

ALGUNS ASPECTOS DA ACÇÃO SUBROGATÓRIA

Pelo Dr. ANTÓNIO JOSÉ DE SOUSA MAGALHÃES

1 — O que é a acção subrogatória?

Não vamos tratar da sua origem, do seu fundamento, da sua natureza jurídica, da sua função, dos seus pressupostos de exercibilidade, da figura jurídica que nela reveste o credor, nem tão pouco dos seus efeitos, cada um destes problemas de uma maneira especial, mas sòmente de uma maneira genérica, o *quantum satis* para a percepção da sua existência no nosso direito positivo, e do que ela deveria ser *de jure condendo*.

É axiomático que o património do devedor é garantia comum dos credores e que, a partir do momento da constituição da obrigação, os credores já têm um certo número de direito sobre esse património. A essa conclusão chegam todos os dissertadores sobre o conceito de obrigação, tanto os clássicos, como os que nesta veem a existência de um vínculo complexo.

E são esses que lhes facultam a actuação por diversos meios, os chamados «meios conservatórios do património do devedor», a fim de evitarem a diminuição de tal património.

Se o devedor pratica determinados actos, mediante certas condições, o credor vale-se da acção revogatória ou pauliana, e da acção de simulação.

Mas se o devedor, em vez de praticar actos que afectem o seu património e prejudiquem os credores, deixar de agir por modo a que o seu património seja ainda afectado pelo facto de não se exercitarem direitos que trariam o seu consequente aumento?

Há então lugar à acção subrogatória, que é assim um meio conservatório do património do devedor, um direito subjectivo facultado ao credor, pelo qual se substitue ao seu devedor, sempre que, por uma inactividade intencional ou não intencional, este deixe de exercitar um direito ou praticar um acto que traria o aumento do seu património.

Esta faculdade de substituição dada ao credor, tutelada por um preceito de lei, é que caracteriza essencialmente a acção subrogatória.

2 — E somos chegados assim ao primeiro aspecto que pretendemos focar neste trabalho:

A ACÇÃO SUBROGATÓRIA NO DIREITO POSITIVO PORTUGUÊS

Entre nós é ela um meio de carácter excepcional, facultado aos credores somente nos precisos termos em que alguns preceitos a admitem, e não com o carácter genérico patente na acção revogatória e na acção de simulação. O problema tem que resolver-se, pois, na busca de tais preceitos, onde ela se não apresenta sempre com os mesmos caracteres secundários, digamos, variando um pouco na sua aplicação, adaptando-se ao caso em questão, mas mantendo a essencialidade das características que lhe dão existência.

Quais esses preceitos?

Os doutrinários portugueses, nas fugidias referências que fazem ao assunto, não são unânimes nas suas opiniões, talvez por ao problema se não ter dado a atenção que, em nosso entender, merece.

Vejamos.

O Dr. José Tavares (*Princípios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I, pág. 554) por exemplo, admite-a simplesmente num caso, e parece dar a entender que não deve ser admitida noutras hipóteses além da que expõe.

Depois de referir os arts. 1.166.º do Código Civil Francês e o

1.234.º do Código Civil Italiano, onde é amplamente reconhecida, diz:

«O nosso código, porém, muito imperfeito nesta matéria, não contém semelhante preceito, e só, no caso especial da herança que advenha ao devedor, permite que os seus credores requeiram ao juiz a designação de um prazo não excedente a trinta dias para ele declarar se aceita ou repudia a herança (art. 2.041.º) e confere-lhes (art. 2.040.º) o direito de aceitar no lugar e em nome dele».

«Por isso tem de concluir-se, continua o ilustre autor, que a acção subrogatória só nesse caso, e para este efeito especial, é admitida pelo código».

O Sr. Dr. Pires de Lima (Fausto Gaitto, *Direito Civil*, págs. 190 e 191) já a reconhece em dois casos particulares: o do art. 2.040.º e o do art. 509.º do Código Civil, respeitante este à prescrição, deixando através da expressão «pelo menos», entrever que podem existir outros além dos apontados.

