

## DO FUNDAMENTO DA RESCISÃO PAULIANA

Pelo DR. FREDERICO JOÃO DE FREITAS  
E VASCONCELOS

### Introdução

Vamo-nos ocupar do instituto que, porque se julga ter sido criado no direito romano pelo jurisconsulto Paulo, na sua qualidade de pretor, se tem chamado vulgarmente da «acção pauliana».

É de admitir que tenha surgido quando a força posta ao serviço dos legítimos interesses dos credores cessou de actuar contra a própria pessoa do devedor, para passar a exercer-se sobre o seu património, isto é, quando se põe o problema da conservação da consistência real e prática do património do devedor.

Impunha-se resolver a questão originada pelo aparecimento das necessidades opostas: de assegurar a satisfação dos interesses dos credores, e de garantir ao devedor os poderes de administração e de disposição dos seus bens.

Desde então, o instituto tem sofrido uma longa e lenta evolução.

Se bem que as solicitações do meio social que impuseram a sua criação se mantenham na sua essência, intensificaram-se, e por isso evoluíram no sentido de exigirem uma regulamentação com maior eficiência prática.

No Código Napoleónico esta regulamentação revelava um carácter acentuadamente subjectivo: a intenção de prejudicar era a pedra de toque para se admitir a rescisão pauliana.

No nosso Código Civil, mais moderno, para se responder satisfatoriamente às novas solicitações sociais, teve de se usar de outros processos técnico-jurídicos que melhor se adaptassem às novas realidades sociais.

Tinha aumentado a influência do factor económico e tinha-se desenvolvido o crédito, que caracteriza a vida moderna no campo comercial e também no civil.

Cabia à providência pauliana proteger a expansão e o desenvolvimento desse crédito atendendo antes ao resultado efectivo do acto fraudulento do que à intenção do agente e estendendo-se às hipóteses em que não se verifica sequer a má fé.

Mas, se o instituto é de tão grande repercussão nos interesses privados, porque se foca, ao designá-lo, a sua projecção processual: «acção pauliana», «acção revogatória», «acção rescisória»?

Trata-se de puro convencionalismo, para não falarmos de rotina. É que as monografias que a ele respeitam apresentam como espinha dorsal da sua sistematização a acção — natureza jurídica da acção pauliana, efeitos da acção pauliana, etc. —, mais para não fugir à sistematização já consagrada em anteriores trabalhos, do que para esquecer ou sequer diminuir o seu maior interesse substantivo.

A acção é tutela inerente a todo e qualquer interesse privado juridicamente protegido: é um direito à protecção judicial e dirige-se contra o Estado. Como no direito moderno existe o princípio fundamental de que ninguém pode fazer-se restituir ao exercício dos seus direitos por autoridade própria, salvo nos casos declarados na lei (Código Civil, art.º 2.535), a acção judicial é quase o único meio legal para uma pessoa fazer valer os seus direitos.

No nosso Código Civil esta providência encontra-se amplamente representada nos preceitos dos art.ºs 1.033 a 1.045, sob a epígrafe «Dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiro» tal como a simulação, em termos tais que mostram bem que se destina a obter efeitos que modificam directamente a situação do devedor e de terceiros, o que é suficiente para garantir o seu lugar no Direito material.

A providência pauliana consiste numa *rescisão*.

O art.º 1.044 do nosso Código Civil fala em «rescisão» do acto fraudulento — assim como os art.ºs 1.033, 1.038, 1.039 e 1.042 — e declara que, como consequência dessa rescisão, «revertem os valores alienados ao cúmulo dos bens do devedor, em benefício dos seus credores» (1).

---

(1) Este preceito refere-se às alienações a título exemplificativo, por se tratar do acto fraudulento mais frequente e característico; e refere-se à restituição dos valores alienados só a favor do património do devedor, porque tem os olhos postos no interesse dos credores.

O Código Civil emprega frequentemente a palavra rescisão com um alcance amplíssimo, para significar e abranger toda a supressão do acto jurídico.

Se quisermos, porém, ser precisos, diremos que a rescisão é a supressão do acto jurídico por uma causa diferente da pura vontade livre do autor do acto, isto é, ou por uma vontade diferente da vontade dos autores do acto, ou pela vontade dos autores do acto, mas vontade que necessita de se fundar em determinada causa que a lei marca.

Ao passo que a revogação, de harmonia com o art.º 702.º do Código Civil, é a supressão por livre vontade do autor ou autores do acto jurídico.

Assim, quando alguém vai, por sua vontade, ao tribunal pedir a anulação, porque tem de demonstrar que há nulidade relativa para o acto ser destruído, estamos perante uma rescisão, pois a vontade não é livre, é uma vontade que põe em acção uma causa que tem de ser demonstrada — a nulidade.

É por isso que tanto a anulação, como as declarações de nulidade absoluta ou de inexistência jurídica e ainda as impugnações, são rescisões.

Qual o fundamento da rescisão pauliana? É o que vamos procurar saber nas páginas que se vão seguir.

---

## SUMÁRIO

- 1 — Objecto de estudo e método adoptado.
- 2 — Necessidade de determinar o fundamento jurídico da rescisão.
- 3 — Carácter substantivo do instituto.  
Rejeição de qualquer fundamento processualista.
- 4 — A rescisão entendida como reacção contra o ilícito extra-contractual do terceiro adquirente :
  - a) Exposição desta doutrina ;
  - b) Apreciação.
- 5 — Necessidade de determinação da estrutura das obrigações.  
Concepção da obrigação como vínculo complexo e seus fundamentos. «Direito à prestação» ; sua amplitude.

6 — Autonomia do «Direito de garantia comum».

7 — A) — Doutrina seguida por Cicu.

a) Exposição ;

b) Apreciação.

B) — Doutrina seguida por Cosattini :

a) Exposição ;

b) Apreciação.

8 — Natureza real do «direito de garantia comum».

9 — Natureza universal do «direito de garantia comum».

a) Concepção defendida pelo Prof. Galvão Teles ;

b) Concepção adoptada pelo Prof. Gomes da Silva ;

c) Solução adoptada.

10 — Doutrina que recorre à Teoria do Abuso do Direito.

a) Exposição ;

b) Apreciação.

11 — Doutrina que recorre à Teoria da Causa-Motivo.

a) Exposição ;

b) Apreciação.

12 — Doutrina da Impugnabilidade.

a) Exposição ;

b) Apreciação.

13 — Solução proposta.

a) Objecto legalmente impossível ;

b) Nulidade relativa.

**I.** Constitui objecto deste estudo a determinação do fundamento da rescisão.

As investigações neste sentido, além do seu interesse teórico, têm um evidente fim pragmático : surpreendendo os princípios orientadores dos sistemas dos institutos, fornecem um guia seguro na solução das numerosas dificuldades que surgem ao procurar-se desvendarem todos os elementos desses sistemas.

Nestas investigações, não nos alharemos do direito positivo : o

jurista não pode fazer tábua rasa da lei e só lhe é permitido construir dentro dos princípios e directrizes por ela revelados. Sempre atentos aos textos legais, faremos o trabalho de assimilar e joear as várias doutrinas que se têm apresentado, entre nós e no estrangeiro, sobre o fundamento da providência, trabalho indispensável à própria investigação científica.

Mas, dada a complexidade da matéria a versar, que se prende com alguns dos problemas mais fundamentais e controvertidos do Direito, e dada a imprecisão terminológica de alguns autores, julgamos conveniente ocupar-nos dessas doutrinas só quando se torne oportuno, à medida que nos formos internando na matéria, precisando e definindo conceitos, seleccionando e eliminando elementos.

O plano de estudo é pois, em resumo: seguirmos o caminho da investigação do fundamento da rescisão com exposição e apreciação oportunas das várias doutrinas.

**2.** O problema consiste em determinar o fundamento jurídico da rescisão, a sua causa jurídica.

E focamos este ponto porque a situação de desentendimento, de divergência da doutrina, quanto ao fundamento da providência pauliana, provém, em parte, da maneira errada como se tem posto o problema.

Principalmente os autores franceses do século passado, ao procurarem determinar o fundamento, contentam-se com a apresentação de alguns princípios morais de sã justiça, que têm inspirado os legisladores através da história, na regulamentação deste instituto (por exemplo «*suum cuique tribuere*») (1).

Trata-se de tentativas inúteis, sem fins construtivos. A função do intérprete é dar uma explicação dogmática e não apenas histórica do instituto. Ora estes autores apenas tentam explicar qual o fundamento histórico-político da providência pauliana.

**3.** Certos autores italianos (2) defendem o carácter nitida-

---

(1) Vidé, entre outros: Bédarride, «*Traité du dol et de la fraude en matière civil et commerciale*», 1887, IV, pág. 5, 4.<sup>a</sup> edição; entre nós, e modernamente, temos, Cunha Gonçalves, «*Tratado de Direito Civil*», V, pág. 399.

(2) Andrioli e Anberta, citados por Cosattini, «*La Revoca degli atti fraudolenti*», pág. 54 e segs.

mente adjectivo deste instituto, possivelmente importando doutrinas processualistas da Alemanha.

Julgamos que, à face da lei portuguesa — senão também à face da lei italiana, francesa, espanhola, brasileira, etc. — o instituto é caracteristicamente de Direito Substantivo.

O direito de fazer rescindir o acto fraudulento destina-se, no nosso Direito, a obter efeitos que modificam directamente a situação jurídica do devedor e do terceiro adquirente (art.º 1.044 do Código Civil), e julgamos isso suficiente para demonstrar que não se age apenas contra o Estado, mas também, e sobretudo, contra o devedor e contra aqueles que participaram com ele na prática de actos prejudiciais aos credores.

