

AS PARTES PROCESSUAIS NUMA ACÇÃO EM SUB-ROGAÇÃO

MARGARIDA LIMA REGO*

ABSTRACT: This article examines the procedural roles of a creditor and its debtor in a judicial oblique action that the former initiates on the latter's behalf against a third party. The article argues that the creditor's procedural right to file a lawsuit against the third party, on the basis of its debtor's substantive claim against that third party, is grounded on the creditor's substantive prerogative legitimately to take legal action, judicially or extra judicially, against any such third party, such prerogative being a feature of a creditor's substantive right vis-à-vis its debtor. The article builds upon that premise in order to examine the scope and limits of the creditor's and the debtor's possible interventions within and without the pending court action. Most particularly, it is submitted that, whilst the debtor may not terminate or in any way suspend the court action thus initiated by its creditor, nor replace the creditor in its position as claimant, the debtor may extra judicially dispose of its right vis-à-vis the third party defendant, and subsequently bring that fact to the knowledge of the court, in this way effectively frustrating the purpose of the pending court action.

SUMÁRIO: I. A ac(tua)ção sub-rogatória. 1. Breve noção. 2. Terminologia. 3. Delimitação do objecto da análise. II. Funções da actuação em sub-rogação. 1. A garantia geral das obrigações. 2. Defesa de uma dupla função. 3. Natureza indirecta ou oblíqua. III. A posição processual do credor (sub-rogante). 1. Duas ordens de questões. 2. Um caso de substituição processual imprópria? 3. A legitimidade processual do credor e a sua legitimidade material ou substantiva para actuar, judicial ou extrajudicialmente, em sub-rogação. 4. A falta de legitimidade material ou substantiva do credor como fundamento de improcedência da acção. 5. A aferição da legitimidade processual do credor segundo a regra geral. IV. A posição processual do devedor (sub-rogado). 1. Qual a razão de ser da exigência legal da intervenção processual do devedor – porquê citá-lo? 2. Quais as possibilidades de actuação do devedor no âmbito do processo e fora dele – para quê citá-lo? a. Algumas possibilidades de actuação. b. Restrições à sua liberdade

* Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

O texto do artigo que aqui se publica corresponde, no essencial, ao estudo elaborado e apresentado em Setembro de 2005 no âmbito do Seminário de Direito Processual Civil do 6.º Programa de Doutoramento e Mestrado da F.D.U.N.L., sob a orientação do Professor Doutor José Lebre de Freitas, a quem se agradece os comentários e o incentivo à publicação.

MARGARIDA LIMA REGO

de actuação. i. Condições de oponibilidade dos actos de disposição. ii. Indisponibilidade do processo. iii. Inadmissibilidade de confissão. V. O litisconsórcio na acção sub-rogatória. 1. Litisconsórcio necessário recíproco – o devedor sub-rogado como uma de três partes processuais no processo. 2. Âmbito de aplicação dos preceitos legais relativos ao litisconsórcio necessário. 3. O devedor é tratado para todos os efeitos como parte, ainda que não intervenha na acção. VI. Conclusões.

I. A AC(TUA)ÇÃO SUB-ROGATÓRIA

1. Breve noção

O instituto que permite a actuação do credor em substituição do seu devedor, comumente designado acção sub-rogatória, é uma das medidas preventivas que o nosso ordenamento jurídico disponibiliza ao credor para tutela do seu direito de crédito. Encontra-se genericamente previsto e regulado nos artigos 606.º a 609.º do Código Civil. Está, portanto, sistematicamente enquadrado na secção dedicada aos meios de conservação da garantia geral das obrigações.

Muito sumariamente, este instituto confere ao credor a possibilidade de se substituir ao seu devedor no exercício dos direitos de conteúdo patrimonial contra terceiro, caso o próprio devedor não o faça, sempre que esse exercício seja essencial à satisfação ou garantia do seu crédito face ao devedor.

2. Terminologia

A chamada acção sub-rogatória é na verdade uma competência jurídica de direito substantivo passível de ser judicial ou extrajudicialmente aproveitada. Preferimos, por isso, falar de uma actuação sub-rogatória do credor, ou da sua actuação em sub-rogação, dado que o termo *acção* arrasta inelutavelmente uma forte conotação adjetiva. Num trabalho em que se pretende tratar sobretudo desta figura na perspectiva do processo, é fundamental não perder de vista a sua natureza essencialmente substantiva.

No que respeita aos sujeitos activos e passivos da actuação em sub-rogação, optámos por recorrer às designações utilizadas pela própria lei. Iremos por conseguinte chamar credor (sub-rogante) ao sujeito que actua em sub-

-rogação; chamaremos devedor (sub-rogado) ao sujeito cujo direito é exercido; e terceiro¹ ao sujeito contra quem a actuação é dirigida.

Note-se que, muito embora o terceiro seja frequentes vezes designado *debitor debitoris*, numa alusão àquele que é sem dúvida o paradigma da actuação em sub-rogação, nem sempre o direito a exercer sub-rogatoriamente será um direito de crédito. Efectivamente, para que a sub-rogação possa ter lugar, não se exige que o terceiro seja um devedor do devedor. A relação material entre o devedor e o terceiro poderá não ser de natureza obrigacional ou creditícia e, ainda que o seja, nada obsta sequer a que caiba ao terceiro a posição de credor.²

Com efeito, para que seja dada a um credor a possibilidade de uma actuação em sub-rogação, bastará que o seu devedor seja titular de um qualquer direito de conteúdo patrimonial que possa de algum modo exercer contra um terceiro, e que esse exercício não seja reservado ao próprio devedor «por sua própria natureza ou disposição da lei».³

Alguma doutrina sustenta a admissibilidade do que designa «acção sub-rogatória de segundo grau», mediante a qual o credor se substituiria ao devedor do seu devedor no exercício de um direito deste último contra um terceiro.⁴ No limite, não se vê que haja objecções de princípio à admissibilidade, em termos genéricos, de actuações sub-rogatórias de terceiro grau – ou de qualquer grau. Trata-se, no entanto, com toda a probabilidade, de uma hipótese meramente académica. Uma vez que a interposição de novos devedores

¹ Entendemos que a utilização da palavra *terceiro* com este sentido é compatível com o uso que lhe é dado, designadamente, em direito dos contratos. Cfr., por exemplo, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I. *Introdução. Da constituição das obrigações*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 249-256, e K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Munique, Beck, 1987, pp. 191-193 e 217-234. Note-se que o conceito não é unívoco, sendo utilizado num sentido diverso, nomeadamente, no contexto do direito registal. Cfr. o artigo 5.º, número 4, do Código do Registo Predial.

² Neste sentido, P. SOARES DO NASCIMENTO, *A sub-rogação do credor ao devedor*, dissertação de mestrado não publicada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, pp. 7-8.

³ Cfr. o artigo 606.º, n.º 1, do Código Civil.

⁴ Cfr. A. VAZ SERRA, «Responsabilidade patrimonial», *Boletim do Ministério da Justiça*, 75 (Abril 1958), pp. 5-410, *maxime* pp. 171-172; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II., 7.ª Ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 442; F. LUSO SOARES, *A responsabilidade processual civil*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 206, n. 442; MENEZES CORDEIRO, *Obrigações*, II, *ob. cit.*, p. 485; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II. *Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 292; e SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, *ob. cit.*, pp. 243-244. Cfr., contra, MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1975, pp. 292-293; e G. GIAMPICCOLO, «Azione surrogatoria», in *Enciclopedia del Diritto*, IV., Milão, 1959, pp. 950-961, *maxime* p. 955.

sub-rogados na nossa equação nada vem acrescentar aos problemas de que iremos tratar no presente ensaio, não teremos necessidade de adequar a nossa terminologia a este tipo de situações, às quais não tornaremos a fazer referência.

3. Delimitação do objecto da análise

A actuação sub-rogatória é, como já foi referido, uma competência jurídica de direito substantivo que pode ser judicial ou extrajudicialmente aproveitada. Como exemplo de sub-rogação extrajudicial temos a possibilidade que assiste ao credor de interpelar um terceiro devedor do seu devedor, exigindo o cumprimento, por este último, de uma obrigação pura, com a consequente constituição do terceiro em mora.⁵

Todavia, dado que com o presente ensaio se pretende estudar este instituto na sua relação com o processo, iremos restringir a nossa análise aos casos de actuação sub-rogatória em juízo.

Pela mesma razão, não iremos debruçar-nos sobre os casos de actuação sub-rogatória do credor num processo judicial em curso em que o devedor ocupe a posição de réu ou de autor sujeito a reconvenção. Dois exemplos de actuações desta natureza são as possibilidades de o credor invocar em juízo a prescrição de uma dívida do seu devedor ou a existência, a favor do seu devedor, do benefício da excussão prévia.⁶

Dada a natureza predominantemente adjectiva das preocupações do presente ensaio, também não iremos tratar especificamente dos pressupostos (substantivos) da actuação em sub-rogação ou do âmbito (objectivo) da actuação em sub-rogação.⁷

Como objecto imediato do nosso estudo temos pois a intervenção do credor sub-rogante em processo judicial por si iniciado, e a intervenção, nesse mesmo processo judicial, do devedor sub-rogado, sendo que a necessidade desta última intervenção – *rectius*: a necessidade de citação do devedor em processo judicial iniciado pelo credor – se encontra expressamente estatuída no artigo 608.º do Código Civil.

⁵ Cfr. os artigos 777.º e 805.º, n.º 1, do Código Civil.

⁶ Cfr. os artigos 305.º, n.º 1, e 638.º do Código Civil. Em defesa desta última possibilidade cfr. M. JANUÁRIO C. GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 1131-1137.

⁷ Em Portugal, sobre os pressupostos (substantivos) da actuação em sub-rogação e o âmbito (objectivo) da actuação em sub-rogação cfr. o estudo recente de SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 60-249.

O regime constante dos artigos 606.º a 609.º do Código Civil foi fortemente inspirado na redacção do artigo 2900.º do Código Civil italiano de 1942⁸, em cuja redacção se teve em vista resolver algumas das dificuldades anteriormente suscitadas pelo artigo 1234.º do Código Civil italiano de 1865, em grande medida partilhadas pelo artigo 1166.º do Código Civil francês e pelo artigo 1111.º do Código Civil espanhol. Por esse motivo, no presente ensaio será dado particular relevo à produção doutrinária transalpina.⁹

II. FUNÇÕES DA ACTUAÇÃO EM SUB-ROGAÇÃO

1. A garantia geral das obrigações

Não é unívoco o conceito de *garantia* no ordenamento português.¹⁰ Reportando-nos apenas ao nosso tema, avulta em primeiro lugar a chamada

⁸ *Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare. Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi.* É esta a tradução de VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., p. 155: *O credor, para assegurar que sejam satisfeitos ou conservados os seus direitos, pode exercer os direitos e as acções que competem contra terceiros ao próprio devedor e que este omite exercer, desde que os direitos e as acções tenham conteúdo patrimonial e não se trate de direitos ou de acções que, por sua natureza ou por disposição da lei, não podem ser exercidos senão pelo seu titular. O credor, quando agir judicialmente, deve citar também o devedor ao qual pertence sub-rogar-se.* Pela nossa parte, teríamos preferido o uso do termo *descura* em lugar da palavra *omite* para traduzir o vocábulo italiano *trascura*.

⁹ Os sistemas germânicos e anglo-saxónicos não contêm previsões genéricas da actuação dos credores em sub-rogação. Curiosamente, vamos aparentemente encontrar institutos muito semelhantes ao da actuação em sub-rogação, designadamente, no Japão (*dai-i soken*) – onde, como se sabe, o Código Civil é, em grande medida, uma tradução do BGB – e na China (*dai-wei zhixing*). J. GLUSMAN, «Garnishment of receivables in Chinese law», *Washington University Global Studies Law Review*, 3 (2004), pp. 455-482, disponível em http://law.wustl.edu/Publications/WUGSLR/Issues/3-2%20PDF%20Files/p455%20Glusman%20book_%20pages.pdf, p. 463, n. 39.

¹⁰ Cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, I., Coimbra, Almedina, 1992, pp. 548-557. O A. enuncia os vários sentidos jurídicos da palavra *garantia* e ensaia um conceito comum a todos eles de *garantia* como meio ou conjunto de meios para suprir a frustração de um direito ou de uma expectativa. Cfr. ainda JANUÁRIO GOMES, *Assunção*,

garantia judiciária que, no domínio das situações obrigacionais, compreende a faculdade, atribuída ao credor, de recorrer a juízo (i) para condenar o devedor ao cumprimento; ou (ii) para obter a satisfação do seu interesse, em execução, de modo específico ou não específico.¹¹

A garantia geral das obrigações prevista no artigo 601.º do Código Civil – também designada garantia comum dos credores – respeita apenas à execução não específica das obrigações, ou execução por equivalente, bem como à execução (específica) nos casos de obrigações de prestação pecuniária originária.

Pode definir-se a garantia geral das obrigações como a sujeitabilidade da generalidade dos bens que integram o património do devedor à execução para satisfação do direito do credor a uma prestação pecuniária¹² – seja ela primária ou indemnizatória.¹³ Numa outra perspectiva, é a faculdade do credor de efectivar a responsabilidade patrimonial do devedor. As expressões *garantia geral* e *responsabilidade patrimonial* correspondem, aliás, a modos diversos de designar um único instituto jurídico – a primeira colocando a tónica no lado activo e a segunda no lado passivo da obrigação.¹⁴

ob. cit., pp. 5-37, *maxime* p. 19, em defesa da estrutural inconsistência da designação *garantia geral das obrigações*, que ultrapassaria os domínios da linguagem comum e da conveniência da própria linguagem técnico-jurídica. O A. defende ainda a sua sobreposição ao conceito de responsabilidade patrimonial e sustenta que a noção técnica de garantia é a que se restringe às garantias especiais das obrigações.

¹¹ Encontramos a previsão legal da acção de cumprimento e da execução (não específica) no artigo 817.º do Código Civil e a previsão legal da execução específica nos artigos 827.º a 830.º do Código Civil. Cfr., sobre este ponto, JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, ob. cit., pp. 12-13. Cfr., em sentido algo diverso, M. GOMES DA SILVA, *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Lisboa, 1943, pp. 43-54.

¹² Cfr. J. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva à luz do código revisto*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra, 1997, pp. 172-175.

¹³ Quanto à distinção entre prestações primárias e indemnizatórias, cfr. M. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I., Lisboa, Ed. do A., 1944, pp. 213-249 e, numa perspectiva diferente, o estudo a publicar em breve por PEDRO MÚRIAS/ LURDES PEREIRA, *A triplicidade dos problemas de não cumprimento*, no prelo. Não se ignora que vários autores portugueses defendem uma «identidade normativa» entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Contudo, mesmo para os defensores da «identidade normativa», esta não exclui a existência de uma certa distinção entre os dois deveres. Cfr., por exemplo, C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 1970, pp. 426-429.

¹⁴ Cfr., neste sentido, MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., p. 89, n. 1.

2. Defesa de uma dupla função

No enquadramento sistemático da actuação em sub-rogação primou a sua caracterização como um dos meios de conservação da garantia geral das obrigações.¹⁵

Note-se que, em rigor, o património do devedor sub-rogado nem sempre aumentará por mero efeito da actuação em sub-rogação, limitando-se o credor sub-rogante, por vezes, a impedir a sua diminuição, ou até mesmo a fazer entrar nesse património, materialmente, um direito que já nele figurava juridicamente, sem provocar com a sua actuação qualquer aumento ou diminuição do mesmo, em termos puramente quantitativos.¹⁶ Ou seja, também falaremos de conservação da garantia geral das obrigações nos casos em que o credor tem em vista, simplesmente, facilitar uma futura penhora fazendo entrar no património do seu devedor bens mais facilmente executáveis.¹⁷

A chamada função conservatória¹⁸ da actuação em sub-rogação é, com efeito, generalizadamente aceite pela nossa doutrina.¹⁹

Contudo, se atentarmos na letra da lei, e mais precisamente no disposto no número 2 do artigo 606.º do Código Civil, iremos encontrar, como possibilidades de justificação da actuação sub-rogatória, quer o exercício essencial à garantia do direito do credor, ou seja, à manutenção da possibilidade de exe-

¹⁵ Os artigos 606.º a 609.º do Código Civil constituem a Subsecção II (Sub-rogação do credor ao devedor) da Secção II (Conservação da garantia patrimonial) do Título I (Das obrigações em geral) do Livro II (Direito das obrigações) do Código Civil.