O Sr. Dr. Paulo Cunha (Eudoro Pamplona, *Direito das Obrigações*, tomo 2.º, sumário n.º 131) já lhe dá uma amplitude muito maior.

Diz o ilustre Professor: «A acção subrogatória existe apenas em certos casos, que a lei expressamente estabelece. Acontece é que esses casos, sendo raros, não são em todo o caso tão poucos como a doutrina portuguesa costuma indicar. Apontaremos os seguintes (*e é possível que outros haja ainda*): Código Civil, arts. 509.º, 694.º, 2.040.º e 2.242.º; Código Comercial, arts. 137.º e 148.º; Lei das sociedades por cotas, de 11-4-1901, art. 47.º (1).

O Sr. Dr. Gomes da Silva (*Conceito e Estrutura da Obrigação*, pág. 62) diz, quanto ao objecto da acção subrogatória: «podemos citar, entre outros, os casos previstos nos arts. 509.º, 694.º, 1.405.º e 2.040.º do Código Civil, nos arts. 137.º e 148.º do Código Comercial, e no art. 47.º da lei de 11 de Abril de 1901, sobre sociedades por cotas».

Vê-se por aqui que não há unanimidade nas citações dos

(1) Noutro lugar afasta, e bem, a hipótese do art. 2.242.º

casos em que a subrogação é admitida, deixando-se campo aberto para outros que surjam.

Colocado assim o problema no seu verdadeiro pé, demo-nos ao cuidado, como não podia deixar de ser, de fazer pesquisas na nossa lei, a fim de procurar preencher, com mais alguns casos, as *possibilidades* que os ilustres Professores Doutores Pires de Lima, Paulo Cunha e Gomes da Silva deixam, tácita ou expressamente, entrever nas citações feitas.

Não podemos, porém, afirmar serem exaustivos os casos apresentados, continuando ainda em aberto a *possibilidade de outros haver*, nem sequer, quanto a cada um, faremos explicações doutrinárias, deixadas possivelmente para outro trabalho.

É no Código Civil que encontramos a acção subrogação admitida em maior número de casos. Vejamo-los.

a) — O art. 509.º diz: «Os credores, e todos os que tiverem legítimo interesse em que a prescrição se torne efectiva, podem fazê-la valer, ainda que o devedor ou o proprietário hajam renunciado ao direito adquirido por meio dela». Em face deste texto, não há dúvida alguma que ao credor é concedida a acção subrogação, para fazer actuar a prescrição, ainda que contra vontade do devedor, tendo, porém, sempre em atenção o art. 515.º do mesmo código.

b) — O art. 694.º concede aos fiadores a acção subrogação, ao permitir-lhes propor a acção ou deduzir a excepção de nulidade de um contrato em que a sua posição é simplesmente de garante.

Na verdade, o fiador, em relação ao devedor principal, tem uma posição potencial, digamos assim, de credor, pela possibilidade de vir a subrogar-se nos direitos do credor desde que pague a dívida (arts. 838.º e 839.º).

Mas esta posição não será suficiente por si só, se a análise do art. 694.º não nos fornecer outros elementos.

Diz o art. 694.º: «Pode ser proposta a acção ou deduzida a excepção de nulidade, tanto pelos queixosos e seus representantes, como pelos seus fiadores, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário».

Quando o fiador propõe a acção ou deduz a excepção de nuli-

dade, não o fez em relação à fiança, mas à obrigação principal. O direito que ele faz actuar é um direito do devedor, um direito que só ao devedor diz respeito, se olharmos o carácter de autonomia, abstraindo do carácter oposto, que existe entre a dívida principal e a fiança, visto evidentemente pelo lado desta.

E compreende-se perfeitamente assim o art. 694.º, ao conceder ao fiador a acção subrogatória. Se o fiador não tivesse esse direito, o devedor, com a sua inércia, poderia vir prejudicar imensamente o fiador, não fazendo actuar uma nulidade, que, ao mesmo tempo que extingue a obrigação principal, extingue a fiança. Pode esta estar válidamente constituída, mas a obrigação principal estar ferida de uma nulidade relativa, sanável portanto, e que, não arguida, a torna absolutamente válida.