A necessidade jurídica da intervenção dos tribunais não tira necessariamente o carácter privado a um poder jurídico. No Direito moderno, existe o princípio fundamental de Justiça Pública, segundo o qual ninguém pode fazer-se restituir ao exercício dos seus direitos por autoridade própria, salvo nos casos declarados na lei (art.º 2.535 do Código Civil). E frequentemente acontece que direitos indiscutivelmente de Direito Material só se podem exercer, em princípio, através dos órgãos judiciais. Exemplo: a hipoteca.

Esta corrente processualista é unanimemente rejeitada pelos nossos juristas, como é lógico.

Não tem, portanto, qualquer interesse para nós; e julgamo-nos assim dispensados de maior desenvolvimento na exposição e apreciação desta corrente doutrinária.

4. Segundo a corrente doutrinária dominante na França e na Itália, o fundamento está no ilícito do terceiro-adquirente (1).

---

(1) Vid. entre outros: Capmas, «De la révocation des actes faits par le débiteur en fraude du droit du créancier», 1848; F. Laurent, «Principes de Droit Civil», XVI, 3.ª edição, 1878, pág. 495; George M. Vlasto, «De l'action Paulienne», 1890, págs. 80 e 81; Filangieri, «Rivista giuridica dottrinale e pratica», 1899, pág. 81 e segs.; Baudry-Lacantinerie e Barde, «Traité théorique et pratique de Droit Civil des obligations», 3.ª edição, I; Aubry e Rau, «Cours de Droit Civil Français», IV, 1902, pág. 217 e segs.; Jean Archer, «Essai sur la nature de l'action Paulienne», in «Revue de Droit Civil», 1906, pág. 108 e segs.; Henri de Page, «Traité élémentaire du Droit Civil Belge», III, 1936, pág. 201 e segs.

a) *Exposição*

Para os seus autores, a *má fé* ou a *intenção de prejudicar os credores* — divergem as opiniões sobre se basta o simples conhecimento do prejuízo causado aos credores ou se é necessária a intenção de prejudicar os credores — só por si, constitui um *ilícito subjectivo*, embora seja também necessário um dano real, objectivo, figurando em segundo plano.

Mas, porque o devedor, por hipótese, fica insolvente, praticamente o peso da indemnização recai sobre o terceiro-adquirente, e deve-se, por isso, considerar a atitude do terceiro-adquirente como aquela que caracteriza o instituto.

Surge a dificuldade seguinte: é ponto assente na doutrina e na jurisprudência da França e Itália, de harmonia com a tradição, que o requisito psicológico não é de exigir relativamente ao terceiro-adquirente, nos actos a título gratuito. Onde está então o ilícito, sempre que este acquirente está de boa fé?

Os autores procuram afastar esta dificuldade de formas diversas.

Uns sustentam que se trata de *uma presunção «juris et de jure» de fraude* (1).

Mas a verdade é que a lei, quer francesa, quer italiana, não estabelece tal presunção — o mesmo se pode dizer a respeito da nossa lei — e a maioria tem procurado outro fundamento para estas hipóteses.

Muitos vêem *um enriquecimento sem causa do terceiro-adquirente* (2): o acquirente da coisa alienada a título oneroso desembolsa o respectivo valor, que entra para o património do devedor; e, por isso, o contrato, em rigor, não diminui este património, nem produz a sua insolvência; pelo contrário, o acquirente a título gratuito nada dá em troca; e, consequentemente, se ficasse liberto das responsabilidades das dívidas do alienante, locupletar-se-ia à custa

---

(1) Vid., por ex., Baudry-Lacantinerie e Barde, ob. cit., I, e Filangieri, Rev.<sup>a</sup> cit., 1899, pág. 81 e segs.

(2) Vid., entre outros, os seguintes autores estrangeiros: Aubry e Rau, ob. e vol. cits., pág. 217; George Vlasto, ob. cit., pág. 80; Jean Archer, ob. cit., pág. 112. Autores portugueses: Guilherme Moreira, «Instituições do Direito Civil Português», II, pág. 175, e Cunha Gonçalves, ob. e vol. cits., pág. 769.

dos respectivos credores. E acrescentam: para a rescisão do acto fraudulento, não há que investigar a origem e a natureza do título do credor.

Muitos outros recorrem a outra justificação: confrontando a situação do adquirente a título gratuito e de boa fé com a do credor defraudado, vê-se que este quer evitar um dano, ao passo que aquele realiza um lucro em detrimento daquele; e, entre o que «certat de lucro vitando» e o que «certat de lucro capiendo», deve prevalecer o primeiro, em homenagem à regra de que ninguém deve enriquecer «cum alterius detrimento et injuria»; ao passo que, confrontando a situação do adquirente a título oneroso e de boa fé com a do credor defraudado, vê-se que ambos procuram evitar um prejuízo, e só porque um deles deve suportar necessariamente o prejuízo, é que se deve atender ao facto do credor não ter a posse («in pari causa possessor haberi debet»), e se deve decidir que sobre este é que deve recair o prejuízo (1).

#### b) — *Apreciação*

Qual o valor desta doutrina, ou melhor, destas doutrinas?

1) Antes de mais, partem do pressuposto que parece errado de que «o peso da indemnização recai sobre o terceiro-adquirente».

Pelo menos à face da lei portuguesa, não se pode dizer que na providência pauliana haja um dever de indemnizar.

Se a providência consiste numa rescisão de um acto jurídico e há uma destruição «ab initio» do acto fraudulento (infra n.º 13), as situações jurídicas dos sujeitos (devedor e terceiro-adquirente) serão restituídas, em princípio, ao estado anterior ao acto, como se mudança jurídica alguma se tivesse operado.

O que caracteriza a indemnização de perdas e danos é a reparação por equivalente pecuniário do prejuízo causado e não uma satisfação específica pela reposição das coisas no estado em que se encontravam antes do acto fraudulento ter produzido os seus efeitos. Que a rescisão difere estruturalmente da indemnização prova-o o art.º 697 e seu § 2.º do Código Civil, que permite a cumulação das duas

---

(1) Vid. por ex., Demolombe, ob. cit., II, n.º 196; Henri Page, ob. cit. III, pág. 201; Maierini, cit. por Cunha Gonçalves, ob. e vol. cit., pág. 775.



figuras, numa mesma hipótese: ao lado da rescisão, pode haver um dever de indemnizar por parte do sujeito que estiver de má fé.

A indemnização está fora do âmbito do instituto da providência pauliana e os efeitos desta providência afectam igualmente o devedor e o terceiro adquirente, porque ambos são sujeitos do acto que for rescindido.

2) Por outro lado, falam de um elemento adjectivo, o prejuízo efectivo do credor, para o colocar depois na sombra, sem se darem ao trabalho da determinação do papel que desempenha no instituto.

Se bem que seja só por si, uma lacuna lamentável da construção jurídica, é tanto mais grave para nós quanto é certo que a nossa lei, no art.º 1.033 e segs. do Código Civil, segue uma orientação objectiva, atendendo principalmente ao prejuízo causado pelo acto fraudulento e só secundariamente à má fé dos sujeitos.

Basta ler o art.º 1.033: «O acto ou contrato verdadeiro mas celebrado pelo devedor em prejuízo do seu credor, pode ser rescindido a requerimento do mesmo credor, se o crédito for anterior ao dito acto ou contrato, e deste resultar a insolvência do devedor»; e o art.º 1.035: «Se o acto ou contrato for gratuito, pode dar-se a rescisão, ainda que os estipulantes não procedam de má fé».

Mas outras observações há que fazer.

3) Cicu (1), procurando demonstrar que a providência tem por fundamento o ilícito do devedor, critica esta doutrina declarando que, sob um ponto de vista geral, não se pode acolher uma teoria que a uma mesma medida legal, que pressupõe sempre uma alienação feita pelo devedor em fraude do credor, atribua dois diversos fundamentos.

Com efeito, é uma legítima aspiração do jurista atingir a unidade nas suas construções.

Mas passemos à apreciação de cada um dos fundamentos apresentados.

4) Quanto às hipóteses de actos a título oneroso, podemos opor uma séria objecção contra o fundamento do ilícito subjectivo do terceiro-adquirente: como se compreende que também se exija a má fé do devedor (Código Civil, art.º 1.034)? Deveria bastar a má fé do terceiro-adquirente.

---

(1) Cit. por Casattini, ob. cit., pág. 83.

Não se diga que o ilícito está no acordo fraudulento entre o devedor e o terceiro-adquirente. Se as leis francesa e italiana permitem divergências na jurisprudência e na doutrina francesa e italiana, quanto à necessidade ou desnecessidade desse acordo fraudulento, hoje a melhor doutrina opta pela não exigência desse acordo. E, perante a nossa lei, não tem havido nem pode haver dúvidas: a má fé do terceiro-adquirente não implica o conhecimento da má fé do devedor (1): conseqüentemente não é necessário o acordo fraudulento entre estes dois sujeitos.

5) Quanto ao enriquecimento sem causa, devemos dizer que o princípio do não locupletamento à custa alheia só poderá ter aplicação num momento posterior à destruição do título aquisitivo do terceiro-adquirente.

Repare-se: enquanto o título de aquisição existe, o enriquecimento do terceiro-adquirente não é sem causa.

O objectivo deste instituto é exactamente destruir esse título de aquisição, para evitar que o credor, encontrando a muralha do título aquisitivo do terceiro-adquirente, não possa prevalecer-se dos bens alienados pelo devedor.

Mas as conseqüências que resultariam da aplicação desta teoria do enriquecimento sem causa não são menos elucidativas: a destruição do acto fraudulento seria limitada ao montante do enriquecimento, como é óbvio. Ora essa limitação é contrária ao regime legal do instituto: nem o art.º 1.044, que se refere especialmente aos efeitos da rescisão pauliana, nem qualquer outro preceito deste instituto, estabelecem qualquer limitação à destruição do acto fraudulento.

Estamos certos de que a nossa lei não permite que se estabeleça qualquer limitação à destruição do acto fraudulento, quer em relação ao montante do prejuízo dos credores, quer em relação ao enriquecimento de terceiros. O que a lei pretende é fazer regressar a situação ao «statu quo ante».

