

O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO COMO
DESAFIO PARA O DIREITO
(24 E 25 DE JANEIRO DE 2018)

CONSIDERAÇÕES SOBRE A *CONSCIÊNCIA DO
PREJUÍZO* NA IMPUGNAÇÃO PAULIANA, À
LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS¹

Bárbara Gadig²

Resumo: Este artigo busca tecer considerações sobre os contornos da má fé perspectivada na consciência do prejuízo, no âmbito da impugnação pauliana. Serão consideradas as questões relacionadas a tensão entre a autonomia das partes e o direito de crédito, bem como o problema relativo a prova no caso do requisito subjetivo da impugnação pauliana, qual seja, a má fé. O estudo abordará o impacto do princípio da boa fé subjetiva nos negócios jurídicos, bem como provocar uma reflexão sobre as dificuldades probatórias quanto a má fé.

Palavras-Chave: Impugnação pauliana – Má fé – Autonomia privada – Boa fé.

Abstract: This paper aims to analyze the main features of third party losses awareness and conscious negligence subjected to revocatory act. Those features will be considered regarding the challenges of proving the subjective requirement of the

¹ Artigo elaborado com base na palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 25 de janeiro de 2018, durante o evento elaborado pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Universidade de Lisboa e UNIFOR, denominado “O desenvolvimento económico como desafio para o Direito”.

² Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Civil. Participante Programa Erasmus + na Bucerius Law School (Hamburgo). Advogada.

revocatory act, i.e., bad faith. The study will address the impact of good faith principles in contracts. Thus, the main goal is to provide a reflection on the evidentiary difficulties of bad faith.

Keywords: Revocatory act – Bad faith – Private autonomy – Good Faith.

Sumário: 1. Introdução – 2. Noções sobre a má fé na impugnação pauliana – 2.1. O que entender por *consciência do prejuízo*? – 2.2. Elemento ético-normativo da má fé – 3. Dever de cuidado – 4. Presunções judiciais e a prova da má fé – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO



impugnação pauliana é um meio de conservação da garantia patrimonial, um instrumento que tutela o interesse dos credores. Porém, existe uma preocupação no sentido de que essa tutela não atravesse o comércio jurídico. Deve-se ponderar os diversos interesses em causa: o do credor, devedor e terceiro. Um dos seus requisitos é a censurabilidade da conduta do devedor e dos terceiros envolvidos. Tal requisito é chamado de má fé, e deve ser verificado em relação aos atos onerosos de disposição patrimonial.

Nesta esteira, a má fé exerce também o papel de selecionar os atos que merecem ser objeto da impugnação pauliana, diferenciando os atos de mera liberalidade para promover a livre circulação de bens sem qualquer intuito de lesar credores, dos atos de alienação de bens ou diminuição patrimonial que ocorrem com o intuito de lesar o interesse dos credores. Ou seja, o componente da má fé ditará os liames relativamente ao prejuízo, criando a fronteira entre os atos prejudiciais aos credores que devem ser atingidos pela impugnação pauliana, e os atos de mera liberalidade do devedor, primando assim tanto pela autonomia

privada das partes, quanto pela tutela do direito de crédito.

A má fé na impugnação pauliana, esteve presente desse sua conceção no Direito Português. O Código de Seabra concebia a má fé como a “o conhecimento do estado de insolvência do devedor” e, portanto, não exigia a intenção de prejudicar o credor. No entanto, na doutrina esse conceito foi objeto de discussões, especificamente no sentido de saber se a opção do legislador contemplava apenas o conhecimento ou, para além disso, se deveria também exigir a “consciência do prejuízo” que o ato causaria ao credor. Parte da doutrina considerava que fundamentalmente a norma buscava afastar a intenção de prejudicar do conceito de má fé³.

Nesse contexto de divergência a doutrina desenvolveu-se de duas maneiras: uma parte entendia a má fé como fraude, sob a ideia de haver a necessidade de comprovar a intenção de prejudicar o credor⁴. Outra parte se contrapunha a esse entendimento psicológico da má fé, asseverando que bastava o conhecimento do estado de insolvência do devedor para se configurar a má fé, ou seja, que não dependia da intenção⁵. Nesse cenário trataremos o desenvolvimento da má fé e as diversas formas que

³ Para alguns autores o texto da lei visava claramente afastar a intenção de prejudicar do conceito de má fé. Ver, GUILHERME ALVES MOREIRA. *Instituições do Direito Civil Português: Das Obrigações*. Vol. III. Coimbra: F. França Amado, 1911, p. 170 e ss; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO. *Direito Civil: Obrigações*. Lisboa: FDUL, 1939, p. 333; MANUEL DOMINGOS DE ANDRADE. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações*. In: MANUEL H. MESQUISA; JOSÉ DE BARROS. *Lições proferidas ao 3º ano do Curso de Direito de 1954-1955*. Coimbra: Associação Académica, 1954-1955, 729 e ss.

⁴ Esta era a posição de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, numa clara influencia do Código de Napoleão que trazia a ideia da má fé numa perspectiva psicológica, baseada no *animus nocendi*. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES. *Tratado de Direito Civil*. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 1930, p. 773 e ss. e divergia da maior parte da doutrina.

⁵ Para PAULO CUNHA, a má fé deveria ser apurada “em face da circunstancia rígida de o devedor e o terceiro conhecerem ou não o estado de insolvência” e chamava a atenção que na prática, o conhecimento implica a consciência da fraude. In, *Da garantia das obrigações*. In: CORTE-REAL, Eduardo Pamplona. *Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Tomo I. Lisboa: s/ed, 1938-1939, p. 352-353.

o Direito português a tem contemplado, bem como os problemas que implica no tocante a prova.

2. NOÇÕES SOBRE A MÁ FÉ NA IMPUGNAÇÃO PAULIANA

O Código Civil dispõe no n.º 1 do art. 612.º que “*O acto oneroso só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o terceiro tiverem agido de má fé, se o acto for gratuito, a impugnação procede, ainda que um e outro agissem de boa fé*”.

Depreende-se da leitura do artigo que há uma maior relevância na preservação do cumprimento da obrigação sobre a proteção dos atos de liberalidade. Nesse sentido, a alienação de um bem à título gratuito, sem qualquer contrapartida, não deve se sobrepor ao interesse daquele que deixa de ter garantido o cumprimento do seu direito de crédito⁶. Já no que concerne aos atos onerosos, o requisito da má fé é indispensável e deve ser verificado tanto na pessoa do adquirente quanto do devedor, sendo desnecessário que haja conluio entre ambos⁷.

Diante desta divergência de interesses a má fé assume papel importante, visto que não obstante a necessidade de se preservar a livre iniciativa, a autonomia privada das partes – *in casu*, devedor e terceiro adquirente – por outro lado também é necessário preservar os direitos daqueles que possuem um direito de crédito assegurado pela garantia patrimonial geral dos credores.

⁶ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o Conceito do Modo*, Coimbra: Atlântida, 1955, p. 85. O autor traz a ideia de quem *certat de lucro capiendo* deve ceder a quem *certat de damno vitando*. O autor diz ainda que “a pauliana tem assim por efeito, neste sector, o sacrifício da liberalidade, na medida do necessário para a satisfação dos direitos dos credores (anteriores) do alienante”, e também em *Obrigações*, vol. II, p. 453-454, onde afirma que “o devedor não deve fazer liberalidades às custas do credor, bem como não deve se dar o luxo de satisfazer créditos não coercivos”.