É certo que o interesse do fiador, quando actua segundo o art. 694.º do Código Civil, não é conservar o património do devedor principal, como garantia do seu futuro crédito. O seu interesse é mais evitar a execução e consequente diminuição do património próprio. Mas o que ele não pode é conseguir a realização de tal fim, sem que evite também a diminuição do património do devedor principal. O resultado, porém, é idêntico: se ele não quere um aumento do seu património, evita uma diminuição do mesmo, o que teòricamente é ainda um aumento. O fim é ainda um fim de conservação do património do devedor, como meio de evitar a diminuição do património próprio.

c) — Caso idêntico ao exposto surge no art. 846.º do Código Civil.

Diz o preceito referido: «no caso do artigo precedente, podem os confiadores opôr, ao fiador que pagou a dívida, as excepções que o principal devedor poderia alegar contra o credor, se não forem meramente pessoais».

A coordenação deste preceito com os arts. 845.º e 838.º do mesmo código, e a adaptação de tudo quanto se disse quanto ao art. 694.º, dispensa-nos mais explicações.

d) — Mais nítido ainda, e pelas mesmas razões, é o caso do art. 854.º do Código Civil que diz: «O fiador pode opôr ao credor todas as excepções extintivas da obrigação, que compitam ao devedor principal, e lhe não sejam meramente pessoais».

e) — Em matéria de registo também nos parece haver lugar à concessão da acção subrogatória aos credores.

O Código Civil não diz expressamente quem são as pessoas legítimas para requerer o registo de actos a ele sujeitos. A única referência que encontramos é a do art. 963.º, ao dizer: «O conservador entregará à *pessoa* que lhe tiver requerido o registo um certificado deste...». E o § único acrescenta: «No caso de destruição fortuita, ou de extravio do certificado, o *credor* pode requerer uma certidão, que lhe será passada pelo conservador, e *terá a mesma força do certificado* destruído ou extraviado».

Já da latitude do corpo do artigo e do conteúdo do § único nos parece serem admitidos os credores a requerer o registo de um acto que o devedor não registou, quando daí lhes advenha manifesto prejuízo.

Em reforço pode argumentar-se ainda com dois preceitos do Código do Registo Predial, ao determinar as pessoas competentes para requerem actos de registo. São os arts. 173.º e 174.º

Diz o primeiro: «Os actos de registo ou a eles relativos não serão officiosamente praticados pelos conservadores, mas sim em virtude de requerimento de pessoa legítima, directamente ou por mandatário».

Definindo depois quem são as pessoas legítimas a que o preceito anterior se refere, diz o art. 174.º: «Em geral é pessoa legítima para requerer os actos de registo quem tiver algum interesse, direito ou obrigação nos mesmos actos, ou os seus legais representantes».

Ora, se o credor nem sempre tem um direito ou obrigação directamente ligado com o acto em questão, e em caso afirmativo é a hipótese que menos nos interessa, pode, sem sombra de dúvidas, declarar que tem sempre um interesse no registo de actos do seu devedor, sempre que com eles se der uma maior consistência à solvabilidade do seu património.

E assim, quando o devedor não registar um acto, não se prevendo contra todas as consequências que a sua falta acarretar, pode o seu credor substituir-se-lhe, sobrepondo a sua actividade à inércia que a condicionou.

f) — O mesmo se dá quanto ao cancelamento de um registo.

Ainda aqui, quando o devedor não cancelar um registo, cujo acto já cumprido continue a onerar o seu património, pode o credor requerer o seu cancelamento, com base na acção subrogatória. Desta maneira, o património do devedor, como garantia do credor, torna-se mais apto à efectivação do seu direito.

Acêrca do cancelamento do registo definitivo, diz o art. 992.º do Código Cviil: «... pode ser requerido pela pessoa, em favor de quem foi constituído, ou ainda pela pessoa contra quem foi feito, ou por *aquela que nisso tiver interesse*...».