6) Dissemos que outros autores invocam o princípio de que ninguém deve enriquecer «cum alterius detrimento et injúria».

---

(1) Apenas Cunha Gonçalves tem opinião diferente, certamente influenciado por antigas doutrinas estrangeiras, em manifesta contradição com o disposto na lei portuguesa — ob. e vol. cit., págs. 774 e 775. Vid. art.º 1.036 do Código Civil.

Esquecem-se estes autores que o credor pode ter adquirido o crédito também por título gratuito, sem, no entanto, deixar de poder beneficiar da providência pauliana, pois a lei não olha à natureza gratuita ou onerosa do título por que se constituiu o crédito.

Acresce que o credor não tem qualquer direito sobre os bens do devedor, considerados na sua materialidade. Mesmo que se acompanhem aqueles que defendem a existência de um direito real sobre o património do devedor, deve-se considerar objecto desse direito, não os bens do devedor considerados individualmente, mas a universalidade do património. Ao passo que o terceiro-aquirente seria titular de um direito válidamente constituído, se não existisse a providência pauliana. Não há qualquer colisão entre este direito e o direito do credor.

5. Somos de opinião de que não se pode avançar no problema do fundamento da rescisão pauliana sem determinar a estrutura da obrigação. Essa necessidade já se fez sentir e tornar-se-à imperiosa para o futuro. Julgamos, pois, oportuno, lançarmo-nos já, nesse estudo.

Queremos desde já prevenir que vamos fazê-lo o mais sucintamente que a complexidade e vastidão do assunto nos permita, uma vez que não constitui o objecto principal deste nosso trabalho.

Gaudemet, a propósito da transmissão das dívidas, diz: «a obrigação apresenta um duplo carácter: é um vínculo pessoal entre o credor e o devedor; mas é ao mesmo tempo um elemento do património: valor activo para o credor, valor passivo para o devedor. Conforme se dá o predomínio, na definição de obrigação, a um ou a outro destes caracteres, assim nós rejeitamos ou admitimos a sucessão de créditos e dívidas. Se a obrigação é exclusivamente um vínculo pessoal, a mudança de pessoa destrui-lo-á, e será preciso substituir o vínculo antigo por um vínculo novo. Se, ao contrário, é exclusivamente uma parte do património, poderá, sem modificação, passar de um credor para outro credor, ou de um devedor para outro devedor, da mesma maneira que um direito de propriedades circula sem se alterar» (1).

E acrescenta: «Destas duas concepções opostas, a primeira é a

---

(1) «Étude sur le transport de dettes», 1898, págs. 27 e 28.

do direito romano e provavelmente de todas as legislações antigas. Mas, transpondo vinte séculos e opondo a nova concepção de obrigação à antiga concepção, podemos resumir a antítese dizendo; na origem é a pessoa que deve à pessoa, hoje é o património que deve ao património. O direito pessoal deixou de ser um direito sobre a pessoa, para ser um direito sobre os seus bens, «jus ad rem». Difere do direito real porque não cai privativamente sobre uma coisa determinada, mas colectivamente sobre um património inteiro. O devedor e o credor são apenas representantes jurídicos dos seus bens. A noção de obrigação torna-se uma noção económica e puramente objectiva (1).

Com efeito a realidade jurídica está em constante evolução e, em cada momento que passa, surge a necessidade para a ciência do Direito de actualizar os seus conceitos, determinando e formulando aqueles que melhor traduzem a realidade dos fenómenos com que vai deparando com o decorrer do tempo.

A Doutrina, cumprindo a sua missão, tem acompanhado a revolução da realidade a que se chama vínculo obrigacional e numerosas são as concepções que nos tem oferecido.

Qual a que nos dá uma imagem mais perfeita da realidade obrigacional presente?

Olhemos o vínculo obrigacional, tal como se apresenta actualmente: vemos que o credor tem uma pretensão reconhecida pelo Direito a que determinado devedor realize determinada prestação e que, se este não quiser realizá-la, o credor não pode coagi-lo a prestar o que deve.

Porém, também vemos que pode conseguir um resultado muito próximo daquele que conseguiria com o cumprimento voluntário, pois pode recorrer à execução forçada e esta pode dar-lhe a coisa ou facto que é objecto da prestação não cumprida.

Vemos ainda que o credor pode fazer apreender e vender bens do devedor que nada tinham que ver com o seu crédito, para realizar os valores necessários à satisfação do seu interesse.

Terão razão Grandemet (2), Jallu (3), Gazin (4) e outros,

---

(1) Ob. cit., págs. 30 e 31.

(2) Ob. cit.

(3) Cit. por Bonnecase, «Supplément», V, 1930, págs. 24 e 25.

(4) Idem, págs. 26 e 27.

quando afirmam que o direito pessoal passou a ser um direito sobre o património?

É verdade que o credor não pode conseguir, pela execução coerciva, a prestação considerada como acto do devedor, porque este não pode ser coagido a efectua-la. Mas pode conseguir um resultado muito próximo daquele que atingiria com a mesma prestação.

Se a execução não assegura, portanto, a realização perfeita do interesse do credor, dá-lhe, no entanto, uma satisfação que se aproxima muito da que lhe poderia trazer o cumprimento voluntário, e isso basta para que, em face do carácter acentuadamente relativo das sanções postas ao serviço da ordem jurídica, se possa afirmar que aquele interesse constitui um verdadeiro direito subjectivo (1).

Podemos por isso concluir que o credor tem um verdadeiro direito subjectivo à prestação e que o direito de crédito não se reduz a um direito sobre o património do devedor. Mas será legítimo reduzir a uma só realidade o direito à prestação e o poder de executar bens que com ela não tenham ligação directa, como faz a concepção clássica?

Julgamos esta concepção verdadeira, quando atribui um carácter pessoal ao vínculo obrigatório, isto é, no que diz respeito à adstrição do devedor a efectuar certa prestação, mas julgamo-la viciosa, quando justifica a sujeição do património em geral do devedor à execução forçada, considerando o património como uma emanção da personalidade do devedor (2), ou pela simples relação de pertença do património ao devedor (3).

Como diz o Prof. Gomes da Silva (4), «esta teoria assenta na ideia que parece errada, de que a faculdade de obter a execução se abrange logicamente no poder de realização coactiva do interesse principal do credor, só pelo facto de essa faculdade ter por objecto tornar possível ao credor a efectivação forçada do seu interesse. É preciso distinguir cuidadosamente os casos em que a realização

---

(1) Vid. Gomes da Silva, «Conceito e estrutura da obrigação», 1943, pág. 171.

(2) Vid. Aubry e Rau, «Cours de Droit Civil Français», IV, 1902, pág. 366.

(3) Vid. Paulo Cunha, «Do Património», I, 1934, pág. 266.

(4) Ob. cit., pág. 129.

coactiva de um direito se faz directamente, sem outro recurso além da simples garantia judiciária, e os casos em que a execução do direito pressupõe o exercício de um poder distinto dele: quando, por exemplo, o credor efectiva o seu direito mediante penhora e venda de um prédio hipotecado, recorre a um direito que, segundo a generalidade dos autores, é absolutamente distinto do direito à prestação, embora se destine a assegurar ao credor a realização deste último».

Nem se deve reduzir a uma só realidade o interesse à prestação e o poder de executar bens que com ela não tenham ligação directa, nem cindir o interesse do credor e considerar interesses distintos: aquele que tem por objecto a prestação e aquele que diz respeito a cousas ou a factos objecto da mesma prestação.

A susceptibilidade de realização coactiva, normalmente atribuída aos direitos subjectivos, em nosso entender, não é essencial ao direito subjectivo.

O conteúdo da garantia dos direitos subjectivos, quando ela existe, pode ser de natureza muito variável: pode consistir na coacção física ou na execução patrimonial, pode ser representado por meio compulsório ou por uma pena, e ainda por outras modalidades.

Não é lícito afirmar-se que todo o direito subjectivo encerra a susceptibilidade de realização coactiva, porquanto ainda quando assistido por alguma sanção, pode a lei recusar-lhe a possibilidade de se efectivar pela força.

Admitamos, porém, como simples hipótese, que todo o direito subjectivo envolve a possibilidade de realização coactiva.

A ideia de susceptibilidade de realização coactiva impõe somente que do lado passivo da obrigação haja qualquer sujeição à efectivação coactiva.

Ora, o interesse do credor está muito longe de ser desprovido de garantia. Quando o credor numa *execução directa*, toma directamente a coisa que é objecto da prestação, consegue uma realização muito aproximada do seu direito à prestação; pode dizer-se que consegue a realização coerciva do seu interesse à prestação. E, se virmos o vínculo do lado passivo, vemos também que não é sacrificado qualquer interesse do devedor alheio ao cumprimento da obrigação.

Só quando passamos à *execução indirecta* — como lhe chama o

Prof. Gomes da Silva —, que se traduz no poder de executar quaisquer bens do devedor, se vão sacrificar interesses do mesmo devedor que eram alheios ao cumprimento da obrigação, para obter os meios necessários para realizar o interesse principal do credor, e se sai da simples ideia de garantia. Então o direito à prestação não pode só por si fundamentar este direito de execução indirecta: é preciso que a lei, directa e expressamente, reconheça este direito.

*Resumindo:*

Os clássicos erram por falta de lógica. Os objectivistas, geralmente, erram por abuso de abstracção. Os clássicos reduzem a uma só realidade o direito à prestação e o poder de executar bens que com ela não tenham relação directa, sem encontrarem, pelo menos na nossa opinião, um nexó lógico que englobe estes dois aspectos numa só ideia. Os objectivistas fazem uma cisão do interesse do credor à prestação, o que constitui um excesso de abstracção, porque fazem, de dois momentos da vida de um mesmo fenómeno jurídico, fenómenos jurídicos diferentes.

