



## Esvaziamento patrimonial, bons costumes e ordem pública

Pedro Pais de Vasconcelos\*

### I. Antecedentes

No nº 2 da Revista do Supremo Tribunal de Justiça, publiquei um texto intitulado **Ordem Pública, Bons Costumes e Validade** (págs. 15-38) sobre a concretização da Ordem Pública e dos Bons Costumes perante a autonomia privada, em que sustentei em suma que, tanto as leis como os atos de autonomia privada – heteronomia pública e autonomia privada –, carecem de ser sindicados perante a Ordem Pública e os Bons Costumes e que, se o resultado de tal sindicado for negativo, carecem de validade jurídica.

Já tinha sustentado esta tese, embora com muito menos desenvolvimento, na minha tese de doutoramento, *Contratos Atípicos*, ao problematizar sobre o juízo de mérito a que cada contrato deve ser sujeito para ter validade jurídica. Escrevi então e aí que «*a existência de limites à liberdade de construir o conteúdo contratual postula um “juízo de mérito” em relação a cada contrato*

---

\* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente artigo integra a obra “VI Congresso de Direito da Insolvência”, com coordenação da Senhora Conselheira, Professora Doutora Catarina Serra, a editar pela Almedina e atualmente no prelo.



*que se celebra»*<sup>1</sup>. Este juízo de mérito, encontra o seu critério na Lei, na Ordem Pública e nos Bons Costumes (ou na Moral, se se preferir).

As próprias leis que limitem a autonomia privada estão também sujeitas a um juízo de mérito formalmente imposto pelo artigo 18º, nº 2, da Constituição da República. Se não tiverem um fundamento de Ordem Pública, quer dizer de necessidade social de indispensabilidade para o Bem Comum, o Interesse Geral, o *Salus Populi*, são inconstitucionais numa ordem constitucional de liberdade que consagra a liberdade de atuação económica e pessoal. Numa ordem de liberdade, como é a nossa, a Lei não pode comprimir a liberdade e a autonomia privada sem um fundamento forte e claro na Ordem Pública, quer dizer, na necessidade da sociedade, do Interesse Geral, do Bem Comum.

Passado pouco tempo sobre a publicação daquele meu texto na citada Revista, foi proferido o Ac. STJ de 15-03-2023, relatado pelo Conselheiro António Barateiro Martins e subscrito pelos Conselheiros Luís Espírito Santo e Ana Resende<sup>2</sup> em que, citando este meu texto, é declarada a nulidade de um trespasse pelo qual a trespasante, antes da declaração da sua insolvência, alienou o seu estabelecimento a uma outra sociedade com os mesmos sócios, não tendo sido depois apresentado a pagamento o cheque de pagamento do preço do trespasse, esvaziando, assim, o seu património e frustrando os direitos dos credores.

A administração de insolvência tinha pedido a declaração judicial

---

<sup>1</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, págs. 331 e segs.

<sup>2</sup> Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/86adb2d0c9a8b35280258973004eb885?OpenDocument>.



da nulidade do trespasse com fundamento em simulação absoluta. A primeira instância deu-lhe razão, mas a Relação revogou a sentença por considerar não verificados os pressupostos da simulação por não haver divergência entre a vontade real e a declarada: tinha ficado provado que as partes tinham mesmo querido retirar do património da trespasante o estabelecimento e fazê-lo ingressar no património da trespasária. Havia, pois, coincidência entre a vontade real e a vontade declarada.

Houve recurso para o Supremo, em que se insistiu na tese da simulação. O Supremo – e muito bem – julgou nulo o trespasse, não com o fundamento invocado de simulação, mas por incompatibilidade à Ordem Pública e aos Bons Costumes – o que é de conhecimento oficioso – e fez o favor de citar o meu texto, acabado de publicar.

## **II. O problema**

É relativamente frequente no mercado o caso em que o devedor tente pôr o seu património a salvo dos seus credores, antecipando a sua execução ou mesmo a insolvência. A lei disponibiliza ao credor alguns meios de proteger o seu crédito, como a impugnação pauliana, a resolução em benefício da massa, a qualificação da insolvência como culposa, e a incriminação por insolvência dolosa (artigo 227º do Código Penal).

Não obstante estes mecanismos de defesa do credor, são conhecidos e causam justificado escândalo no mercado, os casos dos vulgarmente chamados “falidos ricos” que entram confortavelmente em insolvência, tendo transferido o seu



patrimônio total ou parcialmente para terceiras pessoas da sua confiança e deixando os credores impossibilitados de cobrar os seus créditos.

Sucedem com frequência que os credores não souberam em tempo dos atos pelos quais o devedor esvaziou o seu patrimônio e deixaram passar o prazo de cinco anos de caducidade da impugnação pauliana (artigo 618º do Código Civil), de dois anos para a resolução em benefício da massa (artigo 120º do CIRE), ou de três anos para qualificação da insolvência como culposa (artigo 186º do CIRE), e não consigam provar a simulação dos atos de alienação, pelo devedor, dos bens que constituíam o suporte patrimonial dos seus créditos.

Os atos pelos quais o devedor investe terceiros na titularidade dos seus bens podem ser simulados, podem ser fiduciários (*fiducia cum amico*) e podem até ser qualificados como mandatos sem representação. Em muitos destes casos o devedor recorre à contratação ou à colaboração de testas-de-ferro que podem ser pessoas singulares ou coletivas, familiares, ou amigos, ou profissionais, ou empresas *inshore* ou *offshore*, instituições financeiras e veículos especiais (*SPEs - special purpose entities*). As soluções utilizadas são muito variadas. Uma das práticas conhecidas de transferência patrimonial em prejuízo de credores é também a doação a pessoas próximas, familiares, fundações, instituições de (suposta) beneficência ou mesmo supostas igrejas que angariam os seus fundos através de práticas de domiciliação ou parqueamento de patrimônios. Mas há outras.

