

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 9

Jul / Set 2016

Qualis B1

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Joyceane Bezerra de Menezes / Ana Carolina Brochado Teixeira / Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira / Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz / Luiz Augusto Silva

Doutrina Estrangeira / Roberta Silva Melo Fernandes Remédio Marques

Pareceres / Anderson Schreiber

Atualidade / Ana Luiza Maia Nevares

Resenha / Beatriz de Almeida Borges e Silva

Vídeos e Áudios / Julgamento parcial do RE 878694

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Estrangeira

A AÇÃO / IMPUGNAÇÃO PAULIANA. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO

The *consilium fraudis*. A comparative analysis of challenge in Portugal and Brazil

Roberta Silva Melo Fernandes Remédio Marques

Professora do Instituto Politécnico de Coimbra (ISCAC). Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE. Especialista em Direito da Farmácia e do Medicamento pela FDUC. Mestre em Ciências Jurídicas pela FDUL. Doutora em Ciências Jurídicas pela UM. Advogada.

Resumo

A ação/impugnação pauliana constitui um alicerce importante para coibir a prática de negócios fraudulentos, realizados de forma a desvirtuar o patrimônio do devedor, que é a garantia dos credores. O presente estudo tem a pretensão de fazer uma análise comparativa da impugnação pauliana em Portugal e no Brasil, sendo dado destaque aos principais aspectos do instituto.

Palavras-chaves

Pauliana; Fraude contra credores; Lesão ao patrimônio; Garantia patrimonial.

Abstract

The *consilium fraudis* is an important foundation to curb the practice of fraudulent business carried out in order to detract from the heritage of creditors. This study pretends to do a comparative analysis of *consilium fraudis* challenge in Portugal and Brazil, being given emphasis to the main aspects of the institute.

Keywords

Consilium fraudis; Fraudulent business.

Sumário

1. Introdução – 2. Requisitos – 2. Requisitos Gerais – 2.1. Ato lesivo da Garantia Patrimonial (*Eventus Damni*) – 2.1.1. Existência de Crédito – 2.2. Requisito Especial – 2.2.1. Elemento Subjetivo (*Consilium Fraudis*) – 3. Características e modalidades de atos sujeitos à Ação Pauliana – 3.1. Atos que podem ser objeto da ação pauliana – 3.1.1. Alienação de bens e doações – 3.1.2. Atos nulos – 3.1.3. Constituição de obrigações e garantias – 3.1.4. Pagamento de dívidas – 3.1.5. Dação em pagamento e novação – 3.1.6. Partilha ou divisão – 3.1.7. Omissões – 3.1.8. Renúncias – 3.1.9. Obrigações naturais – 3.2. Atos que não podem ser objeto da ação pauliana – 3.2.1. Atos de natureza estritamente pessoal do devedor – 3.2.2. Bens impenhoráveis – 3.2.3. Recebimento de doações – 4. Efeitos – 4.1. Em relação ao credor (do devedor e do terceiro adquirente) – 4.2. Em relação ao devedor e ao terceiro adquirente – 5. Da inscrição e seus efeitos perante demais registros – 6. Conclusões

1. Introdução

O desenvolvimento econômico-social representou um considerável aumento no comércio jurídico, trazendo vantagens incontestes e a adequação das normas ao novo cenário existente.

Neste mister, a impugnação pauliana, remédio jurídico cuja origem remonta o direito romano, vem evoluindo na tentativa de coibir a implementação de negócios fraudulentos, cada dia mais criativos e ousados.

Isto porque a impugnação pauliana tem como finalidade possibilitar o credor a reagir contra atos positivos do devedor que não enfermam de qualquer vício interno e que, com aparente cunho de legalidade, têm desvirtuado o patrimônio que seria objeto de garantia da dívida, trazendo prejuízo insofismável aos envolvidos no negócio jurídico.

A dificuldade encontrada pelos aplicadores consiste, exatamente, na demonstração de que o ato, revestido de uma aparente legalidade, foi realizado de forma a desvirtuar o patrimônio dos credores fraudulentamente.

A impugnação pauliana é tratada pelo Direito Português no âmbito da garantia geral das obrigações, inserida no Capítulo V, do Título I, do Livro II do Código Civil, e integra uma Subsecção (III) da Seção (II) deste capítulo, referente à conservação da garantia patrimonial; e, no Direito Brasileiro, encontra-se regulada entre os defeitos dos atos jurídicos, juntamente com os vícios de consentimento, no Capítulo V, Seção VI, do Código Civil.¹

Ao longo do estudo, faremos uma abordagem geral sobre a aplicação do instituto nos dois ordenamentos jurídicos, sem a pretensão de realizar uma análise comparativa profunda entre ambos.

Inicialmente iremos discorrer acerca dos seus requisitos gerais e especial, bem como principais características e modalidades de atos sujeitos (ou não) à impugnação pauliana. A seguir, versaremos sobre os efeitos em face ao credor,² devedor e terceiro adquirente, como também sobre a possibilidade (ou não) da realização da inscrição da impugnação perante o Registro Predial, quando se tratar de bens imóveis, questão sujeita a

¹ É de se notar que, no direito brasileiro, a pauliana é uma ação, e não uma impugnação, enunciada como fraude contra credores.

² Aqui compreendido como o credor do devedor e do terceiro adquirente.

posicionamentos divergentes. Para finalizar, faremos uma análise sucinta das causas extintivas do seu exercício.

2. Requisitos

Na esteira do direito romano, se o devedor, maliciosamente e para tornar ineficaz a cobrança de seus débitos, afasta de seu patrimônio ou de qualquer modo diminui a garantia que este representa para seus credores, desde que obedecidos determinados requisitos, que variam conforme se trate de atos a título gratuito ou a título oneroso, o patrimônio poderá ser objeto de execução, mesmo encontrando-se em poder de terceiros, no caso do direito português, ou retornar ao patrimônio do devedor, em se tratando do direito brasileiro.

No entanto, em ambos os ordenamentos jurídicos - português e brasileiro -, dois são os requisitos considerados gerais para a instauração da impugnação pauliana, a saber: a) a configuração do ato lesivo da garantia patrimonial (*eventus damni*); e b) a existência de um crédito.³

Ao lado dos requisitos gerais, encontramos um no direito português que a lei exige relativamente aos atos a título oneroso, que é o requisito da má fé, ou o *consilium fraudis*, cujo reconhecimento não é pacífico no Brasil.⁴ Passaremos a analisá-los a seguir, sem a pretensão de exaurir todas as hipóteses enumeradas.

2.1. Requisitos gerais

2.1.1. Existência de um crédito

A existência de um crédito constitui o primeiro requisito necessário ao exercício da impugnação pauliana que, enquanto meio de conservação de garantia patrimonial, somente poderá ser exercida por quem tiver a qualidade de credor.

³ No Código Civil Português, os requisitos gerais encontram-se no art. 610, havendo a possibilidade de impugnação do crédito posterior ao ato, desde que observadas determinadas circunstâncias. Por sua vez, o Código Civil Brasileiro prevê como requisitos gerais unicamente os negócios de transmissão gratuita aos credores que já o eram ao tempo daquele ato, conforme se denota da leitura do art. 158.

⁴ Cf. CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ* – n. 93, Comentários ao Acórdão de 19 de Fevereiro de 1991, p. 552.

Em linha de princípio, portanto, a existência de um crédito coloca-se como condição primária para que o respectivo titular possa invocar a tutela jurídica.⁵

Pelo que, é imprescindível para a possibilidade de utilização da faculdade em comento, a verificação da data do crédito e à do ato impugnado, bem como as características que o crédito deverá revestir para que o seu titular possa exercitá-la.

A regra geral, a qual a doutrina e a jurisprudência se orientam, é no sentido da anterioridade do crédito, como condição da impugnação pauliana, sendo tal postura defendida sob a justificativa de que não se pode prejudicar uma pretensão de um crédito ainda não nascida e que não se sabe se vai poder nascer.

Em complementação a esta definição, argumentam que aqueles detentores de créditos posteriores já haviam encontrado o patrimônio do devedor desfalcado e, desse modo, não podem alegar que os bens do devedor se tornaram insuficientes para a sua garantia e o seu posterior pagamento.⁶

Assim, pode-se afirmar que somente os credores que já o eram ao tempo da prática dos atos lesivos poderão se socorrer da impugnação pauliana para obtenção da restituição da garantia patrimonial desviada, uma vez que, se no instante em que for constituído o crédito não havia prejuízo à garantia, em face desta já não existir ou se encontrar desfalcada, não há que se falar em prejuízo efetivo para o credor incauto.

Sobressai a ideia de que a existência do prejuízo é determinante para a ocorrência da fraude contra credores, pois, mesmo que a fraude tenha ocorrido, o ato é inatacável, por não ter acarretado dano ao credor. Porque não se sanciona a fraude, mas, ao contrário, evita-se o prejuízo, conclui-se que o que importa, na fraude contra credores não é a causa, mas a consequência dela.⁷

Tal acontece porque cabe ao credor tomar as cautelas devidas, inerentes ao ato negocial, que emergem na verificação do tomador do crédito e da extensão do seu patrimônio, bem como se este se encontra plenamente disponível.⁸

⁵ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

⁶ Neste sentido, vide MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 157.

⁷ Tal constatação levou AMERICANO, Jorge. *Da ação pauliana*. 2. ed. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1932, p. 76, a afirmar que a fraude, se houve, não prejudicou os credores, não tendo, portanto, interesse para alegá-la. Aliás, na opinião do autor, a ilegitimidade dos credores posteriores independe da natureza do ato, seja oneroso, seja gratuito, de alienação, ou de renúncia, já que, tratando-se de captação, o ato praticado com tal fim incide na hipótese de dolo, que ocasiona a nulidade e não a fraude. Esta ideia é também apoiada por MAIA, Paulo Américo. A anterioridade do crédito na ação pauliana. In: *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 165.

⁸ Para CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ*, cit., p.555, isto se dá porque o “acto sujeito à acção pauliana não tem nenhum vício genético. Assim, se no momento em que é celebrado não há atentado à garantia

O Código Civil Português adotou como regra geral o requisito da anterioridade do crédito, facultando, entretanto, quando o ato for realizado dolosamente com a finalidade de impedir a satisfação do credor, a possibilidade de afastar tal conceito para determinados créditos constituídos posteriormente.⁹

Ou seja, acertou ao inserir a possibilidade de o credor atacar um ato mesmo que o crédito tenha sido constituído em momento posterior, desde que praticado de forma dolosa, a impedir a realização da garantia do credor.¹⁰

Em sendo assim, unicamente nos casos em que ocorre a fraude predeterminada para atingir futuros credores é que se poderá utilizar o remédio jurídico em análise.

Como fraude predeterminada temos os atos praticados pelo devedor onde este, no afã de obter o seu crédito, faz dolosamente crer ao credor que bens que já foram alienados ou onerados ainda fazem parte do seu acervo patrimonial.

Neste caso, indispensável se faz que ambas as partes envolvidas no negócio jurídico (devedor e terceiro) estejam de má fé e que o ato tenha o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor.¹¹

Também entendemos que se faz indispensável haver o nexo causal entre o dolo perpetrado e o crédito frustrado, sem o qual não haveria que se falar na possibilidade de frustração do crédito.

Já a legislação brasileira prevê unicamente a disposição no sentido de que *só os credores que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação*, conforme se denota da leitura do art. 158, § 2º do Código Civil Brasileiro.

patrimonial dum credor, ele torna-se inatacável. O terceiro contratante não podia saber se, *in futurum*, o alienante se vai vincular a novos débitos; por outro lado, o credor tem sempre a possibilidade de constatar, quando da concessão do crédito, o exacto estado do património do devedor. (...) O requisito da anterioridade dos créditos a impugnar, formalmente consagrado na lei, corresponde, pois, a exigências práticas e doutrinárias totalmente pacíficas”. Nesta mesma linha de pensamento, leciona VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 448.

⁹ Cf. CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ*, cit., p. 557.

¹⁰ Para maior aprofundamento, vide CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ*, cit., p. 556; VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 448; MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 160 e ss. Ao comentarem o Código Civil, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, com a colaboração de MESQUITA, M. Henrique. *Código Civil Anotado*. Vol. I (Artigos 1º a 761º). 4. ed. Coimbra Editora, 1987, p. 627, lecionam que “em princípio, este requisito não pode deixar de existir. Haveria uma enorme perturbação no comércio jurídico, se os negócios pudessem ser impugnados em consequência de dívidas posteriormente contraídas. Mas o caso especialmente previsto agora, sob inspiração do art. 2901 do Código italiano, justifica-se perfeitamente”.

¹¹ Neste sentido, vide MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 161; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 722; e LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996, p. 297.

Assim, a princípio, para impugnar o ato praticado pelo devedor, não bastaria ter um crédito contra ele, sendo necessário, ainda, que referido crédito fosse anterior ao ato que se pretende revogar.¹²

A despeito disso, acertadamente, os tribunais brasileiros têm preenchido a lacuna existente na lei, admitindo a desconsideração da anterioridade do crédito como pressuposto da ação pauliana diante dos casos de fraude para o futuro, constatando a existência de dolo específico, consubstanciado na intenção deliberada de praticar o ato para atingir os credores futuros.¹³

No tocante aos créditos não vencidos, o art. 614º do Código Civil Português estabelece que não obsta o exercício da impugnação o fato do crédito ainda não ser exigível.¹⁴

Diferente solução foi adotada no tocante aos créditos sob condição suspensiva, cujo credor poderá unicamente exigir a prestação da caução durante a pendência da condição.¹⁵

Entretanto, caso não seja prestada a caução, poderá o credor *requerer o registro de hipoteca sobre os bens do devedor, ou outra cautela idônea, salvo se for diferente a solução especialmente fixada em lei*, nos termos do art. 625º do Código Civil.