⁷ Nesse sentido, JOÃO CURA MARIANO entende que: “Ambos podem ter consciência do prejuízo que causam aos credores do primeiro com o acto praticado, sem que essa representação seja objeto de comunicação ou percepção entre eles”. In *Impugnação Pauliana*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.194.

Esta credibilidade assegurará o regular funcionamento do mercado, resguardando o direito de crédito tutelado.

No direito português a má fé está traduzida no n.º 2 do art. 612.º que aduz que “*entende-se por má fé a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor*”.

A compreensão da má fé como a *consciência do prejuízo* traz alguns problemas, o que foi amplamente discutido e previsto por VAZ SERRA nos estudos preparatórios do Código Civil. Atento ao problema da divergência entre conhecimento e intenção de prejudicar, o autor se mostrava claramente contrário ao entendimento da má fé em um sentido meramente psicológico, ou seja, num sentido que contemplasse a má fé apenas com a intenção de prejudicar o credor. Assim, a divergência foi circunscrita a exigência da má fé contemplar ou não a intenção de prejudicar o credor, ou se a consciência de prejudicar ou o conhecimento do estado de insolvência de devedor, seriam suficientes para consagrar o estado de má fé⁸.

Neste contexto faremos uma ponderação sobre as diferentes realidades subjacentes a má fé numa perspectiva meramente psicológico, e quando em causa um estado de conhecimento, relevante para o Direito e a boa fé na perspectiva subjetiva.

2.1. O QUE ENTENDER POR CONSCIÊNCIA DO PREJUÍZO?

A divergência doutrinária foca-se no cerne da má fé que, no direito português, é definido como a consciência do prejuízo, por parte do devedor e do terceiro adquirente, que o ato

⁸ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. *Responsabilidade patrimonial*. In: B.M.J., nº. 75, 1958, p. 213. Aduz o autor nos estudos preparatórios do CC, que muitas vezes não existe uma intenção de prejudicar o credor, mas apenas a de praticar um ato vantajoso, razão pela qual o problema da prova da má fé prejudicaria a procedência da ação de impugnação pauliana, pois apenas em raríssimos casos seria possível demonstrar tal intenção.

causa ao credor⁹. Dispensa-se a presença do elemento volitivo – intenção de prejudicar - e não é tão exigente quanto ao elemento cognitivo, bastando apenas que haja a consciência do prejuízo que o acto causará ao credor¹⁰.

A questão é: O que o Direito define como *consciência do prejuízo*?

Há muito as ciências filosóficas e jurídicas preocupam-se em definir *consciência*. Para o Direito, a *consciência do prejuízo* é um processo psicológico pertencente ao domínio da representação ou ideação, assumindo uma natureza intelectual¹¹. Ou seja, devedor e adquirente devem não só ter a noção da situação patrimonial do devedor, mas também a percepção do que aquele ato poderá implicar quanto à satisfação integral dos credores do devedor. Esta consciência não precisa ser um juízo de certeza, bastando um juízo de possibilidade. O momento dessa consciência é o da prática do ato¹².

⁹ GUILHERME ALVES MOREIRA. *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II. Das obrigações. Coimbra: F. França Amado, 1911, p. 170 e ss. “Não basta que o devedor e o terceiro com quem ele contracta tenham conhecimento do estado de insolvência; é necessário que tenham a consciência de que com esse acto vão prejudicar os credores, que em benefício do próprio devedor, quer de terceiros, ou, por outras palavras, que o prejuízo causado aos credores seja fraudulento.”

¹⁰ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 195.

¹¹ RAUL GUICHARD. *Da relevância jurídica do conhecimento no direito civil*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1996, p. 13.

¹² S.T.J. Acórdão 593/06.9TBCSC.L1.S1, 1ª Secção, Relator Helder Roque, julgado em 14/04/2015. “I - Nos negócios onerosos, a lei impõe a má fé bilateral, no sentido de exigir ao vendedor e ao comprador a consciência, ou, simplesmente, a representação da possibilidade do prejuízo que o ato causa ao credor, isto é, que produz, necessariamente, no sentido da causalidade adequada, o que determina a necessidade da sua previsão. II - A consciência ou a mera representação da possibilidade do prejuízo, é o que, necessariamente, envolve ou acarreta a diminuição da garantia patrimonial do crédito, em termos de, pelo menos, resultar dela o agravamento da impossibilidade da sua satisfação do mesmo. III - A má fé bilateral, sendo condição necessária, é, também, suficiente, enquanto requisito autónomo da procedência da ação *pauliana*, não se mostrando necessário o conluio ou a concertação do devedor e do terceiro, tendo em vista por em causa a garantia patrimonial do credor, embora tenha de significar algo que consubstancie uma situação de fraude, ou seja, a representação pelos contragentes do prejuízo e da vontade de obter tal prejuízo ou a representação do resultado –

A má fé na impugnação pauliana, pressupõe a necessidade de um juízo de racionalidade e censura acerca do ato praticado, suscitando a questão sob a perspectiva da culpa nas suas diferentes modalidades¹³. Culpa e má fé são institutos diferentes. A culpa traz consequências no plano da responsabilidade civil, visando tornar possível a imputação delitual de um prejuízo, enquanto a má fé pretende a proteção da confiança nas situações materiais afetadas pelo sujeito, mas sem recorrer ao dever de indenizar, sendo possível o concurso de ambas¹⁴.

Sempre que as partes agem com o propósito de prejudicar a satisfação integral do crédito, com conhecimento prévio do prejuízo a ser causado, e ainda com a vontade (*animus*) de causar o prejuízo, verifica-se a má fé, eis que o elemento cognitivo/consciente estará presente. Considerando que a impugnação pauliana é um meio de tutela do direito de crédito, uma garantia de cumprimento da obrigação, a impugnação se dá contra o ato

o prejuízo – como consequência necessária ou previsível, na perspectiva da adequação, do ato. IV - O estado de má fé subjetiva, previsto pelo art. 612.º, n.º 2, do CC, enquanto requisito da impugnação pauliana, em que podem incorrer quer o devedor ou quer o terceiro, compreende o dolo, nas suas diversas modalidades, e, também, a negligência consciente, porquanto ainda nesta, com ressalva da situação em que o ato a atacar for anterior à constituição do crédito, se observa a consciência de que o ato querido causa prejuízo ao credor, ou seja, que se traduz na diminuição da garantia patrimonial do seu crédito, sem se mostrar necessário demonstrar a intenção de originar tal prejuízo. V - Provando-se que, aquando da outorga da escritura de compra e venda, as rés M e R tinham perfeito conhecimento da existência da dívida daquela perante os autores, bem como que se subtraíssem a fração autónoma, objeto da venda, ao património da primeira ré, os autores ver-se-iam impossibilitados de obter a satisfação do seu crédito, pelo menos, integralmente, não se demonstrando que lhe fosse conhecido outro património, é infismável a verificação do requisito da má fé, comum a ambas as intervenientes no negócio oneroso em apreço impugnado pelos autores, que assim viram ameaçadas as possibilidades de cobrança do seu crédito.

➤ S.T.J. acórdão n.º 02B934, relatado por Ferreira Girão, em 9/05/2002, disponível em www.dgsi.pt,

➤ S.T.J. acórdão n.º 593/06.9TBSC.L1.S1, relatado por Helder Roque, em 14/04/2015, disponível em www.dgsi.pt.

¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1226-1229.

¹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1227.

de diminuição patrimonial que possa comprometer o patrimônio do devedor impossibilitando a satisfação integral do crédito. Portanto, o credor insurge-se contra o ato de diminuição patrimonial e não contra o incumprimento da obrigação em si¹⁵. A má fé ganha contornos que lhe consagram muito mais como um elemento cognitivo do que como elemento volitivo.

