

DISSERTAÇÃO E THESES

APPRESENTADAS

A' Faculdade de Direito do Recife

Para o concurso de lente substituto
da 5.ª secção

POR

Eduardo Correia da Silva

Juiz de Direito

Natural de Pernambuco

EM JUNHO DE 1895



RECIFE

TYPOGRAPHIA DO COMMERCIO DE PERNAMBUCO

Rua 15 de Novembro n.º 69

1895

U. F. Pe.
FAC. DE DERECHO
BIBLIOTECA

F67

12786

DISSERTAÇÃO

Qual o conceito da acção
Pauliana?

O elemento historico, qualquer que seja o ramo de conhecimentos, é poderoso auxiliar na solução de todos os problemas, principalmente no actual momento em que a historia augmentou de valor com a applicação que d'ella se faz á todas as sciencias.

« O espirito, desejoso de conhecer no conjuncto a vida do passado, as suas phases importantes e as suas leis geraes, » não pôde eximir se do estudo da historia, compendio de uteis ensinamentos nas diversas manifestações da actividade humana.

Este conceito exacto e incontestado é, especialmente, verdadeiro quando se procura estudar o direito, desde que, no dizer de insigne escriptor, as sociedades civis assentão na combinação dos factos moraes, politicos e sociaes.

Não pareça, diante d'este enunciado, que pretendemos, na elaboração d'este desprezencioso trabalho, enveredar pelo escarpado caminho do direito atravez dos tempos, investigando tradições e procurando vestigios de civilisações passadas.

Planeando o imperfeito estudo da these formulada, não procuramos conhecer a ethnogenia dos povos que contribuirão para a cultura do direito; não queremos buscar sua ethnologia, nem indagar de sua exegese historica: — além de ousado commettimento, seria isso exceder os limites d'esta disserta-

ção. Remontando simplesmente à antiga Roma, temos de estudar a questão que discutimos por entre a laboração do direito no seio do grande povo, lançando os olhos sobre sua organização societaria.

Porquanto, seja a historia primitiva de Roma um mytho, sejam Romulus, Numa, Servius, symbolos de idades ou de acontecimentos, idolos historicos, episodios de um cyclo poetico (a); seja a historia romana um periodo proveitoso no qual nascerão instituições que, se aperfeiçoando e modelando, tornarão-se seculares; é incontrovertido que o *jus romanum* constitue a fonte mais fecunda da sciencia do direito.

Do mesmo modo que as folhas das florestas, diz erudito historiador, cedem o logar aos novos rebentos da primavera, apesar de não ser percebida pelos homens sua queda e substituição, assim, desapareceu a cidade historica, surgindo d'ella despercebidamente, Roma, aspirando a hegemonia da confederação latina, dominando o mundo e erigindo estes grandes monumentos legislativos, eloquente synthese d'um passado fecundo.

As luctas de tradição legendaria e as commoções intestinas, operando revoluções de toda a sorte, nobilitarão-na, tornando-a orgulhosa e altiva, muito embora agitações frequentes annuviassem, intermittenentemente, sua grandesa.

La guerre détruit, mais elle porte aussi dans ses flames une force creatrice (b).

E' o que se deve dizer dos Romanos, cujas conquistas não erão somente effeito da superioridade physica, mas tambem prova de superioridade moral.

Elles, que tiverão mais que qualquer outro povo da antiguidade classica *le genie de l'Etat e du droit*, (c) dominando de modo absoluto sobre a familia e a propriedade, souberão fundar o *imperium*, que exer-

(a) Hist. Rom. Vico e de Nieburhr.

(b) Bluntschli — Th. gen. de l'Etat.

(c) Obr. cit.

ção poderosa influencia no desenvolvimento do direito publico.

Quando os Romanos, colleccionando as leis que lhes parecião as melhores, instituirão o *strictum jus*, direito inscripto nas Doze Taboas, nas quaes predominarão, na opinião de certo historiador, os antigos costumes da Italia, os da aristocracia, oppressora dos plebeus, e as franquias que estes reclamarão e forão gradualmente alcançando, appareceo nova ordem de relações juridicas, começando então a evolução regular do direito.

De feito, Roma, abrindo suas portas ao commercio e á riqueza desde quando o *ager* sagrado deixou de ser privilegio dos patricios. iniciou nova vida social, synthetisada nos periodos que delimitão sua historia juridico legal.

Os Romanos, nas muitas vicissitudes de seu tempo, avigorarão pelas luctas o espirito, eminentemente pratico, nos dando licções sublim's de heroismo e poder.

Pelas suas glorias no terreno da historia, como pelas suas conquistas no campo do direito, pode-se aferir seu valor e a influencia que exercerão elles nos destinos das nações que se erguião.

Esse povo, que deu moldes ao direito e que em sua infancia assentou os fundamentos de sabia legislação, desenhou em suas primeiras leis profundos traços de nacionalidade.

Povo de agricultores livres que fundou toda a sua economia nacional sobre a posse e cultura do solo (*d*). a sociedade romana não pôde evitar certos phenomenos economicos e financeiros que, atirando em porfiada lucta ricos e pobres, produzirão perturbações e attritos dos quaes novas instituições politicas se formarão.

A situação creada contra o devedor convertido em escravo do credor, que podia vendel o ou mortal o amparado na lei, levou uma classe ao desespero, incitando justa e legitima explosão popular, de

(d) Dr. Tobias Barreto. Est. de Dir.

que resultou a suspensão da prescripção draconiana e a liberdade das pessoas detidas por dividas.

Essa victoria, porém, não foi decisiva á despeito da valente attitude dos plebeus que, si conseguiram n'um assomo de indignação revoltada o Tribunnato e a lei agraria, aos intemeratos e legendarios Gracchos devem o certo golpe contra o despotismo, que ia os avassallando.

Não obstante, por muito tempo ainda, os credores exercerão illimitados direitos sobre os devedores e a acção Pauliana é um signal d'esses tempos, quando a coacção pessoal era o unico modo legal de execução, fundado na *manus* ao lado da *pignoris capio*.

As transições operadas no correr dos tempos, de algum modo, forão modificadores d'esse estatuto, por isso que as revoluções no estado social produzem modificações nas leis.

Effectivamente, ainda que só muito tarde viessem os devedores melhorar de condição, contudo, o rigorismo das primeiras epochas foi soffrendo sensível depressão que se tem accentuado dia a dia.

Para isso, certamente, contribuiu o periodo medieval, que, apesar de constituir uma revolução ininterrompida, «continha em si o genesis do mundo moderno», muito embora Vico descobrisse n'ella um retrocesso para a barbaria heroica e Mostesquieu chamasse estupidas as leis dos barbaros.

As linhas geraes que traçamos mostram, à ligeira, as condições sociaes, o meio, em que se originou a acção Pauliana: singellamente esboção sua origem historica. Estudemos agora o lado juridico da questão, tentamen difficil diante da controversia que nasce dos variados modos de encaral a.

D'ahi parecerá, porventura, temeridade nossa preferir a these sobre que dissertamos.

Comprehende-se, porém, que não temos a velleidade de querer resolver um ponto para o qual espiritos illustrados, analyistas e commentadores emeritos, sem resultados praticos, têm procurado solução. Visamos, tão sómente, indicar a doutrina

mais acceita, convidando para ella o estudo d'aquelles que se empenhão, com talento, na investigação dos assumptos juridicos.

N'este certamen, pois, é pequeno o contingente com que entramos e, quando muito, poderá provar este trabalho o esforço de quem, descrente das garantias que suppoz ter encontrado na vida de magistrado, de que fizera por dez annos seu sacerdocio, quer trocar a inacção d'uma disponibilidade, pelos labores do estudo, e collimando outro alvo, deseja conseguir novo posto, onde ao lado de proveitosa e nobilitante actividade, são plenamente assegurados todos os direitos.

*
*
*

O credor pelo antigo direito Romano encontrava na lei meios seguros, si bem que excessivamente rigorosos, de obrigar o devedor ao cumprimento da obrigação.

A *missio in bona* foi um modo de execução considerado muito efficaz, porque creou a *bonorum venditio*, cujos effeitos, mais tarde, a lei Julia modificou, consentindo que o devedor tivesse em seu favor o *beneficium competentiae* (e).