Tal acontece, sobretudo, porque o titular de direito condicional não possui direito atual, com eficácia plena, o que lhe impede, por isso, de exigir o

¹² LIMA, Alvino. *A Fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 168 defende a possibilidade de atacar um ato posterior. Em sentido contrário, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IV, parágrafo 489, p. 436.

¹³ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 142. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro: “Ação pauliana. Anterioridade da dívida. Inexistência de novação. A Novação não decorre simplesmente da substituição de um título cambiariforme, emitido em garantia da dívida, por título cambial com o mesmo propósito, sem que demonstrada a intenção de novar. Mantém-se, assim, a anterioridade da dívida relativamente aos atos de alienação. Não admissível, no âmbito do recurso especial, perquirir quanto as provas da efetiva insolvência dos devedores, em decorrência dos atos apontados como praticados em fraude a credora. recurso especial conhecido mas não provido”. (STJ, REsp 9543/ SP, Relator Ministro Athos Carneiro, DJ 1.6.1992).

¹⁴ Neste sentido, VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 448, leciona que “Não é necessário, porém, que o crédito já se encontre vencido, para que o credor possa reagir contra os actos (de diminuição da garantia patrimonial) anteriores ao vencimento, contanto que a constituição do crédito seja anterior ao acto. Diferente é a solução adoptada (no n. 2 do art. 614) para o caso do crédito condicional, enquanto a condição (suspensiva) se não verifique. O que o credor pode, neste caso, legitimamente exigir, é a prestação da caução”. Para LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*, cit., p. 298, “a lei resolve expressamente a questão da anterioridade em relação aos créditos ainda não exigíveis ou sujeitos a condição suspensiva, no momento em que o acto é praticado (art. 614º). Relativamente à circunstância de o crédito ainda não ser exigível, a lei estabelece que tal não obsta ao exercício da impugnação (art. 614º, n. 1), sendo assim a questão da anterioridade do crédito considerada como dizendo à sua constituição e não à sua exigibilidade. Mas já relativamente ao crédito sujeito a condição suspensiva exclui-se a impugnação, admitindo-se apenas que, verificados os seus requisitos, o credor possa exigir a prestação de caução (art. 614º, n. 2)”.

¹⁵ Vide art. 614 do Código Civil Português.

cumprimento da obrigação, ou até mesmo de intentar qualquer ação com base no direito suspenso. Admite-se-lhe, no entanto, a faculdade de praticar atos destinados a conservar não só juridicamente o seu direito, mas também materialmente, o que se justifica pelo fato do ato jurídico condicional produzir efeitos jurídicos antes mesmo do implemento da obrigação.¹⁶

Com efeito, a natureza da vinculação jurídica existente entre as partes de um negócio sob condição suspensiva sujeita o devedor da prestação condicional, durante a pendência da condição, a adotar comportamento que assegure o resultado pretendido, inicialmente, com o negócio jurídico, caso a condição venha a se implementar. Este dever de conduta decorre não só do dever genérico de proceder e negociar de boa-fé, mas também da própria essência do negócio pactuado, cuja prestação deve manter incólume o seu valor econômico, enquanto pender a condição.¹⁷

No tocante ao crédito sob condição suspensiva,¹⁸ a doutrina (e a jurisprudência) dominante brasileira entende que o requisito da existência do crédito se tem como satisfeito para legitimar o seu titular ao exercício da ação pauliana, se pendente a condição o devedor praticar atos de alienação, provocando ou agravando a insolvabilidade no momento em que a obrigação – pelo implemento da condição – tornou-se pura, certa e exigível.

Relativamente aos créditos ilíquidos no ordenamento português, poderão os mesmos ser objeto da impugnação pauliana, pois o que importa é a existência do crédito em si, e não a pretensão ou ação.¹⁹

Já quanto à liquidez ou não da dívida, tanto a doutrina²⁰ quanto os tribunais brasileiros têm entendido que a anterioridade do crédito se determina pela causa

¹⁶ FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 145.

¹⁷ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 146.

¹⁸ GUEIROS, Nehemias. *Da condição em face do código civil*. These apresentada à Faculdade de Direito do Recife, no concurso para livre-docente de Direito Civil. Oficinas Graphics da Empresa Jornal do Commercio S/A. Recife, 1935, p. 153, expõe que “pendente a condição suspensiva, embora não se tenha adquirido o direito a que o acto condicionado visa, nem se torne, por isso, exigível a obrigação d'elle decorrente, há, todavia, um vínculo obrigacional a que não refoge o devedor. Desse vínculo é que decorre, para o credor, o direito a adquirir um direito, que é, sem dúvida, o elemento patrimonial, sem entraves à disponibilidade”.

¹⁹ Corroborando este entendimento, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, cit., p. 631, expõe que, “se o credor a prazo pode usar da impugnação pauliana, por igualdade ou maioria de razão poderá recorrer a ela o titular de crédito ilíquido, pois a iliquidez da dívida não obsta à verificação de qualquer dos requisitos essenciais da impugnação”. Para MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*, cit., p. 436, “O crédito – não a pretensão, ou a ação – precisa ter nascido antes do ato de disposição. É o princípio da anterioridade do crédito. O crédito há de já existir quando ocorre o ato de disposição. Pode ser ilíquido; pode depender de liquidação judicial”.

que dá origem ao referido crédito,²¹ tendo em vista que a liquidez, a certeza e a exigibilidade são atributos do crédito, mas que não são necessariamente contemporâneos ao seu aparecimento.²²

2.1.1. Ato lesivo da Garantia Patrimonial (*Eventus Damni*)

O princípio da plena disponibilidade dos bens pelo devedor encontra limite na garantia patrimonial que a lei confere ao credor, a fim de que possa, no caso de inadimplemento, satisfazer os seus interesses, recebendo aquilo que é devido, com a expropriação dos bens que constituem aquela garantia.²³

Acontece que, se o devedor abusar do seu poder de disponibilidade e transpuser este limite, comprometendo o seu patrimônio de forma que já não assegure os direitos dos seus credores de receberem o seu crédito, restará configurado o ato lesivo à garantia patrimonial do credor.

Configura-se, assim, o segundo requisito da ação pauliana, representado pelo prejuízo, isto é, o *eventus damni*.

A extensão delineada no Código Civil Português de 1966 abrange não só os atos que resultarem no agravamento ou insolvência do devedor, mas também naqueles que converterem na impossibilidade prática de recebimento do crédito.²⁴

Com isso, o ato praticado deverá envolver a diminuição da garantia patrimonial do crédito, que pode ser uma perda ou um decréscimo do ativo ou aumento do passivo.

Ocorre que poderão ainda haver atos que, embora não resultem da insolvência do devedor (ou seu agravamento), tragam prejuízo para o credor de modo a dificultar a ação executiva.

²⁰ Os autores brasileiros não discrepam deste entendimento, sustentando que a procedência do pedido revocatório não está condicionada à liquidez, ou exigibilidade do crédito prejudicado pelo ato fraudulento, cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 147; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*, cit., p. 436; LIMA, Alvino. *A Fraude no Direito Civil*, cit., p. 134.

²¹ O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro assim decidiu: “Recurso especial. Ação pauliana. Crédito. Anterioridade. Não provimento. O Parágrafo único do art. 106 do código civil, em interpretação atualizada do velho estatuto, não requer o crédito líquido e documentado, sendo bastante a causa geradora do direito”. (STJ, RESP 10096/SP, Relator Ministro Cláudio Santos, DJ 25.5.1992, p. 07394).

²² Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 130; MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 167.

²³ Cf. LIMA, Alvino. *A Fraude no Direito Civil*, cit., p. 143.

²⁴ Vide letra *b* do art. 610 do Código Civil. Para maior aprofundamento, cf. MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 174 e ss.

A ideia de *eventus damni* sem insolvência, admitida pelo Código Civil Português, reduz a análise do patrimônio do devedor em função de sua capacidade prática de realização do direito do credor, o que se convencionou chamar de *substância patrimonial*.²⁵

Isso porque circunstâncias existem que, na prática, equivalem à situação de insolvência, tendo em vista que os bens remanescentes do devedor, por sua característica ou qualidade, impedem ou comprometem sobremaneira o credor de realizar o seu direito, razão pela qual o conceito do *eventus damni* deverá ser analisado com base na aptidão do patrimônio para responder pelas obrigações do seu titular.²⁶

Essa aptidão decorre da verificação da substância patrimonial, isto é, da análise do conjunto de características dos bens que integram, após a prática do ato, não se esgotando somente no valor – como no conceito de insolvência –, mas contemplando, também, a liquidez, a penhorabilidade, e a natureza desses bens.²⁷

Ou seja, a redução de garantias deve ser entendida como a consequência imediata da lesão à substância patrimonial, de forma a afetar a potencialidade prática de o patrimônio responder pelas dívidas de seu titular. Disso decorre que a essência da avaliação do prejuízo pauliano está na análise da substância patrimonial após o ato impugnado, uma vez que a expressão traz ínsita a ideia de realização prática do direito, sua efetivação nos bens do devedor.²⁸

Em vista disto, perfilhamos o entendimento de que basta a impossibilidade prática de recebimento de seu crédito ou o agravamento da mesma para serem preenchidos os requisitos da pauliana, não sendo necessária a insolvência total do devedor.²⁹

²⁵ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 40. Por esta razão, SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, n. 75, ano 1958, p. 200, defende que deverá ser levado em conta o “prejuízo do credor (...) ou, então adotar-se-ia preferentemente esta fórmula: é preciso que do acto resulte para o credor a impossibilidade prática de obter a satisfação do seu crédito ou o agravamento dessa impossibilidade”.

²⁶ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 41. Sobre o ônus da prova, vide art. 611 do Código Civil e MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 175.

²⁷ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 41.

²⁸ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 42.

²⁹ Corroborando este entendimento, VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 447. Para ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 719 e ss., a pauliana pode ser utilizada tanto em operações que impliquem redução do ativo como aumento do passivo, desde que não tenham natureza pessoal, entretanto, “não basta, pois, um qualquer interesse do credor. Compreende-se que a lei se apresente aqui mais rigorosa – por se atacarem quase sempre actos válidos – do que relativamente às declarações de nulidade – onde os actos impugnados nunca o são”. Complementando, entende que a regra é que o ato produza ou agrave a insolvência, havendo, no entanto, uma exceção, “(...) quando o devedor continue solvente, mas o credor não possa de facto obter a satisfação do seu crédito, dada a impossibilidade

Relativamente ao *eventus damni*, lamentavelmente o Código Civil Brasileiro não o menciona expressamente, uma vez que o legislador apenas se referiu à prática de atos pelo devedor *já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência*, mantendo-se fiel à concepção romanista, mas que não atende às exigências atuais de moralização das relações jurídicas.

Pese embora este obstáculo legal, a jurisprudência tem se manifestado no sentido da necessidade da configuração do evento danoso ao credor e que o *ato praticado em fraude tenha diminuído em tal expressão o patrimônio do devedor, que resulte impossível aos credores anteriores à consumação do ato a satisfação de seus créditos*.³⁰

E, para a caracterização do dano pauliano, basta a caracterização do estado formal de insolvência: *Se os devedores não empobreceram, mas apenas subtraíram a maior parte do patrimônio da garantia dos credores, mercê de artifícios tendentes a impossibilitar a cobrança das dívidas que contraíram, o propósito de locupletamento indevido se apresenta indisfarçável, o que justifica a procedência da ação revocatória*.³¹

2.2. Requisito especial

2.2.1. Elemento Subjetivo (*Consilium Fraudis*)

Um terceiro requisito, que reputamos especial porque exigido relativamente a atos realizados a título oneroso, emerge ao lado dos dois requisitos gerais vistos anteriormente.

A doutrina e a jurisprudência enaltecem a distinção entre os atos gratuitos e os atos onerosos, impondo-lhes tratamento diversificado em seus pressupostos, para sujeitá-los à revocatória.

Neste sentido, para que seja possível a impugnação pauliana nos atos realizados a título oneroso, mister se faz que o devedor e o terceiro tenham agido de má-fé.

ou dificuldade prática de executar os restantes bens do devedor (ex.: o devedor vende um prédio pelo preço justo e oculta a importância recebida)". Em sentido contrário, se posiciona CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ*, cit., p 514 e ss., quando discorda que a mera impossibilidade de recebimento do crédito poderá dar ensejo à paulina, pois "a ação pauliana exige que o acto a impugnar tenha provocado a insolvência do devedor ou tenha agravado essa insolvência: só esta gera, de facto, a impossibilidade de satisfação dos créditos. Aliás, era a solução tradicional conhecida como *eventus damni*, e corroborada, no Código vigente, pelo art. 611".

³⁰ 6ª C do TAlçCivSP, 12.11.1970, Julgados 14/177.

³¹ 3ª CC do TJRS, 09.11.1967, RF 231/222.

O mesmo não acontece nos atos realizados a título gratuito, onde a impugnação procede, ainda que um e outro não tenham agido fé má-fé.

Ou seja, padronizou-se na doutrina que o ato a título gratuito poderá ser impugnado sem necessidade do requisito da má-fé do devedor ou o terceiro, bastando que se prove os requisitos gerais acima expostos, sendo indiferente a prova de que o devedor ou o terceiro beneficiário tenham ou devessem ter consciência do desfalque causado ao patrimônio assecuratório do pagamento da dívida.

E o ato oneroso, para sujeitar-se a pauliana, exigiria a existência de má-fé por parte do adquirente, a demonstração de sua coparticipação na fraude perpetrada, a qual consiste no conhecimento da insolvência e do prejuízo causado aos credores.