A dificuldade centrava-se nas diferentes realidades, *consciência do prejuízo e intenção de prejudicar*. Isto porque um ato pode ser praticado com consciência do prejuízo sem que haja intenção de prejudicar. Parecia haver à época da realização dos trabalhos preparatórios, o entendimento de que ainda que o artigo 1.036.º do Código de Seabra falasse em *conhecimento do estado de insolvência*, seria também necessária a *consciência do prejuízo* causado aos credores com o acto. Nesse sentido, exemplifica VAZ SERRA que um devedor pode alienar um prédio ou hipoteca pensando que os valores obtidos poderão melhorar sua situação patrimonial, tendo o terceiro adquirente conhecimento deste fato. Ou seja, verifica-se aí que não obstante a diminuição patrimonial realizada, não havia uma intenção de prejudicar o credor sendo que neste caso inexistiria a má fé¹⁶.

Essa compreensão se deu a partir das considerações de que o terceiro e o devedor poderiam vislumbrar no ato de alienação a possibilidade de melhorar a sua fortuna e enganarem-se em suas previsões, deixando os credores sujeitos à insegurança de atos que poderiam ser mais ou menos falíveis, percebendo a fortuna do devedor ruir ou tornar-se precária em relação às dívidas existentes. Por outro lado, pondera que somente a exigência do estado de insolvência poderia travar o devedor e o terceiro de praticarem atos que poderiam melhorar a situação econômica do

¹⁵ MARIA DO PATROCÍNIO BALTAZAR DA PAZ FERREIRA. *Impugnação Pauliana*. Aspectos gerais do regime, dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas, disponível da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1987, p. 107.

¹⁶ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. *Responsabilidade patrimonial*. In: B.M.J., nº. 75, 1958, p. 212.

devedor e, portanto, beneficiar também os credores¹⁷.

A má fé implica num juízo de censura acerca do ato praticado, pressupondo uma sugestão ético-normativa sobre algo não explícito, porém relevado pelos codificadores. O alcance dessa perspectiva deve ser escrutinado para que haja maior precisão no que se pode entender por *má fé* ou *consciência do prejuízo*.

Numa primeira análise, a *consciência do prejuízo* abrange o elemento volitivo. O dolo elide a discussão da consciência, uma vez que parece implícita esta noção. Ou seja, quando os integrantes do ato agem com o propósito de lesar o credor, inviabilizado a satisfação do seu crédito, estaremos diante do dolo em sentido estrito, ou dolo direto¹⁸. Entretanto, há quem entenda que, para além dos casos de *consciência*, onde está presente o conhecimento efetivo acerca da lesão da garantia patrimonial e eventualmente a intenção de prejudicar o direito de crédito de um terceiro – situações que encontram-se no domínio do dolo -, outras situações em que as partes não possuem efetivamente o conhecimento sobre a lesão da garantia patrimonial, poderiam ser abrangidas pelo n.º 2 do art. 612.º do Código Civil.

A redação do artigo consagra a má fé como um ato de conhecimento, pressupondo uma representação intelectual, um juízo de raciocínio sobre a situação patrimonial do devedor. Entretanto, se põe a questão de saber se basta ou não que as partes realizem um juízo de possibilidade acerca das consequências prejudiciais relativamente ao direito de crédito. Para parte da doutrina¹⁹, bem como parte da jurisprudência²⁰ esse juízo de

¹⁷ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. *Responsabilidade patrimonial*. In: B.M.J., nº. 75, 1958, p. 214.

¹⁸ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 200.

¹⁹ MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, em anotação ao acórdão do S.T.J. de 23-01-1992, na R.L.J., Ano 127.º, p. 277.

²⁰ Acórdãos que demonstram que basta a possibilidade de produção do resultado e que não é preciso demonstrar que haja intenção de prejudicar:

➤ S.T.J. Acórdão JSTJ00034781, Rel. Silva paixão, julgado em 03/05/2000,

possibilidade basta como representação da realidade suficiente para configurar a má fé, e não é necessário um juízo de certeza sobre a situação patrimonial²¹.

Da aludida possibilidade de representação, resta-nos inspiração para refletir sobre o domínio da negligência, se está ou não abrangida no conceito de má fé, considerando que a norma não a consagra de forma expressa, e o legislador a excluiu do conteúdo normativo. Estes casos são mais complexos, pois incutem no conceito de má fé subjetiva o conhecimento ou o desconhecimento culposos.

2.2. ELEMENTO ÉTICO-NORMATIVO DA MÁ FÉ

disponível em www.dgsi.pt. I- O essencial para se considerar preenchido o requisito da má-fé, a que se reporta o artigo 612, do CCIV, é que o devedor e o terceiro tenham a consciência do prejuízo que a operação causa ao credor, sendo bastante a mera representação da possibilidade da produção do resultado danoso em consequência da conduta do agente.

➤ S.T.J. Acórdão SJ200205090009342. Rel. Ferreira Girão, julgado em 18/10/2001, disponível em www.dgsi.pt. I - Para integrar o conceito de má fé, para efeito do art. 612 do C.C., basta a mera representação, o conhecimento negligente da possibilidade da produção do resultado (o prejuízo causado à garantia patrimonial do credor). II - Não é necessário que, ao realizarem o acto, o devedor e o terceiro tenham procedido com a intenção de prejudicar o credor.

➤ S.T.J. Acórdão JSTJ00042881, Rel. Farias Antunes, julgado em 05/02/2002, disponível em www.dgsi.pt. O acto oneroso só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o terceiro tiverem agido de má fé, entendendo-se por má fé a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor - não se exige a intenção de o prejudicar nem o conhecimento da insolvência do devedor.

➤ S.T.J. Acórdão 1744/05.6TBAMT.P1S1, Rel. Nuno Cameira, julgado em 16/04/2013.

➤ S.T.J., processo 6629/04, 6ª Secção, Relatado por Pinto de Almeida, de 25-11-2014: “I- Como requisito da impugnação pauliana, a má fé não exige uma actuação dolosa, com a intenção de causar dano ao credor, mas tão só a consciência de que o acto vai provocar a impossibilidade para o credor de obter a satisfação integral do seu crédito ou um agravamento dessa impossibilidade.

²¹ Sobre a relação entre o estado de dúvida e de certeza ver, RAUL GUICHARD, *Da relevância jurídica do conhecimento*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1996, p. 24-31; GIORGIO GIAMPICCOLO, *La buona fede in sendo suggestivo nel sistema del diritto privato*, na R.D.C.D.G.O., Ano LXIII, parte 1.ª, p. 353-355.

O conceito de má fé consagrado como a *consciência do prejuízo* pelo texto legal não pode carecer de um juízo de censura ético-normativo, eis que apenas a previsibilidade do prejuízo ocorrer não qualifica ou desqualifica determinado comportamento ao ponto de invalidar um negócio jurídico celebrado sob a égide da autonomia privada. Pode ocorrer a possibilidade de as partes envolvidas lesarem o interesse dos credores por absoluta inobservância do dever de cuidado, subjacente ao negócio jurídico celebrado, caracterizando-se então a negligência²².

No caso das partes, devedor e adquirente, aceitarem permanecer no estado de dúvida quanto a censurabilidade do negócio jurídico que estão praticando, e admitirem a possibilidade de lesão patrimonial do credor, pode-se perceber a consciência do prejuízo como o conhecimento ou desconhecimento negligente, o todo complementado por uma censurabilidade do ato²³.