Os credores, primitivamente, tinham a posse dos bens dos devedores quando querião a intervenção do *magister* e só posteriormente, sob o dominio dos imperadores, appareceo o *curator*, que administrava aquelles bens e os vendia para distribuir o preço entre os credores. (f) Apezar da *missio* e da *cessio bonorum* o devedor não deixava de ter a faculdade de dispôr dos seus bens, resultando que às vezes usavão elles d'essa faculdade em prejuizo dos credores.

Ora, d'ahi a necessidade de um meio legal, que viesse ao encontro dos actos assim, fraudulentamente, praticados. Esse meio legal, foi a acção Pauliana, em virtude da qual o Pretor Paulo per-

(e) Puglia — D'ell'azione Pauliana.

(f) Gaio, 3. 78 — Const 2. Cod de praet. pig.

mittio que o credor ou o *curator bonorum*, nos casos em que devia figurar, podesse a rescisão do acto fraudulento, ou fosse praticado pelo devedor já insolvente ou d'este facto sobreviesse-lhe o estado de insolvencia. A acção Pauliana é a resultante do espirito pratico dos Romanos, tirando de cada facto uma regra, uma norma — *ex facto oritur jus* — que colleccionados e aperfeiçoados, segundo o desenvolvimento social e juridico, são monumentos de sabedoria, justamente, admirados.

Isto posto, investigada a idade juridica da acção a que nos referimos, vê-se que ella data de quando reconheceo-se com tituir o patrimonio do devedor a melhor garantia dos credores, patrimonio ao qual não lhe era licito defraudar nem dissipar.

Assim, conforme o direito Romano, o conceito juridico da Pauliana era: que o acto fraudulentamente feito pelo devedor em prejuizo do credor devia ser rescindido, si quem com elle contractava estava de má fé e era adquirente á titulo oneroso, ou se de boa fé e adquirente á titulo lucrativo.

Na primeira hypothese, porque a fraude deve ser combatida por isso que não creia direitos, na segunda pelo principio, que ninguem pôde locupletar-se *cum alterius detrimento et injuria* (g).

Muitas são as questões que nascem acerca das modalidades da acção Pauliana. Diferentes legislas, escriptores distinctos, divergem de tal modo, que difficil se tem tornado apurar a verdadeira doutrina sobre sua natureza.

A controversia é tanto maior, quanto os que se têm occupado do assumpto, buscando estudal-o nos textos romanos, frequentemente se esquecem da boa interpretação para colherem argumentos, quasi sempre na letra da lei unica, exclusiva, nos simples vocabulos ou nas expressões isoladas, sem se aperceberem do principio de hermeneutica consagrado no conhecido axioma —: *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* —; nem se lembrarem das palavras de Quintiliano —: *uti*

(g) Puglia. Obr. cit.

rerum ita etiam verborum studium jurisperito necessarium.

Remontando-se os romanistas á origem etymologica das palavras — *revocare*, — *restituere*, *rescindere*, que se lêem em muitos fragmentos e titulos do «*Corpus juris*» procurão, na hypothese, confundindo os termos, tirar cada qual proveito para a doutrina que esposa.

Diz, porem, douto interprete, que a investigação etymologica dos vocabulos a que se entregavão os Romanos, que a isso ligavão particular interesse, é de grande vantagem e no caso em questão, muito contribuirá para precisar a natureza da acção Pauliana, si, ao contrario do que tem acontecido, prevalecerem as regras da interpretação verdadeira que «é la ricostruzione del pensiero del legislatore per riconoscerne il valore, quanto è possibile, dalle espressioni e dalle parole della legge e svolgerlo in tutte le sue conseguenze. (h)

A acção Pauliana funda-se na fraude, que é o seu elemento formal, e tem por elemento material o damno que soffre o credor toda a vez que o devedor sacrifica seu patrimonio ou deste se locupleta um terceiro que, injustamente, o detém. Antes de qualquer exame sobre a these de que nos occupamos, devemos, em bem do methodo, estudar algumas das diversas questões que prendem-se ao nosso assumpto, convindo começar logo pela analyse do conceito da fraude.

Encontra-se em Brissonio — (i) «*fraus calliditatem et fallaciam significat ... inest enim dolo et fraus ideoque solent dolus et fraus conjungi*» — «*fraus interdum pro damno accipitur: onde fraudare est aliquem commodo lucrove aut alio emolumento privare.*» — «*Fraus, diz Ausonio Popma, est levis captiuncula, ex qua aliquis sibi acquirit, sive alterum fraudando sive se ipsum*»; ou, escreve Puglia, *fraus* essa é l'inganno occulto alla vicendevole fede. Agita-se a questão de saber se o *consilium fraudis*, de que fallão os Romanos.

(h) Polignani cit., p. r. F. Pug.

(i) Pug. Obr. cit.

consiste na intenção directa de illudir os credores ou de locupletar-se o devedor a si mesmo ou a outrem. Para resolver toda a duvida n'este sentido, citão alguns escriptores o fr. 17—1—Dig. 42—8—, onde se lê:—quamvis nom proponatur consilium fraudis habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse.—

O *consilium fraudis*, portanto, importa no *animus nocendi* e não na *intentio nocendi*; em outros termos, não basta que o devedor tenha a intenção de prejudicar seus credores, mas é preciso que elle tenha certeza de que o acto á praticar impossibilita-o de satisfazer seus creditos. (j)

Resulta d'ahi, que o credor devia provar que o devedor conhecia seus debitos e sabia tornava-se insolvavel praticando o acto fraudulento, e deste modo demonstrava-se o *consilium fraudis*.

Por sua vez, o adquirente era tido de má fé, tinha contra si a fraude, quando não ignorava que o devedor alheava os bens para prejudicar seus credores.

E' o que promana do direito Romano nas expressões: quae fraulacionis causa jesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit de his... actionem dabo. (k)

O mesmo infere se do fr. 10 § 2, onde encontra-se: — quod ait praetor: sciente sic accipimus te conscio et fraudem participante, non enim si simpliciter scio, illum creditores habere hoc sufficit ad contendum teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est.

Os ff. citados definem a *scientia fraudis* a que referem se os romanistas tratando da acção Pauliana, e dão a ver ladeira idéa da fraude, que lhe serve de fundamento.

A *scientia fraudis* da parte do terceiro que tinha a intenção de prejudicar os credores daquelle com quem contractava, manifestava se, traduzia se

(j) Puglia—Obr cit.

(k) Puglia—Obr. c t.

pelo conhecimento da insolvabilidade do devedor ou pela certeza de que esta, fatalmente, resultava da alienação em que interviera.

Entretanto, tal conhecimento ou certeza devia ser anterior ou coincidir com a pratica do acto, devia occorrer antes ou no momento da alienação, de outro modo não existia fraude e, conseguintemente não havia acção, porque “*mala fides super. veniens non noxet*”.

Acresce, que sendo preciso a tradição, no direito Romano, para que a alienação se legalise, acontecia que a *scientia fraudis* podia ter lugar até na occasião em que ella realisava se.

Tratando-se de alienação á titulo gratuito a unica fraude do devedor, sem necessidade da co-participação do adquirente, motivava como ainda hoje, a acção revogatoria, porque são mais attendidos os que tratão de *damno á evitar (de damno vitando)* do que os que tratão de *lucro á captar (de lucro captando)*.

Schoenemann, citado pelo professor F. Puglia, sustenta que tambem faz-se preciso na hypothese a fraude no donatario, a qual em casos taes nasce da injusta retenção da ccusa, depois de intentada a acção pelos credores.

Tal doutrina está isolada, accrescenta o mesmo professor, como pôde vêr-se em Maierini que augmenta o numero dos que criticão aquella theoria.

Além dos seus elementos formal e material, a acção Pauliana modernamente, do mesmo modo que no antigo direito, tem como caracteristico os seguintes requisitos: a) que no acto da alienação arguida de fraudulenta seja o auctor credor effectivo; b) a falta de bens em que possa-se fazer a excução (1).

Em apoio do que avançamos temos opiniões de valor.