Importa distinguir os casos de alienações simuladas, que são nulas (artigo 240º Código Civil), dos casos de alienação verdadeira,



em que ambas as partes, alienante e adquirente, têm e exprimem a sua vontade real e não simulada no ato.

Nos casos em que se prove a simulação, a conseqüente nulidade do ato faz regressar ao património do devedor aqueles bens simuladamente alienados, que juridicamente nunca dele saíram, permitindo assim a sua execução.

A incompatibilidade com a Ordem Pública e os Bons Costumes, constitui fundamento de nulidade cuja invocação é particularmente útil quando não exista (ou não se tenha provado) a divergência entre a vontade real e a vontade declarada, de parte de alienante e adquirente, e também quando o devedor tenha deixado esgotar o prazo para reagir de outro modo ou mesmo quando ocorra a prescrição do crime.

Quando alienante e adquirente, chamados a juízo, demonstrarem o esgotamento do prazo para o exercício do meio de reação do credor ou, no caso de invocação de simulação sustentem ser real a sua vontade negocial de alienar e adquirir, esse ato pode e deve ser qualificado como contrário aos Bons Costumes e à Ordem Pública.

Aos Bons Costumes porque é imoral e não pode constituir bom costume, nem sequer pode ser considerado moralmente neutro, que o devedor viole a palavra dada, desrespeite a promessa que fez de cumprir, e defraude o credor pela ocultação ou pela alienação do seu património, em parte ou na totalidade, em benefício próprio e em prejuízo do credor. Não pode deixar de ser contrária aos Bons Costumes a conduta do devedor que oculta, dissipa ou aliena em proveito próprio, direto ou indireto, ou de terceiro, e em prejuízo do credor, totalidade ou parte do seu património. É moralmente uma



desonestidade, uma fraude, o que na gíria comercial se chama uma “vigarice” que os Bons Costumes, os padrões de comportamento das pessoas de bem, não podem aceitar.

Também a Ordem Pública não tolera uma conduta como esta. É uma conduta tão próxima dos crimes de burla, de insolvência dolosa ou de frustração de créditos (artigos 217º, 227º e 227º-A do Código Penal), que só muito dificilmente não comungará com eles da Ordem Pública de proteção do crédito e do mercado que informa e dá fundamento à incriminação das correspondentes condutas.

### **III. A Ordem Pública de proteção do Crédito no mercado**

Numa economia de mercado, como a portuguesa, é o Crédito, o respeito e a confiança no Crédito, que permitem que seja ultrapassada a troca direta. Sem o Crédito, quer dizer, sem que uma das partes possa cumprir primeiro e confiar que a outra parte irá cumprir depois, que permita uma dilação temporal entre prestação e contraprestação, por curta que seja, o mercado fica reduzido à troca direta e instantânea, num sistema de “*toma lá, dá cá*” que é primitivo e improdutivo, que não permite a mobilização dos ativos ociosos em investimento onde ele falte, e que não permite ou dificulta muito a realização dos imperativos constitucionais, previstos no artigo 81º da Constituição da República, de *promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, de assegurar a plena utilização das forças produtivas e de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados*. É notório e é sabido na Ciência Económica que quanto melhor a cobrabilidade



dos créditos melhor a economia<sup>3</sup>.

É necessário e imprescindível ao Interesse Geral, ao Bem Comum, ao *Salus Populi*, quer dizer, é de Ordem Pública.

Todos os crimes têm fundamento na contrariedade à Ordem Pública. É esse o fundamento de certas condutas serem qualificadas como crimes. Atingem – ferem – a coletividade, a *polis*, agredem o Bem Comum, o Interesse Geral, o *Salus Populi*. Condutas que não sejam contrárias à Ordem Pública não podem ser tipificadas como crimes.

A comissão dos crimes pode ser feita por atos materiais – facada, agressão física, tiro – assim como pode ser perpetrada através da prática de negócios jurídicos. Quando assim seja, estes atos ou negócios jurídicos que constituam a prática do crime – principalmente quando constituam o seu núcleo fundamental – são contrários à Ordem Pública que constitui o fundamento da incriminação da conduta, dos crimes de burla, de insolvência dolosa ou de frustração de créditos (artigos 217º, 227º e 227º-A do Código Penal). Como contrários à Ordem Pública, não podem deixar de ser nulos.

Como sempre, porém, nestes casos, o juízo de contrariedade à Ordem Pública e aos Bons Costumes não prescinde duma sindicância concreta e casuísta perante as circunstâncias das pessoas e dos casos.

---

<sup>3</sup> Neste sentido, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, pág. 18, considera o Crédito o oxigénio da economia.



#### **IV. Legitimidade para invocar a contrariedade à Ordem Pública e aos Bons Costumes**

O artigo 605º, nº 1, do Código Civil confere legitimidade aos credores «para invocar a nulidade dos atos praticados pelo devedor, quer estes atos sejam anteriores, quer posteriores à constituição do crédito, desde que tenham interesse na declaração da nulidade, não sendo necessário que o ato produza ou agrave a insolvência do devedor».