O critério do homem médio indica padrões de conduta que podem servir de parâmetro para aferir o dever de cuidado ínsito às partes em razão da circunstância em que o negócio jurídico é realizado, se poderá ou não atingir a garantia patrimonial geral dos credores. O desconhecimento negligente que levou à prática do ato censurável, leva ao apreço da presença do elemento intelectual, caracterizador da consciência do prejuízo, ou seja, da má fé como requisito da impugnação pauliana.

Nos trabalhos preparatórios para o Código Civil, VAZ SERRA defendia a integração dos casos de negligência no conceito de má fé, equiparando os efeitos da censurabilidade destes comportamentos aos daqueles que tiveram consciência do prejuízo que causariam. A primeira revisão ministerial suprimiu a expressão do texto proposto, gerando dúvidas quanto a estes casos, no tocante a saber se estão ou não ao alcance da impugnação

²² JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 203.

²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 496.

pauliana²⁴.

A supressão do termo “negligência” no entendimento de MENEZES CORDEIRO, ocorreu por uma opção linguística²⁵. Este entendimento de que a negligência consciente ou desconhecimento consciente é suficiente para configurar o requisito da má fé no tocante a impugnação pauliana, é partilhado pela jurisprudência²⁶ e também pela doutrina²⁷.

²⁴ ADRIANO VAZ SERRA, no artigo 169.º, n. 2, do Anteprojecto: “Para haver má fé, não se exige a intenção de prejudicar o credor. Se o devedor ignorar, por negligência, o prejuízo que o acto causa ao credor, vale esta ignorância como conhecimento do mesmo prejuízo.” In, *Garantia dos Direitos de Crédito*. B.M.J., n.º 99, 1960, p. 34, afastou expressamente a exigência da prova da intenção de prejudicar o credor.

²⁵ Nesse sentido sustenta MENEZES CORDEIRO que “Mais dúvidas pode levantar a supressão da referência à negligência. Ela explica-se, porém, por puras razões formais, e não pela intenção material, do legislador. A menção à negligência tinha de ser reportada ao não-conhecimento; “inconsciência negligente” é, num prisma linguístico, insatisfatório. In, *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 495. Para VAZ SERRA, o problema não se punha, já que não referia, no seu articulado, a consciência do prejuízo. Na primeira revisão ministerial encontrou-se uma conjugação duvidosa: depois de dizer que a má fé exige a “consciência do prejuízo”, equipara-se-lhe a ignorância, por negligência, desse prejuízo: ora, “consciência” e “ignorância” não engrenam, colocando-se em planos diferentes. A segunda revisão ministerial, querendo manter a menção, de algum modo tradicional, à consciência do prejuízo, teve, em nome de necessidades linguísticas, quiçá inconscientes, mas detectáveis, de suprimir o recurso à negligência”.

²⁶ Conforme relação de acórdãos abaixo:

➤ S.T.J. acórdão n.º 02B934, relatado por Ferreira Girão, em 9/05/2002, disponível em www.dgsi.pt.

➤ S.T.J. acórdão n.º 593/06.9TBSC.L1.S1, relatado por Helder Roque, em 14/04/2015, disponível em www.dgsi.pt.

➤ S.T.J. acórdão n.º 1364/04.2, relatado por Fonseca Ramos, em 20/03/2014, disponível em www.dgsi.pt.

²⁷ MARIA DO PATROCÍNIO BALTAZAR DA PAZ FERREIRA. *Impugnação Pauliana*. Aspectos gerais do regime, dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas, disponível da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1987, p. 139-142 “...Nem se compreenderia que o devedor diligente, que conhece a situação patrimonial e o valor dos actos que pratica, os visse expostos aos ataques dos credores e outro tanto não sucedesse àquele que só por negligência não conheceu o prejuízo que causou aos credores”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 494 e ss, onde aduz: “Em compensação, a má fé é penalizada. As pessoas sujeitam-se à pauliana porque, constituindo-se partes num negócio que prejudique credores, incorrem num juízo de censura. A própria expressão “consciência do prejuízo, constante da lei, dá conta da presença, no instituto, de um

Portanto, a diligência das partes no ato de disposição patrimonial oneroso será fundamental para caracterizar a boa fé, uma vez que a diligencia empregada na realização do ato será imprescindível pois, sendo possível às partes conhecerem se daquele ato decorrerá diminuição ou prejuízo à garantia patrimonial do credor, podemos admitir que a omissão da diligencia poderá caracterizar-se como um agir de forma negligente²⁸.

A tutela o interesse dos credores nos leva a perceber que a boa fé se traduz em um regime de obrigatoriedade uma vez que, na impugnação pauliana a má fé é uma desvantagem, ou seja, exerce a função de punição daquele que age com má fé. Neste caso, podemos admitir que o vetor da boa fé não é avançar aquele que a observa, mas sim punir aquele que age com má fé. Considerando que estão em causa limitações à autonomia privada, às partes impõe-se um dever perspectivado na ótica da boa fé subjetiva. Já a má fé é penalizada, pois torna impugnável o negócio jurídico. Nesse sentido, a possibilidade de ferir interesse de credores deve submeter-se a um juízo de censura mais rigoroso, percebendo-se a análise da consciência do prejuízo para além daquilo que as partes sabem, ou seja, relevando aquilo

nível axiológico-normativo relevante. Ressalvada a situação especial dos actos praticados a título gratuito, deve entender-se, por tudo isto, que a ação pauliana visa proteger a garantia patrimonial dos credores de actos que, sendo censuráveis, a prejudiquem. Permite-se, deste modo, analisar a consciência do prejuízo no seu conhecimento negligente, o todo complementado por uma censurabilidade”.

²⁸ Nesse sentido, ADRIANO VAZ SERRA, em anotação ao acórdão do S.T.J. de 30-0101998, na R.L.J., Ano 102º., pág. 8 onde diz: “De todo modo, é de ter presente que a prova de tal conhecimento será na maior parte das vezes tirada de elementos presuntivos: no sentido de que, demonstradas certas circunstâncias, o juiz não poderá deixar de entender que o devedor conhecia o prejuízo causado aos credores. Na prática, portanto, a distinção entre conhecimento efectivo e simples possibilidade de conhecimento poderá tender a ser anulada. Isto, todavia, não impede que, se o devedor demonstra o seu não efectivo conhecimento daquele prejuízo no momento em que praticava o acto, não possa ser agravado pela eventual negligencia pela qual o não conhecimento possa ter sido causado...Exigindo a lei (art. 612º., No. 2) a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor parece dever, ao menos em princípio, tratar-se de consciência (ou conhecimento) efectiva”.

que as partes não saber mas deveriam saber²⁹.

Aquilo que as partes deveriam saber pode ser caracterizado pela boa fé subjetiva, ou seja, um sentido ético traduzido na observância do dever de cuidado que exige consideração elementar pela posição de terceiros. A má fé assume o contorno de ausência da boa fé subjetiva, ou seja, tanto o alienante quanto o adquirente deixaram de observar o dever de esclarecimento que está subjacente ao negócio jurídico celebrado, para resguardar a boa fé subjetiva caracterizada pela consciência de determinados fatores relativamente ao negócio jurídico.