A construção que julgamos mais conforme com as solicitações do meio social de hoje, que corresponde hoje melhor às necessidades humanas e sociais, e às realidades jurídicas, considera o vínculo obrigacional como um vínculo complexo constituído por:

- um vínculo principal que tem por objecto o direito à prestação, concebido este nos termos indicados;
- uma relação de garantia que tem por objecto o poder de executar bens do devedor, isto é, o direito de execução indirecta, ou, melhor, o direito de garantia comum.

**6.** O credor, nos termos dos art.<sup>os</sup> 821.<sup>o</sup> e segs. do Código de Processo Civil, tem o poder de executar bens do devedor, isto é, tem a faculdade de requerer a penhora e a venda forçada de bens pertencentes ao devedor, a fim de conseguir os meios necessários para coactivamente realizar o seu direito à prestação.

Este poder desempenha uma função acessória em relação ao direito à prestação. É um poder que a lei concede ao credor, para lhe permitir exercer coactivamente o seu direito principal, nas hipóteses em que não é possível apreender directamente o objecto devido.

Contudo, é um poder distinto e dotado de vida autónoma (1).

A) — Difere estruturalmente, intrinsecamente, do direito principal:

- a) ao passo que o direito de execução tem por objecto o património do devedor (art.º 821 do Código do Processo Civil), o direito à prestação tem por objecto uma prestação ou o seu equivalente patrimonial, quando não é possível obtê-lo em espécie;
- b) ao passo que o direito de execução se traduz no poder de fazer apreender e vender bens para satisfazer o interesse principal do credor, o direito à prestação consiste em obter a efectivação do seu interesse à prestação tanto quanto possível específica e semelhante.

A garantia judiciária inerente à prestação não é suficiente para justificar o direito de executar os bens. Ou a garantia consiste unicamente na possibilidade de executar pela força o interesse tutelado, e então o sujeito deste mais não poderá fazer do que tomar directamente a coisa que era objecto da prestação, ou consiste antes no poder de sacrificar interesses do devedor que eram alheios ao cumprimento da obrigação, e, em tal hipótese, será um poder excepcionalmente diverso do direito à prestação. Por isso, se se quiser conservar a noção comum de garantia judiciária, terá de se excluir dela o poder de execução; em qualquer caso, porém, não será possível reduzir este poder à simples manifestação do direito à prestação;

- c) O direito à prestação destina-se a satisfazer o interesse que o credor tem em receber determinado acto do devedor; o direito à execução só mediatamente se dirige para esse objectivo, porque o seu

---

(1) Vid. Gomes da Silva, ob. cit., págs. 177 e segs.



fim directo é proporcionar apenas meios necessários para realizar, mediante a efectivação forçada do direito de crédito, o interesse principal do credor.

B) — Mas, além da diferença de estrutura, há a diferença extrínseca.

É impossível fundamentar lógicamente o direito de execução no próprio direito à prestação. Para existir o direito de execução, é necessário que a lei de modo directo o reconheça; o direito à prestação pode fundamentar lógicamente a execução directa, que lhe atribui a própria causa ou o próprio facto que é objecto do seu interesse, mas não a execução indirecta com o sacrifício de interesses do devedor que eram alheios ao cumprimento da obrigação.

Qual a natureza jurídica do direito de garantia comum?

Há grandes divergências na doutrina:

A) uns atribuem-lhe a natureza processual;

B) outros a natureza substantiva; e entre estes:

a) uns dizem que se trata de um direito de crédito;

b) outros, pelo contrário, atribuem-lhe a natureza de direito real;

c) ainda outros optam pelo direito relativo «sui generis».

A natureza verdadeira deste direito será determinada nos números seguintes.

**7.** Alguns autores, aprofundando o problema do fundamento da rescisão, com mais espírito científico do que aqueles com que já tomámos contacto até aqui, vêem na relação que tem por objecto o direito de garantia comum e na «revogação do acto fraudulento» (1), respectivamente os momentos perceptivo e sancionário de um mesmo imperativo jurídico.

---

(1) Muitos autores dão à palavra «revogação» um sentido que corresponde ao conceito de rescisão, tomada a palavra no sentido que lhe atribuímos.

O fundamento da rescisão seria um aspecto do problema mais vasto da natureza jurídica do direito de garantia.

Vamos referir duas doutrinas que, apresentando soluções para a questão que constitui objecto deste capítulo, ao mesmo tempo se apoiam nela para apresentarem a sua construção da natureza jurídica da relação de garantia.

A) — a) *Exposição* :

Cicu, por exemplo, fundando-se sobretudo sobre o regime da rescisão pauliana, diz : visto que a fraude é o pressuposto principal da revogação, e, por outro lado, a doutrina tradicional não exige o dolo do devedor, mas toma como suficiente a consciência do devedor de se tornar insolvente com a alienação, deve-se concluir que o ilícito do devedor não pode ser um ilícito extracontratual, pois que o simples conhecimento do efeito que o acto determinará não constitui por si e em si comportamento ilícito. Porém, pode sustentar-se a existência do ilícito, desde que se admita uma obrigação preexistente, pela qual o acto seja violado por si mesmo, enquanto produz aquele efeito ; é portanto necessário admitir uma obrigação do devedor de não alienar quando saiba que a alienação é a dano dos credores (1).

A alienação fraudulenta é o não cumprimento culposo da mesma, e importa, por isso, um ilícito.

É evidente que Cicu, quando se refere à violação de uma obrigação, refere-se à violação do direito de garantia que considera tendo a natureza de um direito de crédito. A fraude pauliana pode dar-se muito antes do vencimento da obrigação, e, portanto, não se pode falar de violação de uma obrigação, quando se pode vir a verificar ainda a realização específica da prestação no devido tempo. Cicu refere-se apenas à obrigação do devedor de não alienar, como garantia do direito à prestação.

Por outras palavras, Cicu vê no *direito de garantia comum* um *direito autónomo* que não é mais do que um *direito de crédito*.

---

(1) Cit. por Cosattini, ob. cit., pág. 74 e segs. Vid. também, Caliendo, «Azione revogatória», in «Nuovo Digesto Italiano».

### *b) Apreciação*

Cosattini entende que não se pode falar de uma obrigação em sentido técnico de não alienar, porque a sanção do não cumprimento só poderia ser a revogação pauliana do acto fraudulento, e não lhe parece possível ver nesta sanção uma reparação dos danos, nem uma execução forçada, como se vê na sanção à violação de uma obrigação verdadeira (em sentido técnico). Se a sanção da alienação fraudulenta é diversa daquela que deriva do não cumprimento da obrigação, isto deve levar a concluir, acrescenta Cosattini, que está fora desta espécie, visto não haver dúvida que o carácter da sanção não é essencial na classificação dos actos ilícitos (1).

Porém, independentemente do carácter da sanção, Cosattini é de opinião de que não se pode falar de uma obrigação do devedor de não diminuir as garantias patrimoniais dos credores, pois é absurdo fazer entrar esse dever na definição de obrigação.

Nós também assim pensamos.

O direito de execução dá ao credor o poder de, independentemente de qualquer actividade do devedor, e mesmo contra a vontade dele, fazer apreender bens que pertencem ao património do obrigado, para realizar, na medida do possível, os valores necessários à satisfação do seu crédito. Estamos perante um direito que permite utilizar directamente, para determinado fim, o património do devedor, e isso lhe tira todo o carácter pessoal, isto é, o direito não tem por objecto uma actividade humana, como acontece com os direitos pessoais.

### *B) — a) Exposição*

Cosattini não vê na relação de garantia, nem um carácter real, nem uma obrigação (2).

O direito de execução não tem carácter absoluto porque só pode ser violado pelo devedor, visto que só o devedor tem o direito de dispor dos seus bens. Se o direito de garantia fosse absoluto, qualquer terceiro deveria estar em posição de violá-lo. Não acontece assim, e a tutela do credor é sempre dada em relação ao devedor.

---

(1) Ob. cit., pág. 75 e segs.

(2) Ob. cit., pág. 76 e segs., n.ºs 29 e 30.

Também não há uma verdadeira obrigação para Cosattini, pelas razões já expostas.

Como classifica então esse direito?

É sua convicção que as categorias direito real e direito de crédito não esgotam o âmbito dos direitos patrimoniais, havendo direitos de garantia que não são direitos de crédito e direitos absolutos que não são direitos reais.

O direito de garantia será um *direito relativo não obrigacional*.

E, entregando-se à classificação do acto fraudulento como ilícito, entre o ilícito contratual e o ilícito extracontratual, opta pela classificação de *ilícito contratual*, apesar de não se tratar de uma violação de um direito de crédito, por constatar uma identidade de situação com o ilícito contratual.

#### b) *Apreciação*

Quanto à natureza da relação acessória de garantia, pensamos que tem por objecto um direito absoluto, direito absoluto que é um direito real.

Porém, só no número que se segue desenvolveremos esta ideia.

Por agora, limitamo-nos a registar que a natureza especial do objecto deste direito de garantia — a universalidade do património — reflecte-se na forma por que pode ser violado este direito sem lhe tirar o carácter absoluto.

Não é verdade que este direito não possa ser violado por pessoa diferente do devedor. Assim, por ex., se alguém destrói todos os elementos componentes da universalidade, esta, sem conteúdo, é inconcebível; portanto a universalidade é destruída e violado o direito que a tem por objecto.

E também não é verdade que o devedor, só porque diminui o activo do seu património, tornando-se insolvente, viola o direito de garantia comum.

### **3. Qual a natureza jurídica do direito de execução?**

A) A Teoria Processualista do direito de execução não procede (1).

---

(1) Alberto dos Reis, «Processo de Execução», I, 1943, pág. 10 e segs., defendeu recentemente entre nós esta teoria.

O argumento de que o poder de executar os bens do devedor não se dirige contra este, mas contra o Estado, não procede.