Assim, lemos em Maynz (m) “*la faculté d’attaquer les acts susceptibles d’être rescindés appar-*

(1) Con. Trles - Dantr das acc. - § 54

(m) Mayny - Droit Rom. T. 2. - pg 384.

tient a tout creancier dont le credit est anterieur, a l'envoi in possession et dont les interets ont été lésés d'une maniere quelconque par l'acte incriminé.”

Igualmente encontramos em Pegas (n): ut possit agi revocatoria requiritur creditores esse damnificatos. Sed non potest constare eos esse damnificatos nisi prius executiantur bona debitoris, unde liqueat ea non sufficere: igitur necessaria est exussio.

Praticamente, completa-se o segundo requisito enumerado com certidão, que prove não se ter encontrado ao devedor bens em que se podesse fazer a penhora.

No commercio a prova da fallencia aberta, substitue áquelle documento. (o)

O dote e a quitação de dividas são dois outros casos controversos, que se relacionão com o assumpto de que tratamos.

Vejamos o que dizem os romanistas acerca do primeiro.

O dote a respeito do marido reputava-se adquirido a titulo oneroso, porque era considerado “ad substinenda onera matrimonii” e o fr. 18 de obl. et act. diz: “ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse; sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur qui dotem parit”.

Para ter logar, portanto, a acção Pauliana, bastava a *scientia fraudis* da parte do marido, como claramente diz Venuleio (p) no dig. 62 fr. 25, § 1 — in marituum, qui ignoraverit non dandam actionem non magis, quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit, quum is indotatam uxorem ducturus non fuerit; e no § 2 vê-se: item si extraneus filiae familiae nomine fraudandi causa dotem dederit, tenebitur maritus, si scierit. Marciano no § 13 fr. de quib. mod. pig. vel hyp. a proposito de Juliano comparar o marido a um comprador,

(n) Pegas. Trad. de obl. et act. T. 5.

(o) Carr. Tell. Doutr. das acc. nota 165.

(p) Puglia. Obr. cit.

tambem escreve: — quod si dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur prompter onera matrimonii.

Ao contrario, reputava-se o dote a respeito da mulher à titulo lucrativo, pelo que, a acção revogatoria tinha logar, no caso de ser dissolvido o casamento, houvesse ou não *scientia fraudis* por parte d'ella.

A remissão das dividas por igual tem sido causa de grande discussão entre os theoristas.

Esta grave questão é agitada por diversos escriptores, sendo certo que no meio da desintelligencia tem sido difficil verificar-se a verdadeira doutrina.

O pagamento feito pelo devedor depois da *missio in bona* originava acção revogatoria, porque subtrahia-se alguma cousa que constituia garantia ao credor; assim como, a quitação de um debito ainda não vencido ou condicional, feito com o intuito de defraudar os credores e a *hypotheca* ou penhor de que lançasse mão o devedor em beneficio de alguns d'estes, concededores da fraude (q).

A acção Pauliana é concedida aos credores, como se evidencia das leis romanas, e precisamente da lei 42 § 4 de obl. et act. que dispõe: *creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent (sic tamen ne exceptione submoveantur) vel honorariam actionem vel in factum.*

Segundo o direito romano competia tambem ao curador dos bens do devedor na representação de credores e incumbia aos herdeiros dos mesmos credores, mas não aos successores do devedor, no caso em que a alienação tivesse sido feita em sua fraude porque então o credito se extinguia pela confusão. (r)

Convenem discutir, si, concedendo as leis roma-

(q) Corr Tell na Dentr. dos acc referindo-se a Pauliana escreve:

O; credores podem tambem usar d'esta acção: para adirem a herança repudiada pelo devedor em fraude do pagamento de suas dividas; para revogarem «quitações de dividas,» que o réo perdoasse com igual fraude

(r) Pug. Obr. cit.

nas a acção Pauliana exclusivamente aos credores, á vista dos principios que havemos explanado, e das modificações indicadas, têm todos elles o direito de intental a ; ou, em outros termos, precisamos saber si a simples qualidade de credor justifica o exercicio da acção de que fallamos.

Vimos anteriormente que á acção revogatoria funda-se na fraude ; ja verificamos que é um direito do credor que não procurou garantias legaes quando contractou, confiando na honorabilidade do devedor e fiando-se em seu patrimonio, e que, entretanto, foi lesado e ficou prejudicado.

Ora, jogando com estes elementos e attendendo ao conceito geral da acção, privilegio do credor, com facilidade podemos affirmar que, somente o credor prejudicado pelo acto fraudulento, aquelle cujo direito não está garantido, é quem tem em seu favor a Pauliana.

D'este enunciado deduz-se que o credor anterior ao acto fraudulento, do mesmo modo que aquelle cujo direito acha-se garantido por hypotheca ou penhor, carece da acção.

Apesar de ser esta doutrina impugnada por certos commentadores, como Maierini, Richeri e outros, parece aceitavel porque decorre da theoria romana, que é a fonte onde vamos encontrar os mais valiosos argumentos em apoio do conceito da acção Pauliana, conforme no correr deste trabalho havemos feito sentir.

Entre os que sustentão a verdadeira doutrina, destaca-se Ferdinando Puglia que assim se exprime : l'azione (pauliana) é data ai creditori mancanti di garenzia e che repongono la loro fiducia sul patrimonio del debitore, e sulla sua buona fede. Quelle leggi (romane) a difesa del loro diritto accordavano da un lato la *missio in bona* e dall'altro, siccome il debitore poteva ancora disporre deis bene, concedevano la pauliana. Questa dottrina risulta evidente dal testo della legge, ed infatti pei beni ipotecati non eravi *curator*, né *missio in bona* concedevasi ai creditori ipotecari.

Claro está, portanto, a que ordem de credores

é permittida a acção revogatoria; mas, é tempo de inquirir-se contra quem esta acção deve ser exercida.

Não padece duvida que, em primeiro logar, contra o devedor e, successivamente, contra o adquirente á titulo oneroso e de má fé, o adquirente á titulo gratuito, os herdeiros do devedor e os do terceiro sciente da fraude.

O espirito pratico do legislador romano não esqueceu-se de acautelar, de algum modo, a sorte do herdeiro neste ponto; porque, realmente, não deve elle ser equiparado em absoluto ao devedor fraudulento, limitando sua responsabilidade aos lucros obtidos; e Cassius, diz no fr. 11. «actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit.»

Questionão os commentadores sobre a restituição dos fructos da cousa que é revocada por força da acção Pauliana; e, como em todos os assumptos, as opiniões dividem se.

Segundo Ulpiano «rem restituere debet, cum sua scilicet causa», e Venuleio (s) diz «non solum autem ipsam rem alienatam restituere oportet, sed et fructus, qui *alienationis tempore* terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt. Item eos, qui «post inchoatum iudicium recepti sunt, medio autem tempore» perceptos in restitutionem non venire.

D'estes dois fragmentos, nasce a maior divergencia entre os interpretes, e della deixaremos de tratar especialmente, por isso que não é nosso intuito explanar todos os pontos que se prendem a questão de que nos occupamos, sinão apenas, para observar uma certa ordem de ideas, indicar, d'entre aquelles, os que mais intimamente ligão-se ao assumpto que investigamos. Não nos furtaremos, comtudo, de consignar que a doutrina mais rasoavel é a dos que entendem que os fructos pendentes ao tempo da alienação «erant in bonis debitoris» e, portanto, o adquirente de boa fé, não tem o direito de retel os em prejuizo de outrem' e os percebidos

depois de proposta a acção tambem devem ser restituídos, porquanto, contestado o direito do devedor em alienar os bens, desaparece a boa fé do adquirente ou possuidor, e com ella a justa retenção dos fructos.

A entrega dos bens consequentemente traz comsigo a dos fructos pendentes e dos que o réo colher depois de intentada a acção. (1)

Assim, o adquirente de boa fé gosa dos fructos colhidos depois da alienação até o inicio da respectiva acção, mas sua boa fé, não pôde garantir o a'em d'estes limites, sob pena de manifesta injustiça.

Tem-se contestado que o acto fraudulento, annullado por effeito da acção Pauliana, aproveite a todos os credores.

Não tem, porem, razão os que assim pensão, porque, si é verdade que o credor não prejudicado carece de motivo legal para propor a acção revogatoria, não segue-se que o credor, annullado o acto e tendo o bem voltado ao patrimonio do devedor, esteja inhibido de procurar indemnizar se.