A observância do dever de cuidado pode traduzir-se, por exemplo, numa investigação acerca da situação patrimonial do vendedor por parte do adquirente que, ao celebrar um negócio jurídico, o condicione ao esclarecimento da situação patrimonial do vendedor de forma que possa com isso elidir a má fé. Vale aqui trazer o exemplo da jurisprudência Brasileira, nomeadamente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que entendeu que o adquirente que investiga a situação financeira do devedor através da busca de certidões de órgãos públicos de proteção ao crédito, justiça estadual, justiça federal, Instituto da Seguridade Social, entre outros, é presumidamente um adquirente de boa fé³⁰.

²⁹ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 496.

³⁰ Processo nº 0002154-53.2014.5.02.0443, Rel. Silvana Abramo Margherito Ariano, julgado pela 15ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em 19/11/2015. Em análise os magistrados levaram em consideração que a boa-fé do terceiro adquirente não pode ser ignorada no meio jurídico, mesmo tendo-se em conta a natureza alimentar e privilegiada do crédito trabalhista. E no caso concreto a boa-fé do adquirente foi constatada, pois ele havia solicitado a certidão negativa na Vara Trabalhista de Caraguatatuba-SP, local da residência dos vendedores, bem como da Distribuição dos Feitos da Justiça do Trabalho de São Vicente-SP, local do imóvel. O documento foi emitido sem os nomes dos sócios executados alienantes, pois a ação corria na 3ª Vara do trabalho De Santos-SP. Dessa forma, o exequente é quem deveria ter agido para evitar a situação fazendo a averbação no registro de imóveis, conforme se pode depreender da leitura dos já citados normativos do Código de Processo Civil: “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins

A jurisprudência portuguesa contempla a má fé a partir da consciência do prejuízo, tal como já referimos. Contudo, percebe-se que a análise do caso concreto pela jurisprudência releva para a situação pelas partes envolvidas, sem que haja um critério claro sobre como as partes poderiam ter se acautelado para evitar a caracterização da má fé pelo critério da negligência consciente.

Nota-se nas decisões judiciais que a percepção do elemento cognitivo ocorre com base em sutilezas probatórias que nem sempre ficam claras ao longo do processo judicial, atentando-se os julgadores à especificidades que não apontam diretrizes relevantes para onde e como o dever de cuidado poderia ou deveria ser observado para se evitar a má fé³¹. Criticamente analisando, estas diretrizes poderiam formar precedentes que auxiliariam o problema probatório pertinente a prova da má fé, dando contornos mais claros ao que se deve entender por *consciência do prejuízo*.

Não existe no ordenamento jurídico norma que equipare a *consciência do prejuízo* que caracteriza a má fé, ao *desconhecimento negligente*. Desta forma, existem divergências doutrinárias quanto a esta equiparação. Alguns doutrinadores entendem que só uma modificação no texto legal poderia fazê-

de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 3o Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).”

Então, com base nos normativos e nas situações fáticas, acordou a 15ª Turma pela não procedência do pedido de consideração de fraude à execução.

³¹ S.T.J., Processo nº 2233/07.0TBCBR.C1.S1, Rel. Helder Roque, julgado em 9/02/2012. Os magistrados entenderam que a partilha, envolvendo para cada um dos condividentes a cedência do direito indiviso sobre uma totalidade que tem em relação aos bens em geral, em troca do direito exclusivo àqueles que lhe são assinados, quando acompanhada da declaração formal da obrigatoriedade do pagamento de tornas pelo excesso recebido, por parte de um deles, a favor do outro, é um inequívoco acto oneroso que, sendo posterior à constituição do crédito, e envolvendo a diminuição da garantia patrimonial do mesmo, exige a prova do requisito da má fé. Entenderam ainda que a consciência do prejuízo na qual consiste a má fé requer tão só a verificação do elemento intelectual comum ao dolo eventual e a negligência consciente, e não o elemento volitivo.

lo³².

A divergência no tocante a matéria é evidente e isso demonstra que a questão é extremamente delicada e deve ser analisada à luz do caso concreto, o que propunha VAZ SERRA nos estudos preparatórios ao sugerir que doutrina e jurisprudência decidissem sobre ser ou não necessária a consciência do prejuízo, ou bastar o conhecimento sobre a insolvência³³. Para uma parte da doutrina, que, *data vênia*, endossamos, teria sido mais razoável adotar a sugestão uma vez que algumas nuances relativas a elementos tão subjetivos, evidenciam-se quando analisadas caso a caso³⁴.

Entretanto, entendeu o legislador que a redação do n.º 2 do artigo 612.º do Código Civil, consagraria a má fé como a *consciência do prejuízo que o acto causa ao credor*. Aprofundando esta noção, poder-se-ia perfilhá-la pelo caminho de que o devedor e o terceiro adquirente devem perceber que daquele acto decorrerá a impossibilidade do credor de receber seu crédito integralmente. Se esta percepção ou consciência estiver presente no momento do ato, tanto na pessoa do vendedor quanto do adquirente, aquele ato será considerado de má fé.

Esta percepção dar-se-á a partir da noção da situação patrimonial do devedor e os efeitos que o ato poderá gerar em relação ao cumprimento de obrigações, ou seja, a percepção de que este ato poderá implicar na impossibilidade de satisfação

³² JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 204-205. O autor admite que “Só uma intervenção legislativa expressa poderia equiparar neste caso a ignorância culposa ao conhecimento”. E ainda MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, em anotação ao acórdão do S.T.J. de 23-1-1992, na R.L.J., Ano 127, p. 276, para quem “A *negligencia* (mera culpa ou culpa em sentido estrito) reflecte um simples desleixo, imprudência ou inaptidão. Na modalidade de *negligencia inconsciente*, é manifesta a sua autonomia em relação ao dolo. Não existe a representação ou previsão do resultado pelo autor do facto danoso. Nessa medida, exclui-se da hipótese do No. 2 do artigo 612º, do Código Civil”.

³³ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. *Responsabilidade patrimonial*. In: B.M.J., n.º. 75, 1958, p. 215.

³⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil, X – Direito das obrigações, Garantias*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 370.

integral do crédito, independentemente de um juízo de certeza sobre esta possível consequência futura, bastando um juízo de possibilidade sobre as eventuais consequências danosas do ato³⁵.

Outro aspecto relevante diz respeito ao momento desta consciência, ou seja, em que ocasião devem as partes, devedor e adquirente, estar cientes das possíveis consequências do ato. Esta consciência deve estar presente no momento da realização do ato, independentemente da forma como esta consciência ocorreu.

Para uma noção mais clara da concretização da consciência do prejuízo à partir da ideia da negligência consciente, trataremos a questão ligada a observância do dever de cuidado, que releva para o cumprimento de um dever acessório ao negócio jurídico celebrado, focando a questão na forma como a observância desse dever pode elidir a má fé das partes.

3. DEVER DE CUIDADO

Descritos os fundamentos acima, a observância do dever de cuidado constitui, *prima facie*, fundamento para concretização da boa fé subjetiva, conformando um parâmetro de retidão das condutas das partes impondo-lhes o dever de conhecimento de fatos relevantes ao negócio jurídico, concretizando assim a lisura da venda que se operou. Este pode ser um ponto de partida para a identificação do critério da boa fé subjetiva que pode, em princípio, descaracterizar a má fé.

Isto porque a *consciência do prejuízo* mencionada no n.º 2 do artigo 612.º do Código Civil não pode ser interpretada como mera causalidade ou seja, as partes têm ou não conhecimento, como se isso decorresse de obra do acaso. Tal consciência pode ser considerada a partir das medidas de cuidado as

³⁵ JOÃO CURA MARIANO. *Impugnação Pauliana*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 199; ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. *Responsabilidade Patrimonial*. In B.M.J., nº 75, 1958, p. 217.

partes devem adotar na celebração do negócio jurídico.