Não nos parece que se possa atribuir ao artigo 605º uma função exclusiva de atribuir legitimidade para invocar a nulidade dos atos do devedor a quem já a tinha atribuída pelo artigo 286º. Este artigo já tinha, na parte geral do Código estatuído que a nulidade pode ser invocada a todo o tempo, por qualquer interessado, e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.

Será então que o artigo 605º é redundante? Não é boa interpretação aquela da qual se conclua a total redundância e inutilidade da lei interpretada. O sentido tem de ser diferente e acrescentar pelo menos algo que não seja irrelevante, algo de útil. Neste caso, «a nulidade aproveita não só ao credor que a tenha invocado, como a todos os demais», o que satisfaz a natureza coletiva do processo insolvencial. Da redação deste preceito conclui-se que é aplicável especialmente a casos em que o devedor tenha insolvido.

Poderá, então, perguntar-se se o credor não tem legitimidade fora do caso de insolvência do devedor para invocar a contrariedade à Ordem Pública ou aos Bons Costumes. A lei não o limita, mas o credor não necessita duma atribuição especial de legitimidade,





porque ela lhe está já reconhecida em geral pelo artigo 286º do Código Civil: «a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal».

É muito importante a permissão do conhecimento oficioso da nulidade, o que permite, por exemplo, ao Supremo Tribunal de Justiça conhecer dessa nulidade mesmo que não tenha sido suscitada por nenhuma das partes, embora já estivesse consagrada no artigo 286º do Código Civil.

## **V. O tempo para a invocação da Ordem Pública e dos Bons Costumes**

A invocação da nulidade de atos ou negócios jurídicos não tem prazo de caducidade. É o que consta do artigo 286º do Código Civil.

Como se não fosse suficiente o artigo 286º, o preceito do artigo 605º do Código Civil tem ainda um regime poderosamente eficiente relativamente ao tempo da prática dos atos pelos devedores, que podem ser «quer anteriores, quer posteriores à constituição do crédito».

Esta consagração de não caducidade da invocação da nulidade dos atos do devedor de esvaziamento patrimonial à custa do credor, embora não seja, em rigor, necessária porque já decorria da regra geral do artigo 286º, é útil para contrariar uma convicção relativamente divulgada de que o credor tem um certo limite de tempo para reagir contra os atos do devedor que prejudiquem o seu crédito e que decorre dos regimes de caducidade vigentes no que respeita à impugnação pauliana, à resolução em benefício da massa, para a qualificação da insolvência como culposa. Note-se



que na maior parte dos casos em que o credor falha processualmente na defesa do seu crédito, falha porque não se apercebe a tempo da prática dos atos de esvaziamento patrimonial e deixa caducar o direito de usar de outro meio de defesa, mais usualmente da impugnação pauliana ou da resolução em benefício da massa.

O artigo 605º do Código Civil, é expresso na sua letra no sentido de que os atos a impugnar podem ser anteriores ou posteriores à constituição do crédito, sem limite de tempo. A possibilidade de impugnar atos do credor anteriores ou posteriores à constituição do crédito evita discussões, por vezes complexas sobre o tempo da prática do ato. Na verdade, se é certo que se alguns atos de esvaziamento patrimonial podem ser simples, instantâneos e suscetíveis de serem datados com precisão, tal pode não suceder e tal prática nem sempre será instantânea. A constituição do crédito e da dívida podem arrastar-se por um tempo mais ou menos longo. Pode vir, como é frequente, de uma sucessiva concessão de crédito no comércio entre comerciantes, em conta corrente, em que se pode especular sobre o dia certo em que o crédito se constituiu, porque ele se foi constituindo ao longo do tempo sem que se consiga situar com precisão qual o dia de calendário em que assim sucedeu. Assim, deixa de ser problemática a datação do ato a impugnar.

É também muito relevante a expressa permissão da impugnação dos atos anteriores à constituição do crédito. Nos casos mais elaborados de esvaziamento patrimonial, o devedor prepara o esvaziamento com atos instrumentais antecipados contra os quais é difícil, quando não mesmo impossível, respeitar os prazos de caducidade acima referidos. Pode o devedor ter praticado uma



constelação de atos, cada um dos quais isoladamente pareça inocente, mas que no seu conjunto, total ou parcial, revelem a sua apetência e mesmo eficácia de esvaziamento patrimonial.

É ainda muito relevante a referência final do nº 1 do artigo 605º do Código Civil. «não sendo necessário que o ato produza ou agrave a insolvência do devedor». Esta parcela de regime dispensa a sindicância da causalidade e do ato em relação à insolvência ou ao seu agravamento, bastando que seja causal ou contribua causalmente para o esvaziamento patrimonial.

O artigo 605º parece redundante perante o artigo 286º do Código Civil, mas não é. Antunes Varela<sup>4</sup> reconhece-lhe utilidade de afastar e «resolver dúvidas que se suscitavam no antigo direito, não obstante serem paralelos os princípios sobre legitimidade em ações de nulidade, designadamente no campo da simulação». Sobretudo ele enfatiza alguma parcelas do regime de nulidade atrás referidas que, embora estejam já presentes no artigo 286º, não deixa de ser útil pôr em destaque.