E o illustre professor Puglia claramente o diz: altro è dire che solamente i creditori pregiudicati possono giovare dell'azione, altro è dire che lo annullamento giova a tutti indistintamente, quando vogliono essere soddisfatti.

Suscita se tambem desaccordo entre os interpretes, quando procurão saber si os credores que têm de accionar o devedor devem fazel o em nome proprio, ou si pôdem collectivamente agir.

Por mais clara que pareça a solução deste ponto, desde que é liquido que a acção Pauliana compete áquelle credor prejudicado pelo acto fraudulento, guardadas as regras de direito prefixadas, ha escriptores que julgão a acção revogatoria, sinão *collectiva* no sentido de que devem todos os credores, promovel-a, ao menos tal em suas conequencias. Isto é, considerão cada um dos credores um gestor de negocios dos demais, de modo que a acção

(1) Cor. Tcd. — obr. cit. — not ao § 54. —

intentada por um deus, necessariamente, redundar em beneficio dos outros.

De algum modo já lineamos esta feição da acção pauliana, que tem suggerido theorias discordes sobre a natureza do credito, que motiva o exercicio d'este instituto juridico:

Empenhão-se na discussão, além de outros, Borsari (u) Capmas (v) Laurent (x) Maierini (y) e Demolombe (z).

Capmas nega aos credores condicionaes o direito de promover a acção revogatoria, ao contrario de Demolombe, que affirma este direito, allegando que trata-se de impugnar um acto fraudulento, e o credor deve defender-se contra a fraude.

Laurent concorda com Capmas e Maierini aceita a doutrina de Demolombe com certas restricções.

Não queremos entrar na indagação d'este ponto, porque pensamos que ultrapassa os limites deste trabalho.

Assumpto vasto e difficil, á elle nos referimos para provar a importancia do estudo da acção Pauliana e dar ligeira idéa do seu conceito para as duas escholas em que se dividem os escriptores modernos.

Apreciando a acção revogatoria em sua origem, temos procurado apontar os principios que regulão seu exercicio, estudando sua phase historica e examinando seu desenvolvimento juridico, e dentro deste circulo fechamos toda a nossa investigação, que nos obriga, por amor á ordem e ao methodo, á ligeiras referencias á alguns dos pontos mais controvertidos, sem que pretendamos elucidal-os todos.

..

A insufficiencia dos bens do devedor para a satisfação de seus debitos, oriunda de qualquer acto

(u) Borsari, Comm. al. cod. Civ. It.

(v) Capmas. Des actes faits par le débiteur in fraude des droits de créancier.

(x) Laurent. Princip. de droit civil.

(y) Maierini. Rivista degli studi fr. ud.

(z) Demolombe. Traité de contrats.

por elle, fraudulentamente, praticado ; a participação de fraude por parte do adquirente á titulo oneroso ou a indevida locupletação do adquirente á titulo gratuito, erão condições primordiales para a propositura da acção Pauliana, segundo o direito romano.

Si o credor não conseguia provar a fraude ou a indebita locupletação do adquirente á titulo oneroso ou gratuito ; si a alienação não offendia direitos seus ; si as liberalidades do devedor não prejudicavão-n'o ; elle carecia de acção, por isso que o acto era perfeitamente legal, faltava a *aliena jactura*, e ao devedor é licito dispor livremente do que lhe pertence, toda a vez que não vá ferir direitos alheios :— *qui jure suo utitur, neminem laedit*.

O exame dos actos que podião ser impugnados levanta seria controversia entre os commentadores do direito, a vista dos termos geraes do edicto Pretoriano :—*quae fraudationis causa gesta sunt cum eo qui fraudem non ignoraverit*; e do que se lê em muitos titulos do Dig. e do Cod. que dizem : *quae in fraudem creditorum facta sunt*.

A doutrina, que a respeito deduz se de varias leis romanas, que infere se dos principios mais acceitos entre os diversos glosadores, é que qualquer acto, pelo qual o devedor effectivamente tinha diminuido seu patrimonio, pôde ser impugnado, constitue objecto da acção Pauliana, comprehendendo-se tambem n'este conceito a inacção que damnifica ou occasiona prejuizos ao mesmo patrimonio.

Partindo d'ahi, alguns escriptores particularisão os seguintes casos, em que o credor tinha faculdade de tentar a predita acção : a) tratando-se de qualquer alienação á titulo oneroso ou gratuito, quando d'ella resultava a perda de um direito ; b) quando o devedor renunciava fraudulentamente aos direitos e aos respectivos meios de garantia ou exercicio ; c) havendo remissão de debito ou da garantia do mesmo, quando o devedor assim procedia para o fim de lesar seus credores ; d) quando, finalmente, o devedor effectuava pagamentos a alguns

dos credores, depois que outros estavam empossados conforme a lei *permittia*.

Ao contrario, outros actos havia que não podião ser impugnados; taes como, os pagamentos feitos antes que os credores estivessem de posse dos bens, ainda que os credores satisfeitos ou pagos conhecessem que os bens restantes não erão bastantes para a indemnisação dos demais; os] actos pelos quaes o devedor, querendo, podia augmentar seu patrimonio, porque o Pretor, por um edicto, prohibia a diminuição do patrimonio do devedor; e a renuncia á uma herança e á um legado.

Referindo-se a liberdade do devedor em aceitar ou renunciar a herança ou o legado, divergem os interpretes do direito romano. Naquet, em sua obra — *Etude sur l'act. paul.* — diz que pela acção Pauliana não se pôde impugnar a omissão da aquisição de direitos já existentes no patrimonio do devedor e aos quaes podia se renunciar, diante da imperfeição de taes direitos. doutrina aliás combatida por Maierini.

Pensão, porém, outros escriptores que, sendo a acção Pauliana concedida como meio de conservação d'aquillo que positivamente existe no patrimonio do devedor, tanto que si o bem sahia do referido patrimonio devia a elle novamente voltar, não comprehende-se que a aquisição ou a perda de um direito dependente de mera vontade, que apenas existe potencialmente, possa ser objecto da acção revogatoria.

Esta acção durava, segundo as leis romanas, um anno util, que era contado do dia da transacção, porque desde este momento conhecia-se si o devedor estava ou não insolvel.

Este preceito é consignado em todos os codigos modernos e pelo nosso [direito esta acção tambem dura somente um anno util, que começa a contar-se depois que, executado o devedor, prova-se que elle não tem bens para a penhora.

*
• •

Até aqui temos procurado conhecer a acção Pauliana no antigo direito Romano e, neste proposito, havemos, em synthese, mostrado o conceito originario d'este instituto, indicando ao mesmo tempo os diversos pontos de controversia e as questões mais importantes.

Faz-se preciso examinar, si modernamente a acção revogatoria, em sua essencia, é a mesma da legislação romana.

O estudo comparado n'este sentido demonstra, à despeito de certa confusão de termos, denunciada por alguns commentadores, que o conceito da Pauliana é o de sua origem.

De facto, consultando o Codigo Civil Italiano, ahi encontra-se o credor tendo o direito de impugnar os actos que o devedor pratica para defraudal-o; vê-se mais estatuido, que nos actos á titulo oneroso é essencial a fraude da parte de ambos os contractantes, em quanto que nos á titulo gratuito, basta a fraude do devedor para que tenha logar a respectiva acção.

A confusão, de que fallamos, nasce da redacção do preceito legislativo; como sóe sempre acontecer, origina-se dos termos em que está concebida a disposição que define o direito do credor no Codigo Italiano Civil e Commercial, e no laconismo da lei encontram os romanistas motivos de divergencia a respeito da natureza e dos effeitos da acção revogatoria.

Apezar da interpretação desencontrada e dos differentes modos de entender a legislação referida, podemos affirmar que a acção Pauliana, nos alludidos Codigos, é, na sua essencia, a mesma dos romanos, cuja tradição neste, como em outros pontos, é um facto incontestado.

No Codigo Francez a origem da acção Pauliana não differe da que temos assignalado nos Codigos Italianos e nisto são accordes todos os escriptores.