Uma concepção puramente psicológica da boa fé poderá levar ao equívoco de premiar a torpeza, os ignorantes, distraídos, além de, inversamente, desmerecer a conduta daqueles que agem diligentemente, e que se aperceberiam das desvantagens de tal conduta na medida em que os negligentes deixam de ser penalizados³⁶.

Os argumentos apresentados apontam para um cenário no qual não é possível aceitar a boa fé subjetiva apenas como um aspecto meramente psicológico, sem invocar diretrizes ético-normativas; não é possível saber o que se passa no íntimo de cada pessoa, saber se esta pessoa conhece ou não determinado fato. Partindo deste pressuposto, consideramos que o direito português aponta no sentido de que só pode invocar a boa fé aquele que sem culpa, desconheça algum fato que deveria conhecer.

Frontalmente o problema se apresenta da seguinte maneira: o juiz não pode decidir de modo direto, pronunciando-se sobre o conhecimento ou desconhecimento de alguém. Trata-se de um estado subjetivo que, por sua vez, pode deixar o magistrado à míngua da dúvida. Portanto, com o recurso a indícios externos, a partir das presunções judiciais, poderá o julgador concluir pelo provável estado de espírito das partes.

Quando esse condicionalismo inculcar a ignorância da parte no negócio jurídico acerca da lesão ao direito de terceiro, presumi-lo-emos de boa fé, caso contrário, há má fé, pois verifica-se o estado de consciência acerca do prejuízo ou, por não saber o que deveria, a negligência indesculpável³⁷.

Da análise de decisões judiciais dos Tribunais

³⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Português, I – Parte Geral*, 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 230.

³⁷ O autor faz essa afirmação no que respeita ao regime da boa fé subjetiva possessória. Contudo, sem prejuízo das diferenças, pensamos que a boa fé subjetiva em causa trata-se da mesma que verificamos na má fé pauliana, ou seja, um dever de esclarecimento sobre a situação jurídica em causa para não lesar a posição de terceiros. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 424.

portugueses, percebemos que a negligência consciente traduz-se em má fé ou consciência do prejuízo. Um bom exemplo da clareza acerca desta negligência consciente pela não observância do dever de cuidado pode ser percebido no acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, nos autos do processo 1549/2008-2. O relator claramente associa a negligência consciente ao descuido das partes, imperícia ou desleixo, quando assumem o risco do resultado, mesmo acreditando que ele não ocorrerá. No aludido caso, houve a ciência da situação patrimonial do vendedor através do envio de uma correspondência por parte da credora, cientificando as partes da existência de um débito e sua impossibilidade de recebimento. A atitude da credora resguardou-a no tocante a comprovar consciência do prejuízo por parte do alienante e adquirente, simplificando a prova da má fé³⁸.

³⁸ Tribunal da relação de Lisboa, Processo 1549/2008-2, Rel. Nelson Borges Carneiro, julgado em 10/04/2008.

“O conceito de má fé, para efeitos de impugnação pauliana, deve abranger tanto os casos de dolo como de negligência consciente em relação à verificação do prejuízo. Para que haja dolo é essencial o conhecimento das circunstâncias de facto que integram a violação do direito ou da norma tuteladora de interesses alheios e a consciência da ilicitude do facto; a mera culpa ou negligência consiste na omissão da diligência exigível do agente, como nos casos em que prevê a produção do facto ilícito como possível, mas por leviandade, precipitação, incúria ou desleixo crê na sua não verificação, e só por isso não toma as providências necessárias para o evitar (culpa consciente), e casos em que o agente não chega por imprevidência, descuido, imperícia ou inaptidão a conceber a possibilidade de o facto se verificar, podendo e devendo prevê-lo e evitar a sua verificação, se usasse da diligência devida (culpa inconsciente)(...).

Está provado que a autora enviou uma carta aos segundos réus, informando-os de que estava pendente acção por aquela instaurada contra os primeiros réus, proprietários do prédio, cifrando-se o capital em dívida em 24.231,66 €, e de que se reservava o direito de impugnar judicialmente qualquer negócio translativo de propriedade que incidisse sobre o referido imóvel – facto provado n.º 7.

Mais se provou que em 09.07.2004, a autora enviou outra carta aos segundos réus, F e esposa, informando-os da existência do crédito e da impossibilidade da sua satisfação caso o negócio de compra e venda do imóvel se realizasse – facto provado n.º 8. Inteirando-se do propósito de venda do imóvel, e conhecendo a identificação dos interessados e promitentes compradores, segundos réus na presente acção, a autora, em meados do mês de Abril do corrente ano, contactou-os, informando-os da existência do crédito e da impossibilidade da sua satisfação caso o negócio de compra e venda do imóvel se realizasse – facto provado n.º 16.

Este caso demonstra que as partes devem observar o dever de cuidado de modo a transmitir idoneidade a alienação que se opera, preservando o interesse do credor, tal como referido no acórdão.

Outro acórdão que vale ressaltar é o proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que se destaca pela impossibilidade de a parte aferir a situação patrimonial do vendedor, uma vez que não havia publicidade do processo criminal e eventual condenação. Outrossim, indica a possibilidade de impugnação pauliana sobre bens do casal, ainda que a dívida tenha sido contraída por apenas um dos cônjuges³⁹. Neste caso a parte ré alegou a impossibilidade de conhecimento da existência do débito, o que nos parece um bom argumento para descaracterizar a

Verifica-se pois que os Apelantes, F e P foram alertados pela Apelada para a impossibilidade da satisfação do crédito desta, caso tal negócio se concretizasse.

Assim, prevendo como possível que a compra e venda traria uma impossibilidade prática para a Apelada satisfazer o seu crédito (*pois disso foram avisados*), mas crendo na sua não verificação, e só por isso não tomaram as providências necessárias para o evitar, agiram com negligência consciente.

E, tal conclusão não é afastada pelo facto de antes de concretizarem a compra os 2ºs réus apurarem junto do procurador dos 1ºs réus que o produto da venda seria para pagamento dos créditos da CGD e da R, Ltda.

Concluindo, tendo os Apelantes consciência dessa impossibilidade prática de satisfação do crédito da Apelada, isto é, celebraram o negócio admitindo a hipótese de a lesar, agiram de má fé, pois tinham consciência do prejuízo que o acto a esta poderia causar”

³⁹ Tribunal da Relação de Évora, Processo 724/03-3, julgado em 17/06/2004.

I - A má fé, enquanto requisito subjectivo da impugnação pauliana significa a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor e neste sentido abrange a própria negligência consciente uma vez que o agente tem consciência de que o acto pode prejudicar o credor, ainda que confie que tal resultado não venha a verificar-se.

II - Não obsta à impugnação pauliana de alienação de bem comum do casal alienante, a circunstância de a dívida ser da responsabilidade de um deles apenas.

III - Face à nova redacção do artº 1696 do C.C. (D.L. 329-A/95 de 12/12) deixou de haver dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges sujeitas à moratória prevista na anterior redacção do nº 1 desse artigo, podendo na falta ou insuficiência de bens próprios do cônjuge devedor, ser imediatamente penhorados bens comuns do casal, contanto que o exequente ao nomeá-los à penhora peça a citação do cônjuge do executado para requerer, querendo, a separação de bens nos termos previstos no artº 825 do C.P.C.

negligência consciente porquanto não seria possível, ainda que observado o dever de cuidado, saber da existência da dívida.