¹⁶ Cfr., neste sentido, MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II., I. *Obligations. Théorie générale*, 5.ª Ed. par Michel de Juglart, Paris, Montchrestien, 1973, p. 931.

¹⁷ Cfr. o disposto no artigo 834.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil. Destes preceitos poderá retirar-se que a lei dá relevância à questão da facilidade, dando preferência, na ordem de realização da penhora, aos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização, e permitindo que os bens penhorados excedam, em valor, o montante do crédito exequendo, para evitar uma previsível demora na satisfação integral do credor.

¹⁸ Note-se que, em matéria de discussão doutrinária sobre a função do instituto da actuação em sub-rogação, os mesmos termos (*conservação e execução*) são utilizados pelos vários autores com os mais diversos sentidos. Cfr. a crítica de R. SACCO, «Osservazioni sulla figura giuridica del creditore che procede in via surrogatoria», *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, LIII (1955) (p. I.), Milão, pp. 29-67, *maxime* p. 32, n. 13.

¹⁹ Cfr. PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações*, I., Lisboa, ed. do A. (apontamentos compilados por Eudoro Pamplona Côte-Real), 1939, p. 24; GOMES DA SILVA, *Conceito*, ob. cit., pp. 61-64; A. SOUSA MAGALHÃES, *Da acção subrogatória*, dissertação não publicada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1945, pp. 76-88; MENEZES CORDEIRO, *Obrigações*, II, ob. cit., p. 484; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, II, ob. cit., p. 290; JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, ob. cit., pp. 21-22, n. 63; SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 250-270.

cução do património do devedor para satisfação do direito do credor, quer o exercício essencial à própria satisfação do direito do credor.²⁰

Ora, facilmente poderemos concluir que só o primeiro exercício se relaciona com a garantia geral das obrigações – só o primeiro visa impedir, preventivamente, a inutilização ou frustração da responsabilidade patrimonial do devedor. Outro sentido não poderemos retirar da oposição entre a essencialidade à satisfação e a essencialidade à garantia do direito do credor.

Entendemos que os casos em que o exercício do direito do devedor é essencial à própria satisfação – e já não à garantia – do direito do credor serão os casos em que com a actuação em sub-rogação se visa assegurar, directamente, a possibilidade de cumprimento, voluntário ou coercivo, pelo devedor, de certos deveres de prestar.²¹

Esses deveres de prestar serão aqueles cuja execução específica dispensa a intermediação do instituto da responsabilidade patrimonial do devedor – dispensa o recurso à penhora e venda de bens integrados no património do devedor. É esse o caso da obrigação de entrega de coisa certa e infungível ou da obrigação de contratar em que o contrato definitivo comporte uma obrigação de entrega de coisa certa e infungível.²²

Nestes casos, e só nestes, entendemos que, não obstante a sua inserção sistemática, a actuação sub-rogação do credor não tem já uma função conservatória da garantia geral das obrigações. A sua função é, simplesmente, a de assegurar a possibilidade de satisfação do próprio direito de crédito.

Nessa medida, quando dizemos que a actuação em sub-rogação cumpre uma dupla função, essa asserção respeita, naturalmente, ao instituto considerado em abstracto, pois que, em cada caso concreto, a actuação em sub-rogação irá desempenhar apenas uma dessas duas funções.

Aliás, muito embora este ensaio não verse sobre os pressupostos substantivos da actuação em sub-rogação, é importante salientar que, nestes casos em

²⁰ Cfr., sobre este ponto, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, ob. cit., pp. 441-442; e MENEZES CORDEIRO, *Obrigações*, II., ob. cit., p. 487.

²¹ É de assinalar, todavia, a posição de MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 148-158. Ao arripio do que defende a esmagadora maioria da doutrina, o A. sustenta que o credor de uma prestação não pecuniária não poderia recorrer à actuação em sub-rogação para assegurar, directamente, a possibilidade de cumprimento dessa prestação, mas apenas para assegurar a possibilidade do seu ulterior ressarcimento, em caso de incumprimento desse dever de prestar, precisamente porque a execução específica é coisa diversa da responsabilidade patrimonial, entendendo este A. que a actuação em sub-rogação tem como única função a conservação da garantia geral das obrigações.

²² Previstos, respectivamente, nos artigos 827.º e 830.º do Código Civil. Cfr. JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, ob. cit., pp. 34-36.

que já não estamos no domínio da responsabilidade patrimonial do devedor, e em que, por conseguinte, a actuação em sub-rogação já não desempenha uma função conservatória da garantia geral das obrigações, também já não será pressuposto de admissibilidade da actuação em sub-rogação que o devedor se encontre numa situação financeira de quase insolvência.²³

3. Natureza indirecta ou oblíqua

Poderia pensar-se que, sempre que a sub-rogação se destinasse a assegurar a possibilidade de cumprimento de uma obrigação de entrega de coisa certa e infungível, ou de uma obrigação de contratar em que o contrato definitivo comporte uma obrigação de entrega de coisa certa e infungível, a actuação em sub-rogação tomaria as vestes de uma verdadeira acção directa, perdendo então a sua natureza indirecta ou oblíqua.²⁴ Entendemos, contudo, que não é esse o caso.

Com efeito, não obstante o facto de a letra da lei referir a essencialidade à garantia ou à satisfação do crédito, perfilhamos o entendimento, maioritário na doutrina²⁵, segundo o qual, por força do princípio da *par condicio credito-*

²³ Neste sentido, cfr. S. PATTI, «L'azione surrogatoria», in *Trattato di diritto privato*, 20. Tutela dei diritti, II., Diretto da Pietro Rescigno, Torino, U.T.E.T., 1990, p. 123; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, ob. cit., pp. 441-442; e SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 258-259 e 265-270.

²⁴ Em França, ao instituto da actuação em sub-rogação genericamente previsto no artigo 1166.º do Código Civil é dada a designação de *action oblique*. Sobre o instituto cfr., na doutrina francesa, M. PLANIOL/ G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII. *Obligations* (2.ª Parte), avec le concours de Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde, Paris, L.G.D.J., 1931, pp. 203-228; R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, VII. *Effets des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1933, pp. 298-403; e, mais recentemente, F. TERRÉ/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1996, pp. 840-852.

²⁵ Cfr. VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., pp. 189-190; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, ob. cit., p. 445; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 791; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, II, ob. cit., p. 293; JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, ob. cit., pp. 21-22, n. 63. Cfr., na jurisprudência, o Ac. STJ 03.05.2000, CJSTJ 2000, 2, 41 (Francisco Lourenço). Cfr. ainda, em Itália, MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 98-104; A GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1955, pp. 235-237; M. VECCHIO, «Brevi note sulla pretesa funzione "esecutiva" dell'azione surrogatoria», *Il foro italiano*, XCVI (1973), Roma, col. 1931-1935; B. TEDESCHI, «Surrogatoria (azione)», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, XIX., Turim, U.T.E.T., 1999, pp. 228-233, maxime p. 229; F. GALGANO, *Diritto privato*, 3.ª Ed., Pádua, C.E.D.A.M., 1985, p. 381; PATTI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 106-109; e GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 950. Em Espanha, F. CORDÓN MORENO, *Proceso civil de declaración*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 86-87;

rum subjacente ao artigo 609.º do Código Civil²⁶, a actuação em sub-rogação genericamente prevista no artigo 606.º do Código Civil não permite em caso algum a existência de deslocações patrimoniais directas entre as esferas jurídicas do terceiro e do credor.²⁷

Por conseguinte, em nossa opinião, até mesmo nos casos em que se visa assegurar directamente a possibilidade de satisfação do direito do credor, o bem em causa – *rectius*: o direito sobre o bem – deverá entrar primeiro no património do devedor e nunca directamente no do credor.²⁸ E naturalmente que a entrada do bem, num segundo momento, no património do credor, se ocorrer, já não terá lugar por força do instituto da actuação sub-rogatória.²⁹

Na verdade, se o credor pretender assegurar-se de que o devedor cumpre de facto a obrigação a que se encontra vinculado, não tem mais do que deduzir no mesmo processo um segundo pedido, desta feita contra o próprio devedor, se não dispuser já de um título executivo contra este, e solicitar em simultâneo a apreensão do bem em causa.³⁰

Sempre que estiver em causa uma obrigação de entrega de coisa certa e infungível, quer na relação entre o terceiro e o devedor, quer na relação entre o devedor e o credor, admitimos, contudo, a possibilidade de o credor pedir em juízo que a entrega do bem pelo terceiro – e apenas a entrega – se faça directamente ao credor.

Nesse caso, o respectivo direito de propriedade, ou o direito com base no qual a entrega é devida, passará, ainda assim, pelo património do devedor. Ou seja, não obstante a ocorrência de um único acto de entrega, continuare-

e M. ALBALADEJO, «Artículo 1111», in *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XV, 1., *Artículos 1088 a 1124 del Código Civil*, Dir. Manuel Albaladejo, Madrid, EDERSA, 1989, pp. 949-966, *maxime* pp. 965-966, e *Obligaciones*, pp. 220-221. E em França, PLANIOL/RIPERT, *Traité*, ob. cit., p. 228.

²⁶ Segundo ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, ob. cit., p. 791, n. 3, as principais características da sub-rogação directa, quando confrontada com a sub-rogação indirecta ou oblíqua, estariam no facto de não poderem ser opostas ao credor as excepções pessoais do devedor e no facto de o benefício da acção reverter apenas em proveito do credor que dela usa, equivalendo, portanto, a um privilégio.

²⁷ Contra A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, I., Lisboa, A.A.F.D.L., 1980, p. 267 n. 95, e II., ob. cit., pp. 481-484 e, aparentemente, SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 258-270, de quem no entanto não nos afastamos totalmente, com as precisões adiante explicitadas acerca da distinção entre as obrigações de entrega do bem e de transmissão do direito sobre o bem.

²⁸ Neste sentido, PATTI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 106-109; e GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 950.

²⁹ Cfr., neste sentido, PLANIOL/RIPERT, *Traité*, ob. cit., p. 227.

³⁰ Cfr. o artigo 381.º do Código de Processo Civil.

mos a ter duas transmissões sucessivas do direito com base no qual esse acto é devido. Isto significa que, para que o terceiro possa ser condenado a entregar a coisa directamente ao credor, será sempre necessário que à actuação do credor em sub-rogação se some a sua actuação directa contra o próprio devedor – salvo na hipótese remota de o credor ter já um título executivo contra o seu devedor.

Um exemplo: tendo sido celebrados dois contratos-promessas de compra e venda da mesma coisa certa e infungível, em que o terceiro prometera vendê-la ao devedor, que por sua vez prometera vendê-la ao credor, este último poderia pedir em juízo, *ex jure debitoris*, a execução específica do primeiro contrato e, *ex jure proprio*, a execução específica do segundo. Teríamos portanto dois contratos definitivos distintos, com clausulados diversos e, muito possivelmente, com preços de venda diferentes. Simplesmente, o interesse do credor satisfar-se-ia com uma sentença que, para além de produzir os efeitos das declarações negociais do devedor e do terceiro, condenasse directamente o terceiro a entregar-lhe a coisa certa e infungível objecto de ambos os contratos.³¹

III. A POSIÇÃO PROCESSUAL DO CREDOR (SUB-ROGANTE)

1. Duas ordens de questões

Em sede de aferição da legitimidade *ad causam* do credor sub-roganter, teremos de examinar duas ordens de questões: (i) as relativas à sua legitimidade dita indirecta, que pressuporia a aferição da legitimidade directa do devedor sub-rogado, sendo em tudo o mais semelhante à aferição de uma qualquer legitimidade singular; e (ii) as que se relacionam com a aferição da sua legitimidade plural, decorrente da necessidade de citação do devedor sub-rogado.

Iremos ocupar-nos primeiro da legitimidade dita indirecta do credor, cingindo-nos aos aspectos que consideramos mais relevantes para o nosso estudo, sem preocupações de tratamento exaustivo de todas as questões que poderiam levantar-se. Reservamos para o momento próprio, posterior à aná-

³¹ Cfr., quanto à admissibilidade de dedução de um pedido acessório de condenação na entrega da coisa em acção de execução específica de contrato promessa, ANA PRATA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 971.

lise da posição do devedor sub-rogado³², a apreciação integrada das questões relativas à legitimidade plural na actuação sub-rogatória.³³

2. Um caso de substituição processual imprópria?

Podemos falar de substituição processual³⁴ sempre que a lei admite no processo, litigando em nome próprio – logo, enquanto parte³⁵, porque os efeitos processuais da acção se produzem na sua própria esfera jurídica – uma pessoa que não é sujeito da relação material controvertida, que actua por conta de outrem.

³² Cfr. *infra* Capítulo IV.

³³ Cfr. *infra* Capítulo V.

³⁴ Adoptamos o conceito de substituição processual tal como definido por J. LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra, 1991, pp. 81-83. Quanto ao conceito de substituição processual cfr. os clássicos contributos de J. KOHLER, «Prozessstandschaft und prozessualische Succession», in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1894, pp. 346-362, *maxime* pp. 98-109, para quem a substituição processual (*Prozessstandschaft*) assentaria na relação material entre uma pessoa e o direito de outrem, e de K. HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1., Aalen, Scientia Verlag, 1968, pp. 160-171 e 364-372, e *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Aalen, Scientia Verlag, 1967, pp. 153-163, segundo o qual a substituição processual ocorreria sempre que alguém litigasse em nome próprio por um direito alheio – asserção que é actualmente maioritariamente aceite pela doutrina. Cfr., mais recentemente, L. ROSENBERG/K. SCHWAB/P. GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, 15.ª ed., Munique, Beck, 1993, pp. 235-242; F. BAUR/W. GRUNSKY, *Zivilprozeßrecht*, 9.ª ed., Berlin, Luchterhand, 1997, pp. 79-82; e O. JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, 25.ª ed., Munique, Beck, 1998, pp. 52-54 e 67-69. Cfr., entre nós, MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Reimpr. 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra, 1993, pp. 316-317; A. VARELA, J. BEZERRA/S. NORA, *Manual de processo civil*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra, 1985, pp. 732-733; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 51-55, «Observações críticas sobre algumas alterações ao Código de Processo Civil», *Boletim do Ministério da Justiça*, 328 (Julho 1983), pp. 71-120, *maxime* pp. 78-79 e 82 e «Sobre a legitimidade processual», *Boletim do Ministério da Justiça*, 331 (Dezembro 1983), pp. 37-60, *maxime* pp. 43-48; PAULA COSTA E SILVA, *A transmissão da coisa ou direito em litígio*, Coimbra, Coimbra, 1992, pp. 303-307; e TERESA QUINTELA DE BRITO, «Uma perspectiva sobre a substituição processual legal e a eficácia subjectiva do caso julgado», in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 103-148, *maxime* pp. 103-108.

³⁵ Conceito de parte em sentido formal dado que o substituto processual é parte legítima mas não pode dispor do direito em litígio – não é titular da relação material controvertida. Quanto ao conceito de parte em sentido formal cfr., por todos, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, ob. cit., pp. 200-201.

A substituição processual, porque se funda numa legitimidade processual indirecta³⁶, pressupõe que o interesse do substituto esteja na dependência do interesse do substituído, que é o interesse que se discute no processo, pelo que o primeiro age no seu próprio interesse, mas apenas na medida em que este o conduz à tutela do interesse do substituído.³⁷

Partindo do conceito de substituição processual, poderemos ainda distinguir, entre outras distinções que para o efeito não relevam, consoante a legitimidade processual indirecta do substituto prescinde (ou não) da intervenção concorrential do substituído em juízo (*rectius*: da sua citação).