Fauiller, por exemplo, diz que, à semelhança do edicto do Pretor, o Codigo concede aos credores

uma acção contra todos os actos feitos em fraude de seu direito, e esta acção não pôde deixar de ser a Pauliana.

Laurent, tratando deste ponto, refere-se á Do-mat, e este, quanto diz sobre a acção pauliana, é deduzido do direito Romano. Disto resulta facilmente que a natureza da acção, que nos preocupa, á qual se refere o Cod. Civil Francez no art. 1167, onde inspirou-se o Codigo moderno Italiano para redigir o art. 1235, é a mesma da acção pauliana do direito Romano.

A' vista do que expendemos, não temos necessidade de analysar a pauliana diante dos Codigos acima citados, desde quando dita acção é a mesma das leis romanas, tendo apenas soffrido a modificação do tempo e do progresso do direito.

Vejamos o que dispõe a nossa legislação.

Compete a acção revocatoria ao credor contra o possuidor dos bens do devedor que um alheou e o outro adquirio com sinistro intento de fraudar-se o pagamento da divida, e para que os entregue afim de fazer-se n'elles a execução, ou pagar a divida exigida. (*w*)

A insolvencia do devedor e a fraude do possuidor n'acquirição por titulo oneroso, são provas que o credor deve allegar para fazer valer seus direitos. Na aquisição á titulo lucrativo, provado que é fraudulenta a liberalidade do devedor, deve ser accionado o possuidor dos bens, não importando a bôa fé do donatario. (*aa*)

Tendo a acção Pauliana por fim revocar os bens alienados em fraude dos credores para que se proceda a execução, ou pague o donatario a divida do doador (*bb*), seu fundamento de pedir é—não ter o devedor outros bens em que possa ser executado, devendo ser executado para que se faça prova de

(*w*) Corr — Tell. — Doutr. dos acc

(*aa*) Paul Bap. ohon. e Prat. do Proca.

(*bb*) L 38 § 4 — D. de Th. § 16 Inst. devert.

que não ha outros bens; e isto ja vimos como se demonstra.

A coparticipação da fraude entre o adquirente e o devedor deve ser allegada pelo autor, que pode proval a ainda mesmo por indícios e conjecturas.

Esta doutrina é, francamente, admittida pela nossa lei de fallencias (cc) quando, referindo se á fraude ou má fé, permite que o juiz, desprendendo-se das regras de direito quanto a prova, decida conforme sua livre e intima convicção, embora deva fundamentar a sentença com os factos e as razões que motivam a decisão.

A acção Pauliana pode ser movida pelos credores contra o terceiro possuidor, que fraudulentamente comprou os bens e contra aquelle que lh'os vendeo, á respeito do preço, não valendo á boa fé, si este terceiro os adquirio por titulo lucrativo: elle é obrigado por quanto locupletou-se — in quantum locupletior factus est.

Ainda têm em seu favor a acção pauliana os credores, quando querem adir a herança repudiada pelo devedor em fraude do pagamento de suas dividas, revogar quitações de dividas que o réo perdoo com igual fraude e conseguir a revogação da sentença contra elle obtida porque, fraudulentamente, não se defendeo. (dd)

Pelo direito romano, sô movia-se esta acção contra aquelle que alienava seus bens, mas não contra o que recusava adquirir, ao contrario do que acontece modernamente, porquanto ella pôde ser intentada para revogar todo e qualquer acto de fraude commetido pelo devedor em prejuizo do credor, até mesmo a fraudulenta repudição da herança.

Ainda encontramos em diversos praxistas as acções revogatorias de alienações em fraudes de legitima ou acção por fraude de legitima (ee), que

(cc) Dec - n. 9.7 - de 24 de Outubro de 1890.

(dd) Corr. Tell. - obr. cit.

(ee) Col. Tell. - obr. cit.

compete ao filho herdeiro contra o irmão a quem o pai vendeo alguns bens sem consentimento do autor, pela qual pede que os dê a partilha, como se o pae os possuísse ao tempo de sua morte: (ff) é o caso da Ord. L. 4 T. 12, aliás especial e que suscita varias questões.

A acção de pedir os bens alheados em fraude da legitima, tambem compete a qualquer herdeiro necessario contra o possuidor dos bens do decujus, ao qual forão alheados em fraude da legitima do autor. Esta acção, porem, é a Fabiana dos Romanos, e, raramente, usada pela difficuldade que ha de se fazer a prova da participação do réo na fraude, quando elle adquirio por titulo oneroso e não revogatorio, como pretendem alguns legistas.

No direito commercial encontramos diversos casos de acção revogatoria e, no § 3 Art. 34 do Dec. 917 de 24 de Outubro de 1890, o legislador estabelece o uso do interdicto *fraudatorium*, que consiste em fazer entrar a massa na posse dos bens alienados.

Já no Cod. Commercial, na parte que foi reformada pelo D. c. — cit. — encontrava-se no Art. 828 e em outros, muitos casos de acção revogatoria, que forão reformados na recente lei de fallencia.

Não é de mais assignalar que o *interdictum fraudatorium*, (e que falla esta nova lei, é a mesma acção pauliana.

Muito embora diverjão neste ponto diversos interpretes do direito Romano, parece aceitavel a opinião dos que admittem a identidade do interdicto e da acção.

No meio da controversia destaca se a doutrina de Huschke sustentando que das varias leis romanas referentes ao interdicto *fraudatorium*, resultão diversos meios juridicos diferentes pela sua natureza e pelos seus effeitos; taes como a acção pau-

liana ; acção in rem universalis» ou «in rem rescis-
soria», que visava rescindir o acto afim de que o
bem voltasse ao patrimonio do devedor; o *inter-*
dictum fraudatorium, que tinha por fim a prompta
recuperação da cousa aliçada ; e duas «acções in
factum, arbitraria, personales que podião ser mo-
vidas contra o terceiro inculpado de fraude e ten-
dentes a completar o remedio juridico do interdicto.

Em opposição apparece Reinhat, secundado
pelo douto Puglia, e affirma não existir differença
entre os dois alludidos meios juridicos, não só por-
que, quasi sempre, nas leis romanas acha-se um
interdicto ao lado d'uma acção, como porque a Pau-
liana revela-se “actio arbitraria” e o «interdictum
fraudatorium» dava logar a uma actio in factum
arbitraria» por ser um interdicto restitutorio.

A proposito, escreve Puglia—: la identittá é
giustificata. Ed infatti in molte leggi, ove si tratta
della pauliana, ci imbattiamo spesso nella espres-
sione actio in factum.

Realmente, consultando se os romanistas e
procurando estudar-se as interpretações dos com-
mentadores, tem se a certeza de que a doutrina de
Reinhart, acolhida pelo professor Puglia, é a mais
acceita e encontra apoio em diversos escriptores,
dosquaes destacaremos Voet, Vinnio e Savigny. (gg)

No historico da acção pauliana teriamos de
abordar a muitos outras questões, si o exame que
devessemos fazer sobre sua natureza e seu conceito
não se limitasse á ligeiras investigações ajustadas
á estreiteza d'uma dissertação.

Comtudo, moldando neste escôpo o estudo que
temos feito, entendemos indicar principios, que não
devião ficar esquecidos no desenvolvimento da the-
se escolhida: pensamos suggerir certas questões que
são connexas com o objecto deste modesto ensaio.

(gg) Puglia. Obr. cit. V. ct. C. m a t p. nd. L. 628 Vinnio.
Comm ad Inst. § 1 dea t, Savigny, Droit R m, 5-2, 8.

A natureza da acção Pauliana está no caso apontado, principalmente, pela controversia que ha produzido, controversia que por sua vez tem originado grande confusão entre os theoristas.

Discutem os que tratão da materia, si a Pauliana é acção pessoal, ou real; si é acção pessoal *in rem scripta* rescisoria ou de nullidade e até querem que seja acção *sui generis*.

Além d'isto, ha. escriptores que considerão a acção Pauliana pessoal, mas ao mesmo tempo de nullidade ou rescisoria; outros que combatem esta opinião e sustentão que é real; muitos affirmão que é acção de nullidade distincta de igual acção communmente usada; finalmente, ha ainda quem considere a pessoal em sua origem e real em seus effeitos.