Não parece que se possam levantar dúvidas quanto à possibilidade de um credor da «pessoa contra quem foi feito» o registo requerer o seu cancelamento, bastando para isso legitimar o seu interesse, nos termos do n.º 2 do art. 998.º do mesmo código.

g) — Outro caso em que a acção subrogatória é concedida aos credores é o do art. 1.405.º do Código Civil.

Diz o referido artigo: «Os que trabalham por conta do empreiteiro, ou lhe subministram materiais para a obra, não terão acção contra o dono dela, senão até à quantia de que este fôr devedor ao empreiteiro...».

A sua nitidez dispensa-nos quaisquer considerações.

h) — Novo caso de acção subrogatória nos surge dentro do ramo das sucessões, na matéria de aceitação e repudio da herança. É o art. 2.040.º que no-lo fornece.

Diz ele: «Os credores daquele que repudia a herança em prejuízo deles, podem ser autorizados judicialmente a aceitá-la no lugar e em nome do devedor...».

Que nos encontramos em face de um novo caso de acção subrogatória, parece incontestável.

Mas, em que termos?

Declara o art. 2.040.º «no lugar e em nome do devedor». Haverá aqui a ideia de mandato ou qualquer espécie de representação?

Somos pela negativa, crendo que as palavras falsearam o pensamento do legislador.

A ideia de representação ou mandato, a ser admitida no art. 2.040.º, traria consequências inexplicáveis em face do art. 2.035.º e da parte final do próprio art. 2.040.º

Só uma de duas interpretações pode ser admissível: ou o credor aceita a herança no lugar e em nome do devedor, como seu representante legal, não sendo considerado repudiante para os efeitos do art. 2.035.º, tornando incompreensível a parte final do art. 2.040.º; ou o credor aceita a herança em lugar do devedor, mas em nome próprio, sendo este considerado repudiante para os efeitos do art. 2.035.º e tornando compreensível a parte final do art. 2.040.º.

É para esta última interpretação que nos inclinamos, quer pela doutrina da figura jurídica que o credor assume ao exercer a acção subrogatória, quer pelo contexto, quer pelo recurso aos lugares paralelos.

Na verdade, o art. 1.521.º do Código de Processo Civil, ao tratar da aceitação da herança pelos credores, para pagamento das dívidas, e dizendo «se os credores dos herdeiros que repudiou pretenderem aceitar a herança para serem pagos pelos bens dela...», parece ter abandonado aquelas expressões do art. 2.040.º do Código Civil, marcando uma orientação no sentido proposto.

Somos assim a afirmar que o credor toma a figura de um verdadeiro herdeiro, quando se substitui ao seu credor repudiante, mas herdeiro só até ao pagamento integral da dívida, passando o remanescente aos herdeiros imediatos (art. 2.040.º, *in fine*).

i) — Depois da apresentação feita dos casos da acção subrogatória encontrados no Código Civil, citamos o art. 2.083.º do mesmo código, como um preceito que genèricamente a admite, naquelas hipóteses, evidentemente, em que é prevista pela lei.

Diz o art. 2.083.º: «O cabeça de casal exercerá todos os direitos conservatórios...».

j) — Da confrontação deste preceito com o art. 2.084.º, onde a acção subrogatória é também genèricamente admitida, para os casos em que a lei expressamente a concede, nasce alguma luz.

No primeiro artigo usa o legislador da expressão «direitos conservatórios» e no segundo «meios conservatórios», ao afirmar que «os credores da herança poderão igualmente usar, contra o cabeça de casal, dos meios conservatórios...».

Embora diferentes, julgamos que ambas as expressões enquadram realidades idênticas, por uma razão de interpretação

gramatical. A estabelecer a ligação entre os dois artigos encontra-se o advérbio *igualmente*, querendo equiparar a posição do cabeça de casal, como administrador da herança, com a competência e obrigações que a administração lhe concede, e a posição dos credores em relação ao cabeça de casal. Este, quando a herança fôr credora, age da mesma maneira que agirão os credores em relação à herança devedora, representada pelo cabeça de casal.