No primeiro grupo de situações, mais numeroso, temos os casos de substituição processual em sentido próprio. Já no segundo grupo de situações, em que a legitimidade processual do substituto carece da presença cumulativa do substituído no processo, iremos encontrar os casos de substituição processual em sentido impróprio.³⁸

Note-se que, mesmo nos casos de substituição processual em sentido próprio, a legitimidade indirecta do substituto não dispensa, antes pressupõe, a legitimidade directa do substituído.³⁹ O que se dispensa é, nestes casos, apenas a sua intervenção em juízo (*rectius*: a sua citação).

No nosso país a actuação em sub-rogação tem sido pacificamente entendida, pela doutrina e pela jurisprudência mais recente, como um

³⁶ Quanto ao conceito de legitimidade processual, ou legitimidade *ad causam*, como susceptibilidade de se ser parte numa determinada acção, com um determinado objecto, cfr., entre nós, M. TEIXEIRA DE SOUSA, «Reflexões sobre a legitimidade das partes em processo civil», *Cadernos de Direito Privado*, 1 (Jan-Mar 2003), pp. 3-13; *As partes*, ob. cit., pp. 47-57; *Observações*, ob. cit., pp. 73-85; *Sobre a legitimidade*, ob. cit., pp. 37-60; e «A legitimidade singular em processo declarativo», *Boletim do Ministério da Justiça*, 292 (Janeiro 1980), pp. 53-116 e 134-159; e PAULA COSTA E SILVA, *Transmissão*, ob. cit., pp. 134-159. Estes AA. concluem que a legitimidade processual directa não preenche qualquer função que não possa ser assegurada por outras figuras, salientando o facto de o conceito ter surgido a partir da necessidade de justificar, não as situações em que litigam os alegados titulares da relação material controvertida, mas justamente aquelas em que estão em juízo alegados não titulares dessa relação.

³⁷ Recorre-se à palavra *interesse* por uma questão de simplicidade. Não se desconhecem, todavia, as dificuldades da uma rigorosa compreensão do conceito de interesse. Cfr., a este respeito, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I. Parte geral, I., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 109-113.

³⁸ Cfr. C. CALAVROS, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter*, Bielefeld, Giesecking, 1978, p. 23; TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes*, ob. cit., pp. 52-53.

³⁹ Cfr., neste sentido, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra, 2002, p. 424, muito embora o A. se referisse à legitimidade em sentido material.

claro exemplo de substituição processual (sê-lo-ia em sentido impróprio).⁴⁰⁻⁴¹

Temos, no entanto, as mais sérias dúvidas quanto à bondade dessa qualificação, com a qual se pretende realçar uma suposta vertente estritamente processual da legitimidade sub-rogatória, remetendo-se para um segundo plano a natureza essencialmente substantiva deste instituto.⁴²

⁴⁰ Cfr. SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 108-117. Cfr. ainda J. CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, II., Lisboa, A.A.F.D.L., 1987, p. 136; F. PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, Lisboa, Ática, 1961, pp. 249-251; TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes*, ob. cit., p. 48; J. L. FREITAS/ J. REDINHA/ R. PINTO, *Código de processo Civil Anotado*, 1.º Artigos 1.º a 380.º, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 51; LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., p. 83; P. LIMA/ A. VARELA, *Código Civil Anotado*, I., 4.ª ed., Coimbra, Coimbra, 1987, p. 625. Cfr., na jurisprudência, Ac. RE 07.03.1991, BMJ 405, 546 (Sampaio da Silva).

⁴¹ Na doutrina italiana há, todavia, um número significativo de autores que rejeitam esta qualificação, embora não raras vezes essa rejeição tenha na base fortes reservas quanto à utilidade, em termos genéricos, da figura da substituição processual. Cfr., nesse sentido, S. SATTI, *Diritto processuale civile a cura di Carmine Punzi*, 12.ª Ed., Pádua, C.E.D.A.M., 1996, pp. 128-131, e MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., 195-223, para quem o acto de fazer valer em juízo um direito de outrem corresponde, na actuação em sub-rogação, ao exercício de um poder próprio e autónomo do agente, que lhe é conferido para tutela e com vista à satisfação de um direito próprio, pelo que não se reconduz a um caso de substituição processual, mas antes a um caso de interferência nas relações jurídicas materiais. Cfr. ainda PATTI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 112-115; SACCO, *Osservazioni*, ob. cit., pp. 29-67; e GIOIA, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 21-24 e 73-78. Este A. manifesta fortes dúvidas quanto à propriedade desta qualificação, sem no entanto ir ao ponto de a rejeitar, por corresponder a mesma, à data (1955), ainda à *communis opinio* em Itália. Em Espanha, caracterizando a actuação em sub-rogação como um caso de substituição processual, cfr. J. CASTAN, *Derecho civil español comun y foral*, 3. *Derecho de obligaciones*, 13.ª ed. rev e act. por Gabriel Garcia Cantero, Madrid, Reus, 1983, p. 285. Em França, tradicionalmente, não se identificava a actuação em sub-rogação com a figura da substituição processual, recorrendo a doutrina à figura da representação *in rem suam*. Cfr. DEMOGUE, *Traité*, ob. cit., pp. 354-356. Na doutrina mais recente a equiparação do credor sub-rogante a um representante do devedor sub-rogado tende, contudo, a ser rejeitada. Assim, TERRE/SIMLER/LEQUETTE, *Obligations*, ob. cit., p. 842. Cfr., todavia, J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4. *Les obligations*, 16.ª Ed., Paris, P.U.F., 1992, pp. 652 e 657-658, que qualifica, indistintamente, o credor como um representante do devedor e a actuação em sub-rogação como um caso de substituição processual.

⁴² Cfr. MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 217-223, em que o A. destaca o facto de a acção sub-rogatória ser uma figura, essencialmente, de direito substantivo. No mesmo sentido, PEDRO MÚRIAS, *A oponibilidade do caso julgado aos credores comuns das partes*, relatório de mesurado não publicado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996, p. 9.

3. A legitimidade processual do credor e a sua legitimidade material ou substantiva para actuar, judicial ou extrajudicialmente, em sub-rogação

Em tema de legitimidade processual singular, é habitual encontrarem-se na doutrina indícios explícitos ou, mais frequentemente, implícitos de uma adesão silenciosa àquilo a que passaremos a designar concepção dicotómica das fontes de legitimidade processual singular.

Essa concepção corresponde à ideia de que, ou é parte legítima o sujeito da relação material controvertida – caso, que corresponde à regra, em que a sua legitimidade processual seria directa – ou, excepcionalmente⁴³, a sua legitimidade processual advém de disposição legal que estabeleça um desvio a essa regra – caso em que a um substituto não titular da relação material controvertida seria conferida legitimidade processual indirecta.⁴⁴ Uma decorrência natural desta concepção dicotómica é a asserção de que a substituição processual se traduz numa divergência entre a parte materialmente legitimada para actuar (o substituído) e a parte processualmente legitimada para actuar (o substituto).⁴⁵

Ora, sendo certo que é possível enquadrar nesta concepção as situações de substituição processual que mais atenção têm despertado na doutrina, de que é exemplo paradigmático a transmissão de direito litigioso⁴⁶, em que, fundamentalmente por razões de conveniência processual, se confere ao trans-

⁴³ Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios*, ob. cit., p. 957. O A. defende a natureza excepcional do instituto da actuação em sub-rogação, dessa natureza retirando a necessidade de interpretação estrita dos preceitos legais que a prevêm. Discordamos, quer da qualificação, quer da conclusão. Não é este, todavia, o local apropriado para uma análise das dificuldades inerentes ao conceito de excepção em direito material. Cfr., sobre a matéria, A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 1993, pp. 273-276; K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, trad. J. Lamago, 3.ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, pp. 502-503; J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 94-95; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 437-441; e PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, Lex, 2000, pp. 52-60, em especial pp. 53 e 55, n. 121.

⁴⁴ Cfr., a este propósito, M. GRAZIADEI/ R. SACCO, «Sostituzione e rappresentanza», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, XVIII., Turim, U.T.E.T., 1998, pp. 616-628, maxime p. 626, e artigo 26.º, n.º 3, do Código de Processo Civil. Podemos dele retirar que só se admitem situações de legitimidade indirecta nos casos previstos na lei.

⁴⁵ Conclusão a que chega TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a Legitimidade*, ob. cit., p. 44.

⁴⁶ Cfr. artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Civil. Sobre o tema, PAULA COSTA E SILVA, *Transmissão*, ob. cit..

mitente legitimidade para permanecer em júzo como parte enquanto o adquirente não for admitido a substituí-lo⁴⁷, a verdade é que, no caso que analisamos, a permissão dirigida ao credor confere-lhe, antes de mais, uma legitimidade de natureza substantiva para actuar, judicial ou extrajudicialmente, em sub-rogação do seu devedor.⁴⁸

Ou seja, a legitimidade processual do credor para uma actuação judicial em sub-rogação resulta, antes de mais, da sua titularidade de uma determinada relação material, de natureza obrigacional ou creditícia, em que este ocupa, não somente uma posição de credor face ao seu devedor mas, desde logo, e mais concretamente, uma posição de credor com o poder jurídico⁴⁹ de actuar em sub-rogação. O seu direito de crédito é uma situação jurídica complexa – é, em rigor, um complexo de situações jurídicas que integra no seu seio uma competência legitimadora de uma actuação judicial ou extrajudicial contra terceiro.⁵⁰

Esta distinção é fundamental, visto que poderia sempre dizer-se que, no exemplo atrás referido da transmissão de direito litigioso, a legitimidade processual do transmitente também lhe é atribuída em função da sua titularidade de uma determinada relação material. O que distancia o caso em análise dessoutro, e que nunca será demais acentuar, é que, no nosso, a disposição que confere ao credor o poder jurídico de actuar em sub-rogação, e por

⁴⁷ A lei fala em «substituição» mas não se trata aqui de uma substituição processual no sentido em que o termo é normalmente utilizado pela doutrina, e em que o temos vindo a utilizar, visto que esta «substituição» do adquirente ao transmitente é precisamente o oposto da substituição processual, que cessa com a ocorrência da «substituição».

⁴⁸ Sobre o conceito de legitimidade em sentido material como algo de diverso da legitimidade em sentido processual cfr. ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, «Da legitimidade no acto jurídico», *Boletim do Ministério da Justiça*, 10 (Janeiro de 1949), pp. 20-112, e ainda INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos*, ob. cit., pp. 398-442; J. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Teoria geral do direito civil*, II. *Acções e factos jurídicos*, Coimbra, Coimbra, 1999, pp. 89-95 e 215-216. Cfr. ainda JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, ob. cit., pp. 66-68; BAUR/GRUNSKY, *Zivilprozeßrecht*, ob. cit., p. 79; J. CASTRO MENDES, *Processo civil*, ob. cit., pp. 146-148; e FREITAS/REDINHA/PINTO, *Código de Processo Civil*, ob. cit., pp. 50-53.

⁴⁹ Utilizamos a palavra *poder* no sentido restrito que GOMES DA SILVA, *Dever de prestar*, ob. cit., pp. 46-49, definiu como «disponibilidade de meios para a obtenção de um fim». Cfr. ainda MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, ob. cit., pp. 133-134. A caracterização da possibilidade de sub-rogação como um poder jurídico aparece igualmente em MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 116-126. Outros vêem na figura da actuação em sub-rogação um verdadeiro direito subjectivo do credor. Cfr., neste sentido, PATTI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 110-111; e GIOIA, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 11-24.

⁵⁰ Cfr., sobre os conceitos de situação jurídica e de direito subjectivo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, ob. cit., pp. 99-135.

consequente o próprio poder, apresentam eles próprios uma natureza material ou substantiva.

Pegando no caso, mais frequentemente analisado, em que o terceiro é também o sujeito passivo de uma obrigação, em que o terceiro é *debitor debitoris*, este poder jurídico do credor de exercer um direito em sub-rogação – neste caso, um crédito do devedor contra o terceiro – mais não representa do que o poder substantivo de exigir do terceiro a prestação devida. Um poder próprio, e não alheio, ainda que seja outrem o destinatário da prestação. Um poder próprio atribuído para tutela de interesses próprios.

Deparamos com uma situação próxima desta, ainda que não idêntica, no caso dos contratos a favor de terceiro – situação em que, salvo disposição diversa das partes, o direito de crédito do promissário compreende o poder jurídico de exigir do promitente a prestação devida, sendo embora outrem o respectivo destinatário – que por sua vez é igualmente titular de um direito de crédito face ao promitente.⁵¹

Consideramos, pois, como melhor se verá em seguida, que nos casos de actuação judicial em sub-rogação a causa de pedir compreende os factos que subjazem, não a uma, mas a duas relações materiais controvertidas.⁵² E que o objecto do processo compreende uma pretensão material complexa⁵³⁻⁵⁴,

⁵¹ Cfr. artigo 444.º, n.º 2, do Código Civil. Cfr., a este propósito, D. LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, pp. 85-92, e ainda ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Coimbra, Atlântida, 1955, p. 246, que analisa o contrato a favor de terceiro a propósito do lugar paralelo do actual artigo 965.º do Código Civil. Cfr., por último, TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Coimbra, Coimbra, 1988, pp. 61-78, *maxime* pp. 73-74. Este A. aborda algumas hipóteses em que, na terminologia por si adoptada, relativamente a uma mesma atribuição patrimonial, a competência de aquisição da prestação e a faculdade de exigibilidade dessa prestação ao sujeito vinculado se encontram repartidas, *ex lege* ou *ex voluntate*, por titulares diversos, ou em que há um terceiro a quem é cumulativamente atribuída apenas a faculdade de exigibilidade. O contrato a favor de terceiro é uma das hipóteses concretamente mencionadas por este A., que no entanto configura todas estas hipóteses como casos de substituição processual. Sobre a questão, próxima desta, da existência, em certas circunstâncias, de uma pretensão indemnizatória própria de liquidação de danos de terceiros, cfr. J. MATTAMOUROS, «A liquidação do dano de terceiro no direito civil português», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III.(2006), pp. 303-332.

⁵² Cfr. MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 319 e 348-349, que salienta o facto de, na determinação da competência do tribunal, se dever ter em conta, unicamente, a relação material entre o devedor e o terceiro. Cfr., igualmente neste sentido, CEA, «*Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*», in *Códice Civile annotato a cura di Pietro Perlingieri*, VI., Turim, U.T.E.T., 1980, pp. 471-478, *maxime* p. 476.

⁵³ Cfr., sobre a matéria, CASTRO MENDES, *Processo civil*, ob. cit., pp. 243-245; TEIXEIRA DE SOUSA, *Concurso*, ob. cit., pp. 19-60 e 79-100; J. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*,

assente na existência e titularidade de uma relação material principal – o devedor sub-rogado é titular de um direito contra o terceiro – e de uma relação material dependente – o credor sub-rogante é titular de um direito de crédito contra o devedor sub-rogado que compreende a possibilidade de uma actuação, judicial ou extrajudicial, contra o terceiro.

4. A falta de legitimidade material ou substantiva do credor como fundamento de improcedência da acção

Não abordaremos a já sobejamente discutida controvérsia acerca da natureza objectiva ou subjectiva da aferição da legitimidade processual, a que o legislador de 1995 de certa forma pôs fim.⁵⁵ Mas partindo da ideia, que tomamos como válida, de que a legitimidade processual se afere tendo em conta a posição das partes perante o objecto do processo, tal como descrita pelo autor, seremos todavia forçados a reconhecer a existência de determinados preceitos legais⁵⁶ que nos impedem de fazer valer o que não seria mais do que uma decorrência dessa ideia – a constatação de que só estaríamos perante um

Coimbra, Coimbra, 1996, p. 50; e, mais recentemente, MARIANA GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 37-56.