## **VI. O objetivo e o subjetivo. A contrariedade à Ordem Pública e aos Bons Costumes é do ato ou é do fim com que foi praticado**

O artigo 605º do Código Civil, ao referir a arguição da nulidade de atos do devedor, contém uma remissão implícita para os artigos 280º e 281º do Código Civil. No artigo 280º, a nulidade decorre do juízo de mérito sobre o conteúdo do negócio e, no artigo 281º, sobre o fim com que foi celebrado. Como bem se compreende, o

---

<sup>4</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1982, em anotação ao artigo 605º.



juízo de mérito previsto no artigo 280º é mais objetivo e o que está previsto no artigo 281º é mais subjetivo. No primeiro, o desvalor é do ato em si; no segundo, o desvalor é dos fins com que é praticado. Esta dualidade do objetivo e do subjetivo no juízo de mérito dos negócios jurídicos sucede também, por exemplo, no juízo de fraude à lei, em que também são diferentes as qualificações da fraude objetiva e da fraude subjetiva<sup>5</sup>. Em ambos os casos, a principal diferença na concretização está em que o juízo objetivo dispensa a prova do intuito de uma, de ambas ou mais partes, e essa prova é necessária no juízo subjetivo. Por isso, em geral, é mais fácil a prova dos pressupostos da aplicação do artigo 280º do que dos da aplicação do artigo 281º do Código Civil.

Na sua grande maioria os atos de esvaziamento patrimonial são praticados com recurso a tipos contratuais bilaterais, comutativos e onerosos. São também utilizadas as doações e são possíveis atos unilaterais de atribuição patrimonial abstrata.

Entre os primeiros, são vulgares as compras e vendas e trespases por preços vis. No exercício da autonomia patrimonial, o pré-insolvente escolhe o tipo de negócio que mais lhe convém para obter a transferência patrimonial almejada e a contraparte aparentemente mais inocente e menos conspícua. Assim, executa a transferência patrimonial projetada que é escrupulosamente contabilizada. E, deste modo, deixa a sociedade sacrificada seguir o seu calvário falimentar enquanto renasce com o seu negócio numa nova empresa, com a experiência e o *know how* que nunca se perde, enriquecida pela má experiência passada de como não gerir, limpa

---

<sup>5</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., 2019, págs. 588 e segs.



do passivo que entregou aos credores para dilacerarem entre si, com a clientela que não custa recuperar e um futuro de vida nova. Este é o modelo mais comum, o tipo social de frequência<sup>6</sup> da reconstrução empresarial no mercado de hoje, em que os modelos de recuperação estruturados na lei são manifestamente ineficientes.

Como paradigma deste modelo, foi julgado recentemente pelo Supremo Tribunal de Justiça um acórdão em 15 de março de 2023, já atrás citado, que é bem ilustrativo<sup>7</sup>. No caso, resumidamente, uma sociedade proprietária dum supermercado trespasseou este seu estabelecimento a uma outra sociedade, constituída com os mesmos sócios e na própria data do contrato de trespasse; e dois anos mais tarde requereu um processo de PER que foi encerrado sem plano, acabando por ser declarada a insolvência da trespasante. Para pagamento do trespasse foi emitido um cheque que não veio a ser apresentado a pagamento. Ficou provado que com o trespasse ambas as partes «visaram retirar património da esfera jurídica da devedora, a fim de defraudar as expectativas dos credores de poderem ver parte dos seus créditos ressarcidos», que «tinham conhecimento do passivo da devedora», que «atuaram com intento prejudicial aos interesses dos credores» e que «visaram “desmantelar” a devedora, assim ocorrendo, ficando esta sem ativos imprescindíveis ao exercício do seu objeto social». A

---

<sup>6</sup> Sobre o tipo social de frequência, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2ª ed., págs. 54 e seguintes.

<sup>7</sup> STJ 15/03/2023 (António Barateiro Martins) proc. 1936/15.0T8VFX-R.L1.S1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/86adb2d0c9a8b35280258973004eb885?OpenDocument>.



Administração da Insolvência pediu a declaração de nulidade com fundamento em simulação absoluta do contrato de trespasse. Em primeira instância obteve vencimento de causa, mas a Relação revogou esta sentença, julgando não estar provada a simulação por as declarações das partes no negócio corresponderem efetivamente às suas vontades reais de trespassar em prejuízo dos credores. O Supremo julgou não haver simulação e, após notificar as partes, nos termos do artigo 3º, nº 3 do Código de Processo Civil, para se pronunciarem sobre o tema, conheceu oficiosamente da nulidade do contrato de trespasse, como ato de esvaziamento patrimonial cujo fim comum das partes foi ilícito por contrário à Ordem Pública e ofensivo dos Bons Costumes e, com fundamento jurídico diferente, reprimou a decisão da primeira instância, declarando nulo o contrato de trespasse. Entendeu também que não se justificava lançar mão da desconsideração da personalidade coletiva da sociedade trespasário por, no caso, tal não se mostrar necessário.

No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 28 de junho de 2007<sup>8</sup>, julgou nula por contrariedade aos Bons Costumes uma doação feita pelo devedor a uma filha menor, com reserva do usufruto para si próprio, em consequência da qual o seu património tinha deixado de ser suficiente para a satisfação do crédito do seu credor exequente. Neste caso, o Tribunal considerou também que, a não ser com este fundamento, a doação sempre seria nula por abuso do direito, de conhecimento oficioso.

---

<sup>8</sup> Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1c6fc0c0bf7218988025734f005e4e01?OpenDocument>.



Em ambos os casos, independentemente de diferenças argumentativas que não são aqui relevantes e que decorrem mais da base fáctica do que da concretização jurídica, o ato de esvaziamento patrimonial foi julgado nulo por contrário, no primeiro, à Ordem Pública e aos Costumes e, no segundo, apenas aos Bons Costumes.

Regressando ao binómio dos artigos 280º e 281º do Código Civil, suscita-se uma questão interessante de alternativa entre a aplicação do artigo 280º e do artigo 281º do Código Civil.