D'ahi vê-se a difficuldade que nasce para a solução d'este ponto, tanto mais quanto todos aquelles que referem-se á questão, são escriptores de nota, affeitos ás investigações scientificas, déstros no torneio da logica e, entretanto, defensores de oppostas doutrinas. Como dissemos, não temos o intuito de trazer subsidios para tão controvertida questão, nem nutrimos esperanças de contribuir para a solução almejada.

Simplemente, vimos explanar as muitas theorias que nascem da interpretação dos que se têm occupado do assumpto, e, d'esta arte, provar os embaraços e as difficuldades que surgem ao investigador em apurar o verdadeiro conceito da acção Pauliana.

N'este particular, devemos passar em revista alguns escriptores e começaremos ouvindo Zacharias (*hh*).

A acção revocatoria, diz elle, é ora pessoal, ora real, segundo a natureza do direito que tem por objecto.

(hh) Zachariae, dir. civ. franc., v. 1.º p.º g. 234.

Aubry e Rau, commentadores, entendem que a acção Pauliana ou revogatoria é *sui generis*, e por isto não é facil determinar sua natureza. Douline ataca esta opinião porque não encontra apoio nos textos do direito Romano.

Capmas, Naquet, Larombiere, Laurent, Proudhon e muitos outros pensão que a acção Pauliana é pessoal, mas discordão quanto ás suas modalidades.

Larombiere, por exemplo, diz que a Pauliana é acção pessoal *in rem scripta* ou *mixta*, ao passo que Proudhon pensa que é sómente *in rem scripta*.

Discreteemos sobre a doutrina de Laurent, que considera pessoal a acção revogatoria.

Diz elle, que a Pauliana não é acção real, porque os credores são em regra chirographarios e não têm direito algum sobre a causa, e sómente acção contra a pessoa.

« Pessoal, acrescenta, porque funda-se na fraude do devedor, é tambem de nullidade porque o devedor recpera a propriedade da cousa alienada á respeito dos credores, embora para o outro contractante o acto seja valido.»

« Quem contracta com o devedor fica proprietario para com elle, mas não o é para com os credores. »

« E' uma ficção, que faz que o acto seja ao mesmo tempo valido a respeito de alguns e inexistente para outros. » « A ficção é sempre um absurdo, mas sem ella a acção Pauliana será inexplicavel. » « Os credores reivindicão a cousa em virtude da ficção da Pauliana »

« E' pois uma ficção, termina, que faz um acto ao mesmo tempo valido á respeito de um e insubsistente quanto á outro. »

Sem apoio no direito Romano, a doutrina de Laurent é insustentavel, porque funda-se em ficção, que, na especie, a lei não admite. « *Fictiones juris, diz Polignani, sunt sanctiones legum, quibus contrarium ejus ponitur, quod in veritate extat; (ii)*

(ii) F. Ug. Obr cit.

e, escreve judiciosamente Puglia, «se fosse licito creare delle finzioni, gli abusi legislativi e, giuridice si potrebbero giustificare facilmente colle finzioni.»

A theoria de Laurent só poderia ser acceita, na parte em que considera a revogatoria acção de nullidade ou rescisoria, si erradamente não sustentasse que, provada a má fé do primeiro adquirente, o acto annulla-se tambem a respeito do sub adquirente, posto que de boa fé, quando as leis romanas dispõem o contrario.

Accresce que o referido escriptor considera a Pauliana acção pessoal, porque a fraude é pessoal.

Entretanto, pondera-se, si a Pauliana é acção de nullidade não póde dizer-se que seja pessoal nem real positivamente, porque exercida contra um acto juridico, seu effeito recae sobre a cousa e sobre a pessoa, mas não se dirige contra uma, nem contra outra directamente.

Assim, a doutrina que acabamos de vêr em lugar de aclarar a questão sobre a natureza da acção Pauliana, augmenta a confusão em tal materia, tornando-a mais complicada e mais difficil.

Os escriptores italianos sustentão que a Pauliana é acção pessoal, e diz Mazzoni: l'azione Pauliana é personale, quando anche com essa si impugni un atto de alienazione di beni immobili. Maierini sustenta o mesmo principio, acrescentando que— i creditori che domandano la revoca non insistono sopra un vizio inerente all'atto impugnato, ma solo sulla circostanza che il debitore ha avuto l'intenzione de pregiudicarli e che l'acquirente ha partecipato alla sua mala fede. Escreve Borsari: a Pauliana é uma acção pessoal quanto a sua essencia mas de effeitos reaes, tendo-se em vista as consequencias da revocação.

O bem volta ao primitivo estado como se o acto nunca houvesse sido feito, reentra, porém, no patrimonio á titulo de reparação, isto é, para a concurrencia dos direitos dos credores defraudados.

Contra os principios do direito Romano, e sem fundamento na razão historica, a doutrina de Bor-

sari admittit a acção Pauliana como pessoal em sua essencia e real pelos seus effeitos.

Os commentadores do Codigo Civil Italiano, como já notamos, querem aproveitar-se de certa confusão de termos na redacção do preceito legislativo, que refere se a esta materia, para d'ahi tirarem argumentos em favor das theorias que sustentão.

Devido a isto diz Laurent :—a lei quando trata de doação falla em *revogação*, quando o acto é a titulo oneroso falla em *restituição*.

Não resta duvida, que a inexactidão da linguagem legislativa é origem de duvidas e confusões; mas, tambem é certo que, muitas vezes, torna-se pretexto de inuteis discussões, verdadeira alicantia, para não empregar outra phrase.

Os vocabulos *rescindire*, *revocare*, *impugnare*, empregados pelo referido Codigo, não dirimem o conceito juridico da acção Pauliana, porque além da justa interferencia da verdadeira interpretação, estes termos, examinados á luz dos textos romanos, d'onde promanão, demonstrão a exacta natureza da revogatoria.

A prova de que assim acontece, está no facto dos mesmos escriptores que negão seja a Pauliana acção de nullidade ou rescisoria, sem se aperceberem, cahirem em contradicção.

Entre outros citamos Mazzoni, affirmando que o acto feito pelo devedor com fraude não é nullo, mas *rescindido* pela fraude commettida pelo mesmo devedor contra seus credores; (jj) e entretanto Mazzoni nega que a acção Pauliana seja rescisoria!

Pensão tambem certos commentadores do direito italiano, que a revogatoria é acção de reivindicacção, e esta doutrina, igualmente, se encontra em alguns dos nossos tratadistas.

Na Doutrina das acções, annotada pelo illustrado Dr. T. de Freitas, entre as acções de dominio,

(jj) Pacifici Mazzoni, v. I.º Inst

estão enumeradas as revogatorias como *reivindicatorias*.

Pondera, entretanto, Puglia que a acção Pauliana não sendo acção real porque os credores não têm direito sobre a cousa, pois a lei concede-lhes determinadamente garantias de direito, e essas accentuão-se mais sobre a pessoa do que sobre a cousa, menos ainda é acção de reivindicação, porque os credores não são proprietarios do bem, que sahio do patrimonio do devedor em virtude de um acto perfeito em sua essencia.

Como o Cod. Civil italiano no art. 1151 falla em reparação de damno, visto como a acção Pauliana visa impugnar o acto prejudicial aos credores, e faz voltar o bem ao primitivo estado, entendem outros escriptores que a acção de que se trata nasce do delicto.

Si isso fosse verdadeiro, si do citado artigo se inferisse a conclusão acima, toda a acção oriunda do dolo d'um dos contractantes, da violencia, devia ser considerada entre as acções resultantes do delicto, o que importaria em desordem juridica (*kk*). Não prevalece tambem a confusão que fazem alguns theoristas da acção Pauliana e acção de simulação porque em ambas predomina a vontade de prejudicar terceiro; ha a fraude.

Convém saber-se que a sciencia e a lei dissipão esta illusão, distinguindo entre acto simulado, que é o fundamento da acção de simulação, na qual a fraude se traduz por um acto inveridico, e acto fraudulento, que origina a acção revogatoria, o qual é verdadeiro, torna-se um factó consummado e, ao mesmo tempo, valido.

Para que tenha logar a acção Pauliana, deve provar-se a fraude e o damno derivados da insolvabilidade do devedor, ou que o acto impugnado tenha produzido insolvabilidade; ao passo que, tratando-se da acção de simulação, a prova unica versa

sobre a falsidade do acto, que, aparentemente, é reputado verdadeiro.