⁵⁴ Cfr. SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 116-118. O A. aventa a possibilidade de se afirmar que «na acção sub-rogatória estaremos perante uma cumulação de pedidos: o direito que o credor pretende ver reconhecido, que é o seu próprio direito de sub-rogação, e o direito cujo titular é o devedor sub-rogado.» (p. 117, n. 422).

⁵⁵ Cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, «Legitimidade das partes. Nova fórmula para a caracterizar e para distinguir os elementos, que a constituem, dos que respeitam ao merecimento da acção», *Gazeta da Relação de Lisboa*, 32 (1918-1919), pp. 274-279; *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, I., Lisboa, Morais, 1940, pp. 13-16; e «Legitimidade das partes em processo de declaração», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2 (1942) (1-2), pp. 164-182, *maxime* p. 179; e J. ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário civil e comercial*, I., Coimbra, Imprensa Académica, 1907, p. 99; «Legitimidade das partes», *Boletim da Faculdade de Direito*, IX. (1925-1926), pp. 102-166, *maxime* pp. 132-151; e «Legitimidade das partes», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 79 (1947), pp. 304-309, *maxime* p. 307. Cfr., sobre a polémica, TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade singular*, ob. cit., pp. 98-102. A questão foi de certo modo ultrapassada com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, que aditou ao artigo 26.º, n.º 3, *in fine*, do Código de Processo Civil a expressão «tal como é configurada pelo autor», assim perfilhando a tese subjectivista de Barbosa de Magalhães.

⁵⁶ Referimo-nos aos artigos 16.º, n.º 3, 269.º, n.º 1, 271.º, n.º 1, 330.º, n.º 1, 335.º, n.º 2, 336.º, n.º 3, e 494.º, alínea e), todos do Código de Processo Civil, nos quais o conceito de legitimidade utilizado parece não ser idêntico ao actualmente constante do artigo 26.º, n.º 3, do Código de Processo Civil. Cfr., a este respeito, FREITAS/REDINHA/PINTO, *Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 53.

caso de ilegitimidade processual, singular mas não necessariamente directa, nos casos, certamente raros, em que as partes em juízo não coincidissem com os alegados titulares da relação material controvertida. Nem é essa, aliás, a orientação que encontramos presente nos nossos tribunais.

Visto ser igualmente dominante a orientação segundo a qual, por fazer caso julgado em sentido meramente formal, uma decisão de absolvição da instância fundada em ilegitimidade processual não é fundamento para a excepção de caso julgado, entendemos que a tese que reconduz a uma absolvição da instância toda a decisão que conclua pelo não preenchimento, pelo credor, dos pressupostos (substantivos) da actuação em sub-rogação não protege adequadamente o terceiro nem o próprio devedor sub-rogado.

Com efeito, do que acabámos de dizer acerca da natureza material ou substantiva do instituto da actuação em sub-rogação poderá retirar-se que uma decisão judicial que determine que não assiste ao credor o seu alegado direito de crédito contra o devedor, ou que, existindo o direito de crédito, este não compreende, no caso em análise, o poder jurídico de actuar em sub-rogação contra o terceiro é, antes de mais, uma decisão que conclui pela ilegitimidade material ou substantiva do credor.

Ora, se a legitimidade processual é condição de admissibilidade da acção, e como tal a sua falta é motivo de absolvição da instância, já a falta de legitimidade material deverá ser qualificada como uma condição de procedência do pedido, constituindo, como tal, fundamento de absolvição do pedido.⁵⁷

E não se diga que a caracterização da actuação em sub-rogação como envolvendo uma pretensão material complexa dependerá do modo como, em concreto, o credor tiver deduzido o seu pedido ou pedidos, pois o mesmo seria dizer que ficaria na exclusiva dependência do credor o grau de protecção assegurado ao devedor e ao terceiro.

Impõe-se, com efeito, a oponibilidade ao credor sub-rogante de uma decisão judicial de falta de legitimidade para a actuação em sub-rogação, desde logo para que este não possa propor nova acção em tribunal, nem actuar extrajudicialmente contra o mesmo terceiro, ou eventualmente contra outros terceiros, relativamente ao mesmo devedor, dependendo do motivo que, em concreto, levou à decisão de ilegitimidade. Uma tal decisão não prejudicaria, naturalmente, o devedor sub-rogado, não o impedindo, designadamente, de propor, ele próprio, uma nova acção contra o mesmo terceiro.

⁵⁷ Neste sentido, MONTELFONE, *Profili*, ob. cit., pp. 337-338, segundo o qual é uma decisão de mérito a decisão que nega a legitimidade do credor para a actuação em sub-rogação por não se verificarem os pressupostos previstos na lei (substantiva) para essa actuação.

Mas impõe-se de igual modo que não se negue genericamente a um instituto de direito material ou substantivo como o que nos ocupa a possibilidade de sobre o mesmo ser proferida em juízo uma decisão de mérito, desse modo eliminando, no que a este instituto concerne, o mais elementar direito de acção a todos constitucionalmente assegurado.⁵⁸

Não sendo, aliás, imaginável que se negue a qualquer uma das partes – credor sub-rogante, devedor sub-rogado, terceiro – a possibilidade de propor uma acção de simples apreciação com vista a dissipar quaisquer dúvidas quanto à admissibilidade ou correcção de uma concreta actuação sub-rogatória extrajudicial, não se vê como negar essa possibilidade nos casos em que essa actuação ocorre, ou poderia ocorrer, desde logo, em juízo. Tratando-se a legitimidade sub-rogatória de um simples pressuposto processual, seria, no mínimo, bizarra a proposição de uma acção de simples apreciação destinada a aferir da sua admissibilidade. Logo, em nosso entender, esta posição não procede.

Neste ponto, ainda que partíssemos da caracterização da posição do credor sub-rogante no processo como de um substituto processual do devedor sub-rogado, sempre poderíamos argumentar que, quando a falta de legitimidade processual é uma mera decorrência da falta de legitimidade material de uma das partes, a decisão de improcedência que deva seguir-se consumirá, para todos os efeitos, a apreciação da falta de legitimidade processual dessa parte.⁵⁹ Decisões destas são, aliás, por demais frequentes nos nossos tribunais. Entendemos, todavia, como já foi dito, que a caracterização da posição do credor sub-rogante no processo como de substituto processual do devedor sub-rogado não é a mais apropriada à realidade que lhe subjaz.

5. A aferição da legitimidade processual do credor segundo a regra geral

Uma vez que a legitimidade processual do credor para uma actuação sub-rogatória judicial resulta directamente de uma sua posição substantiva,

⁵⁸ Cfr. o artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁹ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes*, ob. cit., pp. 48-49, quanto à figura da consunção da falta de legitimidade processual, e ainda «Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais», *Revista da Ordem dos Advogados*, 49 (1989) (1), pp. 85-121, *maxime* p. 117, onde o A. sustenta que «a apreciação prévia da admissibilidade também não se justifica quando a averiguação do pressuposto processual depende de um elemento integrante do mérito da causa, isto é, quando o mesmo facto é relevante para aferir o pressuposto e o mérito.»

afigura-se-nos que o mais correcto será reconhecer que a legitimidade processual do credor sub-rogante deverá aferir-se segundo a regra geral aplicável aos casos de legitimação directa, ou seja, por aplicação do critério da existência e titularidade alegadas da relação material controvertida.

Neste caso, a legitimidade *ad causam* do credor sub-rogante aferir-se-á em função da existência e titularidade alegadas de um direito de crédito contra o devedor sub-rogado – na relação material dependente – e da existência e titularidade alegadas de um direito do devedor sub-rogado contra o terceiro – na relação material principal.

Note-se que, ao defendermos a aplicação, ao caso em apreço, da regra geral aplicável aos casos de legitimação processual directa não estamos a rejeitar a natureza indirecta da legitimidade material do credor que actua em sub-rogação. Entendemos, unicamente, que a uma legitimação material indirecta não se segue, necessariamente, uma legitimidade processual indirecta. No caso em apreço, consideramos que a natureza indirecta da actuação se esgota no plano do direito material, e que, no plano do direito processual, a sua actuação deverá ser caracterizada, para todos os efeitos, como uma situação de legitimidade directa.

No plano do direito processual, não vemos, aliás, que haja necessidade, ou até mesmo alguma utilidade, em recorrer à figura da substituição processual para a determinação do regime legal aplicável à actuação sub-rogatória – quando feita em juízo.⁶⁰

IV. A POSIÇÃO PROCESSUAL DO DEVEDOR (SUB-ROGADO)

1. Qual a razão de ser da exigência legal da intervenção processual do devedor – porquê citá-lo?

Dispõe o artigo 608.º do Código Civil que, sempre que a actuação em sub-rogação tenha lugar em juízo, será necessário citar o devedor.⁶¹ Impõe-se, em primeiro lugar, averiguar da razão de ser desta exigência da nossa lei que, não

⁶⁰ PATTI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 115, defende expressamente, embora no contexto do sistema jurídico italiano, a desnecessidade, teórica e prática, da identificação da actuação em sub-rogação como um caso de substituição processual.

⁶¹ O juiz não poderá suprir officiosamente a ilegitimidade chamando o devedor à demanda recorrendo ao disposto no artigo 265.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. Poderá apenas convidar o credor a citá-lo.

sendo caso único, também não se encontra sempre presente nos sistemas jurídicos que, como o nosso, contêm previsões genéricas de admissibilidade da actuação em sub-rogação.⁶²

Nas palavras de ADRIANO VAZ SERRA, autor do respectivo Anteprojecto, «A necessidade de citação do devedor justifica-se pela *vantagem* em assegurar à decisão eficácia em relação a ele, sem o que o problema dos efeitos da acção daria lugar a enormes complicações (...); e ainda pela circunstância de dever naturalmente o devedor, que é o titular do direito exercido pelo credor, ter oportunidade de defender os seus interesses.»⁶³

Historicamente, vemos que a razão de ser da imposição litisconsorcial é de ordem meramente pragmática. Sem grandes teorizações sobre o problema, verificou-se que o facto de em ordenamentos vizinhos não se exigir a citação do devedor dera azo a «enormes complicações», concluindo-se pela conveniência de se tornar legalmente exigível a sua citação. O legislador nacional foi portanto sensível à utilidade prática de assegurar a oponibilidade ao devedor da decisão judicial que for proferida, proporcionando-lhe o exercício do contraditório.⁶⁴

A ideia de que a exigência legal de citação do devedor se explica por razões de mera oportunidade processual não goza, porém, de uma aceitação unânime na doutrina portuguesa⁶⁵, e que saibamos é absolutamente desconhe-

⁶² Cfr., em França, o artigo 1166.º do Código Civil; em Espanha, o artigo 1111.º do Código Civil; e em Itália, o artigo 2900.º do Código Civil. Destes, apenas o regime italiano, que mais fortemente inspirou o legislador nacional, impõe ao credor o ónus de citar o devedor. Cfr., *supra*, n. 8. Cfr. VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., pp. 153-192.

⁶³ VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., pp. 178-179. Itálico nosso. Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade singular*, ob. cit., p. 111, onde o A. afirma que se optou por esbater as dúvidas sobre a eficácia da sentença face ao devedor, «ganhando-se, assim, em segurança o que se perdeu na pureza conceitual da figura [da substituição processual]». Cfr. ainda ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, ob. cit., p. 794; e A. LEMOS TRIUNFANTE, *Dos meios conservatórios da garantia patrimonial do credor*, Porto, Porto, 1996, pp. 50-61, *maxime* p. 55.

⁶⁴ Quanto ao princípio do contraditório cfr. o artigo 3.º do Código de Processo Civil e o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como, em sede de direito à defesa, o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶⁵ Cfr., neste sentido, SOUSA MAGALHÃES, *Acção subrogatória*, ob. cit., pp. 110-111; e RUI PINTO, *Efeitos e regime da preterição de litisconsórcio necessário*, dissertação de mestrado não publicada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994, p. 111. De notar, ainda, em Espanha, M. ALBALADEJO, *Comentarios*, ob. cit., p. 965, e *Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, I. *La obligación y el contrato en general*, 10.ª Ed., Barcelona, José Maria Bosch, 1997, p. 220. Na falta de uma disposição legal que imponha ao credor o ónus de citar o devedor, considera a sua citação uma mera conveniência, ou melhor uma cautela, mas apenas porque, no seu entender, por actuar o credor em lugar do devedor, a sentença teria sempre, contra ele, a força de caso julgado. Em defesa da mera conveniência cfr. ainda, no mesmo sentido, CASTAN, *Obli-*

cida da jurisprudência nacional, havendo antes quem considere que, independentemente da previsão legal, sempre estaríamos perante um caso de litisconsórcio natural.⁶⁶

Pela nossa parte, somos da opinião de que esta questão não deverá ser globalmente tratada, enquadrando-se, de forma geral e abstracta, todas as possibilidades de actuação em sub-rogação numa ou noutra destas categorias. Inclina-mo-nos para considerar que, na grande maioria dos casos, o litisconsórcio na actuação em sub-rogação será meramente conveniente, pois bastaria para a produção do efeito útil normal da decisão que a mesma fosse oponível ao terceiro.

Todavia, pelo menos no que concerne aos casos de execução específica da obrigação de contratar, estaremos indubitavelmente perante exemplos de litisconsórcio necessário natural, na medida em que não se concebe a celebração de um contrato, ainda que por intermédio do tribunal, sem que o mesmo seja oponível a ambos os contraentes.⁶⁷

Deixamos, todavia, para o momento próprio, posterior à análise da posição do devedor sub-rogado, uma abordagem integrada das questões relativas ao litisconsórcio como forma de legitimação plural na actuação sub-rogatória.⁶⁸

gaciones, ob. cit., p. 285, CORDÓN MORENO, *Proceso civil*, ob. cit., pp. 87-88, e A. CRISTOBAL MONTES, «Condiciones de la acción subrogatoria», *Revista de Derecho Privado*, Jul-Ago 2000, Madrid, pp. 539-610, *maxime* p. 576. Em França, onde a lei também não impõe a citação do devedor, cfr. PLANIOL/RIPERT, *Traité*, ob. cit., pp. 221-225, e DEMOGUE, *Traité*, ob. cit., pp. 345-346, defendendo igualmente a mera conveniência, mas rejeitando a ideia de que a sentença faria sempre caso julgado contra o devedor. Estes AA. salientam que, em caso de reconvenção, já o terceiro terá necessidade de chamar à demanda o devedor. Em defesa da mera conveniência cfr. ainda TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, *Obligations*, ob. cit., p. 850; MAZBAUD, *Leçons*, ob. cit., pp. 937-938; e CARBONNIER, *Droit civil*, ob. cit., p. 652.

⁶⁶ Cfr., em Portugal, SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 118-124. Cfr., na jurisprudência, Ac. RE 07.03.1991, BMJ 405, 546 (Sampaio da Silva) e Ac. RL 28.01.1977, CJ 1977, 1, 193 (Alcides de Almeida). Cfr. ainda MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 340-350; e GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 958.

⁶⁷ O critério prático por nós seguido nesta distinção é o de saber se, em concreto, poderá uma segunda decisão afectar a atribuição patrimonial entretanto realizada – caso em que haveria contradição prática de julgados. Cfr. MANUEL DE ANDRADE, «Significado da expressão “efeito útil normal” da decisão, na doutrina do litisconsórcio», *Scientia Iuridica*, VII (1958) 34, pp. 185-189, *maxime* p. 188.

⁶⁸ Cfr. *infra* Capítulo V.

2. Quais as possibilidades de actuação do devedor no âmbito do processo e fora dele – para quê citá-lo?

a. Algumas possibilidades de actuação

Apreciada a razão de ser da exigência legal da citação do devedor no processo em que tem lugar a actuação em sub-rogação, e sendo certo que o devedor citado pode naturalmente optar por não intervir no processo, seguir-se-á uma análise das possibilidades de actuação do devedor, quer no âmbito do processo para o qual deve ser citado, quer, fora desse processo, tanto na pendência quanto após o trânsito em julgado da decisão judicial, e independentemente de este nele ter intervindo, visto que para a oponibilidade do caso julgado bastará que tenha sido citado.⁶⁹

Pretendendo o devedor intervir activamente no processo, comecemos pelos modos de actuação que reúnem um maior consenso na doutrina.