Tal fato se justificaria sob o argumento de que, no ato gratuito, o beneficiário da liberalidade procura apenas assegurar um ganho, enquanto o credor luta para evitar um prejuízo; como no ato gratuito não existe contraprestação, ocorrendo conflito de interesses entre o credor e o terceiro favorecido, deve prevalecer a do primeiro, impondo-se ao segundo a restituição do lucro obtido com a fraude, ainda que dela não tenha participado, para que se recomponha o patrimônio do devedor, evitando-se assim que seja frustrada a garantia dos credores; e com a prevalência do interesse do credor, cujo direito restaria prejudicado pelo ato fraudulento, obsta-se a que o terceiro se enriqueça a custa da garantia dos seus credores.

Já no ato oneroso, terá saído um valor do patrimônio do devedor, mas em seu lugar entra outro, representado pela contraprestação; a aquisição, assim, custou para o adquirente uma prestação ou um sacrifício patrimonial; desse modo, se o ato é oneroso e estando o adquirente de boa-fé, a posição deste é idêntica à do credor.

Assim, verificado o conflito de interesses, prefere-se o direito do terceiro àquele do credor, pois *in pari causa* melhor este *condicio possidentis* (*in pari causa possessor potior haberi debet*),³² preferência que deixa de prevalecer se tiver sido partícipe

³² Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 231. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 1932, p. 775 e 776, discorre com bastante propriedade sobre a distinção entre os terceiros que contrataram a título oneroso e os que contrataram a título gratuito: "(...) essa razão só pode ser a seguinte: - Quando o terceiro adquiriu a coisa alienada a título oneroso e em boa fé, ele encontra-se na mesma situação dos credores defraudados: estes e aquele *certant de damn vitando*, e, devendo um dos dois sofrer um prejuízo, é justo que a proteção legal dê preferência ao adquirente, pela regra: *in pari causa possessor potior haberi debet*. Demais, não pode sequer dizer-se que os credores estão *in pari causa*, pois que eles devem imputar-se a si próprios a culpa de terem depositado no devedor mais confiança do que ele merecia, ou não lhe terem exigido as precisas garantias. Pelo contrário, quando o terceiro adquiriu a título gratuito, enquanto ele *certat de lucro captando*, os credores procuram evitar um prejuízo. (...) A meu ver, porém, essa razão não é a única. Há outra não menos poderosa: é que o adquirente

de *consilium fraudis*; portanto, tendo fornecido o equivalente, demiti-lo do direito que adquiriu seria empobrecê-lo, pois não teria para quem recorrer senão contra um devedor absolutamente desprovido de recursos.

Foi esta a concepção adotada pelo Código Civil Português em seu art. 612º que, em sua segunda parte, estatui que a má-fé é a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor.³³

Sendo assim, pacificado o entendimento de que unicamente os atos a título oneroso necessitariam da prova da ocorrência da má-fé para o ajuizamento da ação paulina, o debate hoje é remetido para a sua conceituação e quando restaria configurada no ato concreto.

No sistema atual português, consideram alguns doutrinadores que para restar configurada a má-fé, mister se faz a intenção de prejudicar os credores; outros, que basta a consciência do prejuízo causado aos credores e há os que acreditam que necessário apenas o conhecimento do estado de insolvência.³⁴

A concepção adotada pela lei substantiva nos conduz a entender que, para a configuração da má-fé, além do conhecimento da impossibilidade real de satisfação do crédito, ou seja, de que a garantia patrimonial dos credores se tornou ou pode tornar-se insuficiente em consequência do ato oneroso realizado entre o devedor e o terceiro, é necessária a verificação do dolo ou, no mínimo, da consciência negligente do prejuízo pelas partes envolvidas.³⁵

da coisa alienada a título oneroso desembolsou o respectivo valor, que entrou para o patrimônio do devedor; e, por isso, o contrato, em rigor, não diminuiu este patrimônio, nem produziu a insolvência do mesmo devedor. Pelo contrário, o adquirente a título gratuito nada deu em troca; e, por isso, se ficasse liberto da responsabilidade das dívidas do alienante, locupletar-se-ia à custa dos respectivos créditos”. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 725, entende que a justificativa da necessidade de má fé por parte do devedor e do terceiro se encontra no fato de que, se as partes estiverem de boa fé no ato oneroso, não há razão de censura do devedor, nem seria justo privar o terceiro dos benefícios do ato. Acredita também que “a mesma solução se justifica ainda que só uma das partes se encontre de boa fé”. Para o ilustre Professor, a justificativa para a não necessidade de má fé nos atos gratuitos está no fato de que “no patrimônio do devedor não entre uma contrapartida”.

³³ Cf. MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 193.

³⁴ Para SERRA, Vaz. *Responsabilidade Patrimonial*. *BMJ*, cit., p. 212, “estas fórmulas correspondem a realidades diferentes: a consciência do prejuízo causado aos credores não é o mesmo que a intenção de os prejudicar, pois o acto pode ser praticado sem esta intenção e existir, todavia, a consciência do prejuízo. Por outro lado, pode haver consciência do prejuízo causado aos credores, porque pode haver a convicção séria de que, embora insolvente agora, o devedor melhorará depois de fortuna, de sorte a não prejudicar os seus credores”.

³⁵ A posição ora defendida é sufragada por LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*, cit., p. 299, ao expor que a má-fé “deve abranger tanto os casos de dolo como de negligência consciente em relação à verificação do prejuízo. Já os casos de negligência inconsciente – as partes celebram o negócio sem ter consciência da possibilidade de lesar o credor, quando poderiam, se actuassem diligentemente, ter adquirido essa consciência – não poderão, a nosso ver, integrar o conceito de má fé, referido no art. 612º, n.º 2.

Ou seja, não há a necessidade da existência do *animus nocendi*³⁶, bastando, para a configuração da má-fé, que o devedor tenha consciência de que, do ato praticado, resultará a sua insolvabilidade, ou agravará, se preexistente, pois não se afigura correto sujeitar o terceiro a ver frustrada uma aquisição que efetuou a título oneroso, se ele ignorava, ainda que por negligência, os danos causados ao credor.³⁷

No tocante às transmissões posteriores, de acordo com o art. 630º do Código Civil Português, deverão incidir, além dos requisitos obrigatórios à primeira

Relativamente ao tipo de prejuízo em questão, ele deve ser entendido como a impossibilidade prática de satisfação do crédito, admitindo-se assim a exigência de má fé, sempre que haja a intenção ou consciência dessa impossibilidade”. No mesmo sentido é o comentário ao art. 612, n. 2, realizado por CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ*, cit., p. 516, onde argumenta que “(...) há má fé quando devedor e terceiro tenham procedido em desacordo com a cláusula geral da boa fé, mormente com o fito de prejudicar o credor. Verifica-se, pois, que a má fé acaba por ser uma característica do próprio acto a impugnar, derivando do facto de devedor e terceiro, na sua celebração, terem como fim o prejuízo do credor. Ou, se se quizer, o acto que cai na previsão pauliana é um acto finalisticamente destinado a prejudicar o credor.” Tal postura é também defendida em seu livro *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 492 e s. Também SERRA, Vaz. *Responsabilidade Patrimonial*. *BMJ*, cit., p. 215, defendeu a mesma posição, reiterada quando da anotação ao acórdão STJ 30.01.1968, *RLJ* 102, ano 1970.

³⁶ SERRA, Vaz. *Responsabilidade Patrimonial*. *BMJ*, cit., p. 213, leciona que “o devedor ou o terceiro não têm, em regra, a intenção de prejudicar os credores, mas a de fazer um acto vantajoso; são determinados por motivos diferentes daquele, ainda que o devedor esteja ou fique insolvente ou tenham consciência de que prejudicam os credores. Portanto, se se exigisse a intenção de prejudicar, raríssimos seriam os casos em que a acção vingasse”.

³⁷ Em sentido diverso, MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 22, expõem que “não é necessário, portanto, o conluio ou concertação das partes tendo em vista pôr em causa a garantia patrimonial do credor, basta a má fé bilateral”. Também em sentido oposto, VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 450, quando, ao abordar sobre o requisito da má-fé, expõe que, “por um lado, a lei vigente afasta-se de caso pensado, (...), da ideia de que a pauliana se encontra ligada forçosamente à insolvência do devedor, apelando antes para a impossibilidade de facto da satisfação integral do crédito como consequência do acto. Por outro lado, não basta que o devedor e o terceiro, partes no acto realizado, tenham conhecimento da situação precária do devedor, porque podem eles ter até fundadas razões para crer que o acto virá a provocar uma melhoria dessa situação. Essencial é que o devedor e terceiros tenham consciência do prejuízo que a operação causa aos credores”. Complementa dizendo que “o devedor e o terceiro podem agir com outra intenção, em busca dum outro objectivo, mas com perfeita consciência do prejuízo que vão causar. E tanto basta, no pensamento da lei, para que a pauliana proceda”. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, cit., p. 629, acrescentam que “o conhecimento da insolvência, de per si, parece que nunca poderia justificar a procedência da impugnação pauliana, dado que, (...), um acto a título oneroso nunca pode, em rigor, conduzir à insolvência: as prestações não de corresponder-se: ao valor saído do património do devedor há de corresponder o mesmo valor entrado. Por isso escrevemos já: “o legislador havia de ter querido dizer mais alguma coisa, a essa mais alguma coisa parece dever ser a consciência do prejuízo, isto é, a consciência de que o acto de alienação e o subsequente esbanjamento do preço recebido prejudicam o credor”. Ou seja, “não se exige que haja com o acto a intenção de prejudicar o credor: normalmente, mesmo, há a intenção, ou pode haver a intenção, de realizar um acto vantajoso, sem o intuito de causar um dano. Pode haver insolvência, por outro lado, sem esse estado de consciência, como no caso de o devedor esperar do acto uma melhoria futura da sua situação económica: vende, por exemplo, para dar ao dinheiro uma aplicação mais segura ou mais rendosa. E pode haver consciência do prejuízo sem haver, propriamente, insolvência, como no caso de serem alienados bens pelo seu justo valor, tendo, no entanto, o devedor a consciência de que, sendo o preço dificilmente exequível, poderá com isso prejudicar o credor. Em resumo, pode dizer-se que o conceito adoptado representa uma solução intermédia entre o antigo conceito psicológico do conhecimento da insolvência e o requisito bem mais apertado da intenção de prejudicar (*animus nocendi*) os credores”. Cf. MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 199.

aquisição, em sendo caso de transmissão a título oneroso, a má fé do alienante e do posterior adquirente.³⁸

Não obstante, se a transmissão se verificar a título gratuito não há necessidade de provar a má fé, conforme discorrido acima.

A má-fé deverá ser provada pelo credor, à exceção do caso de insolvência, sendo que todos os atos praticados no período de dois anos anteriores serão entendidos como celebrados com má fé.

Entendemos que a prova da má-fé³⁹ não se sujeita a eventuais limitações e pode ser realizada por todos os meios existentes e admitidos em direito, inclusive a aceitação de indícios e de presunções.⁴⁰

³⁸ A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português é no seguinte sentido: “I- A má fé, ou consciência do prejuízo, apenas, é o pressuposto da viabilidade da impugnação pauliana, para os actos onerosos, nos casos da anterioridade do crédito relativamente ao acto a impugnar pelo credor, nas fronteiras do artigo 612, ns. 1 e 2, do CCIV. II- No caso, porém, da posterioridade desse crédito, a procedência da impugnação tem já, como condição que o acto anterior tenha sido realizado, com dolo, isto é com o fim de impedir a satisfação do crédito do credor, no quadro do artigo 610, 2. parte alínea a) do mencionado diploma substantivo. III- relativamente, contudo, aos actos de natureza gratuita, a impugnação pauliana, procede, sempre, independentemente de boa ou má fé, dos seus intervenientes, conforme o estatuído na 2. parte, do n. 1, do citado artigo 612.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de junho de 2000, Machado Soares). “I - Na impugnação pauliana de acto oneroso posterior ao crédito do autor, a integração de má-fé não exige uma actuação dolosa, sendo suficiente uma negligência consciente quanto à produção do resultado danoso, ou seja da diminuição da garantia patrimonial do crédito. II – Para tal efeito, torna-se necessária a prova do conhecimento, pelo terceiro, de dívidas da outra parte no negócio, cabendo o ónus dessa prova ao autor.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de janeiro de 2000, Martins da Costa). Disponível: <www.dgsi.pt>. Acesso: 6.2004.