Pela acção de simulação tenta-se demonstrar que são simulados certos actos, que parecem verídicos, emquanto pela acção pauliana procura se annullar actos verdadeiros, porem fraudulentamente feitos.

Valido em si, o acto seria legal si não produzisse um damno ou si não defraudasse direitos de outrem.

E' o caso da acção revogatoria.

Proveitosa e habil discussão trava-se entre diversos escriptores, principalmente, francezes e italianos, a respeito da prova dos requisitos essenciaes a acção de que fallamos; das pessoas que podem promover-a; daquellas contra quem deve ser intentada; dos seus effeitos; de sua extincção e, finalmente, dos actos que podem ser impugnados.

Em sua monographia, o illustrado professor Ferdinando Puglia procura apurar a verdadeira doutrina sobre cada um d'estes assumptos, parecendo-nos accetavel sua theoria relativamente a natureza da acção a que alludimos, a qual é toda firmada nas leis romanas.

De certo, estudando a questão em sua origem, observando sua phase historica, comparando e analysando os diversos textos que se referem a especie, o illustrado escriptor com bons fundamentos assevera que a acção pauliana nos codigos modernos é, em sua essencia, a pauliana dos romanos, isto é, uma acção de nullidade ou rescisoria.

Sua natureza, acrescenta elle, revela-se claramente quando considera-se o fim para que foi instituida e a rasão juridica que serve-lhe de fundamento.

A fraude e o damno são os dois requisitos essenciaes para o exercicio da revogatoria e, ao mesmo tempo, tração os limites de sua efficacia. No codigo civil italiano, como no Cod. Commercial, a natureza assignalada se manifesta positivamente.

Por ignal no direito francez e em o nosso, a

mesma natureza não é sinão completa tradição das leis romanas.

Estando a acção Pauliana junta a rescisoria nas Institutas, nasce toda a confusão entre os interpretes do direito Romano a respeito de sua classificação entre as acções pessoaes ou reaes, confusão que modernamente ainda existe e por todos os nossos praxistas é reconhecida.

A controversia, n'este ponto, é procedente, desde que, effectivamente, o direito romano não distingue de modo claro a acção pessoal da real, e encontra-se acções pessoaes que se promovem contra uma pessoa indeterminada, como seja a acção *quod metus causa* (coacção); e acções reaes que se promovem contra determinada pessoa, como a *petitio hereditatis* (petição de herança).

D'esta falta de clareza ressaltão as incertezas dos romanistas, que mostrão-se vacillantes na fixação do verdadeiro conceito da Pauliana.

Eineccio dá mais uma prova desta asserção, dizendo: a revogatoria é pessoal especialmente no caso em que concorre a fraude do adquirente, podendo-se de certo modo consideral-a real, tendo-se em vista o direito derivado do facto de achar-se o credor na posse dos bens do devedor.

Cujacio considera a mesma acção *actio in rem*, contra a opinião de varios interpretes, que contes-tão-n'o formalmente, asseverando que não se reivindica o bem alheado, mas pede-se a rescisão do acto para que o objecto da alienação, volte ao patrimonio do devedor, e a acção attinge o cumplice da fraude ou áquelle que indevidamente locupleta-se.

Não importa a expressão—*dominia revocantur*—que encontra se em alguns textos referentes ao caso, por isso que tal revogação é effeito da rescisão *propter fraudem*,

Não é ainda a pauliana *actio rescissoria in rem*, porque esta, ao contrario d'aquella, é concedida contra qualquer possuidor; nem tambem pode ser considerada *in personam*, porque aquelle

ou aquelles contra os quaes exerce-se não são ligados por vinculos pessoaes com os credores (1).

Nem si diga que a acção Pauliana nasce do delicto ou quasi delicto, porque nem em todos os casos em que ha dolo ou fraude cabe aquella acção.

Demais, determinando as leis romanas os casos especiaes em que a acção provém do delicto ou quasi delicto, não se pôde encontrar motivos para incluir a Pauliana entre elles.

Pelo facto de, tanto o Codigo como o Dig. designar a acção Pauliana com o nome de *actio in factum*, que é, *in personam*, não se segue que ella seja pessoal.

Em apoio d'esta opinião escreve F. Puglia—ma, sebbene la Pauliana sia un'*actio in factum*, non perció é uma azione personale. Infatti nel fr. IO prin.t.4.*actio in factum*, mostra ad evidenza che esse doveano essere personali e reali secondo le circostanze di fatto dalle quali sorgevano. Or considerando le varie azioni romane troviamo fra le azioni di cui é discorso, «l'*actio doli*, l'*actio quod metus causa*, l'*actio hypothecaria*»; dunque fra le azione in factum eranvi anche azioni reali.

Alguns escriptores admittem duas acções paulianas, uma pessoal e outra real, fundados em textos das Inst. Pand. e do Cod. Esta opinião, entretanto, não tem razão de ser, nem tem valor juridico.

Muitas são ainda as theorias a respeito da acção pauliana, o que dá origem a immensa divergencia entre diversos escriptores que tratão deste objecto.

Na impossibilidade de expender todas as doutrinas e a refutação respectiva, procuramos indicar os principaes pontos controversos, concluindo pela exposição da theoria mais justificada e que resolve a hypothese em discussão de accordo com o direito Romano.

E esta theoria, que no correr de nosso trabalho temos tornado saliente, é a do insigne professor F. Puglia.

(1) Puglia—Obr. cit.

Segundo elle, que de modo especial estudou esta grave questão, através de todos os seus prismas, pacientemente investigando suas diversas modalidades, observando com interesse sua estrutura jurídica, interessando-se com empenho pela verdadeira solução, a acção pauliana, fundada sobre a fraude e sobre o dolo, não é pessoal nem real, rigorosamente falando, porque nascendo no direito romano,ahi encontra-se nas diversas leis expressões que dão-lhe tanto o caracter de pessoal quanto de real:

Acção de nullidade ou rescisoria, comtudo, a acção pauliana differe da outra acção assim denominada pela causa que lhe dá origem.

Na pratica, a jurisprudencia tem ratificado os principios expostos sobre o conceito da pauliana, e comprovado que ella nasce da fraude que damnifica o patrimonio do devedor, prejudicando os direitos dos credores.

Syntheticisando quanto escrevemos sobre a acção pauliana, faz-se preciso accentuarmos os verdadeiros traços que abalisão seu conceito.

E, voltando á questão elementar suscitada á vista de alguns vocabulos usados nas leis romanas e que têm originado grande divergencia á respeito da natureza jurídica da pauliana, conforme já assignalámos, devemos insistir que o escôpo da predita acção é *rescindir, annullar o acto fraudulentamente feito pelo devedor.*

Realmente, este conceito, deduzido da propria etymologia dos termos alludidos, é perfeitamente juridico, porque não padece duvida que nos textos romanos encontra-se *revocare* ora no sentido de impugnar um acto, ora no de *rescindil-o* e *rescindir* significa tambem *impugnar*, que na linguagem legislativa quer dizer *revoçar-annullar*, sendo todas estas expressões empregadas assim para designar a *causa* como o *effeito* da acção.

Em apoio d'esta affirmativa temos as palavras que se seguem de distincto escriptor : "né dobbiamo di ciò meravigliarci, perché é fatto comune in tutte le lingue di accennare l'effetto adoperando il vocabolo che é il segno d'ell'idea della causa de un fenome-

no e viceversa. Le idea di causa e di effetto sono intimamente conesse spesso si sostituiscono reciprocamente.

Ed invero *rescindere* accenna alla *causa*, e *revo-care* allo *effetto*, onde se annulla un atto per ricondurre indietro le circostanze di fatto, e rapporti preesistinti all'atto stesso”.

Referindo se ao vocabulo *restituere* pondera illustre commentador que, significando *restabelecer*, se applica tanto para denotar o restabelecimento da simples posse e detenção, como nos casos em que o auctor não reclama sinão o restabelecimento de facto de um certo estado de cousas, conforme acontece no *interdicto quod vi e na pauliana*.