Antes de mais, visto que a actuação em sub-rogação configura uma ingerência na esfera jurídica do devedor, limitativa da sua autonomia, porquanto lhe é coarctada a liberdade de decisão quanto à oportunidade de exercer (ou não) o seu direito face ao terceiro, deve ao devedor ser reconhecida a possibilidade de contestar a legitimidade do credor para actuar sub-rogatoriamente.

Mais concretamente, poderá o devedor defender-se, por impugnação ou por excepção, contestando a versão dos factos apresentada pelo credor, quer quanto à sua própria qualificação como credor, ou seja quanto à existência e titularidade do alegado direito de crédito sobre o devedor, quer quanto à verificação dos demais pressupostos (substantivos e adjectivos) da actuação em sub-rogação.

Em segundo lugar, e porque é o devedor o titular da relação material controvertida principal, deve ser-lhe reconhecida a possibilidade de aderir ao articulado do credor, na parte respeitante à sua relação com o terceiro, e a possibilidade de, em articulado próprio, aderir ao pedido do credor, também na parte respeitante à sua relação com o terceiro, apresentando todavia os factos que considere relevantes – ainda que isso implique uma ampliação da causa de pedir – e oferecendo os meios de prova que considere pertinentes.⁷⁰

Com efeito, precludida a sua liberdade de decisão quanto à oportunidade de exercer o direito, é sem dúvida essencial que se assegure ao devedor uma

⁶⁹ Cfr. o artigo 328.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Civil. Cfr. *infra* Capítulo V.

⁷⁰ Cfr. o artigo 327.º, n.º 3, do Código de Processo Civil. Cfr. *infra* Capítulo V. Note-se que se trata aqui de uma verdadeira adesão ao pedido do credor e não da dedução de um novo pedido por parte do devedor, visto que o pedido do credor, estando bem formulado, irá no sentido de que se preste ao devedor.

oportunidade de pleitear na sua própria causa como melhor conseguir. Dada a força de caso julgado da decisão judicial, se a causa for mal conduzida não lhe restará outra hipótese para fazer valer o seu direito em juízo. E, sendo ele o titular do direito contra o terceiro, está sem dúvida em melhor posição do que o credor para o fazer.

Neste sentido, devem ainda ser reconhecidas ao devedor as possibilidades de suprir a falta de quaisquer pressupostos de admissibilidade da acção, ou de sanar quaisquer nulidades processuais. A título meramente ilustrativo, atente-se, no primeiro tipo de situações, na falta de legitimidade do terceiro por não ter a acção sido também proposta contra os restantes convededores, em caso de prestação indivisível não sujeita ao regime da solidariedade⁷¹ e, no segundo tipo de situações, na falta de citação do terceiro decorrente do facto de esta não ter sido enviada para o domicílio convencionado.⁷²

Neste ponto vemos já que a posição do devedor no processo é verdadeiramente *sui generis*, podendo estar em consonância com a do autor e em oposição com a do réu, em oposição com a do autor e em consonância com a do réu, e parcialmente em oposição e parcialmente em consonância com as de ambos, autor e réu.⁷³ Guardaremos para mais tarde a análise desta circunstância.⁷⁴

Para além das possibilidades de actuação já referidas, como decorrência do princípio da economia processual, e desde que verificados todos os requisitos da ampliação ou cumulação de pedidos, da dedução de pedidos subsidiários, e da admissibilidade do litisconsórcio voluntário ou da coligação, consoante for o caso, deve em nosso entender ser reconhecida ao devedor a possibilidade de ampliar o pedido ou de deduzir novos pedidos contra o mesmo terceiro, cumulativos ou subsidiários, e de deduzir o mesmo pedido, ou novos pedidos, contra outros terceiros.⁷⁵ Naturalmente que esta possibilidade terá como limite o uso abusivo do processo com vista a protelar ou de algum modo prejudicar a discussão do pedido ou pedidos do credor.⁷⁶

Ainda como decorrência do princípio da economia processual, entendemos que deve ser reconhecida ao devedor que contesta a legitimidade do credor para actuar sub-rogatoriamente a possibilidade de, em simultâneo,

⁷¹ Cfr. o artigo 535.º, n.º 1, do Código Civil.

⁷² Cfr. o artigos 237.º-A e 195.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Civil.

⁷³ Cfr. CASTRO MENDES, *Processo civil*, ob. cit., p. 173; LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., p. 89, n. 21; SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 121-122.

⁷⁴ Cfr. *infra* Capítulo V.

⁷⁵ Cfr., neste sentido, MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., p. 325.

⁷⁶ Cfr. o artigo 265.º, n.º 1, e ainda, em matéria de responsabilidade, o 456.º, n.º 1, alínea d), ambos do Código de Processo Civil.

se substituir ao credor na dedução do seu pedido, ou de outro pedido, contra o terceiro.⁷⁷⁻⁷⁸ O devedor estaria, no fundo, a expulsar do processo um credor, ou alegado credor, que considera por qualquer motivo ilegítimo, aproveitando-se todavia da sua iniciativa em demandar o terceiro.

Idêntica possibilidade deve ser reconhecida ao devedor que não conteste a legitimidade do credor para actuar em sub-rogação, sempre que seja o terceiro a fazê-lo, ou o juiz a declarar oficiosamente a falta deste pressuposto processual, na medida em que, procedendo a excepção de ilegitimidade contra o credor, esta não se estenderá, naturalmente, ao devedor que pretenda prosseguir com a acção.

Note-se que, independentemente da posição que se adoptar a este respeito, a intervenção do devedor na acção iniciada pelo seu credor será, por si só, suficiente para interromper a prescrição, desde que essa intervenção exprima, directa ou indirectamente, uma intenção de exercer o seu direito contra o terceiro.⁷⁹

b. Restrições à sua liberdade de actuação

i. Condições de oponibilidade dos actos de disposição

Chegados a este ponto, é altura de atentarmos no lado oposto da questão, considerando as possibilidades de actuação que ao devedor estarão em princípio vedadas, a partir do momento em que é proposta uma acção em sub-rogação ou, em rigor, a partir do momento em que o devedor é para ela citado⁸⁰, designadamente, no que concerne à sua disponibilidade sobre o direito de que é titular face ao terceiro.

Examinemos, em primeiro lugar, o disposto na lei quanto aos limites impostos ao executado em caso de penhora dos seus bens. De acordo com os preceitos legais aplicáveis, são inoponíveis à execução os actos de disposição ou oneração de bens penhorados. Caso a penhora incida sobre direitos de crédito, a sua extinção por causa dependente da vontade do exe-

⁷⁷ Cfr. n. 47 *supra* quanto à utilização do conceito de substituição em sentido distinto do de substituição processual – um sentido não técnico-jurídico.

⁷⁸ Cfr., neste sentido, MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., p. 325.

⁷⁹ Cfr. o artigo 323.º, n.ºs 1 e 4, do Código Civil. Já não será assim, naturalmente, se o devedor se limitar a contestar a legitimidade do credor para uma actuação em sub-rogação, sem se pronunciar quanto à existência e titularidade do seu direito contra o terceiro.

⁸⁰ Cfr. o artigo 267.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. Este artigo refere-se apenas ao réu mas, mesmo que não se entenda que o devedor ocupa na acção a posição de réu, entendemos que deverá ser-lhe aplicado. Cfr. *infra* Capítulo V.

cutado, ou do seu devedor, se verificada depois da penhora, é igualmente inoponível face à execução.⁸¹

Da análise das referidas disposições podemos concluir que, até mesmo em caso de penhora de bens do executado, a este não é retirado o direito de dispor dos mesmos, prevendo-se unicamente a inoponibilidade à execução de quaisquer actos de disposição ou de oneração dos mesmos que venham a ser praticados pelo executado ou pelos respectivos devedores – incluindo, quanto a estes últimos, eventuais actos de cumprimento. Trata-se, como adiante melhor se explicitará, de uma situação de inoponibilidade situacional e não de uma situação de indisponibilidade.⁸²

Ora, a sub-rogação do credor ao devedor deverá caracterizar-se como um *minus* relativamente a uma penhora de bens do devedor, visto que aquela não tem por efeito a constituição de qualquer vantagem especial do credor face aos bens sobre os quais incide, bens esses que, por efeito da sub-rogação, terão sempre como destino, ainda que provisório, o património do devedor, aproveitando aos seus demais credores⁸³, contrariamente ao que se passa no caso da penhora, da qual resulta a constituição de um direito real de garantia a favor do exequente.⁸⁴

Neste contexto, parecer-nos-ia contrária ao espírito do sistema, globalmente considerado, uma interpretação dos preceitos legais relativos à sub-rogação em que, pura e simplesmente, se negasse ao devedor a possibilidade de dispor do seu direito face ao terceiro.

Restam-nos então duas hipóteses: (i) ou sustentamos que, tal como acontece com a penhora, também no nosso caso o devedor poderá dispor do direito litigioso, mas apenas fora da lide, sendo quaisquer actos de disposição ou de oneração inoponíveis ao processo; ou (ii) que, após a proposição da acção em sub-rogação, o devedor mantém intacto o seu direito de dispor do direito objecto do litígio, inclusivamente perante o credor e o processo pendente, sem prejuízo da aplicação de regras processuais gerais.

⁸¹ Cfr. os artigos 819.º e 820.º do Código Civil. Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Acção executiva*, ob. cit., pp. 216-218 e, já após a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 38/2003, de 8 de Março, mas antes da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 199/2003, de 10 de Setembro, que deram nova redacção aos referidos preceitos, cfr. M. JANUÁRIO C. GOMES, *Estudos de direito das garantias*, I., Coimbra, Almedina, 2004, pp. 282-285.

⁸² Cfr., quanto ao conceito de inoponibilidade situacional, LEBRE DE FREITAS, *Acção executiva*, ob. cit., p. 216, n. 7; e *Confissão*, ob. cit., pp. 312-313.

⁸³ Cfr. o artigo 609.º do Código Civil.

⁸⁴ Cfr. o artigo 822.º, n.º 1, do Código Civil.

Em defesa desta última orientação⁸⁵ tem-se defendido que, visto ser pressuposto da actuação em sub-rogação um certo grau de inércia por parte do devedor⁸⁶, desde que a essa inércia se seguisse uma actuação diligente, fosse ela anterior ou posterior à sua citação para a acção, desapareceria a razão de ser da legitimação do credor para uma actuação sub-rogatória, pelo que esta se tornaria desnecessária e deveria paralisar-se.

Este argumento não nos parece decisivo. Com efeito, se a actuação sub-rogatória do credor pressupõe, no seu início, um certo grau de inércia por parte do devedor, desse simples facto não se retira que essa inércia deva subsistir durante todo o tempo em que decorrer essa actuação.

A favor desta orientação temos ainda o argumento de que terá sido propositada a omissão, nos preceitos legais respeitantes à actuação em sub-rogação, de qualquer referência expressa a esta matéria, visto que, no caso do arresto – outro meio de conservação da garantia geral das obrigações – ao contrário do que aconteceu com a actuação em sub-rogação, a inoponibilidade situacional dos actos de disposição dos bens arrestados foi expressamente estatuída na lei.⁸⁷

Este argumento também não parece decisivo. Muito pelo contrário, em matéria de sub-rogação, solução oposta à encontrada para o arresto constava expressamente do Anteprojecto de VAZ SERRA.⁸⁸ Como bem sabemos, esta redacção não chegou a transitar para o Código Civil.

⁸⁵ Entre nós, anteriormente à entrada em vigor do actual Código Civil, era essa a posição de SOUSA MAGALHÃES, *Acção subrogatória*, ob. cit., pp. 128-132, e «Alguns aspectos da acção subrogatória», *Revista da Ordem dos Advogados*, 7 (1947) (3-4), pp. 233-245, *maxime* p. 244; e de VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., pp. 179-181. Actualmente é outra a posição dominante na doutrina nacional (cfr. *infra* n. 92). Contudo, na doutrina italiana, francesa e espanhola continua a predominar a posição segundo a qual, após a proposição da acção em sub-rogação, o devedor mantém intacto o seu direito de dispor do direito objecto do litígio, inclusivamente perante o credor e o processo pendente. Neste sentido, MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 331-332; SACCO, *Osservazioni*, ob. cit., pp. 31-33; PATTI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 133; GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 958; C. DEL GIUDICE, «Azione surrogatoria e azione revogatoria», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XI. (1957), Milão, pp. 824-854, *maxime* pp. 830-831; GRAZIADEI/SACCO, *Sostituzione*, ob. cit., p. 626-627; e TEDESCHI, *Surrogatoria*, ob. cit., p. 233. Cfr. ainda, em Espanha, CORDÓN MORENO, *Proceso civil*, ob. cit., pp. 86-92; CASTAN, *Obligaciones*, ob. cit., p. 285; e ALBALADEJO, *Comentarios*, ob. cit., p. 965; e *Obligaciones*, ob. cit., p. 220. Em França, PLANIOL/RIPERT, *Traité*, ob. cit., p. 215, e TERRE/SIMLER/LEQUETTE, *Obligations*, ob. cit., pp. 851-852.

⁸⁶ Cfr. o disposto no artigo 606.º, n.º 1, do Código Civil («sempre que o devedor não o faça...»).

⁸⁷ Cfr. o artigo 622.º, n.º 1, do Código Civil. Em França, cfr. MAZEAUD, *Leçons*, ob. cit., pp. 938-939.

⁸⁸ O credor, quando proceder judicialmente, deve fazer citar também o devedor e este poderá

Em defesa da orientação contrária argumenta-se, por sua vez, que a adopção da orientação anterior permitiria ao devedor esvaziar por completo a faculdade de actuação em sub-rogação legalmente atribuída ao credor, pelo que, sob pena de frustração ou inutilização prática da figura da sub-rogação, já de si muito esporadicamente utilizada⁸⁹, impor-se-ia uma limitação do poder de disposição do devedor em moldes semelhantes aos aplicáveis à penhora.

Atente-se, por exemplo, no caso de um credor que, em vista da escassez de bens penhoráveis no património do seu devedor – ou pelo menos de bens que aquele fosse capaz de indicar à penhora⁹⁰⁻⁹¹ – decide propor uma acção

declarar que deseja tomar o lugar do autor, caso em que o credor ficará privado dessa qualidade e só poderá intervir na acção, nos termos que a lei do processo autorizar, para impedir que os seus direitos sejam prejudicados. (artigo 3.º, n.º 3). *O exercício pelo credor do direito do devedor não priva este da sua faculdade de disposição.* (artigo 4.º, n.º 2). VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., pp. 191-192. Segundo LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., p. 89, n. 21, da não inclusão expressa de tal solução no Código Civil, sendo que a mesma constava expressamente do Anteprojecto, «parece resultar o seu decisivo afastamento».

⁸⁹ Encontraram-se apenas as seguintes decisões jurisprudenciais nos tribunais superiores portugueses: Ac. RL 28.01.1977, CJ 1977, 1, 193 (Alcides de Almeida); Ac. STJ 13.11.1987, CJSTJ 1988, 1, 7 (Meneres Pimentel); Ac. STJ 19.11.1987, BMJ 371, 473 (Meneres Pimentel); Ac. RE 07.03.1991, BMJ 405, 546 (Sampaio da Silva); Ac. RP 01.03.1992, RP – Proc. n.º 307160 (Norman Mascarenhas); Ac. STJ 03.05.2000, CJSTJ 2000, 2, 41 (Francisco Lourenço); Ac. RP 12.10.2000, CJ 2000, 4, 210 (Oliveira Vasconcelos); e Ac. RL 16.12.2003, RL – Proc. n.º 9602/2003-7 (António Gerales). A maioria destas decisões foram proferidas no contexto do direito societário – cfr., actualmente, o disposto nos artigos 77.º e 78.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais. No primeiro caso trata-se, não de uma actuação em sub-rogação por parte dos credores da sociedade, mas sim da chamada acção social *uti singuli* imprópria, em que são autores *um ou vários sócios que possuam, pelo menos, 5% do capital social*. Cfr., a este respeito, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, «Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-lei n.º 49.381, de 15 de Novembro de 1969», *Boletim do Ministério da Justiça*, 195 (Abril 1970), pp. 21-90, *maxime* pp. 45-58; e A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 109-261, e *Manual de direito das sociedades*, I. *Das sociedades em geral*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 749-767.