É princípio fundamental do nosso direito o de que ninguém é autorizado a fazer-se restituir ao exercício dos seus direitos por autoridade própria, senão nos casos declarados na lei. Por isso, o facto de um direito só se poder exercer mediante a intervenção dos tribunais, não lhe tira necessariamente o carácter privado.

O sujeito passivo do direito de execução é o devedor, pois este é que sofre directamente os efeitos da execução. Os tribunais apenas se substituem ao credor, em obediência ao moderno princípio de justiça pública (1).

O argumento de que o credor tem o direito de requerer a execução como direito autónomo em relação ao direito à prestação, sendo este o único direito material que o credor possui, também não colhe. Apesar da acção executiva existir sempre, quer haja, quer não, direito de natureza substantiva, o direito de obter a penhora e a venda forçada dos bens existe apenas nos casos em que o credor tem realmente o direito de crédito que invoca.

A acção judicial é um poder autónomo e público, que dá aos seus titulares a possibilidade de fazer intervir os tribunais para resolver os conflitos de interesses em que sejam partes. Existe independentemente de qualquer direito privado que, por meio dela, se queira efectivar. Por isso o credor pode exercer esse poder, mesmo antes de provar que realmente tem um direito de crédito.

É indiscutível que o direito de execução é independente do direito de acção executiva e que tem um carácter material.

B) Se o direito de execução tem carácter material, e, como é óbvio, natureza patrimonial, será um direito de crédito, um direito real, ou um direito relativo ou absoluto «sui generis»?

Entre nós, a natureza real deste direito foi defendida pelo Prof. Galvão Teles, na sua tese de doutoramento «Das Universalidades», e pelo Prof. Gomes da Silva, também em tese de doutoramento, «Do Conceito e Estrutura da Obrigação».

Diz o Prof. Galvão Teles: «É um *direito real* porque consiste

---

(1) Vid. Gomes da Silva, ob. cit., pág. 228 e segs.

no poder que tem todo o credor de se fazer pagar pelos bens do devedor remisso» (1).

O direito de execução, com efeito, dá ao credor um poder independente de qualquer actividade do devedor; é um direito que permite utilizar directamente o património do devedor.

Se compararmos as características dos direitos reais com as deste direito, temos:

- 1) — o direito real é um «jus in re», poder imediato sobre uma coisa determinada; o direito de execução tem por objecto uma ou mais universalidades, que são coisas distintas dos elementos seus componentes perfeitamente individualizados, e as faculdades que constituem o seu conteúdo exercem-se independentemente do concurso de qualquer outra pessoa.
- 2) — a coisa, objecto do direito real, não necessita de ser corpórea e singular, podendo ser uma universalidade; basta ver o usufruto do rebanho (art.º 2225). O direito real não implica necessariamente o exercício de poderes físicos sobre a coisa, antes se pode traduzir apenas em simples faculdades jurídicas. É o caso da hipoteca: apesar de se considerar um direito real, não se encontram quaisquer poderes materiais, exercendo-se unicamente pela alienação forçada da coisa hipotecada, e pela transmissão para o credor dos valores com ela obtidos.
- 3) — O direito real é um direito absoluto, opondo-se a todas as pessoas; isto traduz-se no direito de sequela. Sendo objecto do direito de execução o património como universalidade, e não os bens que formam o seu conteúdo material, a sequela apenas se pode dar nos casos de transmissão a título universal.

Portanto, o direito de garantia tem a estrutura de um *direito real*.

Avançando um pouco mais, diremos que não se trata de um

---

(1) Ob. cit., pág. 107. O sublinhado é nosso.

direito real de gozo, visto que não confere ao credor qualquer poder de fruição do património do devedor, mas de um *direito real de garantia*, porque concede ao credor a faculdade de executar bens do devedor para assegurar a realização forçada da obrigação (1).

9. A especialidade deste direito de garantia está no seu objecto.

Ao passo que os outros direitos reais de garantia afectam, em regra, bens individualizados, este direito de garantia comum onera o património como universalidade.

Surge por isso um aspecto importantíssimo que passamos a considerar.

a) Diz o Prof. Galvão Teles: «O devedor pode alienar livremente um a um, todos os seus bens: tais alienações são válidas. Deste modo, salvo o recurso excepcional a certas providências criadas por lei, como é o caso da acção pauliana, não têm os credores outro remédio senão curvarem-se perante os actos de disposição praticados pelo devedor. Isto mostra bem que o direito geral de execução não afecta especificada e individualizadamente as várias coisas que ao devedor pertencem; de contrário, como direito real que é, acompanhá-las-ia através das suas vicissitudes jurídicas.

O direito geral de execução derrama-se e dilui-se por todo o património. Com mais rigor: tem, como outro qualquer direito real, um objecto bem definido e bem determinado; simplesmente esse objecto é aqui uma coisa imaterial, um «quid» abstracto — o próprio património olhado na sua unidade e permanência.

Outra razão por que ao direito geral de execução se deve atribuir, como objecto específico, o património, e não os elementos patrimoniais, está no facto de os credores não terem de se cingir aos bens que já existiam na mão do devedor, quando do nascimento dos seus créditos. O património, à semelhança de qualquer outra universalidade, é de conteúdo variável; assim como os bens alienados escapam ao poder de execução dos credores, assim a esse poder ficam sujeitos os bens adquiridos» (2).

b) Nem todos pensam assim.

---

(1) Prof. Gomes da Silva, Ob. cit., págs. 243-244.

(2) Ob. cit., págs. 107 e 108.

O Prof. Gomes da Silva (1), defendendo que o património do devedor se encontra adstrito ao direito de garantia comum, desde que se constitui a obrigação, toma esta adstricção como a necessidade do conjunto de bens do devedor se manter, de forma permanente, em estado de assegurar aos credores a possibilidade de, por exemplo, pela execução, efectivar os seus direitos.

Essa constante afectação do património do devedor consegue-se, na sua opinião, por meio das providências concedidas aos credores para a defesa da sua garantia comum, das quais a mais característica é a acção pauliana.

Contudo, o poder que a lei reconhece aos credores de executar bens do devedor recai sobre o continente e não sobre o conteúdo da universalidade património.

Como concilia o Prof. Gomes da Silva estes dois aspectos? Por um lado, o património está afecto à garantia das dívidas do seu titular; por outro, o devedor, à parte algumas restrições, pode livremente dispor dos seus bens e desafectá-lo, portanto, daquele objectivo.

Para harmonizar estas duas realidades, este Professor recorre à ideia de universalidade, mas em termos especiais.

Vejamos o que nos diz.

As universalidades constituem coisas distintas dos elementos que as compõem. Significará isto, todavia, que os elementos componentes das universalidades são absolutamente estranhos aos direitos de que elas são objecto? Não.

Antes de mais, é inconcebível uma universalidade sem conteúdo. Se a universalidade é um aglomerado de coisas, não pode existir sem estas: o contrário é um absurdo. Mas, se é assim, a autonomia dos elementos em questão não é absoluta, pois sem eles não pode existir universalidade.

Por outro lado, os direitos que recaem nas universalidades exercem-se, em última análise, sobre as próprias coisas de que elas são constituídas.

Mas, como se explicará, então, que a universalidade constitua um objecto de direito, juridicamente independente dos seus elementos?

---

(1) Ob. cit., pág. 185 e segs.



Para resolver este problema é necessário considerar que a unidade das coisas, dos próprios seres em geral, não lhes vem da matéria de que são formados, porque esta é por natureza divisível e, portanto, e pelo menos, potencialmente plural. É a forma que constitui o princípio de unidade que individualiza as diferentes porções de matéria que constituem seres distintos.

Ora esse princípio de unidade pode consistir, apenas, na combinação e adaptação de vários elementos materiais à realização de um fim.

Mas, se esta é a explicação das universalidades, compreende-se que não se possa levar a abstracção, de que falamos, tão longe, que se admita a destruição voluntária da aptidão que o conjunto apresenta para realizar o objectivo a que está adstrito. Porque, se se atende somente à qualidade comum a todo o aglomerado, abstrai-se da individualidade própria de cada elemento, e por isso se lhe reconhece autonomia; mas, precisamente porque se atende a essa qualidade, não se pode admitir que ela desapareça.

Assim se combinam lógicamente, na mecânica das universalidades, dois princípios aparentemente contraditórios: o da autonomia dos elementos constitutivos do conjunto e o de que não é lícito tornar o mesmo conjunto inapto para a realização do fim a que está adstrito.

Apliquemos esta noção ao património.

A lei reconhece ao conjunto dos bens do devedor uma propriedade comum, que permite utilizá-los em globo para o fim de garantia dos credores: o valor pecuniário que todos eles representam. Em atenção a essa qualidade, afecta todo o património ao cumprimento das obrigações, mas desinteressa-se da individualidade de cada um dos bens que pertencem ao devedor e, por isso, não retira a este o poder de livremente dispor deles. Não leva, porém, a abstracção dos elementos concretos do património a tal ponto que permita frustrar o objectivo que pretende atingir: garantir os direitos dos credores; por isso concede a estes os poderes necessários para impedirem que o património se torne insolvente.

Em face do que acabamos de dizer, devemos reconhecer, conclui o Prof. Gomes da Silva, que os poderes de conservação do património do devedor são faculdades directamente constitutivas do

direito de execução e não simples poderes de defesa contra os prejuízos de facto.

Qualquer diminuição que por sua vontade o devedor opere na garantia comum dos credores é *violação directa dos direitos destes*. Há um *prejuízo jurídico* do credor, e não apenas um prejuízo económico.

c) Somos de opinião de que o Prof. Gomes da Silva vai contra o *princípio fundamental da autonomia jurídica dos elementos constitutivos das universalidades*, ao apresentar o acto fraudulento como acto violador do direito de garantia comum.