E assim, o cabeça de casal e os credores da herança, por direitos que lhes são concedidos, respectivamente, pelos arts. 2.083.º e 2.084.º, poderão usar dos poderes dos arts. 509.º, 694.º, 846.º, 854.º e 963.º, etc., etc., do Código Civil, e outros, que lhes permitem agir por meio da acção subrogatória, sempre que isso lhes fôr possível, em obediência aos seus requisitos.

l) — No Código Comercial também se encontram alguns casos em que a acção subrogatória é admitida.

O primeiro é o do art. 58.º, n.º 4 e § único, coordenado com o art. 46.º, n.º 3 e 47.º, embora restrito só aos credores com hipoteca, penhora ou arresto sobre navios.

Diz o art. 58.º, n.º 3.º, do Código Comercial: «São pessoas legítimas para requerer o registo dos actos a ele sujeitos: n.º 3 — os donos e os adquirentes de navios, ou os seus consignatários e correspondentes, quanto à respectiva matrícula e transmissão de navios».

Ora, sempre que essas pessoas não requeiram a matrícula obrigatória (art. 47.º) do navio, os credores que tiverem hipoteca, penhora ou arresto sobre o referido navio, no momento da inscrição destes actos, substituir-se-ão às pessoas enumeradas no n.º 3 do art. 58.º, e farão a matrícula do navio (art. 58.º n.º 4, e § único).

m) — Um segundo caso de acção subrogatória no Código Comercial, é o do art. 137.º

«Os credores da sociedade preferem aos credores de cada um dos sócios, pelo que toca aos bens sociais, mas, não se podendo estes últimos credores pagar pela parte que no resíduo pertencer ao respectivo devedor, ficarão subrogados nos direitos dele con-

tra os outros ex-sócios por qualquer excesso com que haja contribuído para a sociedade», diz o art. 137.º

Na liquidação e partilha dos bens de uma sociedade, os credores sociais preferem aos credores dos sócios, mas, se após a liquidação os credores dos sócios não forem pagos integralmente pela parte que lhes cabe no resíduo, estes credores têm uma acção subrogatória que lhes permite, no lugar do devedor e em nome próprio, exercitar os direitos do devedor contra os ex-sócios, por qualquer excesso que tenha contribuído para a sociedade.

Pode a palavra «subrogados», empregada no art. 137.º, levar à afirmação de que neste preceito se trata de uma subrogação pessoal nos termos dos arts. 778.º se segs. do Código Civil. Um exame ligeiro, porém, deste instituto afastará tal conclusão. Basta notar e atentar na definição de subrogação do art. 778.º, para se não poder defender a sua existência no art. 137.º do Código Comercial. Aqui, o credor não se subroga ao credor, adquirindo os seus direitos por ter pago em lugar do devedor, mas subroga-se ao devedor para, exercitando os seus direitos, reintegrar e executar o seu património, satisfazendo um crédito próprio.

n) — Novo caso de acção subrogatória, ainda em matéria comercial, é o do art. 148.º, n.ºs 1 e 2, do Código Comercial.

A sua evidência é tão patente que nos dispensaremos de fazer quaisquer considerações, transcrevendo tão somente o referido preceito.

Diz ele: «Os credores de qualquer sociedade poderão:

1.º — Exercer os direitos da sociedade relativos às entradas de capital não realizadas, que sejam exigíveis por virtude do contrato, deliberação social, ou sentença judicial;

2.º — promover judicialmente as entradas de capital estipuladas no pacto social que sejam necessárias à conservação dos seus direitos».

o) e p) — Disposições semelhantes a esta é a do art. 47.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei das Sociedades por Cotas, de 11 de Abril de 1901.

Depois do corpo do artigo afirmar que «os credores da sociedade terão acção sobre o património social», diz o § 1.º:

«Poderão os credores, quando seja necessário para o embolso

dos seus créditos já vencidos, exercer os direitos da sociedade relativos às prestações por conta das cotas ou suplementares, que estiverem em dívida, e às quantias a que se refere o art. 22.º).