³⁹ A jurisprudência portuguesa tem se dividido a respeito, havendo julgados absolutamente contraditórios, conforme se observa das ementas ora transcritas: “I - A impugnação dos actos onerosos só procede se a má fé existir não só por parte do devedor como de terceiro. Mas não é necessário conluio ou concertação das partes para atentar contra a garantia patrimonial do credor. II - O número 2 do artigo 612 do código civil abrange a negligência consciente, mas não a inconsciente. III - Assim, não é suficiente saberem os compradores da existência de uma dívida dos vendedores para com o demandante, sendo, antes, necessário que estes e aqueles tenham agido com consciência do prejuízo que o acto causa ao credor, ou seja, de que o acto impugnado impossibilitava ou dificultava a satisfação do crédito.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01 de outubro de 1998, Dionisio Correia). “I – A má fé inserta no n.º 2 do artigo 612 do Código Civil não se reconduz à má fé subjetiva em sentido psicológico. II – A boa fé subjetiva é um estado de consciência do agente; a objetiva centraliza-se como regra de conduta, aparecendo como critério normativo de actuação das partes. III – Exemplificam-se, respectivamente, nos artigos 892.º, 291.º, 481.º, 612.º e 1340.º do Código Civil. IV – A boa fé será psicológica quando a lei se contenta com o mero desconhecimento; na impugnação pauliana, o critério passaria pelo conhecimento do estado de insolvência do devedor ou do seu agravamento. V – A boa fé subjetiva ética exige que o desconhecimento não possa ser reprovado, pelo que estará de má fé quem desconheça com culpa. VI – A boa fé na impugnação pauliana entra no esquema da normalidade do regime jurídico, não dando qualquer vantagem, daí que se diga que a impugnação pauliana se baseia num facto ilícito quando existir má fé e num enriquecimento sem causa quando existir boa fé. VII – Relativamente ao acto oneroso, a impugnação pauliana visa proteger a garantia patrimonial dos credores de actos censuráveis que a prejudiquem; até ao conhecimento negligente.” (STJ, Acórdão de 15 de fevereiro de 2000 – Processo n.º 38/2000). “I – A impugnação pauliana, enquanto garantia das obrigações, tem como requisitos, tratando-se de acto oneroso, a anterioridade do(s) crédito(s) do autor em relação a tal acto, o facto de este causar a impossibilidade ou o agravamento da impossibilidade de satisfação integral daquele(s) e a circunstância de todos os intervenientes no negócio questionado se encontrem de má fé. II – A má fé, enquanto requisito subjetivo da impugnação pauliana, significa a consciência do prejuízo que o acto causa ao

No direito brasileiro, os doutrinadores encontram-se concordes no sentido da dispensa de uma intenção deliberada de causar prejuízo para a configuração do *consilium fraudis*, que se satisfaz, assim, com o simples conhecimento que tenha ou deva ter o devedor do seu estado de insolvência e das consequências que, do ato lesivo, resultarão para os credores.⁴¹ Ou seja, o Código Civil Brasileiro contenta-se com o conhecimento da insolvência.⁴²

3. Características e modalidades de atos sujeitos ou não à impugnação pauliana

3.1. Atos que podem ser objeto da ação pauliana

Como atos passíveis de impugnação, entendem-se aqueles que se prestam à vulneração da garantia dos credores pela diminuição maliciosa do patrimônio do devedor, levando-o à insolvência ou agravando esta situação, se preexistente.⁴³

Não é somente o ato a título oneroso que pode ser considerado como fraudulento. O credor tem a faculdade de promover a impugnação de quaisquer atos lesivos da garantia que a pauliana visa resguardar em sua integridade.

Deste modo, passíveis de revogação no direito português e brasileiro são os atos onerosos e os atos gratuitos, as alienações em geral, as constituições de direito,

credor, e não já a intenção de prejudicar este último. III – A má fé, neste sentido, abrange a própria negligência consciente – já que o agente tem consciência de que o acto pode prejudicar o credor, ainda que confie que tal resultado não venha a verificar-se. IV – A intenção de prejudicar só constitui requisito da impugnação pauliana se o acto a impugnar for anterior à constituição do crédito. V – Não sendo esse o caso, deve ser ampliado o julgamento da matéria de facto em que se respondeu, negativamente, a quesito em que se perguntou se os outorgantes em certa escritura de compra e venda de imóvel a celebraram com a única finalidade de diminuir o patrimônio do vendedor (devedor), em prejuízo do impugnante (credor). IV – Se, ampliada a matéria de facto, se provar que os contratantes agiram com a consciência de prejudicar o credor, a impugnação pauliana deve proceder, nos termos dos artigos 610.º a 612.º do Código Civil; caso contrário, a acção deve ser julgada improcedente.” (STJ, Acórdão de 11 de dezembro de 1996 – Processo n.º 29 719). Disponível: <www.dgsi.pt>. Acesso: 6.2004.

⁴⁰ No entanto, para SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 220, “parece preferível não formular quaisquer presunções de má fé. Estas, que originariamente só existiam na falência, e agora foram estabelecidas também para a insolvência civil, destinam-se a facilitar a impugnação dos actos lesivos dos interesses da massa, por se entender que a rapidez necessária na liquidação do patrimônio do devedor é incompatível com a lentidão resultante da aplicação das regras gerais sobre a prova”.

⁴¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. A Fraude contra Credores e o Novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 16, São Paulo: Gráfica Palas Athena, Julho/2004, p.64, expõe que “Com a entrada em vigor do novo Código Civil ocorreu alteração significativa no que diz respeito à fraude perpetrada com a transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, ou seja, aquela prevista no atual art. 158 (antes art. 106, do CC/1916).

⁴² Ou, nos termos do art. 159 do Código Civil, “quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante”.

⁴³ Ou como ensina SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 223, “A ação pauliana, segundo o ensinamento tradicional, aplica-se aos actos com os quais o devedor empobrece o seu patrimônio, e não àqueles com que apenas se abstém de o enriquecer”.

mormente os direitos reais, a remissão de dívidas, o pagamento ou a garantia de dívidas não vencidas, as doações, a renúncia à herança e outros, que serão expostos a seguir.

3.1.1. Alienação de bens e doações

Representam a doação e a alienação os modos mais comuns utilizados pelos devedores para furtar-se às suas obrigações e tolher a garantia dos credores, com a dilapidação de seu patrimônio. No Brasil, a princípio, todas as doações serão impugnáveis quando realizadas de forma a fraudar os credores do alienante.⁴⁴ Tal assertiva inclui os atos gratuitos cujo resultado não seja a insolvência absoluta, mas acarrete lesão à garantia patrimonial.⁴⁵

Já no âmbito dos atos onerosos,⁴⁶ mesmo que não haja prejuízo aparente, como nos casos em que a venda do bem é realizada por justo preço, poderá o ato ser impugnado. Isto porque, cabe verificar as consequências dessa alienação para a substância patrimonial, em relação aos bens restantes, uma vez que em termos de conservação de garantia, é melhor um imóvel do que a soma correspondente em dinheiro.

Disso decorre que, em se tratando de conservação da garantia, a substância patrimonial poderá ser afetada, pela alienação do imóvel, ainda que por justo preço, se o patrimônio do devedor, após o ato, só for constituído exclusivamente de bens móveis, os quais, pela sua própria natureza, são mais facilmente sonegáveis.⁴⁷

Razões idênticas às mencionadas para a venda de imóvel por justo preço valem para justificar a revogabilidade de doação com reserva de usufruto, pois o prejuízo do credor reside na subtração de bem imóvel por outros, fáceis de consumir, ou pode

⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro reconheceu a fraude na doação de imóvel de mãe para filho, não obstante, considerou o mesmo impenhorável, por constituir a residência da família: “Bem de família. Doação aos filhos. Ação pauliana que reconhece a doação, afastando, apenas, a consequência com relação à constrição. Imóvel em que reside a doadora e seus filhos. Art. 1º da Lei nº 8.009/90. 1. Se houve a doação aos filhos, permanecendo a doadora residindo no local com eles, e, ainda, se a ação pauliana reconheceu a doação aos filhos, apenas afastando a consequência com relação ao credor para efeito da constrição, o art. 1º da Lei nº 8.009/90, diante da peculiaridade, destinado a resguardar a residência da entidade familiar, fica violado com a decisão que mantém a penhora do bem em questão. 2. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp 329380/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.08.2002, p. 00330).

⁴⁵ Para maior aprofundamento, vide MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 227.

⁴⁶ Registre-se, ainda, que no Brasil a doação também pode ser enquadrada com um ato de alienar, uma vez que a alienação não é sinônimo necessário de um negócio oneroso.

⁴⁷ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 58.

decorrer, até mesmo, da insolvência, ante a demonstração da incapacidade dos frutos garantirem o adimplemento das obrigações.⁴⁸

Considerando que, na grande maioria desses casos, o doador-usufrutuário permanece na posse do imóvel doado, o prejuízo dos credores é evidente e inconteste, pois sequer podem efetuar constrição nesse direito de uso do usufrutuário, sem qualquer expressão econômica, servindo o negócio menos para beneficiar o donatário do que para impedir a satisfação do crédito sobre o bem alienado.⁴⁹

Por fim, na hipótese de alienação deverão ser observados os direitos inerentes ao terceiro adquirente de boa-fé, única exceção ao sucesso da impugnação pauliana, quando provado o dolo ou a negligência consciente do prejuízo sofrido pelo credor.⁵⁰

3.1.2. Negócios nulos

No ordenamento jurídico português, os negócios nulos poderão ser objeto da impugnação pauliana, dado que na maioria das vezes é difícil a prova da nulidade do ato, revestindo-se o mesmo de um aparente caráter de legalidade.⁵¹ Em face disso, caberá ao credor optar pela forma mais diligente para o sucesso da restituição de sua garantia.⁵²

⁴⁸ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 61.

⁴⁹ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 62.

⁵⁰ Como visto quando da exposição do elemento subjetivo da má-fé, a negligência inconsciente não dá margem à impugnação pauliana.

⁵¹ Sobre o assunto já teve oportunidade de se pronunciar o Supremo Tribunal de Justiça Português: “I - São susceptíveis de impugnação pauliana todos os actos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal. Não obsta a impugnação a nulidade do acto realizado pelo devedor. II - Realizado pelo devedor um acto nulo, e lícito aos credores escolher entre dois meios conservatórios: a declaração de nulidade ou a impugnação pauliana. Julgada procedente a impugnação, o credor tem direito a restituição dos bens na medida do seu interesse. Os efeitos da impugnação aproveitam apenas ao credor que a tenha requerido. III - O interveniente principal e um "novo" litigante que, como parte principal, vem associar-se ao autor ou ao réu, o que significa que esse incidente da origem a um "litisconsórcio sucessivo". (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de julho de 1987, Fernandes Fugas). Disponível: <www.dgsi.pt>. Acesso: 6.2004.

⁵² SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 230 expõe que “pode realmente acontecer que a prova da simulação não seja possível ou seja difícil, ou que o mesmo suceda com a prova de qualquer outra causa de nulidade do acto. É, por isso, conveniente admitir que os credores poderão exercer a acção pauliana contra tais actos, não sendo, aliás, razoável que fossem menos defendidos em relação a actos nulos do que em relação a actos válidos.” Entretanto, em tais casos a “natureza da acção pauliana não se modifica e, portanto, se ela não dever ser como tal uma acção de nulidade, também aqui não o será. Simplesmente, os credores poderão, em casos destes, escolher entre dois meios: a acção de nulidade e a acção pauliana, cada uma com os seus requisitos e efeitos próprios”. LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*, cit., p. 296, entende que, com relação aos negócios simulados (atos nulos), a lei admite expressamente a impugnação pauliana em relação a esses atos. Acrescenta que, em face das dificuldades das provas, a ação anulatória se revelaria menos benéfica para o credor, que estaria sujeito aos riscos de sua improcedência. Perfilhando o mesmo entendimento, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 720, expõe que pode ser

No direito brasileiro, tal discussão é irrelevante, tendo em vista que o objetivo da ação pauliana é a anulabilidade do ato.

3.1.3. Constituição de obrigações e garantias

A constituição de novas obrigações representa uma diminuição patrimonial, em razão de, pelo aumento do passivo, se reduzirem as possibilidades de cada um dos credores receber o correspondente valor devido.⁵³

Assim, como no caso das novas obrigações assumidas pelo devedor, a constituição de garantia real, quando de sua outorga, não atinge, de forma direta e imediata, o patrimônio do devedor, mas, como negócio de cunho obrigacional, afeta, consideravelmente, a substância patrimonial do devedor, já que os bens gravados destinam-se à solução dos respectivos créditos, acarretando, por conseguinte, restrição nas chances de efetivação dos direitos dos credores quirografários.⁵⁴

Na análise da natureza do ato de concessão da garantia real é preciso considerar o momento em que ela foi concedida, pois, se for contemporânea ao ato, a natureza da obrigação principal atinge a da garantia, como acessório. Sendo, no entanto, concedida a *posteriori*, seu caráter oneroso ou gratuito dependerá do exame das circunstâncias que tenham determinado o estabelecimento da prestação, bem como das eventuais vantagens advindas para o devedor com a constituição da garantia. Assim, se

aplicada para atos nulos em decorrência que, em muitos casos, é difícil a prova na nulidade do ato, a exemplo da simulação, podendo os credores escolherem entre os dois meios conservatórios: nulidade ou impugnação pauliana. Também VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 45 quando discorre que “Verifica-se, assim, que a lei não quis sujeitar o credor, que pretende reagir contra o acto prejudicial à garantia patrimonial, ao ônus de requerer antes à declaração de nulidade do acto, sempre que este seja realmente nulo (v. gr., por simulação dos contraentes). Terá pesado ainda na solução a circunstância de a pauliana envolver para o terceiro participante no acto um tratamento mais severo do que resultante da nulidade (bem como da anulação) do acto.”

⁵³ LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*, cit., p. 297, expressa que, no tocante ao cumprimento das obrigações vencidas, se o devedor não se encontrar na iminência de uma falência, poderá livremente gerir o seu patrimônio, utilizando esta faculdade para priorizar algum credor, cujo inadimplemento poderia ocasionar-lhe maiores prejuízos (e indiretamente para os demais credores), o que excluiria a aplicação da ação pauliana. E que, no entanto, tal exclusão não é extensível ao cumprimento das obrigações ainda não exigíveis, nem ao cumprimento das obrigações naturais. No primeiro caso, beneficiaria o titular do crédito em relação aos demais credores e, no segundo, porque a obrigação natural corresponde a um dever de justiça, que não poderá ser satisfeito à custa da garantia patrimonial dos credores.