Numa perspetiva objetivista, o ato de esvaziamento patrimonial é contrário à Ordem Pública e aos Bons Costumes independentemente do fim subjetivo com que foi praticado; numa perspetiva subjetivista, é necessário alegar e provar que foi ilícito o fim subjetivo de ambas as partes (quando haja mais do que uma) ou, melhor dito, o projeto prosseguido pelas partes com o negócio. Como bem se compreende, é mais fácil a prova na versão objetivista do que na subjetivista.

Numa análise de fundo, a questão está no juízo de ilicitude. Na perspetiva objetivista, o desvalor está no resultado do ato e, numa perspetiva subjetivista, na reprovabilidade da intenção das partes.

Objetivamente, a admissão do êxito do devedor no esvaziamento do seu património, deixando o seu credor sem ter um património que lhe permita cobrar o seu crédito, afeta e prejudica gravemente o Crédito como valor económico imprescindível. Como muitas vezes sucede, um caso isolado e não repetido de esvaziamento patrimonial causador da frustração do crédito, pode não perturbar a confiança no crédito que é imprescindível para o funcionamento saudável duma economia de mercado; porém, a sua



sucessão reiterada é já apta a enfraquecer essa confiança e a causar um estado de insegurança ou mesmo de ceticismo que acabará por induzir uma maior retração na concessão de crédito e uma maior exigência na prestação de garantias acessórias por parte de sócios e terceiros.

O Crédito, como mecanismo económico, traduz-se na dilação temporal entre prestação e contraprestação. Sem crédito, como se disse já, a economia privada ficaria reduzida à troca direta ou pouco mais, o que lhe acarretaria uma violenta recessão. O crédito multiplica valor na economia e no mercado. Só o reconhecimento do Crédito como valor de Ordem Pública económica dá fundamento à criminalização da insolvência dolosa, da frustração de créditos, da insolvência negligente e do favorecimento de credores (artigos 227º e segs. do Código Penal, para mencionar apenas estes). Sem o suporte de Ordem Pública do Crédito como valor imprescindível à economia, as incriminações constantes dos artigos 227º e seguintes do Código Penal seriam materialmente inconstitucionais por contrariedade ao artigo 18º, nº 2, da Constituição.

Os atos de esvaziamento patrimonial podem preencher qualquer destes tipos penais, conforme as circunstâncias. Sempre que os tipos penais sejam preenchidos, os negócios jurídicos pelos quais tenham sido cometidos são necessariamente contrários à Ordem Pública que funda a sua consagração na lei e, como tais, são nulos. Se não corresponderem exatamente ao tipo penal não poderão ser qualificados como crimes, em homenagem ao princípio da tipicidade criminal, mas poderão, não obstante, continuar a violar a Ordem Pública de proteção do Crédito que lhes é subjacente. A qualificação criminal não supõe a comunhão da contraparte no projeto criminoso. É necessário o intuito ou a





negligência do devedor, mas não o é a do adquirente. Se a qualificação criminal é típica, pelo princípio da legalidade criminal, a Ordem Pública não é, como demonstrei já alhures<sup>9</sup>.

Quando o ato de esvaziamento patrimonial não constituir crime, o juízo de mérito coloca-se, agora subjetivamente, mais no campo da contrariedade aos Bons Costumes e o desvalor incide sobre o comportamento das partes; então, o ato só é nulo se o fim contrário aos Bons Costumes for comum a ambas as partes.

A chamada da contraparte ao juízo de mérito suscita uma questão delicada. Quando a contraparte tenha comungado no projeto de esvaziamento patrimonial do devedor, ela não merece proteção e é justo que seja penalizada conjuntamente com ele, como coautora ou cúmplice.

Quando a contraparte seja inocente, não tenha participado no projeto de esvaziamento patrimonial do devedor, não é justo que sofra com ele. A admissão da nulidade de um ato de esvaziamento patrimonial cuja contraparte esteja de boa fé e não comungue do intento e do fim com que o alienante o praticou pode suscitar a objeção de envolver um ónus muito pesado sobre o adquirente. Os casos em que o crime de insolvência dolosa, ou de frustração de créditos, ou de favorecimento de credores tenha sido cometido através de um ato de alienação em benefício de um adquirente inocente podem bem suceder no tráfego do mercado. A declaração de nulidade tem como consequência que a alienação só aparentemente ocorreu e juridicamente nunca chegou a ser eficaz. O bem alienado objeto do ato manteve-se no património do

---

<sup>9</sup> *Ordem Pública, Bons Costumes e Validade*, A Revista do Supremo Tribunal de Justiça, nº 2, pág. 24, disponível em: [https://arevista.stj.pt/?page\\_id=973](https://arevista.stj.pt/?page_id=973).



devedor sujeito a apreensão e venda em benefício do credor e o respetivo preço ou contrapartida mantém-se no património do adquirente. Isto se ele já tiver efetivamente pago o preço; se não o tiver ainda feito, não tem esse prejuízo, porque o mantém no seu património, e só pode ter sofrido algum dano emergente dum eventual perda de oportunidade de negócio. Neste caso, terá direito a ser indemnizado, embora a sua pretensão possa ficar frustrada pela insolvência da outra parte. Daqui decorre um ónus para o adquirente de se acautelar e avaliar o “risco da contraparte”. No comércio e no tráfico jurídico privado cada um tem o ónus de avaliar se a contraparte com quem faz negócios é “pessoa de bem e de bens”<sup>10</sup>.