O Prof. Galvão Teles define essa autonomia jurídica como sendo a «aptidão desses elementos para actuarem em si e por si, como objectos de direito, sem embargo de fazerem parte de uma universalidade e independentemente das relações jurídicas sobre elas construídas».

E diz mais: «Que pode significar o reconhecer-se às universalidades uma existência jurídica própria, senão que elas permanecem indiferentes ao destino jurídico dos vários componentes? Cada universalidade é como que um reservatório aberto, sempre pronto a permitir que, por actos ou factos jurídicos, uma ou mais coisas nele entrem, uma ou mais coisas dele saiam.

Conceber universalidades como entidades distintas dos objectos singulares e a eles contrapostas, e por outro lado negar a tais objectos uma vida jurídica independente, é uma verdadeira superfecção, e uma incoerência declarada (1)».

Fazemos nossas estas palavras.

É certo que a nota que especificadamente individualiza os vários agrupamentos, pertencentes ao mesmo sujeito, constituindo outras universalidades, é a *peculiariedade do fim a que tende cada um*, fim que pode ser mais ou menos geral.

Mas é manifesto e condenável exagero considerar a diminuição do conteúdo de uma universalidade por meio de um acto jurídico, como violação do direito que tem por objecto essa universalidade.

Não será destruir a unidade jurídica do agrupamento, e estender o direito aos elementos que constituem esses agrupamentos, consi-

---

(1) Ob. cit., págs. 131 e 132.

derando os elementos individualizadamente e negando ao agrupamento a autonomia jurídica?

É claro que a abstracção não pode ir ao ponto de admitir uma universalidade sem conteúdo.

Diz o Prof. Paulo Cunha: «Um elemento, um pelo menos, é necessário que exista. Sem isso desapareceu inteiramente a própria noção dada» (1).

E o Prof. Galvão Teles diz também: «Mas, posto este limite, nada nos repugna conceder o nome e a qualidade de «universitas» a uma massa de elementos que, tendo em si elasticidade bastante para se ampliar indefinidamente, mais não comporta num dado momento, que um elemento só» (2).

Repare-se: o desaparecimento do último elemento significa a própria destruição da universalidade objecto do direito universal; nesta hipótese compreende-se que possa haver uma violação deste direito.

Parece-nos que o Prof. Gomes da Silva, embora afirmando a autonomia do direito de execução, foge indevidamente às consequências dessa autonomia.

Como este Prof. é o primeiro a reconhecer, a acessoriedade do direito de garantia comum não tira a autonomia a este direito. Por isso, acrescentamos nós, essa acessoriedade não pode afectar a natureza do direito universal.

Partimos da base fundamental de que é necessária a existência de direitos, de relações jurídicas, desenvolvendo-se sobre o património, para lhe dar feição de «universitas juris». Este é «universitas juris» só enquanto objecto do direito de garantia comum.

Mas pensamos que o fim directo, imediato, deste direito é apenas proporcionar valores económicos, valores que irão depois satisfazer, na medida do possível, os interesses dos credores.

As alienações pelo devedor de elementos singulares, que constituem o conteúdo material do património, frustram as expectativas dos credores, a função de garantia, mas não a realização do interesse que constitui o direito de execução.

---

(1) Ob. cit., págs. 352 e 353.

(2) Ob. cit., pág. 126.

E tanto assim é que muitas vezes acontece constituir-se um perfeito direito de execução contra pessoas que não têm bens equivalentes ao valor da dívida. Nesta hipótese, embora o conjunto dos bens do devedor não esteja «ab initio» em estado de assegurar aos credores a possibilidade de, pela execução, efectivar os seus direitos, no entanto o *direito de garantia comum* existe. Apenas esse direito não pode exercer satisfatoriamente a sua função de garantia.

Não há dificuldade alguma em admitir a função complementar desempenhada pela rescisão pauliana, em relação ao direito de execução, na medida em que este exerce a função de garantia do direito principal à prestação.

Pelo contrário, julgamos difícil admitir a rescisão pauliana, em relação ao direito de execução, na medida em que este exerce a função de garantia do direito principal à prestação, como efeito ou consequência da responsabilidade proveniente da violação deste direito de garantia comum.

Não há violação de direito de execução. E é exactamente por isso que a lei, para assegurar a eficiência prática do direito de execução na sua função de garantia, criou o instituto da providência pauliana.

Pode-se, porém, objectar: se, como diz o Prof. Gomes da Silva (1), a garantia do direito de execução consiste nos poderes de conservação do património do devedor, se negarmos a esses poderes essa natureza de garantia desse direito, teremos o direito de execução sem garantia.

Evidentemente que a objecção não é séria.

A garantia jurídica de um direito consiste na protecção coactiva que o Direito Objectivo concede à realização do interesse que constitui esse Direito.

Logo, a garantia do direito de execução deve ser coerente com o carácter movediço da universalidade que é objecto desse interesse, desse direito, e com a sua natureza de direito real de garantia. Há-de consistir na possibilidade de obter coactivamente a execução do património do devedor.

---

(1) Of. cit., pág. 219.

O direito de execução, como todos os direitos reais, tem a faculdade de sequela: é oponível a terceiros. Sempre que se transmite o património do devedor, o credor quirográfico dirige-se a esse património, não obstante a transmissão efectuada, para dele obter, na medida do possível, o pagamento a que tem «jus».

**10.** Uma fracção importante das doutrinas francesa e italiana encontra o fundamento da rescisão na chamada «Teoria do abuso do Direito».

a) *Exposição* :

Escreve Josserand: «Logo que a vontade de prejudicar é dirigida por um contraente contra os seus próprios credores, comporta também, supondo que foi efectivamente causado um prejuízo, uma sanção civil; sòmente, em vez de se chamar dolo, recebe tradicionalmente o nome de fraude e a nulidade que ela acarreta está submetida a regras particulares; é uma nulidade especializada, minimizada, que é obtida por meio de uma acção correntemente chamada revogatória ou pauliana.

Ora, esta fraude pauliana não é outra coisa senão uma das múltiplas manifestações do abuso dos direitos» (1).

E, mais adiante: «... desde que ele (devedor) pratica um acto em fraude dos seus credores, o devedor cessa de o representar, pois não se pode representar quem se traíu; os credores pretendem então afastar do seu caminho este acto anormal, praticado fora da regra social, contrariamente à vontade do legislador, este acto abusivo que lhes não deve ser oponível; obterão por meio da acção pauliana a reparação mais satisfatória que possam esperar, reparação em espécie, mais adequada e sobretudo mais eficiente que a indemnização de perdas e danos cuja cobertura arriscar-se-ia muito a ser illusória» (2).

Esta integração da fraude pauliana na concepção geral do abuso

---

(1) Ob. cit., págs. 147 e 148.

(2) Ob. cit., pág. 148.

dos direitos é aceite, expressa ou implicitamente, por muitos autores, no direito romano e no direito moderno (1).

### b) *Apreciação*

1) Em primeiro lugar, estes autores partem de uma base absolutamente falsa; a verdade é que nada autoriza a que apliquemos os princípios da representação às relações entre devedores e credores.

Vimos já que os credores têm verdadeiros direitos reais sobre os patrimónios dos devedores.

2) O problema do abuso do direito é problema que respeita a muitos efeitos de direito e, em especial, ao da responsabilidade civil. Por isso é conveniente, antes de mais, apreciar genéricamente qual o valor jurídico da teoria do abuso do direito.

A expressão «abuso do direito» é criticável, como diz Planiol, porque um acto não pode ser ao mesmo tempo conforme e contrário ao Direito.

Mas a expressão «conflito de direitos», empregada por Desserteaux, não é mais feliz, porque a lei não pode admitir dois direitos que sejam inconciliáveis. Demogue diz bem que a lei apenas pode proteger um dos interesses que num dado momento não podem

---

(1) Vid.: Henri Desbois, «La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française», 1927, pág. 53 e segs.; A. Grouber, «De l'action paulienne en droit civil français contemporain», 1913, pág. 1 e segs.; Joserand, ob. cit., pág. 147 e segs. Vid. sobre a Teoria do abuso do Direito, entre muitos outros: J. Charmont, «L'abus du droit», in «Revue de Droit Civil», 1902, pág. 133 e segs.; M. Max Desserteaux, «Abus de droit ou conflit de droits», in «Revue trimestrielle de Droit Civil», V, 1906, pág. 119 e segs.; Planiol, «Traité élémentaire de Droit Civil», II, 1912, pág. 280; Saleilles, «Théorie générale de obligation», I, 1924, pág. 354 e segs.; Vaz Serra, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», ano X; Cunha Gonçalves, «Tratado» cit., I, pág. 425 e segs.; Tito Arantes, «Do abuso do Direito e da sua repercussão em Portugal», 1936; José Augusto Gandara de Oliveira, «Da Teoria do abuso do Direito em face do Código Civil Português» in «Gazeta dos Advogados da Relação de Luanda», ano XII, 1942, n.º 1, pág. 13 e segs.; Sidónio Pereira Rito, «Elementos de responsabilidade civil delitual», 1946.

Contra, por exemplo, Baudry-Lacantinerie e Barde, «Obligations», IV, pág. 536.

viver em conjunto: é preciso sacrificar um ao outro, mas não se pode admitir dois direitos em conflito.

Melhor será falar em «colisão de interesses que são normalmente protegidos». A colisão resolve-se no sentido de a prevalência de um dos interessados; dos interesses em colisão, o interesse prevalente, no caso concreto, é o juridicamente protegido e isso implica que, nesse mesmo caso, não é juridicamente protegido o outro interesse, embora normalmente o seja.

A «Teoria do abuso do direito» apresenta contornos ainda bastante imprecisos e incertos.

Esta Teoria surgiu pela verificação da tendência para abandonar, num grande número de casos, a velha máxima «neminem laedit qui suo jure utitur» e declarar civilmente responsável por perdas e danos aquele que usa do seu direito (pelo menos aparentemente).