⁵⁴ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 66. O art. 163 do Código Civil Brasileiro estabelece que “Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”.

decorrente da necessidade de evitar execução, ou sequestro, a garantia será onerosa, em razão do benefício obtido pelo devedor evitando a constrição.⁵⁵

Relativamente à constituição de garantia, cremos que posiciona o credor favorecido numa situação mais vantajosa em detrimento dos demais. Com efeito, embora não atinja, no momento de sua constituição, o patrimônio do devedor comum, afeta, indubitavelmente, a garantia que o seu patrimônio representa para todos os credores, porque a coisa dada em garantia de certo modo sai parcialmente do seu patrimônio, para assegurar a liquidação do crédito constituído por uma garantia real.⁵⁶

Os demais credores certamente receberão menos, para que o beneficiário da garantia receba mais. É tal desigualdade que não pode ser admitida e, por essa razão, presumindo fraudulento o procedimento do devedor, concede a impugnação pauliana aos credores prejudicados.⁵⁷

⁵⁵ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 67; e MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 225.

⁵⁶ Também sobre o assunto já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça Português: “I - Em regra todo e só o patrimônio do devedor está sujeito à execução, mas além de outras excepções, são também abrangidos os bens que passaram ao patrimônio de terceiro e de que o credor tenha obtido a declaração de ineficácia mediante a impugnação pauliana - artigo 610 do CCIV., que é o caso dos autos, pelo que o credor tem direito à restituição dos bens doados na medida do seu interesse, podendo executá-los no patrimônio do obrigado a restituí-los - artigo 616, n. 1 do Código citado. II - Mas desde que a doação feita pelos dois primeiros Réus - marido e mulher - esta não devedora, o credor só pode obter a restituição da metade dos bens doados, por casado em comunhão geral de bens, pois quanto à Ré doadora a doação é eficaz. III - A impugnação pauliana tanto pode incidir sobre bens, como direitos alienados e até nas renúncias e garantias, pois trata-se de obstar a qualquer manifestação de vontade que conduzam ao empobrecimento do patrimônio do devedor. IV - Dada a dificuldade que o credor teria de demonstrar o nível de riqueza do devedor, a este incumbe a prova de que possui bens penhoráveis de igual ou maior valor que os créditos - artigo 611, do CCIV.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 1994, Ramiro Vidigal). “I - A constituição de garantia real pode ser impugnada através da acção pauliana na medida em que diminua o acervo de bens que constitui a garantia dos credores comuns. II - Nada obsta, pois, que através da impugnação pauliana se destrua uma hipoteca constituída sobre certos bens. III - Requisitos da impugnação pauliana são, -a) anterioridade do crédito do autor em relação ao acto impugnado; -b) resultar do acto a impossibilidade para o credor de obter a satisfação integral do seu crédito; -c) existência de dolo sendo o crédito posterior.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de novembro de 1994, Martins da Fonseca). Disponível: <www.dgsi.pt>. Acesso: 6.2004.

⁵⁷ VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 454, leciona que “Embora a constituição da garantia, a favor do crédito existente, não aumente o passivo do devedor garante, certo é que o acto diminui a garantia patrimonial dos outros devedores. E é a diminuição da garantia patrimonial, nos termos hábeis em que a expressão deve ser tomada, que conta como critério decisivo para a concessão pauliana. A reacção do credor lesado contra o acto de constituição da garantia depende, quanto aos seus requisitos, do carácter gratuito ou oneroso da operação. Se o credor garantido houver custeado a garantia conquistada, o acto é oneroso e, por isso, a pauliana só procede contra ele, se tiver havido má fé, simultaneamente por parte do devedor e do credor garantido. Se, pelo contrário, o credor tiver recebido a vantagem patrimonial proporcionada pela garantia, sem qualquer contraprestação, o acto foi gratuito, e conseqüentemente, a pauliana procede contra a operação, independentemente da boa ou má fé dos operadores.” LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, cit., p. 626, expõem que “esta exigência deve ser interpretada em harmonia com o disposto na aliena b). É necessário que resulte do acto a impossibilidade para o credor de obter a satisfação integral do seu crédito, ou o agravamento dessa impossibilidade. É a situação que no Código de 1867 se traduzia por insolvência do devedor, expressão que se aboliu, por se ter entendido que a

Entretanto, unicamente a garantia real (penhor, hipoteca ou anticrese) é impugnável, não a sendo a garantia fidejussória, pois esta não prejudica os credores em concurso.

3.1.4. Pagamento de dívidas

Relativamente ao pagamento de débitos vencidos do devedor comum, temos que o ato não pode ser impugnado, ou seja, o pagamento em dinheiro para solver a obrigação exigível e vencida, subsiste válido e eficaz, não podendo ser questionado com a ação pauliana pelos demais credores com igual direito ao recebimento de prestações vencidas, ainda que o devedor e o credor satisfeito tenham conhecimento preciso da insolvência daquele, produzida ou aumentada pela arbitrária escolha feita pelo devedor comum em favor de um dos credores.

Isto se dá em razão do pagamento normal da obrigação vencida e exigível ser consequência regular do direito do credor que a recebe, não podendo ser atacado pelos demais credores frustrados em razão da insolvência resultante do devedor, regra que sofre exceção apenas em matéria de obrigação do comerciante, em que sobreleva o princípio da *par conditio creditorum*.⁵⁸

Desta forma, a eventual ocorrência de *consilium fraudis*, com a eleição de um dos credores detentores de créditos vencidos, fica ilidida pela presunção jurídica da necessidade do ato do pagamento, embora ele tenha por consequência a diminuição da potencialidade econômica do devedor, capaz de pôr em risco o recebimento dos demais credores. Acrescente-se a isso a inexistência, no âmbito das obrigações civis, de tutela da *par conditio creditorum* e, por isso, não pode ser considerado ilegal aquilo que a lei não proíbe expressamente.⁵⁹

simples impossibilidade (prática) de obter a satisfação do crédito – troca, por exemplo, de um prédio por dinheiro – deve justificar o exercício da impugnação”.

⁵⁸ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 287. Neste sentido se pronunciou ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 721, expondo que não poderá ser atacada via ação pauliana o cumprimento da obrigação já vencida realizada pelo devedor e que, quanto a igualdade entre os credores, expõe que o cumprimento pode ser realizado sem intuito fraudatário dos restantes dos credores, à exceção se houver pedido de falência. Da mesma forma VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 452, expõe que o pagamento de dívidas exigíveis, ainda que “(...) efectuado com as consciências, por parte do devedor, de que beneficia o accipiens em relação aos demais credores, não está sujeito à impugnação pauliana. O credor recebe aquilo (a prestação) a que tinha direito, nenhuma conduta reprovável lhe podendo se assacada por esse simples factio (*nullam videtur fraudem facere qui suum recipit*)”.

⁵⁹ Cf. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*, cit., p. 79.

No tocante ao pagamento de dívidas ainda não exigíveis, o entendimento deverá ser diferente, tendo em vista que o pagamento realizado nessas condições pelo devedor com créditos já vencidos findará por ser feito à custa dos demais devedores.⁶⁰

A presunção da fraude decorre da irrefragável constatação de intenção de prejudicar os demais credores vencidos, ou, no mínimo, ciência inequívoca dos danos que o pagamento antecipado a eles causa.

Resulta do que procede que o pagamento não seria sempre impugnável nos mesmos termos. Enquanto o pagamento de dívidas não vencidas é impugnável sem mais nada, o pagamento de dívidas vencidas não o seria em princípio, só o sendo nos casos excepcionais que se indicarem (quando houver notório concerto fraudulento).

3.1.5. Dação em pagamento e novação

Entre os modos indiretos de extinção das obrigações, verifica-se a dação em pagamento e a novação, que entendemos serem impugnáveis através da pauliana.⁶¹

Estas modalidades de extinção substituem a obrigação devida por uma outra, sendo, assim, uma extinção de natureza especial, podendo ser objeto da pauliana, na medida em que a modificação acarretada ao objeto do pagamento prejudica os credores.

Tratando-se de extinção da obrigação com substituição do objeto da prestação, representa o mesmo um ato discricionário, o que é suficiente para fazê-lo impugnável, não obstante tratar-se de satisfação de um débito, desde que fique provada a má-fé, haja vista que se presume um indício de fraude.

⁶⁰ Relativamente às dívidas não vencidas, entende SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 241 expõe “que o pagamento que o credor não podia exigir ou que não podia exigir na data em que foi feito é impugnável com a acção pauliana; mas o que não é o pagamento conforme ao direito do credor, excepto se é realizado para prejudicar os outros credores”. VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 453, discorre que “o pagamento feito ao credor nessas condições pelo devedor impossibilitado de satisfazer integralmente os créditos já vencidos envolveria a realização de um benefício feito praticamente à custa dos demais credores”. A esse respeito, o art. 162 do Código Civil Brasileiro assim dispõe: “O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu”.

⁶¹ Corroborando este entendimento, LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*, cit., p. 301, entende que na dação em cumprimento, dação pro solvendo ou novação, os credores poderão recorrer a pauliana. Para VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 453 “todos esses actos, à semelhança do que ocorre com o cumprimento da obrigação natural, ficam expostos à reacção pauliana”. SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 242, coloca que “o motivo, por que se exclui a acção pauliana contra o pagamento de dívida vencida, é não existir aí fraude alguma; mas o mesmo não pode já dizer-se da dação em pagamento, pois o pagamento com coisas diferentes da devida pode revelar a fraude”.

A dação em pagamento traz ínsita a ideia de favorecimento de um credor em detrimento dos demais, o que não pode ser admitido a pretexto de sua equiparação à forma de extinção convencionada, sujeitando-se assim, à impugnação pauliana, quando presentes os requisitos exigidos por lei.⁶²

3.1.6. Partilha ou divisão

Quando a partilha ou divisão de bens do devedor for realizada de forma a preterir o direito do credor, este poderá impugná-la através da pauliana, como nos casos em que tenha havido conluio entre os cotitulares, atribuindo-se a um deles, com o propósito de prejudicar os seus credores, quinhão inferior a que corresponderia a sua quota ideal, compensando-se a diferença com remissões sigilosas de valores ou dinheiro; ou atribuindo-se ao condômino insolvente bens impenhoráveis, ou compondo o seu quinhão com bens de difícil apreensão ou que poderiam ser facilmente desviados ou subtraídos da execução.⁶³

Depreende-se também que a partilha ou divisão poderá ser impugnada a judicial ou extrajudicial, tendo em vista que poderá ocorrer fraude em qualquer uma delas.

Embora exista certa dificuldade no enquadramento da partilha ou divisão, se restaria qualificada como ato a título gratuito ou oneroso, a doutrina dominante entende como sendo um ato a título oneroso.

Sendo assim, para a admissibilidade da pauliana, mister se faz que todos os cotitulares tenham incorrido em fraude, pois, se considerarmos de forma parcial, isso afrontaria a unidade do negócio divisório.⁶⁴

⁶² Veja-se o recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de fevereiro de 2015, Gabriel Catarino, proc. n. 1235/10.3TBTMR.C1.S1, segundo o qual “A dação em cumprimento, na medida em que se traduz numa contrapartida para satisfação, pagamento ou solvência de um direito de crédito, consubstancia um acto oneroso”. Disponível: <www.dgsi.pt>; *idem*, acórdão de 10 de novembro de 1998, Silva Paixão, proc. n. 98A1006, *loc. cit.*

⁶³ Para SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 242 e ss., cabe a impugnação quando “o devedor procede, com outros condividentes, à partilha e nesta, por exemplo, é-lhe atribuída uma parte inferior àquela a que tinha direito ou composta por bens não apreensíveis pelos credores”. Entretanto, “aplicados à partilha os princípios gerais da acção pauliana, esta só pode admitir-se no caso de má fé. A partilha é um acto oneroso, porque cada um dos condividentes cede o direito indiviso que tem sobre os bens em geral em troca do direito exclusivo sobre aqueles que lhe são assinados, ou, se há apenas uma coisa, cede o direito indiviso que tem sobre essa coisa, em troca do direito exclusivo sobre a parte que lhe for assinada”. Acrescenta que “dir-se-ia que as partilhas podem ser objecto da acção pauliana, sendo tratadas como acto oneroso, e, que, havendo má fé apenas de alguns dos condividentes, só contra estes pode a mesma acção ser intentada”.

⁶⁴ Vide art. 612, 1, CC. Cf. MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*, cit., p. 222. A esse respeito os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “I- Para se poder considerar preenchido o requisito de má fé do artigo 612 do Cód. Civil é essencial que o devedor e o terceiro tenham a consciência do prejuízo

Também temos que a renúncia a direitos realizada em ação de divórcio é enquadrável como fraude a credores, acaso reste comprovada a insolvência do ex-marido ou da esposa.⁶⁵

3.1.7. Omissões

O fato de o devedor não praticar determinados atos pode provocar uma diminuição do seu patrimônio ou obstar o seu acréscimo. Em algumas situações, a sua inatividade o impede de obter o aumento patrimonial que resultaria da sua atuação, outras vezes permite a saída de elementos ativos do seu patrimônio.

Para conseguir aquele aumento ou evitar essa diminuição do patrimônio é, em princípio, conferida aos credores a ação sub-rogatória. Verificados os pressupostos desta, a lei permite que os credores pratiquem os atos que, se realizados pelo devedor, conduziram à verificação de qualquer desses efeitos.

Quando a inércia do devedor conduz apenas a um não acréscimo patrimonial, não pode ser atingida através da ação pauliana, ainda que o devedor tenha perdido o direito de cujo exercício resultaria tal acréscimo.