Nem sempre é fácil provar que a contraparte não é inocente. O ónus da prova é do credor. Esta prova exige a sindicância rigorosa do comportamento de ambas as partes, tanto no que respeita ao seu relacionamento pessoal e patrimonial passado, contemporâneo ao ato e subsequente. São familiares, são amigos, tinham e têm relações profissionais ou de negócios? Como foi que se encontraram neste ato e como se selecionaram um ao outro para o celebrarem? Também é necessário averiguar o circuito do dinheiro ou de outros valores envolvidos. Este juízo é inevitavelmente inseguro dado que a prova pode ser direta ou indireta e é apreciada segundo as regras da experiência e a livre e prudente convicção do julgador (cfr. artigos 607º, nº 5 do Código de Processo Civil e 127º do CPP) e admite as presunções judiciais pelas quais o julgador retira conclusões de factos conhecidos para factos desconhecidos

---

<sup>10</sup> Este risco do comprador é muito claro também no caso de compra de coisa furtada ou roubada.



(artigos 349º e 351º do Código Civil).

## **VII. Disponibilidade do património do devedor: livre ou condicionada?**

Posto isto, suscita-se a interrogação: o devedor, pelo facto de dever, perde a disponibilidade do seu património?

O património das pessoas singulares e coletivas tem um ativo e um passivo. O passivo limita a disponibilidade dos bens do ativo. É, pois, necessário apurar o saldo entre ativo e passivo do devedor porque, em bom rigor, ele só pode dispor do seu património dentro do valor do seu saldo ativo, do seu ativo líquido.

O artigo 604º do Código Civil confere aos credores o «direito a ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos». Daqui se retira, desde logo, que este preceito só é aplicável quando os bens do devedor deixem de ter valor suficiente para satisfazer a totalidade dos seus débitos e, em segundo lugar, que o devedor não pode praticar atos de disposição que prejudiquem uns credores em benefício de outros. Retira-se também deste regime jurídico que, enquanto o património do devedor for suficiente para satisfazer todos os seus credores, ele mantém o poder de dispor dele, mas só até ao limite em que ainda o possa fazer, isto é, no limite do seu saldo ativo.

Este regime é mais claro nos devedores que sejam sociedades comerciais do que nos devedores individuais. Naqueles, o artigo 35º do Código das Sociedades Comerciais impõe aos administradores ou gerentes que quando a sociedade tenha atingido uma situação



de “perda de metade do capital”, convoquem uma assembleia geral para informar desse facto os sócios para que eles possam deliberar, conforme melhor entenderem, a dissolução da sociedade, a redução do capital social ou a realização de entradas para reforço do capital. Não lhes é lícito nada fazerem. No limite, têm o dever de se apresentar à insolvência, sob pena de insolvência culposa (artigos 18º e 186º do CIRE). O CIRE dispensa as pessoas singulares não empresárias do dever de apresentação à insolvência, o que se pode fundar no facto de não serem obrigadas a manter escrituração e não lhe ser tão aparente a sua situação patrimonial, mas tal não as autoriza a disposições que sabidamente lhes determinem uma situação de insolvência ou a agravem.

Daqui parece poder e dever concluir-se uma limitação da disponibilidade de bens pelo devedor ao limite que não prejudique ou agrave a sua solvência e os direitos dos seus credores a serem pagos pelo seu património.

Nem todas as disposições de bens do devedor são ilícitas porque nem todas causam uma diminuição ou um esvaziamento do seu património. As disposições podem ser gratuitas, onerosas ou mistas. Entre as disposições gratuitas, são paradigmáticas as doações. Se forem puras, as doações causam uma redução do património do devedor no preciso valor do seu objeto. As disposições onerosas, cujo paradigma é a compra e venda, se forem puras, não causam qualquer diminuição no seu património porque o preço recebido ou o correspondente crédito compensam o valor do seu objeto. Mas entre a gratuidade pura e a onerosidade pura, pode haver uma infinita graduação, numa série polar em que o preço pode corresponder a maior ou menor parte do valor. Entre os 100% do valor do preço na compra e venda pura e os 0% na doação



pura, da contrapartida ou do encargo donatório, se for de valor e reverter para o doador, a percentagem do valor pode variar muito ou pouco. Nesta perspetiva, a diferença entre o gratuito e o oneroso não é binária, é polar, e convoca a apreciação do sinalagma<sup>11</sup>.

A apreciação do sinalagma nas doações mistas e nas vendas por preços vis exige uma análise atenta. A não correspondência entre o valor do bem objeto da disposição e o valor da contrapartida não é uma pura relação valorativa. Implica o apuramento da relação valorativa, mas não só. Também convoca a apreciação da sua causa ou fundamento. São duas questões diferentes, embora interligadas.

O juízo de valor em que se encerra a apreciação valorativa do sinalagma exige um processo de avaliação. A lei de processo civil prevê o apuramento do valor do objeto da disposição por perícia (artigo 467º e segs. do Código de Processo Civil). Este procedimento pericial não dispensa, porém, a apreciação das condições de mercado e das circunstâncias de disposição e do próprio disponente.