E acrescenta o § 2.º;

«Poderão também, quando seja necessário para o embolso de créditos vencidos, promover judicialmente a chamada de prestações por conta das cotas, e de prestações suplementares nos termos do art. 19.º).

Cada um destes §§ contém em si mais um caso de acção subrogatória.

3 — Appreciemos agora a acção subrogatória *de jure condendo*.

Antes de mais, e *a priori*, diremos que, em nosso parecer, este meio de conservação do património do devedor devia ser facultado aos credores como uma medida genérica, sempre que aquele fosse ou se tornasse inactivo, mediante, no entanto, pressupostos ou condições a fixar, evidentemente.

Vários argumentos nos levam a essa conclusão.

Vejam-los.

a) — *Primo loco*, depara-se-nos o argumento da insuficiência de meios de defesa dos credores, quando o devedor deixar de exercer uma actividade capaz de aumentar os seus bens, tornando mais eficaz a garantia que o património oferece aos direitos de crédito.

Se o devedor pratica um acto atentatório dessa garantia, se faz um distrate quer real, quer simulado, verificadas certas condições, o credor poderá lançar mão da acção pauliana, ou da acção de simulação, conforme a veracidade do acto praticado. Poderá ainda socorrer-se dos «processos preventivos e conservatórios», medidas adjectivas que nada têm que ver com aquelas acções nem com a acção subrogatória, por umas e outra serem de direito substantivo.

Mas imaginemos agora que o devedor pode exercer um direito, pode praticar um acto, cujo exercício ou prática traz um aumento do seu património. Como, por hipótese, tudo quanto trazer para

o seu activo há-de ir para os seus credores e há-de garantir os créditos destes, deixa de exercer esse direito, deixa de praticar esse acto.

Que meios faculta a lei aos credores para se precaverem contra eventuais prejuízos nestes casos, fora das hipóteses descritas no número 2 deste trabalho?!

b) — E não se venha dizer que admitir a acção subrogatória, como medida genérica, é atentar contra a liberdade individual, na medida em que se faculta ao credor substituir-se ao devedor!

Em primeiro lugar, o devedor terá sempre possibilidade de fazer parar a actuação do credor, exercitando o direito ou praticando o acto, pois que, findando a sua inércia, automaticamente deixa de existir a razão por que o credor agiu. Neste casos a acção subrogatória seria um processo de compelir o devedor a ser diligente, a considerar mais os credores, o que nem sempre acontece.

Depois, há que partir do princípio de que «quem se obriga deve», e, como consequência, esta pretensa razão perde toda a sua força. Basta considerar diversas disposições do Código Civil, para se concluir que, mesmo na época liberal da sua elaboração e publicação, a liberdade teve que ceder muitas vezes em face da protecção ao comércio jurídico. Os arts. 712.º e 1.038.º, este coordenado com o art. 1.033.º, são exemplos disso. O art. 1.038.º do Código Civil, na sua parte final, é muito mais atentatório da liberdade individual do que o seria a acção subrogatória admitida genericamente.

c) — Em confirmação do que dizemos, vem o argumento do direito comparado.

As legislações francesa e italiana, nos arts. 1.166.º e 1.234.º dos respectivos códigos civis, concedem-na genericamente. São dois países que, por coincidência, têm sido paladinos de todas as liberdades e, ao mesmo tempo, grandes inovadores no campo jurídico.

Diga-se, no entanto, que a redacção dos dois preceitos referidos está longe de ser perfeita. Pelo contrário, é tão viciosa, principalmente no que respeita à definição do objecto da acção subrogatória, que tem dado origem a grandes controvérsias, em especial em Itália. Tal facto, porém, só nos deve servir de exem-

plo, aproveitando-nos a lição para a elaboração de um preceito capaz.

d) — Finalmente, a longa lista de casos em que na lei se surpreende a acção subrogatória, deixando-nos ainda em aberto a possibilidade de outros haver, mostra-nos que a excepção, para excepção, é quase uma regra. Parece um jogo de palavras, parece querer fazer-se uso de paradoxos, — mas a análise da lei incumbe-se, por si, de afastar tal jogo e tal uso.

António José de Sousa Magalhães