Se, de outra forma, a passividade do devedor dá origem a uma diminuição do seu patrimônio, pode questionar-se se aos credores abre o recurso à impugnação pauliana, onde entendemos que sim.⁶⁶

3.1.8. Renúncias

que o acto causa ao credor, bastando, no entanto, a mera representação da possibilidade da produção do resultado danoso em consequência da conduta do agente. II- O acto da partilha, havendo tornas, não se pode considerar acto gratuito, já que as tornas são uma verdadeira contraprestação em dinheiro da parte dos bens a que, podendo ser exigida por um dos sucessores, este renuncia a favor de outro.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de março de 2001, Silva Salazar). “I - A partilha dos bens do casal constitui um negócio oneroso, pelo que a procedência da impugnação pauliana depende da prova da má fé. II - Está suficientemente desenhada a má fé definida no n. 2 do artigo 612 do CCIV, se ficou provado que: - os Réus, ao outorgarem a escritura da partilha não ignoravam que o valor real dos imóveis atribuídos à mulher era superior a valor da quota social que coube ao marido; - com a partilha pretenderam retirar do património do marido a parte mais valiosa dos bens do casal, não ignorando nenhum deles que dessa partilha decorria um agravamento de impossibilidade de o Autor obter a satisfação integral do seu crédito.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de janeiro de 1999, Afonso de Melo). Disponível: <www.dgsi.pt>. Acesso: 6.2004.

⁶⁵ Cf. CAHALI, Youssef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 310 e ss.

⁶⁶ Cf. FERREIRA, Maria Paz. *Impugnação Pauliana – Aspectos Gerais do Regime*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. Lisboa, 1987; e GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, cit., p. 781.

A renúncia, como todo o ato a título gratuito, implica lesão ao patrimônio do devedor e, em princípio, pode ser atacado pela impugnação pauliana.

Diz em princípio, porque somente aquelas que se concretizam através de um comportamento ativo do devedor é que deverão ser consideradas, e não aquelas que se apresentam implícitas na omissão de um determinado comportamento, onde o credor poderá socorrer-se da ação sub-rogatória, sendo apropriada a pauliana apenas quando a renúncia é representada por um comportamento ativo do devedor.

Ou seja, poderão ser impugnados os atos de renúncia representados por um comportamento ativo do devedor, quando revestidos do necessário caráter de disposição, como a renúncia a uma garantia real, um usufruto, etc.

Com relação à herança, faz-se necessário tecer alguns comentários, haja vista que a renúncia pode dar-se a prejuízo dos credores do renunciante, os quais, como consequência da falta de adição da herança pelo devedor, verão reduzida a solvabilidade deste para o adimplemento das obrigações; por isso que tais credores são autorizados judicialmente a aceitar a herança em nome e no lugar do herdeiro-devedor renunciante.⁶⁷

Isto porque, o herdeiro que renuncia se despoja de um direito já adquirido; com a abertura da sucessão, o herdeiro torna-se, de pleno direito e independentemente de qualquer aceitação, proprietário, desde logo, dos bens deixados pelo *de cuius*; quando renuncia (condição legal resolutória do direito à herança), o herdeiro perde assim, ainda que retroativamente, os bens que haviam entrado em seu patrimônio, e portanto se empobrece.⁶⁸

No direito português a matéria é disciplinada como sendo caso de sub-rogação, onde os credores atuam em nome do devedor, contra terceiros.⁶⁹

⁶⁷ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 274. O Código Civil Português, em seu art. 2.067, assim regula a matéria: “Sub-rogação dos credores. Art. 2.067. 1 – Os credores do repudiante podem aceitar a herança em nome dele, nos termos dos artigos 606 e seguintes. 2 – A aceitação deve efectuar-se no prazo de seis meses, a contar do conhecimento do repúdio. 3 – Pagos os credores do repudiante, o remanescente da herança não aproveita a este, mas aos herdeiros imediatos”. Já o Código Civil Brasileiro, dispôs da seguinte forma o assunto: “Art. 1.813. Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. § 1º A habilitação dos credores se fará no prazo de trinta dias seguintes ao conhecimento do fato. § 2º Pagas as dívidas do renunciante, prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros”.

⁶⁸ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 276.

⁶⁹ SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 256, esclarece que “(...) é verdade que há quem sustente que a herança se não adquire com a morte do de cuius, ficando a aquisição sucessória em suspenso até a aceitação. Todavia, ainda assim, a acção pauliana poderia explicar-se pelo facto de, com o repúdio, perder o devedor a faculdade de aceitar a herança. Parece, portanto, que deveria assentar-se em que a acção pauliana é inaplicável quando o devedor se limita a impedir que entrem no seu patrimônio quaisquer direitos, mas é aplicável quando renuncia a direitos já adquiridos”.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, que não conhece da sub-rogatória para tal hipótese, ficamos diante de um instituto jurídico específico, autônomo e peculiar, porque igualmente não pode ser considerado como modalidade de ação pauliana, porque os efeitos da aceitação da herança pelo credor do herdeiro não coincidem com aqueles específicos da pauliana. Declarada nesta a fraude contra credores, os bens alienados recompõem o patrimônio do devedor, restaurando a situação econômica depauperada do fraudador para que sejam executados no adimplemento compulsório da dívida; enquanto aqui os credores não precisam pleitear a revogação da renúncia através da ação pauliana.⁷⁰

Para a aplicação da lei substantiva brasileira, não é necessário que o herdeiro tenha renunciado de má-fé, basta que esta cause prejuízo aos seus credores.

Quanto a renúncia à prescrição, desde que importe num desfalque patrimonial, em relação ao devedor; e com a exceção, poderia repelir um crédito contra ele, recusando-se o mesmo ao exercício da faculdade de excepcionar a prescrição, sua conduta só se legitima se não prejudicar a seus credores, diminuindo-lhes a garantia de recebimento do que lhes é devido.⁷¹

No ordenamento jurídico português, desde que a prescrição não opera de pleno direito, mas só se for alegada pelo interessado, parece que a renúncia à prescrição, antes de ser invocada, não significa renúncia a um direito entrado no patrimônio do devedor e, portanto não poderia ser objeto da ação pauliana. Mas há renúncia ao direito de a invocar e daqui resulta uma perda patrimonial.⁷²

Assim, se os credores se limitam a suprir a negligência do devedor, será o caso da ação sub-rogatória: se há já renúncia, têm que lançar mão da ação pauliana e provar os requisitos desta.⁷³

A renúncia da prescrição no direito brasileiro só poderá ser realizada se não houver prejuízo a terceiro⁷⁴ e é regulada ainda que a interrupção da prescrição vier a ser promovida por terceiro que tenha legítimo interesse.⁷⁵

⁷⁰ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 278.

⁷¹ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 285.

⁷² Cf. SERRA, Vaz. *Responsabilidade Patrimonial*. *BMJ*, cit., p. 257.

⁷³ Cf. SERRA, Vaz. *Responsabilidade Patrimonial*. *BMJ*, cit., p. 257.

⁷⁴ Vide Art. 191 do Código Civil Brasileiro. DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Anotado*. Coordenação Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 188, anota que "(...) como se vê, não se permite a renúncia prévia ou antecipada à prescrição, a fim de não destruir sua eficácia prática, caso contrário, todos os credores poderiam impô-la aos devedores; portanto, somente o titular poderá renunciar à prescrição após a consumação do lapso previsto em lei".

⁷⁵ Art. 203 do Código Civil Brasileiro: "A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado".

3.1.9. Obrigações naturais

Em se tratando de obrigação natural em sentido próprio, entendida em geral as que consistem no cumprimento de um dever moral, é fácil reconhecer-se a impugnabilidade do ato pelo caráter de liberalidade que nele se insere, no pressuposto de que as obrigações naturais, por definição, não conferem direito de exigir o seu cumprimento, eis que desprovidas de ação, devendo ter o mesmo tratamento que o pagamento de uma dívida civil não vencida.

Na verdade, é irrelevante a existência da má-fé do devedor ou credor, uma vez que a realização de uma obrigação natural aproxima-se mais de uma liberalidade do que um pagamento.⁷⁶

3.2. Atos que não podem ser objeto da ação pauliana

Como visto, sendo fundada a impugnação pauliana numa voluntária e efetiva redução do patrimônio do devedor, correspondente à garantia de seus credores comuns, não pode ser exercida em relação aos direitos que ainda não fazem parte deste patrimônio, ou cuja inclusão dependa única e exclusivamente da vontade do devedor.⁷⁷

Sendo assim, alguns atos não são passíveis da impugnação pauliana na legislação portuguesa e brasileira, como os atos de natureza estritamente pessoal do devedor, os negócios jurídicos que dizem respeito a bens impenhoráveis, o recebimento de doações, entre outros, que serão objeto de análise a seguir.

3.2.1. Atos de natureza estritamente pessoal do devedor

⁷⁶ Cf. SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 232. Corroborando tal entendimento, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 726, escreve que a obrigação natural não é impugnável porque “o cumprimento das obrigações naturais obedece a um simples dever de justiça, ao passo que o das obrigações civis a um autêntico dever jurídico”. Já LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, cit., p. 632, escrevem que “A solução consagrada para a obrigação natural explica-se pela natureza especial do dever que está na sua base e que faz do cumprimento dela um acto não inteiramente equiparável ao cumprimento da obrigação jurídica”. E que, “Tal como não deve, nesse caso, fazer liberalidades praticamente à custa dos seus credores (*nemo liberalis nisi liberatur*), também o devedor em tal situação não deve dar-se ao luxo de satisfazer créditos não coercivos, enquanto não tiver liquidado previamente todas as obrigações coercitivamente exigíveis”. VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 543.

⁷⁷ Ou como expõe GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, cit., p. 785, “os credores podem impedir que o devedor se empobreça em seu detrimento; mas, não podem obrigá-lo a enriquecer, para proveito deles”.

Não pode ser objeto da ação pauliana os atos de natureza pessoal, vinculados às relações de família, ainda que, de maneira indireta ou por via de consequência, deles resultem efeitos de natureza patrimonial.⁷⁸

O exemplo comum citado pela doutrina refere-se à adoção de um filho pelo devedor, pois este se obriga a criar e educar o adotado, o que importa em assunção de encargo patrimonial, mas ainda assim o ato não pode ser impugnado pelos credores.

3.2.2. Bens impenhoráveis

Os bens impenhoráveis não podem ser objeto de impugnação simplesmente pelo fato de que tais bens não podem ser objeto de penhora.⁷⁹ Ou seja, os bens impenhoráveis são inexpugnáveis em face da evidente falta de interesse do credor.

3.2.3. Recebimento de doações

A recusa ao recebimento de doações não entra na classe dos atos lesivos aos credores porque não importa em diminuição do patrimônio do devedor; enquanto não é aceita, a doação não é título translativo da propriedade e, antes da tradição ou da transcrição, o bem doado não se considera adquirido, não entrou para o patrimônio do donatário. Ademais, a recusa pode fundar-se em razões nobres e constituiria uma violência forçar alguém a receber uma liberalidade, que lhe repugna aceitar.

Aceita-se, assim, que não tendo o bem doado integrado desde logo o patrimônio do devedor, por insuficiente o simples contrato para a transferência da propriedade, apresenta-se ele como senhor absoluto, para recusar a doação.⁸⁰

4. Efeitos

⁷⁸ LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*, cit., p. 295, entende que não estão sujeitos a impugnação pauliana os atos do devedor que tenham natureza pessoal, mesmo que resulte diminuição do patrimônio, e LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, cit., p. 627, relacionam como inexpugnáveis a perfilhação, adoção ou casamento.

⁷⁹ A esse respeito, SERRA, Vaz. *Responsabilidade Patrimonial*. *BMJ*, cit., p. 262, expõe que “se a coisa impenhorável produz outras que são penhoráveis, já os credores podem ser prejudicados com os actos relativos a estas outras ou até com os relativos à coisa impenhorável, na medida em que os privam dos elementos que produz”.

⁸⁰ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 254.

O art. 616º do Código Civil Português discriminou os efeitos decorrentes da impugnação pauliana, estabelecendo que o credor tem direito à restituição na medida do seu interesse, podendo executá-lo no patrimônio do obrigado à restituição e praticar todos os atos de conservação da garantia.

Estatui ainda que a impugnação tem natureza individual e beneficia o credor que dela faz uso, à exceção da provocada pelo administrador da insolvência, bem como que a restituição dos bens é na medida do interesse do credor, que poderá praticar atos de conservação permitidos em lei e que, se o adquirente estiver de boa fé, responde só na medida do seu enriquecimento, se de má fé, será responsável pelo valor dos bens que tenha alienado.

No ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos da pauliana constam especificados no art. 165 do Código Civil, ao dispor que *anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores*.

Em vistas das previsões legais, passemos a analisar os efeitos relativamente ao credor, ao devedor e ao terceiro adquirente, que não se encontram pacificados perante a doutrina e jurisprudência.

4.1. Em relação ao credor (do devedor e do terceiro adquirente)

No ordenamento jurídico português, relativamente ao credor, temos que o principal efeito é o de que a impugnação só aproveita àquele que a interpuser, conforme se denota da leitura do art. 616º, n. 4, do Código Civil.

Sendo assim, unicamente no caso de declaração de insolvência se admite uma impugnação coletiva, promovida pelo administrador da insolvência, cujos efeitos são extensivos a todos os credores da massa insolvente.

Também como consequência, temos que não há qualquer retorno dos bens ao patrimônio do devedor, tendo o credor direito à restituição dos bens na medida do seu interesse, podendo executá-los diretamente no patrimônio do terceiro adquirente e praticar os atos de conservação permitidos por lei.⁸¹

⁸¹ Ressalvada a hipótese de ato fraudulento predeterminado pelo dolo específico, permite-se afirmar o princípio de que, sendo a anterioridade do crédito elemento constitutivo da pretensão pauliana, a respectiva prova do crédito (ou montante das dívidas) caberá ao credor, enquanto a prova da não insolvabilidade caberá ao devedor ou terceiro, num visível afastamento às regras gerais em matéria de provas (art. 342). É pacífico este entendimento em decorrência do que estatui o art. 611º do Código Civil Português.

Ou seja, a procedência da impugnação pauliana não implica, por conseguinte, a extinção do direito real adquirido pelo terceiro, nem tão pouco a sua modificação.