Ora, depois do que vimos de transcrever não se poderá contestar, fundado nas expressões analysadas, que a acção revogatoria seja acção rescisoria ou de nullidade.

Não se confunda, porém, a natureza *rescisoria* da acção pauliana, nos termos em que estudamol a, com a *acção rescisoria* ou de *reivindicação mixta*, que compete áquelles aos quaes por direito é concedido o beneficio de restituição e que é a mesma de *reivindicação* propriamente lita, obrigado o auctor a provar o justo motivo de sua ausencia.

A natureza da acção pauliana, pois, segundo acabámos de conhecer, manifesta-se desde a etymologia das palavras empregadas nos diversos textos da lei, até caracterisar-se na fraude, que é o seu fundamento.

Já vimos que dita fraude, consoante ás leis romanas, se constitue, nasce, toda a vez que do acto litigioso resulta para o credor um *damno* (*eventus damni*), tendo o devedor consciencia de que este fatalmente se realisa e o terceiro contrahente plena certeza do *consilium fraudis*, tratando-se de um acto á titulo oneroso; e a *scientia consilii fraudis* tem logar quando o alienatario conhece que o devedor não ignora suas condições económicas e sabe que, dispondo dos bens, tornar-se á insolvavel.

A acção pauliana de que fallão o Dig. no L. XLII. T. 8 e o Cod. no L. T. 75, supprindo uma lacuna no

direito civil romano produzio entre os escriptores a grande divergencia que havemos indicado, ao pnto de Huschke, Savigny e outros admittirem a coexistencia de duas acções paulianas, real uma e pessoal outra, pensando Bonjean que se tenha operado uma transformação da pauliana pessoal do Dig: na pauliana real das Inst. em alguns casos especiaes.

Esta dualidade de paulianas a que já fizemos referencias, apesar de não ter valor juridico porque assenta meramente em palavras destacadas de diversos textos do *Corpos Juris*, faz crescer a confusão na indagação do seu exacto conceito.

Aos que affirmão que a pauliana foi transformada na codificação justiniana, Puglia oppõe as Pandectas, onde se acha explicitamente determinada a natureza rescisoria pelo mesmo professor assignalada, quando diz que a *cousa volta in pristinum*, como se o acto não tivesse sido praticado.

Resumindo, pois, as considerações feitas sobre o instituto juridico em questão, diversas são as deducções; e, si das Inst. § VI parece á alguns analyistas colligir-se que o character da acção pauliana seja real, á vista das expressões "*permittitur... petere eam rem*", estudando o motivo que induzio o Pretor a concedel-a aos credores e o § 38 Dig-22—1 que diz— "*in Faviana quoque actione et-Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur etc.*" combinado com o que ensina Ulpiano, referindo-se a Faviana, nas polavras "*haec actio in personam est non in rem*", concluem alguns commentadores que a pauliana é *actio in personam*.

D'ahi se vê porque tem sido difficil firmar-se a verdadeira natureza juridica da acção de que tratamos, a qual, na opinião do illustrado F. Puglia, é acção rescisoria, ou de nullidade que, tanto pela sua causa como pelos seus effeitos, não pode ser considerada pessoal nem real exclusivamente.

Delineados estes principios, podemos colher as noções que em seguida esboçamos :

1. Que duas são as condições essenciaes para o exercicio da acção pauliana : a *intentio* ou o *animus fraudandi* da parte do devedor e o *eventus* que

soffre o credor, além da coparticipação fraudulenta do terceiro que contratar o titulo oneroso com o devedor ; 2.º Que qualquer acto concluido em fraude dos credores é revogavel, conforme as regras já pres-tabelecidas, e o Digesto enumera uma grande quan-tidade de casos nos quaes cabia a acção pauliana, como na remissão de debito de que fallámos, na per-da de servidão, de constituição de usufructo, de alie-ções propriamente ditas, além de muitos outros ca-sos ; 3.º Que a acção revogatoria é concedida contra o devedor que illude o credor ; contra os adquirentes *participes fraudis*, contra os herdeiros e os equiva-lentes a estes «*in quantum ad eos pervenit*» como se infere do Dig. f. 1.º (XLII, 8) nas expressões— «*idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit ser-vabo*» ; 4.º Que o credor por meio da acção pauliana tende a annullar o acto feito em sua fraude, nullida-de que produz a restituição da cousa em poder do terceiro adquirente em má fé *cum omni causa*, isto é, com todos os seus accessorios (nn) ;

5.º Que a Pauliana se extingue pela prescripção e pela renuncia tacita ou expressa do credor ao di-reito de intental-a, causas, aliás, communs a qual-quer especie de acção ou direito ; e por ultimo que a natureza (nn) da acção que estudamos, revela-se bem pelos seus effeitos.

Ora, todos estes delineamentos demonstrão o conceito da acção pauliana, que é, em essencia, no di-reito moderno o mesmo do Direito Romano e se sub-stancia nos seguintes corollarios :

a) funda-se na fraude que damnifica tanto ao credor que tem o seu direito sacrificado, como ao de-vedor que dissipa seu patrimonio ,

b) annulla radicalmente o acto ou contracto concluido com todas as formalidade legaes e, por isso, se diz que é rescisoria ou de nullidade ; e

c) não aproveita áquelle que tinha seu direito assegurado pelos meios de garantia que a lei estabe-lece.

Taes são, em resumo, os caracteres elementares da acção pauliana ou revogatoria, de cuja estructu-ra juridica imperfeitamente nos occupamos na pre-

sente dissertação, que, si não é um estudo crystallino de tão importante instituto, como já o confessámos, comtudo, tende a assimilar noções e idéas, porventura, de alguma utilidade.

Temos terminado o nosso despretencioso trabalho e cumprido a disposição dos Estatutos que regula os concursos.

Si o producto das nossas locubrações nada valer no meio dos que apparecerem cinzelados em primoroso estylo, nem por isso seremos desalentados,

Buscaremos na mestria e proficiencia d'aquelles que sabem seduzir pela grandesa de pensamentos, correcção de phrase e logica de argumentação, lições e estímulos de que tentaremos tirar proveito.

Servirá então o nosso trabalho de tósco e singello marco que, ao menos, ha de assignalar o desejo e esforço de quem não se quer deixar atrophiar pela inacção do espirito e procura no estudo, arduo e perseverante, meios seguros de apprender.

Eduardo Correia da Silva.

OBSERVAÇÃO

Muitas incorrecções se notão no presente trabalho que escaparão á revisão, devido á pressa com que foi impresso, por motivos imprevistos, nos ultimos dias do primeiro praso.

Assim, não podemos aproveitar os dois meses mais, porque a prorogação conhecida dois dias antes d'aquelle em que a dissertação devia ser entregue á Faculdade, já encontrou-a quasi prompta de modo que foi-nos impossivel, sob pena de novas e pesadas despesas, corrigir os defeitos que accusamos e que não podeu ser perfeitamente sanados com uma *errata* ou *corrigena*.

Confiamos, portanto, que os espiritos exigentes supprão taes lacunas e os dignos julgadores sejam n'este ponto indulgentes.

THESES

THEORIA DO PROCESSO

CURSO DE SCIENCIAS JURIDICAS

I

O co-possuidor da propriedade *pro indiviso* pôde invocar o interdicto possessorio.

II

Na ordem das provas, a testemunhal é a mais contingente.

III

A unidade judiciaria é, sob qualquer ponto de vista, preferivel á divisão da justiça em federal • dos Estados.



PRATIÇA FORENSE

Sciencias Juridicas

I

Os embargos de restituição *in integrum* ^(não) devem ser recebidos quando oppostos fóra do praso legal.

II

No juizo arbitral qualquer das partes pôde usar do recurso de appellação, á despeito de clausula em contrario no respectivo compromisso.

III

A pratica tem demonstrado a necessidade de ser a confissão, no crime, eliminada do quadro das provas.

Explicação succinta do Direito Patrio
e Processual

CURSO DE NOTARIADO

I

Segundo a natureza da interlocutoria proferida no curso do inventario, pôde haver appellação e esta ter effeito suspensivo.

II

O concurso não é o melhor dos systemas para a investidura judiciaria.

III

A omissão das palavras—*bom, firme, e valioso*—no instrumento de approvação, não basta para invalidar o testamento.

F340-9

3586

2