Em tais situações, ou seja, quando a parte não tem possibilidade de saber da existência de uma dívida mesmo que empregando a diligência necessária para a celebração do negócio jurídico, parece que não cabe falar em má fé ou consciência do prejuízo concretizada pela falta de cuidado. Isto porque a negligência consciente faz pensar na ideia de responsabilidade pela inobservância do dever de cuidado, consoante o padrão do “bom pai de família”. Ao recorrer a esta ideia, o que se faz é referência à culpa em sentido amplo⁴⁰, não é possível falar em culpa quando não é possível às partes o conhecimento da existência de uma dívida.

Quaisquer regras postas pelo legislador, apesar de institucionalizadas e heterônomas, não podem ser positivadas com qualquer tipo de conteúdo, já que elas são limitadas por meio da integridade revelada pelos princípios, ou melhor, por meio de argumentos morais, no qual necessariamente, no âmbito das relações negociais, se inclui o princípio da boa fé subjetiva, que no âmbito da impugnação pauliana define os atos jurídicos que serão válidos, já que o direito, necessariamente deve estar em consonância com uma pretensão implícita de justiça⁴¹.

O argumento da falta de regra explícita no ordenamento jurídico que obrigue a um dever de cuidado no tocante aos negócios jurídicos não se sustenta. Ainda que o enunciado normativo do n.º 2 do artigo 612.º que define a má fé como a *consciência do prejuízo* seja indeterminado quanto ao dever acessório de conduta que lhe seja implícito, não se pode dizer que esta indeterminação atinja os princípios que norteiam tais deveres

⁴⁰ FERNANDO PESSOA JORGE. *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 319.

⁴¹ NEIL MACCORMICK. *Instituciones del Derecho*. Tradução de Fernando Atria y Samuel Tschorne. Madri: Marcial Pon Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2011, p. 339.

acessórios, cominados no ordenamento⁴².

Assim, o que se observa é que, apesar de a moral ser autônoma e, portanto, diferenciar-se do direito heterônomo posto, no qual se inclui a regra constante do n.º 2 do artigo 612.º do Código Civil, há entre eles um nítido ponto de contato, que se revela, também, na própria boa-fé subjetiva e os vetores que postula. Isso porque, para a adequação subsuntiva do enunciado do n.º 2 do art. 612.º, e delimitação de todas as suas consequências, será necessário um juízo de ponderação com o próprio princípio da boa-fé, na sua perspectiva subjetiva, para com isso ser respeitada aquela pretensão implícita de justiça exigida de todas as normas jurídicas.

Nesse ponto começamos a notar que, na verdade, muitos dos princípios jurídicos, como o da boa fé, fazem ponte entre princípios morais não objetivados e as regras jurídicas, que passaram por um processo de institucionalização pela sua positivação, tal como o n.º 2 do artigo 612.º do Código Civil. Aliás, SANTI ROMANO já sinalizava uma reação a qualquer pretensão de isolacionismo e completude do Direito, como se fosse fruto exclusivo do Estado, restando clara a incompletude do direito positivado e de sua necessária complementação com os princípios jurídicos⁴³.

4. PRESUNÇÕES JUDICIAIS E A PROVA DA MÁ FÉ

Não havendo uma regra legal de presunção de má fé no tocante a impugnação pauliana de atos onerosos no ordenamento jurídico português parece-nos que, elemento tão subjetivo quanto a consciência do prejuízo deva ser analisado à luz do caso concreto, a partir de princípios de prova direta e indireta, relevando ao arbítrio e experiência do magistrado analisar os casos

⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Português, I – Parte Geral*, 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 480 e ss.

⁴³ SANTI ROMANO. *L'ordinamento giuridico*. 3ª ed. Firenze: Nuova Biblioteca. 1977, p. 41-43.

em que a presunção pode ser elemento norteador da comprovação da má fé. Entretanto, vale referir que alguns ordenamentos jurídicos presumem a má fé, como é o caso do brasileiro⁴⁴, italiano⁴⁵, alemão⁴⁶, espanhol⁴⁷ e inglês⁴⁸.

A jurisprudência deixa alguns sinais no que concerne à prova da má fé através de indícios baseados na experiência do magistrado e que mostram-se essenciais para superação do problema que se coloca quanto a dificuldade probatória consciência do prejuízo⁴⁹.

De forma indireta a prova da má fé se dá através de indícios que demonstram que as partes tinham consciência do prejuízo que causariam ao credor, ou até mesmo deixaram de ter

⁴⁴ Nos artigos 159 e 163 do C.C. Brasileiro, estão consagradas presunções de má fé para a impugnação pauliana individual, a do terceiro adquirente nos atos onerosos, quando é notória ou cognoscível a situação de insolvência do devedor e a da constituição de garantias pelo credor insolvente.

⁴⁵ Estabelece presunções legais de má fé para a impugnação coletiva do art. 67º, da legislação falimentar.

⁴⁶ Na *AnfG* alemã, a má fé do terceiro adquirente, enquanto conhecimento da intenção de prejudicar os credores, por parte do devedor, presume-se de forma absoluta do conhecimento desse prejuízo (§3,1), e nos negócios onerosos celebrados entre pessoas com uma relação de proximidade, presume-se a má fé dos seus intervenientes, a qual só pode ser ilidida pela prova de que o terceiro adquirente não teve conhecimento da intenção de prejudicar do devedor (§3,2).

⁴⁷ O art. 1297, do C.C. Espanhol, presume a existência de má fé em todos os atos gratuitos e dos atos onerosos praticados após a pronúncia de sentença judicial condenatória na satisfação do crédito, ou decisão de arresto ou penhora de bens.

⁴⁸ O *Insolvency Act*, do Reino Unido, nas seções 239 e 341, presume a intenção de beneficiar os credores privilegiados por determinados atos do devedor dependendo a relação de proximidade entre eles.

⁴⁹ Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 1380/10.STVLSB.L1-1, Rel. Manuel Marques, julgado em 30/04/2013.

1- A prova directa do requisito da impugnação pauliana, existência da má-fé, é extremamente difícil de alcançar, pelo que haverá que recorrer às chamadas presunções judiciais, ou seja, a meios lógicos e mentais da descoberta de factos, mediante o recurso a regras da experiência, podendo aquela prova emergir de factos indiciários, instrumentais ou circunstanciais (factos conhecidos).

(...)

3- A lei não exige, quanto à má-fé, a concertação do devedor e do terceiro para atentar contra o direito do credor, bastando para esse fim que tenham agido com consciência do prejuízo que o acto causa ao credor.

esta consciência voluntariamente, equiparando-se aqui ao caso da negligência consciente que tratamos acima, poderia ser atenuada pela observância do dever de cuidado, conferindo contornos mais claros sobre o que entender por consciência sob a perspectiva do que as partes deveriam ou teriam condições de saber, para além daquilo que as partes efetivamente sabem.

Podem ser sinais que levem o julgador a ter uma percepção mais clara acerca do juízo ético envolvido naquele negócio jurídico mediante revelações de um estado psíquico cognitivo que envolvia as partes e que poderão levar o juiz ao convencimento de que houve má fé das partes naquele ato⁵⁰.

5. CONCLUSÃO

A análise da má fé é fundamental sob o ponto de vista prático deste instituto de tamanha importância nas questões atinentes a garantia do direito de crédito. O juízo de *consciência do prejuízo* é ainda bastante nebuloso, o que dificulta sua aplicação prática. Não basta uma aproximação apenas das particularidades dos agentes envolvidos no ato impugnado. Antes, é preciso perceber as nuances de tudo o que deixou de ser relevado pelas partes quando da concretização do negócio jurídico.