Entretanto, o direito do credor tem conteúdo distinto, esteja o terceiro adquirente de boa ou má-fé, vez que se *estiver de boa fé responde só na medida do seu enriquecimento* (art. 616º, n. 3) e, se estiver de má fé, é responsável *pelo valor dos bens que tenha alienado, bem como dos que tenham perecido ou se hajam deteriorado por caso fortuito, salvo de provar que a perda ou deterioração se teriam igualmente verificado no caso de os bens encontrarem no poder do devedor* (616º, n. 2).⁸²

Relativamente aos efeitos decorrentes para o credor do terceiro adquirente, no tocante a um eventual concurso de credores do devedor, temos que a matéria não se encontra pacificada. Tal se dá pela omissão da lei no tocante ao problema de eventual concurso do direito do credor impugnante e dos credores do adquirente, como pela diversa interpretação adotada para o inciso n. 1, do art. 616º, do Código Civil Português.

Tal se dá em razão da lei prevê apenas o caso de o terceiro haver constituído direitos reais sobre a coisa adquirida, como uma hipoteca ou um usufruto, onde determina que se aplique, com a necessária adaptação, o disposto para as transmissões posteriores (artigo 613º, n. 2, do Código Civil Português), nada falando sobre o crédito quirografário ou comum.

Conforme visto acima, o mencionado artigo define que a restituição caberá ao credor que houver interposto a impugnação pauliana na medida do seu interesse, podendo, em sendo procedente a mencionada ação, executar bens no patrimônio do terceiro adquirente.

Em face disso, entende parte da doutrina que o fato de constar expressamente à palavra restituição no art. 616º estabelece um natural afastamento da concorrência entre os credores do devedor e do terceiro adquirente do bem impugnado.

⁸² Ao tecerem comentários sobre os mencionados incisos, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, cit., p. 634, lecionam que “o n. 3 refere-se ao adquirente a título gratuito, porque tratando-se de um adquirente a título oneroso, de boa fé, não é possível a impugnação (cfr. art. 612). A medida do enriquecimento é, em regra, a do locupletamento à data da citação judicial para a acção (cfr. arts. 479 e segs.). Se a coisa for vendida e dissipado o preço antes da citação, não há lugar à restituição. E o mesmo se diga quando a coisa perecer e, em certa medida, quando ela se deteriorar”; e o “o n. 4 confirma o carácter pessoal da impugnação: esta não beneficia senão o credor que a exerceu (cfr., em sentido contrário, os arts. 605, n. 2, e 609 do Cód. De Proc. Civil, no caso de impugnação em processo de falência”.

Entretanto, tal raciocínio é equivocado, pois, quando o legislador se referiu que a impugnação beneficiaria unicamente aos credores que a exercessem, quis dizer que apenas o credor impugnante poderá executar os bens alienados e adquiridos por um terceiro e, por via de consequência direta, os credores do devedor que não utilizassem esta faculdade, restariam implicitamente excluídos.

Mas só os credores do devedor, em razão de que, se o legislador houvesse intencionado excluir os credores do terceiro adquirente o teria feito explicitamente no mencionado artigo, como o fez com os do devedor, estes sim, excluídos acaso não utilizassem a faculdade prevista.

Em sendo omissa a lei, não há como realizar uma interpretação que restrinja os direitos dos credores do terceiro adquirente, sob pena de afastar e distorcer a lei de forma a prejudicar credores de boa-fé, que foram tão lesados quanto os credores do devedor. A lei deverá atender aos interesses de todos, sendo esta a sua finalidade maior, não havendo como ser feita uma mera interpretação que restrinja ou exclua direitos não expressamente consignados.

Neste caso, a interpretação deverá ser feita de forma sistemática, ou seja, realizando a análise do sistema em que se insere a norma, vez que *o sistema jurídico não se compõe de um único sistema normativo, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio.*⁸³

Razão pela qual temos que observar as demais normas substantivas aplicáveis à espécie para verificar a real intenção do legislador: se foi ou não afastar a concorrência entre os credores do devedor e terceiro adquirente.

Os defensores da tese da não concorrência entre os credores do devedor e terceiro adquirente se baseiam no fato de que, se julgada procedente a impugnação e esta vier a possibilitar a execução dos bens no patrimônio do terceiro adquirente, não há como cumprir a sentença se já houver uma restrição à garantia atacada, como uma hipoteca ou

⁸³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, p. 156. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 485, explica que “O contexto da lei é, enquanto contexto, imprescindível para compreender o significado de um termo ou de uma frase precisamente neste contexto textual. Isto vale também para averiguar um uso lingüístico especial por parte da lei e para constatar que a lei se não se afastou dele aqui. Para além disso, permite esperar que as diferentes normas de uma regulação concordem materialmente entre si. Por isso, em caso de dúvida, a norma individual há-de interpretar-se de modo a que seja garantida a concordância. A sistemática externa da lei e o sistema conceptual que lhe serve de base podem oferecer indícios acerca da correspondência material dos preceitos. Mas não devem, porém, ser sobrevalorizados, porque a lei não se atém de modo nenhum sempre a esta sistemática e porque algumas regulações não se deixam, ou não se deixam plenamente, arrumar no sistema conceptual”.

penhora feita pelo credor do terceiro adquirente, sob pena de perda do objeto da impugnação pauliana. E, em vista disso, não poderia ser considerada tal restrição.

No entanto, realizando uma interpretação sistemática das normas substantivas e processuais, é possível o resguardo dessa garantia com a adoção de meios postos na lei para tal fim.

Decorre que, no sentido de resguardar o direito que assiste ao credor do devedor, este poderá, quando da interposição da impugnação pauliana, ou mesmo antes dela, ajuizar uma ação cautelar visando o arresto dos bens objeto de discussão.

Com o registro da cautelar de arresto, que é uma das hipóteses abrangidas pelo art. 3º do Código de Registro Predial, estaria resguardado o direito do credor originário que interpôs a impugnação pauliana de eventuais disposições sobre este direito. Neste caso, sim, se houvesse o registro cartorário, haveria a preferência do credor que se acautelou.

Em vista disso, havendo o sistema normativo previsto uma forma de concretizar a preferência legal (ajuizamento de uma cautelar específica), não há como, para os que não a utilizem, realizar uma interpretação restritiva do art. 616º de forma a não aceitar a concorrência entre os credores do devedor e terceiro adquirente.

Vale aqui a máxima de que o direito não socorre aos que dormem.⁸⁴

Já no ordenamento jurídico brasileiro, em vista do disposto no art. 165 do Código Civil, os efeitos da paulina se resumem à anulabilidade do ato,⁸⁵ com a devolução dos bens ao patrimônio do devedor, cancelando o negócio em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores e não apenas ao que a intentou.⁸⁶

4.2. Em relação ao devedor e ao terceiro adquirente

⁸⁴ O ponto de vista não é seguido de forma unânime pela doutrina portuguesa.

⁸⁵ Entendemos que não há como interpretar de outra forma o art. 165 do Código Civil Brasileiro, em face da clareza do texto legal.

⁸⁶ Vide RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238. Para BRUSCHI, Gilberto Gomes. A Fraude contra Credores e o Novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, cit., p. 64, “De acordo com os dispositivos que tratam do tema no Direito Civil, o ato praticado em fraude contra credores deve ser anulado e não simplesmente considerado ineficaz. Para que tal anulabilidade seja obtida é necessário ajuizar-se a ação constitutiva negativa, denominada ação pauliana ou revocatória. Outro argumento em prol da anulabilidade, além do fato de ser esta a regra do CC/2002, é que seu art. 178 ao determinar expressamente que o prazo é de decadência e não mais de prescrição, embora continue sendo de 4(quatro) anos, acaba por reconhecer tratar de anulação, pois as pretensões anulatórias somente se exercem por meio de ações constitutivas – positivas ou negativas –, que por regra geral são decadenciais”. Em sentido contrário, defendendo a ineficácia do ato, CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*, cit., p. 309.

Relativamente aos efeitos nas relações entre devedor e o terceiro, pelo menos em Portugal, o ato impugnado conserva toda a sua eficácia, e o que restar depois de satisfeitos os credores que utilizarem a faculdade legal pertence ao terceiro. Não obstante, os efeitos com relação ao terceiro variam conforme seja o ato a título gratuito ou oneroso.

Sendo gratuito, o terceiro não haverá como rever o seu eventual prejuízo, a não ser nos casos em que o devedor tenha procedido de má-fé quando do ato de disposição, ocasião em que deverá ser observada a responsabilidade prevista para os casos de doação.

Entretanto, se a aquisição houver ocorrido a título oneroso, o terceiro poderá exigir do devedor aquilo com que este se enriqueceu e na medida deste enriquecimento.

Faz-se necessário esclarecer que o terceiro adquirente não pode concorrer sobre o produto dos bens cujo ato de disposição foi declarado ineficaz, à exceção do caso de insolvência. Sendo assim, poderá o terceiro, após a restituição devida ao credor, invocar contra o devedor o crédito daí resultante.⁸⁷

⁸⁷ LEITÃO, Menezes. *O Enriquecimento sem causa*, cit., p. 303, leciona que “Uma vez que a impugnação pauliana não constitui uma acção de anulação, mantém-se válido e eficaz o acto celebrado entre o devedor e o terceiro, ocorrendo apenas uma situação de responsabilidade do devedor perante o terceiro, em virtude de o credor ter, em consequência da acção do devedor lesiva da garantia patrimonial, adquirido sobre o terceiros um direito à restituição dos bens na medida do seu interesse” e que, se o ato for gratuito, responde o devedor perante o terceiro na forma determinada para as doações, se onerosa, o terceiro tem direito de exigir o devedor o valor pago, bem como que a satisfação do direito do credor tem primazia sobre a do terceiro. Para CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ*, cit., p. 521, o devedor responde perante o terceiro “nos termos do disposto em matéria de doações (cfr. art. 956 do Código Civil), quando o acto impugnado seja gratuito; (...) - que ele responda perante o terceiro pelas regras do enriquecimento, quando o acto seja oneroso.” E, com relação ao terceiro, “este deve: - restituir os bens cuja transmissão tenha sido impugnada, na medida do crédito do autor, sujeitando-se a que eles sejam executados no seu próprio património – art. 616, n° 1; - sujeitar-se a sofrer os actos de conservação patrimonial actuados pelo credor e previstos na lei – art. 616, n° 1, in fine; - responder, estando de má fé, pelo valor dos bens adquiridos, a título delitual ou objectivo, salva a hipótese de concurso virtual que aparenta, aqui, relevância negativa – art. 616, n° 2; - responder, estando de boa fé, nos termos do enriquecimento sem causa – art. 616, n° 3: recordamos que em tal eventualidade o acto é necessariamente gratuito”. Já ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 729, expõe que “(...) O adquirente de má fé responde pelo valor dos bens que tenha alienado e mesmo dos que pereceram ou se hajam deteriorado por caso fortuito, excepto provando-se que a perda ou deterioração se teria igualmente produzido na hipótese de os bens se encontrarem no poder do devedor. Pelo contrário, o adquirente de boa fé tão-só responde na medida do seu enriquecimento.” VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 459, coloca que “Os direitos que o terceiro adquira do devedor, por virtude do exercício da pauliana, só podem ser exercidos depois de satisfeito o crédito do impugnante”, e os “os direitos que o terceiro adquira contra o devedor, diz efectivamente o n° 2 do artigo 617 do nosso Código, não prejudicam a satisfação dos direitos do credor sobre os bens que são objecto da restituição”. Com relação aos direitos do terceiro adquiridos contra o devedor discorre o mencionado autor que a lei distingue, nesse aspecto, entre as aquisições a título gratuito e as aquisições a título oneroso, sendo que, no primeiro caso, o terceiro adquirente só tem direitos contra o devedor (doador), no caso de este ter procedido com dolo ou se haver responsabilizado expressamente pela manutenção dos seus direitos (art. 957) e, no segundo caso, em que o terceiro agiu de má fé (de contrário, a pauliana não procederá), o terceiro tem o direito de exigir tudo

No direito brasileiro, considerando que os bens voltam ao patrimônio do devedor, o terceiro poderá obter unicamente o ressarcimento do prejuízo sofrido acaso tenha sido o negócio celebrado a título oneroso.⁸⁸

5. Da inscrição e seus efeitos perante demais registros

Como a questão relativa aos efeitos da impugnação pauliana, a discussão em torno da possibilidade de registro é igualmente bastante debatida e não há entendimento pacífico a respeito no direito português.

Tal se dá pelo fato do Código de Registro Predial Português tipificar em seu art. 3º as ações que estão sujeitas a registro, sendo consideradas *a) as ações que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a modificação ou a extinção de alguns dos direitos referidos no artigo anterior;*⁸⁹ *b) (...) a reforma, a declaração de nulidade ou a anulação de um registro ou do seu cancelamento;* *c) as decisões finais das ações referidas nas alíneas anteriores, logo que transitem em julgado.*

Também pelo fato da procedência da pauliana não afetar a validade dos atos de alienação realizados posteriormente pelo devedor, conferindo apenas ao credor o exercício de uma pretensão à tutela jurídica, que faz nascer um direito de crédito à restituição, e possibilita que o autor execute os bens ou exerça em relação a eles os demais direitos de crédito.

aquilo com que o devedor se enriqueceu – normalmente aquilo que o impugnante recebeu, para satisfação do seu crédito, à custa do exercício da pauliana”.