⁹⁰ Com a reforma da acção executiva ocorrida por virtude da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 38/2003, de 8 de Março, deixou de existir a figura da nomeação de bens à penhora, havendo agora uma simples indicação de bens à penhora, que o solicitador de execução poderá, ou não, acatar. Cfr. os artigos 833.º ss. do Código de Processo Civil. Cfr., sobre estas recentes alterações, MARIANA GOUVEIA, «Penhora e alienação de bens móveis na reforma da acção executiva», *Themis*, IV (2003), n.º 7, pp. 165-197, *maxime* pp. 180-181.

⁹¹ Como acima já se referiu, o património do devedor sub-rogado nem sempre aumenta por mero efeito da actuação em sub-rogação, limitando-se o credor sub-rogado, por vezes, a fazer entrar nesse património, materialmente, um direito que já nele figurava juridicamente. Cfr. n. 16 *supra*.

contra um terceiro que se obrigara perante este último a vender-lhe um determinado bem sujeito a registo. Logo após ter sido citado, o devedor renuncia ao seu direito de crédito. O credor propõe então uma nova acção contra um novo terceiro contra quem o devedor tenha um outro direito. O devedor apressa-se então, antes que o processo tenha chegado a seu termo, a celebrar novo acordo com o novo terceiro, aceitando, neste caso, que a exoneração deste último ocorra em resultado da prestação de coisa diversa da que fora inicialmente devida – coisa essa de pouca ou nenhuma valia para o credor. Proposta mais uma acção pelo credor contra um novo terceiro, opta o devedor, desta feita, por uma transmissão do direito objecto do litígio. E assim sucessivamente.

De facto, com a previsão genérica da faculdade de actuação em sub-rogação, o legislador nacional não pretende fazer face, em primeira linha, às dificuldades decorrentes da inércia de um devedor ausente, ou de algum modo impossibilitado de exercer os seus direitos, procurando antes dotar os credores de um meio eficaz de reacção contra a inércia de um devedor presente, e possivelmente renitente em fazer valer os seus direitos, como será porventura o caso do devedor que se encontre em situação de quase insolvência e saiba que, em vista dessa situação, os seus actos já só teriam como eventuais beneficiários os seus credores.

Pelos motivos expostos, tem-se defendido que deverão ser inoponíveis ao processo iniciado pelo credor sub-rogante todos os actos de disposição ou de oneração do direito objecto do litígio posteriores à proposição da acção, *rectius*, ao momento da citação do devedor.⁹² Poderia chegar-se a este resultado, designadamente, por aplicação analógica das disposições relativas à penhora.⁹³

⁹² É esta a posição dominante da doutrina nacional mais recente. Cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, *Perspectiva*, ob. cit., pp. 105 e 108; e SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 91-96. Este último A. funda a sua posição no artigo 334.º do Código Civil (abuso de direito). Outros AA. tratam unicamente a questão da indisponibilidade do processo, ou a questão da inadmissibilidade da confissão, de que trataremos em seguida. Cfr. ainda, na doutrina italiana, GIOIA, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 99-101 e, na doutrina francesa, J. E. LABBÉ, «De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier», *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, IX (1856), Paris, pp. 208-224, *maxime* p. 221.

⁹³ O regime aplicável seria o disposto nos artigos 819.º e 820.º do Código Civil. Quanto às regras do registo, cfr. GIOIA, *Azione surrogatoria*, ob. cit., pp. 237-239. Este A. refere a necessidade de se admitir o registo, quer da citação, quer da sentença decorrente de uma actuação judicial em sub-rogação, para salvaguarda da posição do credor sub-rogante contra possíveis actos de disposição do direito do devedor a favor de terceiros (que não o terceiro que também é parte na acção).

A seguir-se esta via, julgamos, contudo, que sempre deverá ressaltar-se, pelo menos, a hipótese de o terceiro cumprir voluntariamente o seu dever perante o devedor, extinguindo-se em consequência o direito deste último. Com efeito, não vemos que haja neste caso motivo para se não opor ao credor os actos de cumprimento visto que, contrariamente ao que se passa com a penhora, é precisamente esse o fim prosseguido com a acção proposta.⁹⁴ Neste ponto, em nosso entender, já a analogia não procederia, salvo nos casos, atrás mencionados, em que o credor pedisse a condenação do terceiro a entregar-lhe directamente coisa certa e infungível.

Entendemos, contudo, que poderá chegar-se a um resultado prático muito próximo deste, e porventura mais equilibrado, seguindo uma outra via, que não passe pela aplicação, à actuação em sub-rogação, do regime de inoponibilidade situacional próprio da penhora.

Começemos por uma análise dos casos em que os actos de disposição do direito do devedor contra o terceiro apenas envolvem o devedor e o terceiro – é o que acontece nos dois primeiros exemplos há pouco referidos. Nestes casos, uma vez proposta a acção, e tendo sido regularmente citados o devedor e o terceiro, naturalmente que só por um deles o acto de disposição será trazido ao processo. Sempre que isso aconteça, entendemos que deverá reconhecer-se ao credor sub-rogante a possibilidade de trazer ao processo todos os factos necessários à procedência, nesse mesmo processo, de uma impugnação pauliana⁹⁵ que deduza desse acto de disposição.⁹⁶

Com efeito, uma vez citados o devedor e o terceiro, encontrar-se-á, em princípio, extremamente facilitada a tarefa de demonstrar a má fé de ambos, nos casos em que esta é requisito de procedência da impugnação – consistindo esta, nas palavras da lei, na «consciência do prejuízo que o acto causa ao credor».⁹⁷

⁹⁴ Solução diversa teriam, naturalmente, os casos em que o credor combina o recurso à actuação em sub-rogação com outros meios de tutela ao seu dispor – v. g. o arresto do bem em causa.

⁹⁵ Cfr. os artigos 610.º a 618.º do Código Civil.

⁹⁶ Cfr. o disposto no artigo 407.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. Esta disposição visa compatibilizar, numa mesma acção judicial, as figuras do arresto e da impugnação pauliana. A solução proposta passaria pela compatibilização, numa mesma acção judicial, das figuras da actuação em sub-rogação e da impugnação pauliana, funcionando esta última como uma contra-excepção, na medida em que consistiria na dedução de uma excepção a uma excepção deduzida pela parte contrária – o devedor ou o terceiro. Cfr., sobre a figura da contra-excepção, J. LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum à luz do código revisto*, Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 115-116.

⁹⁷ Cfr. o artigo 612.º do Código Civil. Essa demonstração poderá, no entanto, não ser tão fácil caso devedor e terceiro sejam citados em datas diferentes, ocorrendo o acto de disposição

Em nosso entender, encontrando-se reunidos todos os pressupostos da impugnação, a actuação em sub-rogação deverá prosseguir como se o acto não tivesse ocorrido.⁹⁸ Se, porém, o tribunal vier a considerar não se ter verificado algum dos pressupostos da impugnação – o que não será de todo improvável, dado que, ao contrário do que acontece com a actuação em sub-rogação, é pressuposto da impugnação pauliana a efectiva impossibilidade, ou extrema dificuldade, de satisfação integral do crédito através da execução forçada⁹⁹ – nesse caso já a acção do credor em sub-rogação deverá, em nossa opinião, ser julgada improcedente.

Com efeito, não vemos que haja motivo bastante para sujeitar os actos de disposição, pelo devedor, de um direito que um seu credor exerce judicialmente em sub-rogação a um crivo mais exigente do que o aplicável aos demais actos de disposição do seu património. Entendemos, pelo contrário, que não se justifica defender que os actos de disposição que não puderem ser eficazmente impugnados devam, ainda assim, ser considerados inoponíveis ao processo proposto em sub-rogação.

Passemos agora à análise dos casos em que ocorre uma transmissão do direito objecto do litígio – ou seja, em que o acto de disposição ou de oneração do direito envolve alguém que não o terceiro contra quem a acção é proposta. Será conveniente começar por esclarecer que se aplicará a esses casos o disposto na lei quanto à transmissão de direito litigioso.¹⁰⁰ Não vemos motivo para que assim não seja, dado não perfilharmos a tese segundo a qual cessaria a legitimidade do credor para actuar em sub-rogação sempre que, no decurso dessa actuação, o devedor quebrasse a sua inércia dispondo do direito

antes da última citação, visto que, perante o não citado, o acto de proposição da acção ainda não terá produzido os seus efeitos por ocasião do acto de disposição. Cfr. o artigo 267.º, n.º 2, do Código de processo Civil e a n. 80 *supra*.

⁹⁸ Cfr. o artigo 616.º, n.º 1, do Código Civil, nos termos do qual, procedendo a impugnação, o credor tem direito à restituição do direito contra o terceiro ao património do devedor, tal como se o acto de disposição nunca tivesse ocorrido, podendo praticar os actos de conservação da garantia patrimonial legalmente autorizados – será o caso da sua actuação em sub-rogação.

⁹⁹ Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, ob. cit., pp. 447-448.

¹⁰⁰ Cfr. o artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Civil. Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *Transmissão*, ob. cit., pp. 64-76. A A. sustenta que, não obstante a referência ao direito contestado no artigo 579.º, n.º 3, do Código Civil, deverá qualificar-se como litigioso todo o direito que constitui o objecto de um processo. A A. defende a aplicação do regime constante do artigo 271.º do Código de Processo Civil a todos os casos de transmissão *inter vivos*, e ainda aos casos de aquisição constitutiva de um direito, numa acepção que inclui a simples oneração do direito, sempre que da mesma resultaria uma perda de legitimidade da parte originária da acção. Aderimos às suas posições.

objecto do litígio. Isto, sem prejuízo da possibilidade de impugnação do acto de transmissão, se se encontrarem reunidos todos os respectivos pressupostos.

Ou seja, em caso de transmissão do direito objecto do litígio, em lugar de uma necessária improcedência da acção proposta em sub-rogação, entendemos que o processo teria condições de prosseguir, e que a sentença obtida produziria efeitos mesmo em relação a um adquirente que não intervisse no processo, salvo no caso de a acção estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de efectuado o registo da acção. Claro está que o beneficiário de uma sentença favorável seria, neste caso, o próprio adquirente do direito litigioso, e já não o devedor ou, indirectamente, o seu credor, pelo que, com toda a probabilidade, a transmissão do direito por parte do credor determinaria a perda do seu interesse no prosseguimento do processo.

Contudo, uma vez que o resultado da actuação em sub-rogação se reflecte sempre no património do devedor e não no do credor, torna-se evidente que, independentemente da posição adoptada quanto à oponibilidade ao processo dos actos de disposição ou de oneração do direito exercido em sub-rogação, uma vez findo o processo, e executada a decisão de mérito que lhe põe termo, se o credor não tiver feito uso dos meios judiciais adequados ao acautelamento da sua posição – designadamente a apreensão, o arresto ou a penhora do bem que, por hipótese, tiver dado entrada no património do devedor – nem mesmo a inoponibilidade ao processo lhe poderia valer.

Note-se, a este respeito, que tanto o arresto como a penhora se prendem em exclusivo com a execução do património do devedor.¹⁰¹ Nos casos em que a actuação em sub-rogação não desempenhe uma função conservatória da garantia geral das obrigações, mas vise assegurar, directamente, a possibilidade de cumprimento, voluntário ou coercivo, pelo devedor, de certos deveres de prestar, o meio judicial mais adequado ao acautelamento da posição do credor será antes a providência cautelar não especificada de apreensão do bem em causa.¹⁰²

Em vista do exposto, ao defendermos a oponibilidade ao processo dos actos de transmissão do direito objecto do litígio, mais não fazemos do que equiparar uma actuação do devedor ocorrida na pendência desse processo a uma actuação do devedor ocorrida no momento imediatamente subsequente à execução da decisão de mérito que lhe põe termo. Certo é que o credor que pretenda precaver-se, não apenas contra a inércia do seu devedor, mas contra eventuais tentativas de inutilização prática, pelo seu devedor, do resultado da

¹⁰¹ Cfr. o artigo 817.º do Código Civil.

¹⁰² Cfr. o artigo 381.º do Código de Processo Civil.

sua actuação em sub-rogação deverá complementar esta última com os meios judiciais adequados ao acautelamento da sua posição.

Julgamos que com o regime exposto se protege suficientemente a posição do credor sub-rogado, sendo desnecessária, e porventura excessiva, como se disse acima, a aplicação analógica do regime de inoponibilidade situacional próprio da penhora, indiscriminadamente, a todos os casos de actuação em sub-rogação.

ii. *Indisponibilidade do processo*

Não obstante a posição adoptada quanto à oponibilidade ao processo dos actos de disposição ou de oneração do direito que se exerce sub-rogatoriamente, entendemos que não deverá ser reconhecida ao devedor a possibilidade de dispor do processo iniciado pelo seu credor.

Desde logo, consideramos que o devedor não poderá substituir-se ao credor¹⁰³ na acção por este inicialmente proposta, reduzindo este último à condição de mero assistente. Não poderá promover a suspensão ou a extinção da instância.¹⁰⁴ E não poderá desistir de recurso que o credor interponha de uma decisão ainda não transitada em julgado.¹⁰⁵

Antes de mais, deverá ter-se em atenção que ao devedor que pretende repelir a actuação sub-rogatória do seu credor assistirá, em regra, o direito de satisfazer o crédito com fundamento no qual o credor actua em sub-rogação – desse modo paralisando a sua actuação por virtude da eliminação de um dos seus pressupostos – a existência do direito de crédito. Neste caso, aliás, o credor plenamente satisfeito não teria já nada a dizer quanto ao direito do devedor contra o terceiro. A nossa análise incide, por conseguinte, apenas sobre os modos de dispor directamente do processo.

Atentemos, em primeiro lugar, no caso do devedor sub-rogado que, não tendo intervindo na acção proposta em sub-rogação pelo seu credor, pretende desistir do recurso da decisão de primeira instância interposto pelo credor. Sustenta MONTELEONE¹⁰⁶ que, no caso em apreço, não assistiria ao devedor o

¹⁰³ Cfr. n. 47 e n. 88 *supra*. Cfr., neste sentido, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, ob. cit., p. 794; e LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., p. 89, n. 21.

¹⁰⁴ Salvo, como já foi referido, se contestar o pedido por meio da dedução de excepções dilatórias que venham a proceder. Estão-lhe, todavia, vedados os chamados negócios de auto-composição do litígio. Cfr. *infra* Capítulo V.

¹⁰⁵ Era outra a posição do autor do Anteprojecto do Código Civil. Cfr. VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., pp. 179-181. Os actos de disposição do processo – confissão, desistência e transacção – serão retomados *infra* Capítulo V.