A ordem jurídica constitui um sistema. No entanto, os múltiplos direitos, quando exercidos, entram necessariamente em conflito e o exercício de um direito só é correcto quando de harmonia com as regras que resolvem as colisões, porque a protecção normal do interesse lesado cede em face da norma que resolve a colisão.

Portanto, quando os autores falam em abuso do direito, querem apenas referir-se àqueles casos em que o acto que causa o dano não é especialmente permitido nem especialmente proibido por uma norma. É o caso da actividade do proprietário sobre o seu prédio, fora dos casos em que é especialmente permitida e também fora dos casos em que o proprietário excede os limites pela lei impostos ao exercício do seu direito, hipótese em que o acto causador do dano é, sem dúvida, civilmente ilícito.

Exemplo:

Um proprietário abre um poço e por isso vem a tirar a água ao poço do vizinho. O proprietário que abre o seu poço, exerce inegavelmente o seu direito. A sua actividade é lícita, porque está conforme com as faculdades que a lei lhe atribui. Mas, por outro lado, é ilícita, porque vai lesar outro interesse juridicamente protegido.

Trata-se de uma aparente contradição de direitos na ordem jurídica, mas na realidade uma colisão de interesses que são normalmente protegidos.

Isto equivale a dizer que no exercício dos direitos devem ser

observadas as regras sobre a colisão de direitos (impròpriamente chamada assim).

Ora isto não basta para se afirmar a autonomia da Teoria. Quando esta afirma que é abusivo o acto praticado em certas condições e que causa a outrem um dano, não vem criar uma nova categoria de actos distinta dos civilmente ilícitos, como pretende Dessertheaux, nem, no género acto ilícito, vem criar, como pretende Josserand, duas espécies diferentes de actos, estruturalmente diferentes: actos ilegais e actos abusivos.

Não se pode falar de uma teoria autónoma de abuso do direito. Pode-se apenas dizer que, em certos casos, para se determinar o ilícito, é preciso recorrer às regras sobre a colisão de direitos (como impròpriamente se chamam) e que, nessa hipótese, ao acto ilícito se dá o nome de acto abusivo.

3) Ora o acto fraudulento do devedor não ofende o direito de execução, de natureza universal, de que o credor é titular.

Por isso e porque se pretendia, no entanto, assegurar a eficiência prática do direito de execução na sua função de garantia ao interesse principal do credor, se justifica o instituto da providência pauliana.

**II.** Modernamente, alguns autores negam completamente ao conceito de causa do acto jurídico o seu conteúdo tradicional, para o identificarem com os motivos reais e concretos que conduzem o agente à acção (1).

Assim, Ripert na França, Malvagna e Motta na Itália, e, entre nós, o dr. Cunha Gonçalves (2), dão relevância a esses motivos e fornecem-nos um novo conceito de causa a que podemos chamar da «causa-motivo» e, nesta base, uma teoria da causa.

a) *Exposição:*

Alguns sequazes desta teoria, fundando-se neste novo conceito de causa e vendo que, contrariamente ao que dizem os defensores

---

(1) Vid., Vasco Taborde Ferreira, «Do conceito de causa dos actos jurídicos», 1946, pág. 45 e segs.

(2) Tratado, IV, págs. 298 a 300.



do ilícito extracontratual do terceiro-adquirente, os efeitos da providência pauliana afectam igualmente o devedor e o terceiro-adquirente, sustentam que o acto atacável por esta providência é inválido por ilicitude da causa, isto é, por esta ser contra os direitos dos credores (1).

Se a causa é ilícita, porque vai contra os direitos dos credores, a sanção é a nulidade do acto; a providência pauliana será mais uma consagração legal da teoria geral, autónoma, com vida própria, da causa-motivo.

A causa-motivo é um elemento estrutural do acto jurídico; se esse elemento está viciado, é lógico que a lei o declare anulável.

#### *b) Apreciação:*

Será admissível que esta nova teoria da causa tenha consagração legal nos art.<sup>os</sup> 1.033 a 1.045, que estamos estudando?

O Direito, dadas as exigências de certeza e rapidez, pode ter em conta, não uma vontade psicológica, real, mas uma vontade jurídica, simplificada, abstractizada. E é o que verificamos neste instituto.

Uma vontade psicológica, olhada na sua integralidade, representaria um peso morto, que não faria mais do que prejudicar a necessária facilidade e segurança do crédito.

Sem pretendermos concluir pela inadmissibilidade de relevância jurídica da causa-motivo, ou sequer da autonomia da teoria da causa-motivo, afirmamos que o motivo não tem relevância jurídica na providência pauliana.

Repare-se: a lei limita-se a exigir a má fé (Código Civil, art.<sup>o</sup> 1.034), e não relativamente a todos os actos que declara atacáveis; e no art.<sup>o</sup> 1.036 define-a como sendo o conhecimento do estado de insolvência.

Portanto, apenas atende à representação do prejuízo e não às causas impulsivas, individuais e subjectivas, que desencadeiam o fenómeno volitivo.

Por outro lado, como já vimos ser claro em face do disposto no art.<sup>o</sup> 1.033, a lei atende principalmente ao prejuízo efectivo, e, sem a prova deste, não há rescisão, em qualquer caso.

---

(1) Vid. Cosattini, ob. cit., pág. 87 e segs.

**12.** Tem-se defendido a *impugnabilidade* do acto do devedor em prejuízo dos credores. A rescisão destes actos seria uma *impugnação*.

A *impugnação*, assim como a *revogação*, supõe um acto válido, isento de defeito. Mas a *revogação* traduz o exercício de um poder *discricionário*, ao passo que a *impugnação* representa o exercício de um poder vinculado. Quem *revoga* fá-lo livremente, porque assim *quere*, sem necessidade de qualquer fundamento *objectivo*. Quem *impugna* ou quem pede ao tribunal a *impugnação* necessita apoiar-se num fundamento que por lei lhe dê esse direito e que há-de consistir na lesão de um interesse próprio.

A *impugnabilidade*, do mesmo modo que a *invalidade*, traduz-se na *supsessão* do acto por uma causa diferente da pura vontade livre dos seus autores. Mas, neste último caso, *rescinde-se* o acto porque há *ilegalidade* na sua constituição, e, no primeiro caso, o acto é legal.

Na *impugnabilidade* não há *ilegalidade* na constituição do acto: há apenas um conflito de interesse entre o acto e terceiros, conflito que a lei resolve dando *prevalência* aos interesses de terceiros e sacrificando o acto. O acto é legal, isento de defeito, mas é injusto.

No entanto põem-se dúvidas quanto às fronteiras entre os dois conceitos.

A questão é esta: quando o conflito de interesses não é *superveniente*, mas surge já no momento em que o acto se constitui, estaremos perante uma *invalidade*, nascida de uma *ilegalidade* na constituição do acto, ou uma *impugnabilidade*, sendo o acto legal?

É o que vamos ver.

#### a) *Exposição*:

Alguns autores entendem que, mesmo nesta hipótese, há *impugnabilidade*, e dizem que a *destruição* se dá por ocorrerem *circunstâncias estranhas* ao próprio acto, embora de certo modo ligadas a ele, às quais a lei atribui o alcance de poderem determinar a sua *destruição*, se assim for requerido por certas pessoas a quem a *existência* do acto pode causar prejuízo.

E aplicando o conceito ao caso de um devedor alienar os seus bens, dizem: teóricamente o acto *alienação* só produz efeitos em relação às partes que nele *intervierem*. Mas os credores são *refle-*

xamente prejudicados por este acto, porque, sendo o património do devedor a garantia comum dos seus credores, essa garantia ficou diminuída ou desapareceu mesmo, com o facto da alienação. O direito dos credores considerado sob o ponto de vista jurídico não sofreu qualquer alteração, continuou virtualmente o mesmo. Simplesmente, considerado sob o aspecto económico, perdeu todo o valor e consistência, passou a ser um direito praticamente irrealizável, pois que todos os poderes teóricos de cada credor esbarram com a realidade material e insofismável de o património do devedor não conter já aqueles bens que seriam necessários para satisfação dos legítimos interesses dos credores.

O direito dos credores, em si mesmo e considerado como tal, não é prejudicado pela alienação: esse direito e o direito adquirido pelo comprador são compatíveis entre si. O prejuízo verifica-se apenas na consistência material dos direitos dos credores, no seu valor económico.

A única razão da rescisão prevista nos art.ºs 1.033 e segs. do Código Civil é o prejuízo económico dos credores. Por ele existir, a lei permite aos credores que impugnem, que destruam o acto.

#### *b) Apreciação:*

O legislador, ao regular o valor dos diferentes actos jurídicos, não teve a preocupação de agrupar as rescindibilidades em nulidades e em impugnabilidades.

O critério do legislador, era um critério empírico; adoptou, para cada caso, para cada emergência que tinha a regular, uma solução prática, justa e adequada; se tal solução corresponderia ou não ponto por ponto a determinado conceito doutrinal, isso já não importou ao legislador.

Compete pois ao intérprete construir racionalmente os conceitos jurídicos de nulidade e de impugnabilidade, enquadrando nesses conceitos as várias soluções casuísticas que lhe são fornecidas pela lei.

Apreciemos, por isso, em primeiro lugar, o conceito de impugnabilidade considerado em abstracto e vejamos se é lógicamente admissível.

É nossa opinião que o facto de um acto ser atacado, por se veri-

ficar uma circunstância contemporânea da constituição do próprio acto — como seria o caso da alienação do devedor — prova que o acto é contrário à lei, que tem um vício na sua constituição.

O conceito de impugnabilidade deve abranger apenas as hipóteses em que as circunstâncias que levam o legislador a dar preva-lência a um dos interesses em conflito sobrevêm à própria consti-tuição do acto (1).

Tomemos um exemplo.