⁸⁸ O STJ assim decidiu sobre a situação do terceiro de boa-fé: “Terceiro adquirente. boa-fé. O terceiro adquirente de boa-fé não é atingido pelo efeito de sentença de procedência de ação pauliana, satisfazendo-se o interesse dos credores, contra os fraudadores, em cobrar-se sobre o equivalente do valor do bem. Art. 109 do CC. Recurso conhecido e provido.” (STJ, RESP 102401/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 31.03.1997, p. 09635). “Ação pauliana. Fraude contra credores. Adquirente imediato de má-fé. Subadquirente de boa-fé. Indenização pelo equivalente. inviabilizado o restabelecimento do statu quo ante, pela transferência a terceiro de boa-fé, que não pode ser atingido pela sentença de procedência da ação pauliana, entende-se que o pedido compreendia implicitamente a substituição do bem pelo seu equivalente em moeda, a cargo do adquirente imediato, cuja má-fé ficou demonstrada nos autos. Limitada a procedência da ação apenas quanto aos que agiram com má-fé, em se tratando de aquisições a título oneroso, impede tornar efetivo o reconhecimento da malícia do adquirente imediato, atribuindo-lhe o dever de contribuir para o restabelecimento, pelo equivalente, do patrimônio do devedor. Art. 113 e 158 do C. Civil. Recurso conhecido e provido”. (STJ, RESP 28521/RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 21.11.1994, p. 31769).

⁸⁹ O art. 2º do CRP enumera os fatos sujeitos a registro, incluindo entre estes: “os factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou a modificação dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão (...) quaisquer outras restrições ao direito de propriedade e quaisquer outros encargos sujeitos, por lei, a registro”.

Sendo assim, a procedência da impugnação pauliana não implica a modificação ou extinção do direito real adquirido pelo terceiro adquirente, cabível apenas se tratasse de uma ação de anulação, não mais admitida pelo ordenamento jurídico português em sede de pauliana.⁹⁰

⁹⁰ Defendendo a possibilidade do registro, FERNANDES, Carvalho, ao expor que “o caráter pessoal da impugnação pauliana, tal como o instituto é desenhado no Código Civil, sobretudo no que significa de afastamento do caráter anulatório ou rescisório da acção, é com frequência chamado à colação para afastar a exigência do registro (...). A construção doutrinal oposta ao registro da acção pauliana, sumariamente descrita na alínea anterior não nos suscita qualquer reparo ou mesmo dúvida pelo que respeita ao reconhecimento, constituição ou extinção de qualquer direito que esteja compreendido na enumeração feita nas várias alíneas do art. 2º do mesmo Código. A resposta parece-nos, todavia, menos clara quando consideramos a modificação desses direitos. (...) No seu sentido técnico, no domínio das chamadas vicissitudes das situações jurídicas, a modificação pode ser tomada em duas acepções – uma subjetiva e outra objetiva. (...) No caso que nos ocupa, o que importa, já se deixa ver, é a hipótese de se poder considerar a verificação de uma modificação objectiva quanto ao conteúdo. (...) Não vemos, perante este quadro, como possa sustentar-se que neste caso não é atingido o conteúdo de direito de propriedade; este direito não é, por certo, afectado em sim mesmo, mas, se subsiste, é modificado, por ficarem limitados certos poderes que o caracterizam, mesmo enquanto direito real. (...) Por todas as razões expostas, sem deixarmos de reconhecer o melindre da questão, como com frequência ocorre nos institutos que se situam em zonas de fronteira – e com a consciência de remarmos contra a maré – somos levados a sustentar a sujeição a registro da acção, na impugnação pauliana”. Exercício da Impugnação Pauliana e a Concorrência entre Credores. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol II. Lisboa: Almedina, p. 41 e s. MESQUITA, Henrique, *RLJ*, ano 128, p. 253 e ss., coloca que “Se, através da impugnação pauliana, o credor pretender apenas, como nesta última hipótese, o pagamento de uma indemnização, o registro da acção não faz qualquer sentido e será de todo inviável, pois a pretensão do autor não tem por objecto bens certos e determinados a que o registro possa reportar-se. Mas, se diversamente, a impugnação pauliana, (...), visar a satisfação de um direito de crédito mediante a execução de bens imóveis que foram alienados pelo devedor, o registro da acção não só é materialmente possível, como se revestirá de interesse prático para o impugnante”. Entretanto, expõe que se trata do registro de uma ação destinada a fazer valer o seu direito creditório, e não de natureza real. Com isso, o registro teria a função de fazer com que o impugnante vitorioso exerça o seu “direito de crédito directa e imediatamente contra eventuais subadquirentes, porque a sentença também os atinge”. Para finalizar, discorre que o “Código Civil português nem sequer permite, como permite o Código Civil italiano (art. 2901), que os actos de alienação triunfantemente impugnados sejam declarados ineficazes. Este é apenas titular de um direito de crédito – o direito à restituição de determinado valor – perante o terceiro a quem o devedor alienou os bens, não podendo por em causa a validade do negócio de alienação, nem invocar qualquer direito real sobre os bens alienados. Assim sendo, deve entender-se, de *iure constituto*, que a impugnação não cabe no elenco das acções que a lei sujeita a registro. Se o credor quiser precaver-se contra o perigo de o demandado, na pendência do pleito, alienar os bens que adquiriu do devedor, frustrando desse modo a satisfação do crédito, só poderá consegui-lo pela via de uma providência cautelar – designadamente pela via de um arresto”. SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 156, anota que “Dada a natureza pessoal ou obrigacional da impugnação pauliana, a sua sujeição a registro poderá fundar-se no artigo 3º do Código de Registro Predial? O artigo 435º, n. 2, do Código Civil prevê o registro da acção de resolução de contratos/ e poderia talvez dizer-se que também a acção pauliana relativa a bens sujeitos a registro pode ser registrada, com o mesmo efeito, por se destinar a obter o reconhecimento do direito à restituição de tais bens (art. 606º, n. 1), restituição que pode ter a consequência de ser lícito ao credor executá-los”. CORDEIRO, Menezes, expõe que “A acção pauliana e a eventual sentença que lhe dê guarida devem, nos termos gerais, ser registradas. Tal registro, no entanto, não prejudica em nada os registros das transmissões anteriores e, designadamente, o da transmissão impugnada. Tais registros permanecem válidos e eficazes. Apenas ficam acompanhados pela inscrição da pauliana, de modo a que a publicidade registral dê a conhecer ao público a precisa situação dos bens. A inscrição da pauliana especificará o título que lhe serve de base – a sentença – e o montante e demais características essenciais dos débitos que a justificam”. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, p. 567.

Tal divergência apresenta-se igualmente nos pareceres do Conselho Técnico da Direção-Geral dos Registos e do Notariado que, em um primeiro momento, em parecer de 16 de janeiro de 1986, entendeu pela possibilidade do registro da impugnação, reconhecendo que apesar de válido o negócio impugnado, se considera ineficaz em relação ao credor, e na medida do seu interesse; e, em um segundo parecer, datado de 27 de maio de 1998, em sentido diverso, enfatizando o caráter pessoal da pauliana e seus efeitos meramente obrigacionais, não seria possível a efetivação do registro sem ir de encontro ao art. 3º do CRP.⁹¹

Pelo que, corroborando o entendimento supra, não sendo passível de qualquer vício interno, a procedência da impugnação - tendo consequências práticas no plano de satisfação do crédito do impugnante -, deixa incólume tanto o ato impugnado quanto o registro efetuado em nome do adquirente.

Nesta linha de pensamento, para resguardar o direito do credor impugnante, que poderá restar frustrado em face da não possibilidade de registro da ação, como visto quando da abordagem dos efeitos em relação aos credores do devedor e terceiro, deverá o impugnante utilizar os instrumentos processuais disponíveis.

Neste caso, poderá se precaver ajuizando, mesmo antes do protocolo da pauliana, desde que levantados indícios da fraude perpetrada pelo devedor, uma cautelar de arresto de bens, que em consonância com o disposto no art. 3º do CRP, torna possível sua inscrição no registro.

Realizando tal cautela, os registros posteriores que apresentassem uma situação de modificação de direitos reais, não prevaleceriam sobre o registro do arresto, tendo em vista que este preenche as finalidades tipificadas pelo art. 3º do CRP.

Por todo o exposto, em harmonia com os efeitos gerados pela procedência da impugnação pauliana, e considerando que as ações registráveis são aquelas que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de alguns dos direitos referidos no art. 2º do CRP, não há como aceitar o registro da impugnação pauliana.⁹²

⁹¹ No sentido da não possibilidade do registro da impugnação pauliana, foi proferido o Parecer n. 36/2000, da Procuradoria-Geral da República, publicado no Diário da República em 30 de março de 2001, n. 76, II série.

⁹² A matéria foi, entretanto, objeto de uniformização de jurisprudência pelo Supremo Tribunal de Justiça (proc. 02A1174 – n. SJ20030527001146), no sentido da impossibilidade de registro: “O plenário das secções cíveis reunidas decide, para fixação de jurisprudência, que A ação pauliana individual não está sujeita a registro predial”. Disponível: <www.dgsi.pt>. Acesso: 6.2004.

No ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em apreço que a sentença da pauliana afeta a validade do ato, há que observar o preceito contido no art. 168, inciso I, letra t,⁹³ da Lei de Registro Públicos (Lei n. 6.015, de 31 de Dezembro de 1973) onde há expressa previsão da inscrição das citações em ações reais ou reipersecutórias, relativas a imóveis, bem como das penhoras, arrestos e sequestros, cuja obrigatoriedade revela-se no bojo do art. 169⁹⁴ do mesmo estatuto. É necessário, ainda, observar o preceituado no art. 54⁹⁵ e seguintes da Lei n. 13.097, de 19 de Janeiro de 2015, referente à concentração dos atos na matrícula.

6. Conclusões

A impugnação pauliana é um instrumento jurídico para a tutela da garantia patrimonial contra os atos do devedor que sejam lesivos de direitos de crédito de outrem. Por via dela, o credor reage contra atos celebrados pelo devedor, que afetem a consistência do crédito, diminuindo os valores patrimoniais que respondem pelo cumprimento da obrigação ou dificultando-a.

Existem requisitos gerais, quais sejam, a configuração do ato lesivo da garantia patrimonial (*eventus damni*) e a existência do direito de crédito; e um especial, relativamente aos atos realizados a título oneroso, que é o requisito da má-fé.

Os atos passíveis de impugnação são aqueles que se prestam à vulneração da garantia dos credores pela diminuição maliciosa do patrimônio do devedor, levando-o à insolvência ou agravando esta situação, se preexistente, como as alienações e doações em

⁹³ Lei n. 6.015/73: “Art. 168. No Registro de imóveis serão feitas: I - a inscrição: t) das citações de ações reais ou pessoais, reipersecutórias, relativas à imóveis”.

⁹⁴ Lei n. 6.015/73: “Art. 169. Todos os atos enumerados no artigo 168, são obrigatórios, e as "inscrições" e "transcrições" nele mencionadas efetuar-se-ão no cartório da situação do imóvel. Parágrafo único. Em se tratando de imóveis situados em comarcas ou circunscrições territoriais limítrofes o registro deverá ser feito em todas elas; o desmembramento territorial posterior não exige, porém, repetição, no novo cartório do registro já feito”.

⁹⁵ Lei n. 13.097/15: “Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

geral, constituições de direitos, remissão de dívidas, pagamento ou garantia de dívidas não vencidas, entre outros.

Relativamente aos atos que não são passíveis da impugnação pauliana, temos os que não correspondem à voluntária e efetiva redução do patrimônio do devedor, vez que não chegaram a integrá-lo, a exemplo dos atos de natureza estritamente pessoal do devedor, bens impenhoráveis, recebimento de doações, etc.

Em face do regime legal exposto em Portugal, os efeitos relativamente ao credor, é o de que a impugnação só aproveita àquele que a interpuser e que não há qualquer retorno dos bens ao patrimônio do devedor, cujo conteúdo é distinto estando o adquirente de boa ou má-fé, pois se estiver de má-fé responde pelo valor dos bens que tenha alienado, como dos que houverem deteriorado e, acaso de boa-fé, só responde na medida do seu enriquecimento.

E, para os credores do terceiro adquirente, é admitido o concurso com os credores do devedor, pois, não havendo expressa previsão de preferência legal, como o tem para impossibilitar o concurso com os credores comuns do devedor, o art. 616º deverá ser interpretado restritivamente, de forma a permitir a concorrência com o credor que interpuser a pauliana. Entretanto, se o credor impugnante interpuser e registrar cautelar de arresto, haverá uma preferência legal e a concorrência será afastada em seu benefício. No regime brasileiro, os efeitos se resumem à anulabilidade do ato, com a devolução dos bens ao patrimônio do devedor.

Em relação ao devedor e o terceiro impugnante, o ato conserva toda a sua eficácia, e o que restar depois de satisfeitos os credores que utilizarem a faculdade legal caberá ao terceiro. No Brasil, considerando que os bens voltam ao patrimônio do devedor, o terceiro poderá obter o ressarcimento do prejuízo sofrido.

E, pelo fato da pauliana em Portugal não afetar a validade dos atos de alienação realizados posteriormente pelo devedor, conferindo apenas ao credor o exercício de uma pretensão a tutela jurídica, que faz nascer um direito de crédito à restituição, não é possível a inscrição da mesma perante o Cartório de Registro, vez que não se enquadra nas hipóteses previstas pelo art. 3º do CRP. O tratamento é diferente no Brasil, haja vista que neste ordenamento jurídico a validade do ato é afastada.

Para finalizar, como causas extintivas do exercício da impugnação pauliana, aplicáveis em conjunto ao direito português e brasileiro, temos a prescrição, a renúncia e o pagamento, que poderá ser realizado através de terceiros, cujo direito se

transfere em sub-rogação (a depender do negócio em causa e das características próprias deste terceiro – se tem interesse ou não no negócio).

Recebido em 06/08/2016

1º parecer em 14/08/2016

2º parecer em 14/08/2016