¹⁰⁶ MONTELEONE, «Due questioni sull'azione surrogatoria», *Rivista di Diritto Processuale*, XXXV – II Serie (1980) I., Pádua, pp. 279-290.

direito de desistir do recurso interposto pelo credor sub-rogante. Argumenta o A. que, desde logo, ao devedor sub-rogado não deverá ser reconhecida a possibilidade de tornar definitiva uma sentença de primeira instância que não considere preenchidos os pressupostos de uma actuação em sub-rogação, negando ao credor o acesso a uma segunda decisão de mérito sobre a matéria. Mas o A. defende ainda que não poderá reconhecer-se ao devedor sub-rogado o poder de dispor do património do credor sub-rogante, retirando-lhe a possibilidade de reagir contra uma decisão judicial susceptível de comportar, para este último, uma condenação em custas ou mesmo a sua responsabilização pelos danos decorrentes de uma condenação por litigância de má fé.¹⁰⁷

É importante não esquecer que, para o referido A., como aliás para a maioria da doutrina italiana, francesa e espanhola, o devedor não sofre qualquer restrição ao seu poder de dispor do direito contra o terceiro, nem mesmo na pendência de um processo judicial iniciado em sub-rogação que tenha por objecto esse mesmo direito.¹⁰⁸

Coloca-se, por conseguinte, em evidência a qualidade de parte do credor sub-rogante, e as possíveis consequências patrimoniais que dessa qualidade lhe advêm, defendendo-se a insustentabilidade da posição segundo a qual assistiria ao devedor sub-rogado a possibilidade de renunciar ao recurso interposto pelo credor sub-rogante. Isto, independentemente de se aceitar ou não que o devedor mantém intacto o poder de dispor do direito objecto da actuação em sub-rogação, na pendência do litígio e mesmo perante o litígio.

Aderimos, neste ponto, à argumentação exposta, e não encontramos motivo para não aplicar idêntico raciocínio a todos os actos de disposição do processo, tais como, desde logo, a desistência ou suspensão da instância, ou mesmo a redução do credor sub-rogante à condição de mero assistente.

Já a possibilidade de proposição, pelo devedor, de uma nova acção contra o terceiro na pendência de uma acção proposta pelo seu credor encontra-se, naturalmente, vedada por força da excepção de litispendência.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cfr., entre nós, o artigo 456.º do Código de Processo Civil. Sobre a condenação em custas e o dolo de processo como fontes de responsabilidade processual cfr. LUSO SOARES, *Responsabilidade*, ob. cit..

¹⁰⁸ Cfr. n. 85 *supra*. Há na doutrina italiana quem distinga, a este propósito, os actos de disposição do direito contra o terceiro, de um acto «exclusivamente processual» como a desistência de um recurso. Cfr. AA. referidos em MONTELEONE, *Due questioni*, ob. cit., p. 282. Quanto ao conceito de acto processual cfr. o estudo de PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 171-192.

¹⁰⁹ Cfr. o artigo 494.º, alínea i), do Código de Processo Civil. Neste sentido, SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., p. 92, n. 329.

iii. *Inadmissibilidade de confissão*

Porque a solução se afigura necessária para se assegurar uma adequada protecção à posição do credor, entendemos que deverá ser igualmente ineficaz face ao processo, enquanto tal, a confissão, pelo devedor¹¹⁰, em juízo ou fora dele, de factos desfavoráveis atinentes à sua relação material com o terceiro, tenham eles ocorrido antes ou depois do momento da citação do devedor para a acção – nada impede o devedor de confessar eficazmente factos desfavoráveis atinentes à sua relação material com o credor.

A este respeito, cabe esclarecer que não deverá impedir-se o devedor de alegar factos modificativos ou impeditivos da pretensão do credor. Simplesmente, se forem desfavoráveis ao devedor na sua relação com o terceiro – e por conseguinte igualmente desfavoráveis ao credor – estes factos não se darão por confessados, devendo ser livremente apreciados pelo tribunal.¹¹¹

Tomando o exemplo em que é alternativa a obrigação a que o terceiro se encontra vinculado perante o devedor¹¹², pertencendo a este último a escolha da prestação, e imaginando agora que, aquando da sua citação, o devedor já transmitira ao terceiro a escolha da prestação pretendida, e que esta não correspondia à prestação pedida em juízo pelo credor, deverá evidentemente reconhecer-se ao devedor a possibilidade de alegar e provar este facto em juízo, até porque poderá dar-se o caso de interessar apenas a este último trazê-lo à demanda. O que se rejeita é apenas a aplicabilidade, à alegação de tais factos, da regra que atribuiria força probatória plena à sua admissão.¹¹³

Tem-se entendido que se aplica ao credor o preceito que determina a ineficácia da confissão do substituto perante o substituído¹¹⁴, de que decorreria a ineficácia da confissão pelo credor de factos desfavoráveis atinentes à relação material entre o devedor e o terceiro. Entendemos, contudo, que esta limitação é uma decorrência directa da regra geral segundo a qual a confissão

¹¹⁰ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., pp. 97-99. Cfr. ainda MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 359-368.

¹¹¹ Cfr. o artigo 361.º do Código Civil.

¹¹² Cfr. o artigo 543.º do Código Civil.

¹¹³ Cfr. o artigo 358.º, n.º 1, do Código Civil.

¹¹⁴ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., pp. 79-95. Concordamos com este A. quando diz que, «sem deixarem de constituir litisconsórcio, as figuras processuais de pluralidade de partes nos casos da acção sub-rogatória (...) se apresentam como figuras *sui generis*, às quais não se aplica a norma do artigo 353-2, mas sim regime idêntico ao da substituição», na medida em que, «as expressões (...) utilizadas no artigo 353-2 não estão apenas a traduzir a realidade processual das figuras de pluralidade de partes (...), mas também a realidade substantiva que, quando constitua objecto dum processo, dá lugar a essas figuras.» (pp. 98 e 112).

só é eficaz quando feita por pessoa com capacidade e poder para dispor do direito a que o facto confessado se refira.¹¹⁵

Com efeito, não assiste ao credor o poder de dispor do direito que exerce sub-rogatoriamente. O instituto da actuação em sub-rogação, naturalmente, apenas confere ao credor sub-rogante legitimidade para o exercício, em sentido estrito, do direito do devedor contra o terceiro, o que não inclui o poder de dele dispor.¹¹⁶ Não haverá, pois, necessidade de recorrer à qualificação da actuação do credor sub-rogante como um caso de substituição processual, para concluir pela ineficácia da confissão pelo credor de factos desfavoráveis atinentes à relação material entre o devedor e o terceiro.

Nada impede o credor de confessar eficazmente factos desfavoráveis atinentes à sua própria relação material com o devedor.

V. O LITISCONSÓRCIO NA ACÇÃO SUB-ROGATÓRIA

1. Litisconsórcio necessário recíproco – o devedor sub-rogado como uma de três partes principais no processo

Analisadas as posições no processo do credor sub-rogante e do devedor sub-rogado, chegou a altura de examinarmos a natureza da relação processual que os une. Iremos pois tratar agora, de forma integrada, das questões relativas à legitimidade plural na acção proposta em sub-rogação – pluralidade essa decorrente da exigência legal de citação do devedor.

¹¹⁵ Cfr. artigo 353.º, n.º 1, do Código Civil. Neste sentido, MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 366-368; PATTI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 132; e GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 958. Cfr. ainda, a este respeito, LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., p. 115, onde o A. afirma igualmente que «a negação de efeitos à confissão feita pelo titular de um interesse dependente é normalmente mera consequência da aplicação da norma geral de legitimidade do art. 352 do C.C. e que a norma do art. 353-3 do mesmo código (...) constitui uma reafirmação deste princípio».

¹¹⁶ Cfr. MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 239-247 e 320-322. Cfr. ainda ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *Da legitimidade*, ob. cit., pp. 20-112. A A. afirma que a exigência da legitimidade em sentido substantivo visa assegurar que o acto que traduz a manifestação de certo poder seja praticado pelo seu titular, reconduzindo-se à exigência de certa posição relativa que se define, em regra, pela coincidência entre o agente e o sujeito titular de uma dada situação jurídica sobre a qual recairão os efeitos de um determinado acto, assim funcionando como «garante da actuação da autonomia privada» (p. 38).

Ainda que entendamos estar perante uma situação de litisconsórcio necessário¹¹⁷, tratar-se-á sem dúvida de um caso em que temos uma pluralidade, e não uma simples dualidade, de partes no processo.

Com efeito, se o credor tem uma posição autónoma ou de independência face ao devedor, mas a sua posição face ao terceiro é dependente da posição do devedor face ao mesmo terceiro, já o devedor tem uma posição autónoma ou de independência face a ambos, muito embora a sua posição face ao terceiro sofra, como vimos, as restrições que se impõem uma vez iniciada a actuação sub-rogatória do credor.

Há ainda que ter em conta que a legitimidade processual do devedor é singular – só a do credor é plural. Temos pois um caso de litisconsórcio parcial. Isto porque no nosso caso a necessidade do litisconsórcio deriva, não da relação material principal em si mesmo considerada, mas sim do facto de ser outrem – ocupando, até aí, uma posição que é habitual designar-se como de «terceiro juridicamente indiferente»¹¹⁸ – a accioná-la. A necessidade do litisconsórcio decorre, portanto, unicamente da relação material dependente.

Este é pois um caso diverso do contemplado no artigo 28.º do Código de Processo Civil, de cuja letra pareceria retirar-se que só haverá litisconsórcio necessário nos casos em que a própria relação material controvertida é plural, como tal se exigindo a presença dos vários interessados.

Por conseguinte, a ser uma situação de litisconsórcio necessário, sê-lo-á em sentido impróprio, visto que a posição do devedor não é semelhante à do autor – o credor – ou à do réu – o terceiro.¹¹⁹ Mas, mais do que dissemelhante, a posição do devedor pode ser oposta, como já vimos, quer à posição do autor, quer à do réu.

Com efeito, se tivermos em atenção o postulado na lei, designadamente, quanto à questão da admissão de factos por acordo¹²⁰, concluiremos que, ao impugnar um facto que não fora objecto de impugnação, a conduta do devedor tanto poderá beneficiar o terceiro – quanto a factos, anteriores à proposição da acção, alegadamente constitutivos do direito do devedor que constem

¹¹⁷ A questão coloca-se quanto ao conceito de litisconsórcio em sentido restrito. No seu sentido mais amplo estamos claramente perante uma situação de litisconsórcio. Cfr. CASTRO MENDES, «Breves reflexões sobre o conceito de litisconsórcio», *Separata do Jornal do Foro*, 19 (1955), pp. 7-14.

¹¹⁸ Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Oponibilidade*, ob. cit., pp. 7-10. O A. critica a utilização do conceito de «terceiros juridicamente indiferentes» em matéria de oponibilidade do caso julgado, exemplificando as insuficiências que lhe aponta no contexto da actuação em sub-rogação.

¹¹⁹ Cfr. FREITAS/REDINHA/PINTO, *Código de Processo Civil*, ob. cit., pp. 56 e 563; e LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, ob. cit., p. 165, n. 2.

¹²⁰ Cfr. artigo 490.º do Código de Processo Civil.

da petição inicial do credor – como poderá beneficiar o credor – imaginando, por hipótese, um facto extintivo do direito do devedor alegado pelo terceiro na sua contestação.

Atendendo, agora, aos diversos sentidos possíveis de uma decisão judicial de mérito, teremos igualmente de concluir que, sempre que o tribunal condena o terceiro no pedido, na parte respeitante à sua relação material com o devedor, haverá lugar a uma vitória conjunta do credor e do devedor, dando-se, pelo contrário, uma derrota conjunta de ambos se o terceiro é absolvido do pedido por motivos atinentes à sua relação material com o devedor. Já quando o tribunal absolve o terceiro do pedido com fundamento na falta de legitimidade do credor para a actuação em sub-rogação, não tendo o devedor aderido ao pedido do credor ou deduzido ele próprio um pedido autónomo contra o terceiro, teremos uma vitória conjunta do devedor e do terceiro.¹²¹

Nesse sentido, julgamos a caracterização do caso em apreço como uma situação de litisconsórcio recíproco¹²²⁻¹²³, preferível a uma mera recondução a uma situação de litisconsórcio activo¹²⁴ ou passivo.¹²⁵⁻¹²⁶

¹²¹ Cfr., neste sentido, MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 337 e 351-356. Cfr. ainda DEL GIUDICE, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 826. A A. realça o facto de, não obstante a necessidade de citar o devedor sub-rogado, não se exigir ao credor sub-rogante que peça a sua condenação na acção por si proposta contra o terceiro, podendo o credor limitar-se a pedir a citação do devedor sem deduzir qualquer pedido contra si. Note-se que a relação material entre credor e devedor poderá até ser objecto de uma acção pendente aquando da proposição da acção em sub-rogação. Cfr., a este respeito, M. GIACOMELLI, «Processo sul credito “legitimante” e ammissibilità dell’azione surrogatoria», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LIV (2000), Milão, pp. 271-280.

¹²² Seguimos, a este respeito, a terminologia de CASTRO MENDES, *Processo civil*, ob. cit., p. 173. O A. dá precisamente o exemplo da sub-rogação como litisconsórcio recíproco. LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., p. 89, n. 21, discorda desta caracterização, por entender que a oposição do devedor ao credor se circunscreve ao plano da legitimidade deste para a acção, posição que, como já referimos, não acompanhamos. Cfr. ainda M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, p. 153. Segundo este A., «[o] litisconsórcio recíproco é aquele em que a pluralidade de partes determina um aumento do número de oposições entre elas.». Esta qualificação não implica, para este A., a conclusão de que o litisconsorte recíproco não terá no processo uma posição meramente activa ou passiva. Cfr., do mesmo A., *Legitimidade singular*, p. 111, n. 125. Cfr., por fim, aderindo igualmente à qualificação de João de Castro Mendes, SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, ob. cit., pp. 121-124. Cfr., por último, PATI, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 132, n. 110, o qual, sem sugerir uma designação própria, defende todavia ser este um caso de litisconsórcio necessário entre o credor sub-rogante, o devedor sub-rogado e o terceiro.

¹²³ Note-se que esta qualificação não deverá impedir que se aplique à sub-rogação o artigo 498.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. Para este efeito, deverá entender-se que as partes são «as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica». Cfr., a este respeito, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Perspectiva*, ob. cit., p. 114.

Reconhecemos, todavia, que os defensores da atribuição ao devedor sub-rogado da posição processual de réu se debatem com maiores dificuldades práticas e conceptuais do que os defensores da tese contrária. Tem ficado, designadamente, por explicar de onde retira o terceiro a possibilidade de deduzir um pedido reconvenicional contra o devedor sub-rogado – dado que a lei processual não contempla a hipótese de uma reconvenção deduzida por um réu contra um seu co-réu¹²⁷, nem a lei material confere ao credor sub-rogante legitimidade para se defender, *ex jure debitoris*, de um pedido reconvenicional deduzido pelo terceiro.¹²⁸

2. Âmbito de aplicação dos preceitos legais relativos ao litisconsórcio necessário

De pouco ou nada nos serviria a asserção de que, nos casos de actuação em sub-rogação, estamos perante verdadeiras situações de litisconsórcio necessário, embora em sentido impróprio, se fôssemos depois forçados a reconhecer que os preceitos legais que regulam essa figura não lhe poderiam, por algum motivo, ser aplicáveis.

Com efeito, poderíamos chegar à conclusão de que os referidos preceitos legais pressupõem a existência de uma única relação material controvertida, ou da simples dualidade das partes em juízo – por oposição à pluralidade de partes ou de relações materiais controvertidas que caracterizam a sub-roga-

¹²⁴ Neste sentido, cfr. LEBRE DE FREITAS, *Confissão*, ob. cit., pp. 88-89; FREITAS/REDINHA/PINTO, *Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 56; e, aparentemente, TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade singular*, ob. cit., p. 111; e *Observações*, ob. cit., p. 83. Cfr., na jurisprudência, Ac. STJ 03.05.2000, CJSTJ 2000, 2, 41 (Francisco Lourenço).

¹²⁵ Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, ob. cit., p. 444; MENEZES LEITAO, *Obrigações*, II, ob. cit., p. 292. Cfr., na jurisprudência, Ac. STJ 19.11.1987, BMJ 371, 473 (Meneres Pimentel), Ac. STJ 13.11.1987, CJSTJ 1988, 1, 7 (Meneres Pimentel), Ac. RP 12.10.2000, CJ 2000, 4, 210 (Oliveira Vasconcelos) e Ac. RL 28.01.1977, CJ 1977, 1, 193 (Alcides de Almeida).