O valor do bem objeto da disposição pode ser legalmente tabelado ou fixo de outros modos, por exemplo, em bolsa de valores ou de mercadorias, o que permite aferir com segurança o desvio, se o houver, entre o valor subjetivo fixado pelas partes no caso e um seu valor objetivo. Quando o bem estiver no mercado, o seu valor é fixado pela oferta e procura, por negociação no caso. Então, quando assim seja, é natural e aceitável alguma degradação do preço consequente da situação de dificuldade económica do disponente

---

<sup>11</sup> Sobre a séria polar entre onerosidade e gratuidade entre a compra e venda e a doação, PEDRO PIAS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pág. 226-227.



e do conhecimento dessa situação, ou, mais ainda, quando o disponente está em situação de tal modo difícil que se vê forçado a vender pelo preço que conseguir (*fire sale*)<sup>12</sup>, perde total ou parcialmente o poder de negociar. A situação de premência do disponente convoca a apreciação duma eventual usura de que seja vítima (artigo 282º do Código Civil), de coação moral ou erro (artigo 255º ou artigo 251º do Código Civil). A divergência entre o correto valor do bem objeto da disposição pode ser pouco, ter resultado das circunstâncias do mercado ou de dificuldades circunstanciais do devedor que não envolvam um juízo de reprovação para o disponente. Nem sempre será subjetivamente reprovável a divergência entre o valor contratado da disposição e um seu valor considerado correto.

A divergência entre o valor da disposição suscita a questão das chamadas “vendas por preços vis”. São vendas por preços simbólicos ou intencionalmente muito baixos, que podem ser qualificadas como vendas mistas com doação e tratadas juridicamente como tais.

Cabe, pois, concluir de que são ilícitas as disposições de bens feitas pelo devedor quando, perante a sua situação patrimonial, causem ou agravem a impossibilidade de os credores conseguirem cobrar os seus créditos sobre o seu património. Essa ilicitude será

---

<sup>12</sup> As chamadas *fire sales* são adotadas naturalmente no mercado em casos de falta de liquidez tal que compensa economicamente transformar bens em dinheiro mesmo a preços baixos, evitando a necessidade de obter financiamento caro ou mesmo impossível. As *fire sales* são frequentes no mercado. Semelhantes, embora tipicamente menos descontadas são as *vendas em saldos* e as “promoções” em que o valor da liquidez imediata compensa a baixa do valor do preço.



subjettiva ou objetiua consoante a culpa, dolo, negligência ou inocência com que sejam concludidas. Caberá ao credor ou ao administrador da insolvência impugná-las como inválidas de modo a recuperar o bem objeto da disposição, devendo então restituir a contrapartida recebida.

### **VIII. A licitude ou ilicitude do fim da contraparte do devedor no ato de disposição de seus bens**

A concretização do artigo 281º do Código Civil suscita a questão da qualificação como lícito ou ilícito do fim com que a contraparte do devedor age ao adquirir o bem ou bens de que o devedor dispôs impedindo ou agravando a recuperação do seu crédito pelo credor. É sempre difícil e delicada a investigação do fim que move a prática de atos jurídicos.

Cabe aqui advertir que o fim não deve ser confundido com o motivo. O motivo é o móbil subjetivo que levou o autor do ato a interromper a inércia e agir, praticando aquele ato. Uma sindicacão absolutamente subjetiva não é, em rigor, possível. São conhecidas as dificuldades que os tribunais enfrentam na prova da intenção subjetiva, principalmente, no julgamento de crimes. Às vezes, até os próprios têm dificuldade em saber o que é que os levou a agir deste ou daquele modo ou a abster-se de o fazer.

Neste tema, a Natureza das Coisas pode ter um contributo útil naquilo em que for possível discernir, ou não, uma posição ou uma relação socialmente típica, por exemplo, de parentes, amigos, ou entre parentes e entre amigos. Poderá entender-se que existe uma posição socialmente típica do devedor pré-insolvente, empresário



ou não, que tenta salvar da insolvência o seu estabelecimento, ou parte dele, ou o que for possível, para recomeçar livre de passivo ou daquele passivo. Esta situação sucede reiteradamente no mercado e na sociedade, tão reiteradamente de modo tão semelhante, que me parece poder ser identificado aqui um comportamento socialmente típico. A tipicidade social abrange a posição de devedor e a do seu cúmplice adquirente, numa relação socialmente típica. Estas posições ou relações socialmente típicas podem fundamentar a prova por presunção judicial. A prova do conluio entre ambos assenta muito solidamente na Natureza das Coisas através das regras da experiência e a livre e prudente convicção do julgador.

O regime do artigo 490º do Código Civil pode ser chamado a contribuir para uma solução jurídica do caso: alienante e adquirente são ambos e por igual responsabilizados perante o credor como cúmplices ou coautores do ato ilícito de esvaziamento patrimonial (artigo 490º do Código Civil). O adquirente não tem uma relação contratual com o credor e a sua responsabilidade civil perante ele é aquiliana. A nulidade faculta o modo mais eficiente de obter esta responsabilização pela ineficácia do ato de disposição pelo devedor e de aquisição pelo credor o que faculta a reparação em espécie (artigo 562º do Código Civil).

Mas nem sempre será assim. Pode suceder, e também sucede na prática, que não haja entre o devedor disponente e correspondente adquirente uma relação pessoal concreta que permita enquadrá-los numa relação socialmente típica. O adquirente pode ser um verdadeiro terceiro em relação ao devedor disponente, podem nem sequer se conhecer antes da celebração do ato. Esta situação terá de ser investigada com cuidado, através da verificação de todos os passos da negociação pré-negocial, no que se passou antes do ato,





como chegaram a contacto, como negociaram o preço e demais estipulações do ato e, também do que se passou após a sua celebração, como foi pago, se o foi, o preço e se houve, e qual, algum relacionamento pessoal e patrimonial posterior entre ambos.