A percepção do interesse do credor deve ser destacada nos negócios jurídicos onerosos, considerando não apenas aquilo que lhes era sabido, como também aquilo que, mesmo não tendo conhecimento objetivamente, deveriam procurar saber. Trata-se de uma objetivação daquilo que as partes não sabem, conformando assim, a análise de um juízo de negligência.

O critério do *bonus pater familias*, positivado no n.º 2 do artigo 487.º do Código Civil, não é um conceito determinado. Porém, no caso da má fé, pode ser útil no juízo concreto da negligência consciente, decorrendo disto, uma valoração não

⁵⁰ JOÃO CURA MARIANO. *Impugnação Pauliana*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 209.

estritamente firmada na conduta dos agentes, mas também na observância da exigência do dever de cuidado e auxiliando como bitola de avaliação da consciência do prejuízo das partes envolvidas no negócio jurídico celebrado.

A racionalidade das decisões jurídicas para adoção desse critério no momento de sopesar a conduta das partes a fim de averiguar a má fé dos agentes envolvidos, passa pela congruência das normas de direito que decorrem, por sua vez, de princípios norteadores de justiça cuja observância deve ser obtemperada diante da norma jurídica e do caso concreto. A atitude das partes pode mostrar-se fundamental para a caracterização da má fé. Isto porque, no ato da compra, podem proceder com cuidado, exigindo a apresentação de certidão negativa de débitos de determinados órgãos fiscais e judiciais, de modo a comprovar a existência ou não de dívidas. Esta conduta, *de per si*, poderia indiciar a boa fé, isto para não dizer, elidir a suspeita da má fé.

Importante salientar que o problema da má fé está justamente na terminologia utilizada na lei e na falta de determinação conceitual precisa para o que se entender por *consciência do prejuízo*, deixando o problema para ser solucionado interpretativamente pela doutrina e pela jurisprudência, que acabaram por assumir este papel e que, por vezes, presta o relevante contributo de traçar diretrizes que auxiliam no julgamento de casos semelhantes, fazendo com que este instituto se mantenha atualizado e dinâmico.

Existem obstáculos na aplicação prática da impugnação pauliana em relação a atos onerosos que decorrem da dificuldade probatória, notadamente por ser extremamente difícil para a parte prejudicada demonstrar o que as partes sabem, mostrando-se talvez mais razoável, perspectivar esta consciência presuntivamente a partir daquilo que as partes não sabem mas tinham condições de saber.

Poder-se-á adotar maior rigor no tratamento dispensado ao que se entende por *consciência do prejuízo*, concebendo um

alargamento na bitola a partir da negligência consciente das partes considerada pela inobservância dos deveres acessórios implícitos, cuja base legal, está no princípio da boa fé subjetiva.

Acredita-se que dita evolução trará mais transparência nas relações negociais, maior intensificação no rigor por ocasião da contratação dos créditos, e na realização dos negócios jurídicos onerosos, pois fará com que as partes ajam com cautela relativamente a existência de créditos resguardados pela garantia patrimonial geral.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel Domingos de. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações*. In: MESQUISA, Manuel H.; BARROS, José de. *Lições proferidas ao 3º ano do Curso de Direito de 1954-1955*. Coimbra: Associação Académica, 1954-1955.
- COELHO, José Gabriel Pinto. *Direito Civil: Obrigações*. Lisboa: FDUL, 1939.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Português, I – Parte Geral*, 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *Tratado de Direito Civil, X – Direito das obrigações, Garantias*. Coimbra: Almedina, 2015.
- COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 10ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. Anotação ao acórdão do S.T.J. de 23-01-1992, na R.L.J., Ano 127.º, e acórdão do S.T.J. de 26-05.1994.
- CUNHA, Paulo. *Da garantia das obrigações*. In: CORTE-

- REAL, Eduardo Pamplona. *Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Tomo I. Lisboa: s/ed, 1938-1939.
- FERREIRA, Maria do Patrocínio Baltazar da Paz. *Impugnação Pauliana*. Aspectos gerais do regime, dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas, disponível da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1987.
- GIAMPICCOLO, Giorgio. *La buona fede in sendo suggestivo nel sistema del diritto privato*, na R.D.C.D.G.O., Ano LXIII, parte 1.^a
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*, XII. Coimbra: Coimbra Editora, 1937.
- GUICHARD, Raúl. *Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1996.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1995.
- MACCORMICK, Neil. *Instituciones del Derecho*. Tradução de Fernando Atria y Samuel Tschorne. Madri: Marcial Pon Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2011.
- MARIANO, João Cura. *Impugnação Pauliana*. 2^a. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil Português, II – Das obrigações*. Coimbra: F. França Amado, 1911.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 3^a ed. Firenze: Nuova Biblioteca. 1977.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Responsabilidade Patrimonial*. In B.M.J., nº 75, 1958.
- _____. *Obrigações – Ideias preliminares gerais*. In: B.M.J., nº 77, 1958
- _____. *Garantia dos Direitos de Crédito*. B.M.J., nº. 99, 1960.
- _____. Anotação acórdão do S.T.J. de 30 de janeiro de 1968,

“Rev. De Leg. e jurisprudência”, ano 102.º., p. 5-10
VARELA, João de Matos Antunes. *Ensaio sobre o Conceito do Modo*, Coimbra: Atlântida, 1955.

JURISPRUDÊNCIA

*ACÓRDAOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*⁵¹

- S.T.J. Acórdão JSTJ00034781, relatado por Silva paixão, julgado em 03/05/2000.
- S.T.J. Acórdão SJ200205090009342. relatado por Ferreira Girão, julgado em 18/10/2001.
- S.T.J. Acórdão JSTJ00042881, relatado por Farias Antunes, julgado em 05/02/2002.
- S.T.J., Processo 2233/07.0TBCEB.C1.S1, relatado por Helder Roque, julgado em 09/02/2012.
- S.T.J., Processo 02B934, relatado por Ferreira Girão, em 9/05/2002.
- S.T.J. Acórdão 1744/05.6TBAMT.P1S1, relatado por Nuno Carneira, julgado em 16/04/2013.
- S.T.J., Processo n.º 1364/04.2, relatado por Fonseca Ramos, em 20/03/2014.
- S.T.J., Processo 6629/04, 6.ª Secção, relatado por Pinto de Almeida, julgado em 25/11/2014.
- S.T.J. Acórdão n.º 593/06.9TBSC.L1.S1, relatado por Helder Roque, julgado em 14/04/2015.
- S.T.J. Acórdão 593/06.9TBCSC.L1.S1, relatado por Helder Roque, julgado em 14/04/2015
- S.T.J. acórdão n.º 1364/04.2, relatado por Fonseca Ramos, julgado em 20/03/2014.

*ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO*⁵²

⁵¹ Acórdãos estão disponíveis em www.dgsi.pt.

⁵² Acórdãos estão disponíveis em www.dgsi.pt.

Tribunal da Relação de Évora, Processo 724/03-3, julgado em 17/06/2004.

Tribunal da relação de Lisboa, Processo 1549/2008-2, relatado por Nelson Borges Carneiro, julgado em 10/04/2008.

Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 1380/10.STVLSB.L1-1, relatado por Manuel Marques, julgado em 30/04/2013.

*BRASIL: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO*⁵³

Processo nº 0002154-53.2014.5.02.0443, relatado por Silvana Abramo Margherito Ariano, julgado pela 15ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em 19/11/2015.

⁵³ Disponível em www.trt02.jus.br