.

Daí, a importância de se delimitar determinados perfis de conduta de quem consente a representação sem poderes, suficientemente impressivos para criar uma confiança de tal forma fundada que concite a protecção dispensada pelo abuso de direito, sempre que a recusa de ratificação contrarie manifestamente os limites impostos pela boa fé.

O coleccionador que, *v. g.*, ratificou anteriores actuações sem poderes ou habituou o sector da especialidade a actividades negociais desenvolvidas por intermédio de procuradores, com aquele ou outros terceiros, em conjunto com a utilidade da iniciativa representativa, determinada segundo a vontade do *dominus*, em conformidade com o sentido de condutas passadas, vale como paradigma de comportamento que, combinado com a omissão mais ou menos prolongada de oposição à actuação do representante sem poderes, é susceptível de legitimar uma confiança fundamentada na concessão de uma procuração, que

---

<sup>(149)</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil, cit.*, Volume II, p. 1265, a propósito da teleologia veiculada pela boa fé objectiva, em contraponto à que anima os processos de redução teleológica.

<sup>(150)</sup> Para ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, 5.ª edição, Almedina, 2004, pp. 108-100, a solução adoptada pelo artigo 23.º daquele diploma não estará, porventura — embora não necessariamente — muito longe da "representação tolerada ou consentida", preconizando, de seguida, o seu alargamento a todos os contratos de cooperação.

<sup>(151)</sup> Com mais pormenor, *A responsabilidade do "representado" na representação tolerada, cit.*, pp. 13-14 e 204-237.

O teor excepcional que se aponta à formulação legal constante do artigo 334.º, baseia-se essencialmente no facto de, em lugar de uma remissão para a actuação segundo a boa fé, se recorrer, por um lado, à noção de exercício que exceda os seus limites que, por outro, deve ser manifesto.

poderia ter sido destruída em tempo útil por uma simples medida de informação não adoptada e que se apresenta a final frustrada pela recusa de ratificação, que vem contradizer o sentido inerente à conduta anterior.

Os diferentes elementos que individualizam o comportamento global impu-tável ao falso constituente em conexão com as correspectivas incidências nas esferas dos sujeitos em situação relacional, podem, assim, consentir a recondução simultânea da recusa de ratificação a várias regulações típicas de actos abu-sivos, consoante a tónica nuclear seja colocada na censurável contradição de condutas ou no plano dinâmico dos exercícios jurídicos, compreendido segundo as consequências produzidas pelo decurso do tempo nas posições jurídicas de quem deu causa à confiança e de quem por ela se conduziu na ordenação da sua esfera de assuntos <sup>(152)</sup>.

Lisboa, Maio de 2008

---

<sup>(152)</sup> Mantêm-se, assim, as conclusões preconizadas com maior minúcia em *A responsabilidade do "representado" na representação tolerada*, cit., pp. 234-237, em que se porfiou pela demonstração detalhada do modo como se devem considerar preenchidos os pressupostos do *venire contra factum proprium, suppressio e surrectio*, nomeadamente, quanto ao elemento nuclear de o comportamento anterior do titular significar objectivamente, segundo a interpretação conforme ao tráfego, que a recusa de ratificação não teria lugar.

Já MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., Volume II, pp. 1244-1246 (nota 147), admitia, de forma cautelosa, a protecção de terceiros por via do que pudesse ser encontrado pelo alargamento das diversas consagrações da boa fé subjectiva, e também em *Tratado de Direito Civil Português*, cit., I, Parte Geral, Tomo IV, pp. 104-107, considerando a apropriada vocação do *venire contra factum proprium* e da *surrectio*; PAULO MOTA PINTO, *Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros*, cit., pp. 634-636, e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pp. 52-61 (nota 41), favorecem igualmente a recondução ao *venire contra factum proprium*, e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, cit., pp. 1075-1077, que, depois de se bater pelas virtualidades da aplicação analógica, se manifesta outrossim de forma concordante com a aptidão do *venire contra factum proprium* e da *surrectio* para acolherem a pretensão da contraparte no negócio representativo.