A inocência do terceiro adquirente resulta fundamentalmente do seu desconhecimento do facto de o ato causar, ou contribuir para a impossibilidade do credor em recuperar o seu crédito por força do património do devedor. O conhecimento pode ser efetivo (*actual knowledge*) ou normativo (*constructive knowledge*). Este último é o caso em que o terceiro adquirente, nas circunstâncias do caso, mesmo que efetivamente conheça, não deva desconhecer a consequência do ato, não seja aceitável que desconheça. Este juízo convoca também a Natureza das Coisas, na modalidade de *entia moralia*, traduzida em padrões de normalidade de comportamento na sociedade e no mercado, e de exigência de zelo e cuidado no tráfego patrimonial. Também aqui, o tribunal pode dar o conhecimento como provado por presunção judicial assente em indícios fortes emergentes daquilo que é natural, da normalidade da vida.

## **IX. Os Bons Costumes**

A prática de defraudar o credor, fazendo desaparecer o património do devedor, não pode ser considerada consentânea com os Bons Costumes.

«A referência aos “bons costumes” contida no artigo 280º do Código Civil deve ser entendida como referência à Moral, dado que



só uma predicação de natureza ética permite distinguir de entre os costumes os que são bons e os que são maus». «A Moral existe e revela-se numa dupla dimensão. A Moral é uma constelação de valores que, ao nível de cada pessoa, constituem os critérios do bem e do mal, os guias do agir correto. São valores que, mesmo que não reconhecidos conscientemente pelas pessoas, não deixam todavia de o ser. Mas a Moral é também o ambiente axiológico efetivamente difundido, assumido e aceite atualmente numa sociedade dada. Estas duas perspetivas da Moral, a subjetiva e a objetiva, não são duas morais diferentes, o juízo de moralidade pressupõe a síntese integrante de ambas». «A predicação concreta do conteúdo negocial à Moral não se esgota na mora sexual ou familiar a que os manuais se costumam restringir. Nem sequer na moral profissional. Não há campos da vida das pessoas que sejam moralmente neutros, embora as exigências de moralidade se coloquem com maior acuidade nuns do que noutros. A possibilidade de neutralidade moral em relação a negócios concretos não significa que possa haver setores e relações da vida que sejam como campos de atividade das pessoas, moralmente neutros». «A interpretação e integração do negócio jurídico, bem como a concretização dos seus preceitos é feita na perspetiva de evitar enunciados ou resultados “radical ou irrecuperavelmente” imorais»<sup>13</sup>. Neste sentido, o Tribunal da Relação do Porto julgou que «os bons costumes correspondem à moral social dominante num determinado momento e numa determinada sociedade, devendo considerar-se nulos os negócios jurídicos contrários aos padrões

---

<sup>13</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 582- 584.



comportamentais considerados socialmente exigíveis»<sup>14</sup>.

Há hoje alguma tendência para encarar o devedor como “parte mais fraca” cujo património é agredido pela ganância do credor. Esta atitude é incorreta. Em Direito Comercial, vigora o princípio do *favor creditoris*, e não o *favor debitoris*<sup>15</sup>. É imprescindível para que haja concessão de crédito. Sem ele, não há ou é drasticamente deprimida a economia de mercado, reduzida a concessão de crédito, e tanto o investimento como o consumo têm de aguardar que o aforro permita acumular os meios para o pagamento a pronto, o que, nuns casos atrasa e noutros impede o investimento e o consumo.

A fuga ao pagamento contraria e frustra a confiança que o credor depositou no devedor, ao permitir-lhe maior ou menor dilação temporal no pagamento, ao permitir, que comprasse antes de pagar, que fizesse o investimento e o pagasse mais tarde com os recursos facultados total ou parcialmente pelo próprio investimento feito a crédito e impede também o financiamento bancário da Economia. Ao beneficiar de crédito, o devedor promete pagar, assegura o credor que o irá fazer em valor e em tempo. Ao furtar-se ao pagamento o devedor desmente-se a si próprio e assume uma atitude fraudatória. Esta atitude é de grave imoralidade pessoal se anterior ou contemporânea à obtenção do crédito.

---

<sup>14</sup> Tribunal da Relação do Porto (Lina Baptista) proc. 632/18.OT8AVR.P1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fea9e103564c377880258681005f8d14?OpenDocument>.

<sup>15</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE Vasconcelos, *Direito Comercial*, I. 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, págs. 18-19.



Mas nem sempre assim sucede. Na maior parte dos casos, pode dizer-se que mesmo na sua generalidade, ao contrair a dívida, o devedor está convencido que a irá poder pagar e que irá honrar a confiança que nele foi depositada pelo credor, e viu-se mais tarde impossibilitado de o fazer por causas que lhe são alheias, por negócios que correram mal, por perturbações da economia e do mercado e até por falta de pagamento dos seus próprios devedores. São casos de incumprimento inocente.

Não obstante a inocência do incumprimento, o devedor deve cumprir. Se não tiver meios para solver todos os seus débitos, deverá respeitar o mandamento ínsito no artigo 604º de não beneficiar uns credores em detrimento de outros e apresentar-se à insolvência ou requerer um Processo Especial de Revitalização (PER) ou um Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP), ou requerer a recuperação extrajudicial através do SIREVE. Mas não pode tentar por a salvo os seus bens, ou remanescente deles, frustrando os seus credores. Além de imoral tal conduta, quando intencional, preencherá a moldura penal do artigo 227º do Código Penal e constituirá crime de insolvência dolosa.

Para respeitar a moralidade dos negócios e do mercado, o devedor que se veja impossibilitado de pagar as suas dívidas, além do dever legal, tem o dever moral de contactar os seus credores, expor-lhes a sua situação e iniciar uma negociação com eles para o pagamento dilatado no tempo ou limitado no valor.

Pedro Pais de Vasconcelos