A doa 400 contos a B e suponhamos que A é devedor de 300 contos a C e tem um activo de 500 contos. C portanto está em relação jurídica com A. Se A é devedor de C e não tem bens com que lhe pague, C sofre um prejuízo.

Directamente, o acto jurídico da doação só faz transitar os 300 contos da esfera jurídica de A para B; mas, como A está em relação jurídica com C, reflexamente, o acto vai produzir efeitos em relação a C e causa-lhe um prejuízo, diminuindo o valor económico do direito do credor, afectando a sua consistência material.

Ora, se a lei declara o acto atacável, desde o momento da sua constituição, é porque tem um vício na sua constituição, é porque é ilegal.

Se a circunstância é contemporânea do acto, este, sem dúvida, infringe a Ordem jurídica.

**13.** Um acto só pode viver como acto jurídico perfeito, quando se apurar, com a possível exactidão e através de processos técnicos adequados, que não contraria o preceituado no complexo normativo em que se integra.

Sempre que, interpretada a lei, se verifica determinado dever ser, se o acto for contrário a esse dever ser, não pode haver um acto jurídico perfeito.

Ora, pelo exposto (supra n.º 12), julgamos implícito nos art.ºs 1.033 a 1.045 do Código Civil, um dever ser para assegurar a eficiência prática da garantia comum do credor.

---

(1) Sobre o conceito da impugnabilidade vid. Coviello, ob. e loc. cit.; Cabral Moncada, «Lições de Direito Civil», II, 1932-33, n.º 1.114, pág. 418 e segs.; Paulo Cunha «Lições sobre o facto jurídico na Teoria Geral da relação jurídica», 2.ª edição, pág. 150.

Se um acto do devedor torna o direito de execução menos apto a realizar totalmente a sua função de garantia, há uma ilegalidade na constituição desse acto.

a) Ocorre precisar essa ilegalidade.

Qual o requisito que não se verifica no acto fraudulento? Que elemento do acto se encontra viciado?

Nos termos do art.º 1.033, o acto ou contrato verdadeiro, mas celebrado pelo devedor em prejuízo do seu credor, pode ser rescindido a requerimento do mesmo credor, se o crédito for anterior ao dito acto ou contrato, e deste resultar insolvência do devedor».

Portanto, embora o acto seja verdadeiro, isto é, sincero (em contraposição com o acto simulado previsto nos artigos que se antecedem), viola o Direito objectivo, pelos seus efeitos.

Não basta terem as partes dado vida a um acto com o intuito de obterem efeitos de direito. É necessário, entre outros requisitos, que estes sejam queridos pela ordem jurídica.

Suponhamos que se transmite a propriedade de um imóvel de A para B, como efeito de um contrato celebrado entre A e B; suponhamos ainda que A é devedor e que se verificam os pressupostos da rescindibilidade pauliana.

O legislador, visando garantir a realização dos interesses dos credores de A, proíbe essa transmissão de propriedade, que vem desfalcado o património do devedor. Por outras palavras, o legislador, fazendo uma valoração dos interesses em jogo nas hipóteses em que o direito sobre o património do devedor se torna menos apto a assegurar uma execução eficaz, em resultado dos efeitos jurídicos atribuídos a um acto de que o devedor é sujeito, decidiu-se pela protecção dos interesses dos credores e, proibindo essa transmissão, concede aos credores o direito de suprimir do mundo do Direito o acto que produziu esses efeitos, por meio da providência pauliana (desde que se verifiquem todos os pressupostos que a lei estabelece, como a má fé do devedor e do terceiro adquirente quando o acto for a título oneroso, a anterioridade do crédito, etc.). Portanto devem-se considerar como contrários ao dever ser legal todos os efeitos de direito que levam o devedor à insolvência ou agravam essa insolvência.

Segundo a opinião dominante, o objecto do acto jurídico, é um conceito que abrange os próprios efeitos jurídicos do acto (1).

Não se pode supor que no art.º 675, que se ocupa do objecto legalmente impossível, só estão incluídos os factos que representam manifestações de vontade e as coisas.

A primeira vista, a expressão «actos», empregada no n.º 4 deste artigo, levar-nos-ia a supor que só as manifestações de vontade podem ser objecto do acto jurídico, e portanto só elas estariam aqui compreendidas. Mas, se nos lembrarmos da imprecisão terminológica do Código nesta matéria e se tivermos presente tudo o que pode ser objecto do acto jurídico, veremos os factos que não são manifestações de vontade.

Assim, a transmissão de um direito, como efeito de um contrato, em si mesmo, não é manifestação de vontade, pois resulta automaticamente do contrato. Todavia, é ainda objecto do acto jurídico, do contrato. O acto jurídico que tem por objecto essa transmissão tem um objecto que viola um dever ser legal, isto é, tem um *objecto legalmente impossível*.

b) Verifica-se por isso uma invalidade. Que espécie de invalidade?

Logo à primeira vista se exclui a inexistência jurídica: o acto jurídico apresenta todos os elementos necessários para ter existência jurídica; só não obedece a todos os requisitos legais.

E, se olharmos o regime do instituto, logo concluímos que se trata de uma *nulidade relativa*, que visa a protecção de interesses particulares dos credores.

Entre a nulidade absoluta e a relativa, há diversidade de regimes em muitos pontos de pormenor. Mas seria ocioso pretender enumerar todos, além de que raras vezes nos aparece um caso em que os pormenores se conjugam na sua totalidade, perfazendo um tipo absolutamente perfeito de nulidade relativa ou absoluta. A vida, mesmo a vida jurídica, foge sempre ao rigor abstracto dos esquemas muito geométricos.

---

(1) Vid.: Guilherme Moreira, «Instituições de Direito Civil Português», I, pág. 460 e segs.; José Tavares, «Princípios Fundamentais de Direito Civil», II, 1928, pág. 450 e segs.; Paulo Cunha, Lições sobre o facto jurídico, de 1944-45, pág. 183 e segs.

Por isso a distinção deve ser feita atendendo-se apenas aos traços fundamentais :

1) *Quanto ao modo por que a nulidade opera.*

Este é o traço que distingue essencialmente a nulidade da anulabilidade.

Na *nulidade absoluta*, o acto é nulo, já por si mesmo ; não é juridicamente necessário recorrer ao tribunal para que esta opere. E, se, para dissipar dúvidas, se solicita o concurso do órgão judiciário, o juiz não anulará o acto, declará-lo-à nulo.

A sentença será de *simples apreciação* ou, quando muito, de *condenação* (Código de Processo Civil, art.º 4.º, alíneas a) e b).

O *acto anulável* é um acto doente que pode eventualmente perecer, mas, até ao momento em que o tribunal pronuncia a nulidade, produz todos os seus efeitos, como se fosse válido.

Por isso, o tribunal não se limita a declarar nulo o acto que é submetido ao seu parecer, mas *anula*. A sentença tem, neste caso, valor *constitutivo*, porque introduz uma alteração na ordem jurídica, tornando retroactivamente nulo o acto jurídico até então inválido (Código de Processo Civil, art.º 4.º, alínea d).

Ora o art.º 1.033 do Código Civil, quando preceitua «o acto ou contrato verdadeiro... *pode ser rescindido*», e o art.º 1.044, quando acrescenta «*rescindindo o acto ou contrato*, revertem os valores alienados ao cúmulo dos bens do devedor», mostram-nos que o acto fraudulento é *anulável* e não nulo.

2) *Quanto à existência ou inexistência do prazo para propor em juízo a acção respectiva.*

Este é o critério prático de diferenciação das duas espécies de nulidade : é o *índice exterior*, visível, que nos permite diagnosticar uma nulidade ou uma anulabilidade.

A razão pré-legislativa da distinção entre os dois tipos de invalidade é a maior ou menor importância do preceito violado. Se o legislador não considera muito grave a infracção, porque ofende apenas interesses particulares, procura, sem sacrifício da justiça, salvar o acto, e por isso considera-o apenas anulável ; na lógica deste princípio, o natural é que fixe ao interessado ou interessados um prazo relativamente curto para a propositura da acção de anulação. Inversamente, se o preceito violado é de interesse e ordem pública, não seria razoável a fixação de prazo, porque a gravidade

da infracção não se compadece com a limitação temporal do direito a fazê-la valer judicialmente.

Portanto, se existe prazo, o acto é simplesmente anulável; se não existe é nulo.

Acrescente-se, no entanto, que a anulabilidade, se por via de acção só pode ser invocada dentro de certo prazo, por via de excepção pode sê-lo a todo o tempo (Código Civil, art.º 693).

Na nulidade do acto fraudulento, o direito a pedir por meio de acção a anulação do acto *caduca*, não sendo exercido dentro de um ano, contado desde o dia em que a insolvência do devedor haja sido judicialmente verificada, nos termos do art.º 1.045 do Código Civil.

### 3) Quanto às pessoas que podem arguir a nulidade.

Na nulidade absoluta, a declaração judicial de nulidade pode ser promovida por qualquer pessoa interessada e até pode ser «*ex-officio*», porque a lei violada é de interesse e ordem pública.

Na nulidade relativa, nem o juiz pode officiosamente decretar a anulação, nem toda e qualquer pessoa interessada a pode requerer, mas somente certas pessoas que a lei designa e em cujo benefício pessoal a lei criou o dever ser que o acto contrariou.

Nos termos do art.º 1.033 do Código Civil, só os credores prejudicados, com crédito anterior ao acto ou contrato, podem requerer a anulação.

### 4) Quanto à sanabilidade da nulidade

A nulidade absoluta é insanável. Mas na nulidade relativa, o acto, de princípio defeituoso, pode convalescer.

O § único do art.º 10.º diz que a nulidade pode sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem pública.

Este preceito distingue entre nulidades que podem e nulidades que não podem sanar-se conforme o carácter da lei infringida.

A nulidade do acto fraudulento, porque a lei violada é de mero interesse privado, pode sanar-se, renunciando o credor ao seu direito à anulação.