¹²⁶ Sem se pronunciar quanto à natureza activa ou passiva (ou outra) do litisconsórcio necessário mas admitindo-o expressamente, cfr. ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, ob. cit., p. 794, n. 1; A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, II., Lisboa, A.A.F.D.L., 1980, pp. 487-488; e RUI PINTO, *Efeitos*, ob. cit., p. 45.

¹²⁷ Cfr. artigo 274.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

¹²⁸ Cfr., neste sentido, PLANIOL/RIPERT, *Traité*, ob. cit., pp. 224-225, DEMOGUE, *Traité*, ob. cit., p. 346, e CORDÓN MORENO, *Proceso civil*, ob. cit., p. 88. Com efeito, parte da doutrina francesa e espanhola, admitindo a mera conveniência da citação do devedor sub-rogado numa acção proposta pelo credor sub-rogante, salienta todavia a necessidade de citação do devedor sub-rogado em caso de reconvenção.

ção. Aliás, já nos deparámos com uma situação em que considerámos não ser aplicável o disposto na lei quanto ao litisconsórcio.¹²⁹

Parece-nos, contudo, que não é esse o caso. Somos antes da opinião de que, em geral, as disposições relativas ao litisconsórcio necessário constantes da lei processual poderão aplicar-se à sub-rogação.

O disposto nos artigos 320.º, alínea a), e 325.º, número 1, do Código de Processo Civil não nos levanta dificuldades de maior, visto que a admissibilidade da intervenção do devedor no processo resulta directamente da imposição prevista no artigo 608.º do Código Civil.¹³⁰

A questão já poderá colocar-se com alguma acuidade quanto ao disposto nos artigos 197.º, alínea a), sobre as consequências da falta de citação, 274.º, número 5, sobre a admissibilidade da reconvenção, 298.º, sobre a admissibilidade da confissão, desistência e transacção, 683.º, número 1, e 684.º, número 1, acerca da delimitação subjectiva do recurso, todos do Código de Processo Civil.

Diz-nos o artigo 29.º do Código de Processo Civil que no litisconsórcio necessário estamos perante uma única acção, com pluralidade de sujeitos, enquanto que no litisconsórcio voluntário temos uma simples acumulação de acções, conservando cada litigante uma posição de independência relativamente aos seus compartes. Na verdade, parece-nos que o critério fundamental para aferirmos do escopo de aplicação de cada uma das referidas disposições sobre o litisconsórcio acaba, precisamente, por ser o de sabermos se, para o efeito, serão ou não autonomizáveis as posições de cada uma das partes.¹³¹

Se atentarmos neste critério, depressa concluiremos que não podemos, no caso em apreço, ter duas decisões autónomas sobre as várias posições em juízo. Não faria sentido aplicar à sub-rogação as disposições que nos permitiriam, no caso de litisconsórcio voluntário, designadamente, que o processo prosseguisse sem a presença do réu não citado, que se limitassem os efeitos de uma confissão, desistência ou transacção ao interesse de cada um na causa, ou que se excluísse do recurso um dos vencedores.¹³²

¹²⁹ Referimo-nos ao disposto no artigo 353.º, n.º 2, do Código Civil. Cfr. *supra* Capítulo IV.

¹³⁰ Cfr., neste sentido, FREITAS/REDINHA/PINTO, *Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 563.

¹³¹ Seguimos, neste ponto, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos*, ob. cit., pp. 171-174, quando o A. defende que o escopo de aplicação dos preceitos relativos ao litisconsórcio necessário e voluntário deverá antes definir-se consoante os litisconsortes tenham ou não posições autonomizáveis umas das outras, tratando-se, em caso negativo, de litisconsórcio unitário, a que serão aplicáveis os preceitos relativos ao litisconsórcio necessário, ainda que se trate de litisconsórcio voluntário (e vice-versa).

¹³² Cfr., respectivamente, artigos 197.º, alínea b), 298.º, n.º 1, e 684.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

É certo que, tendo nós assentado na inadmissibilidade de aplicação, à acção proposta em sub-rogação, das disposições respeitantes ao litisconsórcio voluntário, não poderemos, sem mais, fundar apenas nessa asserção a conclusão de que se encontra justificada a aplicação, ao referido instituto, das disposições próprias do litisconsórcio necessário. Julgamos, todavia, que se justifica, em cada um dos casos acima referidos, a sua aplicação à actuação em sub-rogação das disposições próprias do litisconsórcio necessário, na medida em que, como referimos, o critério fundamental para aferirmos do escopo de aplicação das disposições sobre o litisconsórcio necessário é o de sabermos se, para o efeito, não são autonomizáveis as posições de cada uma das partes.¹³³

No caso particular da possibilidade de confissão, transacção ou desistência do pedido – os chamados negócios de autocomposição do litígio – poderemos ainda acrescentar que, se ao credor não assiste a possibilidade de dispor do direito em litígio, também não lhe assistirá, naturalmente, a possibilidade de dispor do próprio litígio.¹³⁴ Por sua vez, ao devedor também não assiste, como já referimos, a possibilidade de opor ao processo quaisquer actos de disposição do direito em litígio, e muito menos assiste o direito de dispor do próprio litígio.

Temos, portanto, razões acrescidas para, no caso em apreço, sustentar a aplicação do disposto no artigo 298.º, número 2, do Código de Processo Civil, nos termos do qual estes negócios de autocomposição do litígio só produzem efeitos quanto a custas.¹³⁵

Já quanto à possibilidade de desistência da instância, entendemos ser de aplicar ao nosso caso o disposto no artigo 296.º, número 1, do Código de Pro-

¹³³ Não negamos que, pelo menos no que concerne a algumas das disposições acima referidas, a idêntica solução chegaríamos através da aplicação das regras e princípios gerais do processo. Designadamente, da ilegitimidade plural decorrente da falta de citação de um dos litisconsortes poderíamos retirar desde logo a necessidade de anular todos os actos posteriores às citações, sem uma absoluta necessidade de recorrer ao artigo 197.º, alínea a), do Código de Processo Civil. Estaríamos, contudo, a colocar demasiado alta a fasquia, se não nos bastássemos com a mera utilidade, e exigíssemos a absoluta indispensabilidade de recurso às disposições que fazem referência expressa à figura do litisconsórcio necessário para justificar a qualificação da actuação judicial em sub-rogação como dando azo a um caso de litisconsórcio necessário.

¹³⁴ Cfr. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, ob. cit., p. 958; CEA, *Mezzi*, ob. cit., p. 476; MONTELEONE, *Profili*, ob. cit., pp. 320-321; DEMOGUE, *Traité*, ob. cit., p. 362.

¹³⁵ No que concerne à produção de efeitos quanto a custas, na aplicação do preceito deverá, contudo, ter-se em conta as circunstâncias particulares presentes na actuação em sub-rogação – *maxime* a natureza recíproca do litisconsórcio, ou seja o facto de, mesmo anteriormente à eventual ocorrência de um negócio de autocomposição do litígio, nenhuma das partes em juízo se encontrar, relativamente a qualquer das outras, em igualdade de circunstâncias face a uma potencial futura condenação em custas.

cesso Civil, do qual decorre, por interpretação extensiva, que para que o credor possa desistir da instância será necessária a aceitação das restantes partes em juízo. Já ao devedor, que não deu início ao processo, não assiste, de todo, como já foi referido, a possibilidade de desistir da instância.

3. O devedor é tratado para todos os efeitos como parte, ainda que não intervenha na acção

Desde a sua citação, e ainda que não intervenha na causa, o devedor deverá ser considerado, para todos os efeitos, como parte e, naturalmente, como parte principal – face à sua situação de titular da relação material controvertida, outra não poderia ser a sua posição na lide.¹³⁶

Na verdade, nos termos do disposto no artigo 328.º, número 2, alínea a), que remete para o artigo 320.º, alínea a), ambos do Código de Processo Civil, deverá entender-se que a sentença fará caso julgado material relativamente ao devedor que não tenha intervindo na causa.¹³⁷ Outra coisa não poderíamos sustentar, sabendo nós que a finalidade primordial da imposição da citação do devedor é precisamente o de assegurar que o efeito de caso julgado lhe seria extensível.¹³⁸

Todavia, mesmo para além do efeito de caso julgado, o devedor ficará colocado numa posição em tudo semelhante à do credor, podendo, designadamente, e ainda que não tenha intervindo na causa, recorrer de sentença adversa, ou mover uma acção executiva contra o terceiro com base em sentença favorável, qualquer uma delas obtida em acção declarativa proposta e conduzida unicamente pelo credor.

¹³⁶ Cfr., neste sentido, FREITAS/REDINHA/PINTO, *Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 578, e LEBRE DE FREITAS *Confissão*, ob. cit., pp. 88-89, n. 20. Cfr. ainda, em Espanha, CORDÓN MORENO, *Proceso civil*, ob. cit., pp. 87-88.

¹³⁷ Não tem, por conseguinte, razão CASTRO MENDES, *Processo civil*, ob. cit., p. 136, quando diz que, na sub-rogação, a decisão proferida em face do credor só faz caso julgado quanto ao credor, sustentando que, se este perdesse, qualquer outro credor poderia sub-rogar-se no exercício do mesmo direito do devedor e, se este ganhasse, seria a inutilidade de nova acção, e não o caso julgado, que se oporiam à proposição de novas acções, contrariamente ao que se passaria se a parte fosse o devedor, em que uma decisão de improcedência precludiria qualquer outra sub-rogação. Quanto aos efeitos do caso julgado para com os credores das partes, cf. PEDRO MÓRIAS, *Oponibilidade*, ob. cit..

¹³⁸ VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, ob. cit., pp. 178-179.. Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade singular*, ob. cit., p. 111; e ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, ob. cit., p. 794.

VI. CONCLUSÕES

O instituto da actuação em sub-rogação cumpre, em abstracto, uma dupla função: (i) a função de conservar a garantia geral das obrigações; e (ii) a função de assegurar a possibilidade de satisfação do próprio direito de crédito. Em concreto, porém, apenas uma ou outra dessas funções será desempenhada pela sub-rogação. (II.2)

Por força do princípio da *par condicio creditorum*, a actuação em sub-rogação terá sempre uma natureza indirecta ou oblíqua. Não se permite, em nenhum dos casos estudados, a existência de deslocações patrimoniais directas entre as esferas jurídicas do terceiro e do credor. (II.3)

Todavia, quando estiver em causa uma obrigação de entrega de coisa certa e infungível, quer na relação entre o terceiro e o devedor, quer na relação entre o devedor e o credor, este último poderá pedir em juízo que a entrega do bem pelo terceiro – e apenas a entrega – se faça directamente ao credor. (II.3)

A legitimidade processual do credor para uma actuação judicial em sub-rogação resulta da sua titularidade de uma determinada relação material, de natureza obrigacional ou creditícia, em que este ocupa, não somente uma posição de credor face ao seu devedor, mas, desde logo, e mais concretamente, uma posição de credor com o poder jurídico de actuar sub-rogatoriamente. O seu direito de crédito é um complexo de situações jurídicas que integra no seu seio uma competência legitimadora de uma actuação judicial ou extrajudicial contra o terceiro. (III.3)

Nos casos de actuação judicial em sub-rogação, a causa de pedir compreende os factos que subjazem, não a uma, mas a duas relações materiais controvertidas: o objecto do processo compreende uma pretensão material complexa, assente na existência e titularidade de uma relação material principal – o devedor sub-rogado é titular de um direito contra o terceiro – e de uma relação material dependente – o credor sub-rogante é titular de um direito de crédito contra o devedor sub-rogado que compreende a possibilidade de uma actuação judicial ou extrajudicial contra o terceiro. (III.3)

Uma decisão que conclui que não assiste ao credor o seu alegado direito de crédito contra o devedor ou que, existindo o direito de crédito, este não compreende o poder jurídico de actuar em sub-rogação contra o terceiro é uma decisão de mérito que conclui pela ilegitimidade material ou substantiva do credor, pelo que deverá conduzir a uma absolvição do pedido. (III.4)

A legitimidade processual do credor sub-rogante deverá aferir-se segundo a regra geral aplicável aos casos de legitimação directa, ou seja, por aplicação do critério da existência e titularidade alegadas da relação material controvertida. (III.5)

Nega-se a necessidade, e até mesmo a utilidade, do recurso à figura da substituição processual como auxílio à determinação do regime legal aplicável à actuação em sub-rogação, quando feita em juízo. (III.5)

Na grande maioria dos casos, a actuação em sub-rogação envolverá uma situação de litisconsórcio necessário *propter oportunitatem*, pois bastará para a produção do efeito útil normal da decisão que a mesma seja oponível ao terceiro. Contudo, nos casos de execução específica da obrigação de contratar, o litisconsórcio é necessário *secundum tenorem rationis*, porque a celebração de um contrato não é concebível sem que o mesmo seja oponível a ambos os contraentes. (IV.1)

O devedor sub-rogado poderá optar por não intervir no processo. (IV.2.a)

O devedor sub-rogado poderá contestar a legitimidade do credor para actuar sub-rogatoriamente. (IV.2.a)

Poderá aderir ao articulado do credor ou, em articulado próprio, aderir ao pedido do credor, na parte respeitante à sua relação com o terceiro. (IV.2.a)

Poderá suprir a falta de quaisquer pressupostos de admissibilidade da acção e sanar quaisquer nulidades processuais. (IV.2.a)

Poderá ampliar o pedido ou deduzir novos pedidos contra o mesmo terceiro, cumulativos ou subsidiários, ou deduzir o mesmo pedido, ou novos pedidos, contra outros terceiros. (IV.2.a)

O devedor que contesta a legitimidade do credor para actuar sub-rogatoriamente poderá, em simultâneo, substituir-se ao credor na dedução do seu pedido, ou de outro pedido, contra o terceiro. (IV.2.a)

Serão oponíveis ao processo iniciado pelo credor sub-rogante todos os actos de disposição ou de oneração do direito objecto do litígio posteriores ao momento da citação do devedor. (IV.2.b.i)

O credor poderá trazer ao processo os factos necessários à procedência, nesse mesmo processo, de uma impugnação pauliana que deduza desse acto de disposição, mormente nos casos em que os actos de disposição do direito do devedor contra o terceiro apenas envolvem o devedor e o terceiro, casos em que se encontrará extremamente facilitada a tarefa de demonstrar a má fé de ambos. (IV.2.b.i)

Aos casos em que o acto de disposição ou de oneração do direito envolve terceiros que não o terceiro contra quem a acção é proposta, sem prejuízo da possibilidade de impugnação do acto de transmissão, deverá aplicar-se o disposto na lei quanto à transmissão de direito litigioso. (IV.2.b.i)

O credor que pretenda precaver-se, não apenas contra a inércia do seu devedor, mas contra eventuais tentativas de inutilização prática, pelo seu devedor, do resultado da sua actuação em sub-rogação, na pendência ou

após o termo da sua actuação em sub-rogação, deverá complementar esta última com os meios judiciais adequados ao acautelamento da sua posição. (IV.2.b.i)

O devedor não poderá substituir-se ao credor na acção por este inicialmente proposta, reduzindo este último à condição de mero assistente, nem suspender ou fazer cessar a acção iniciada pelo seu credor, ou o recurso por este interposto de uma decisão ainda não transitada em julgado. (IV.2.b.ii)

Será ineficaz face ao processo, enquanto tal, a confissão pelo devedor, em juízo ou fora dele, de factos desfavoráveis atinentes à sua relação material com o terceiro, tenham eles ocorridos antes ou depois do momento da citação do devedor para a acção. (IV.2.b.iii)

A actuação em sub-rogação, quando exercida judicialmente, dará lugar a uma situação de litisconsórcio recíproco. (V.1)

Aplicam-se à actuação em sub-rogação as disposições relativas ao litisconsórcio necessário constantes da lei processual. (V.2)

Desde a sua citação, e ainda que não intervenha na causa, o devedor deverá ser considerado, para todos os efeitos, como parte e, naturalmente, como parte principal. (V.3)