

SUB-ROGAÇÃO POR PAGAMENTO

Pelo DR. MANUEL MARQUES DA SILVA
ALMEIDA

CAPÍTULO I

CONCEITO DE SUB-ROGAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEGUIDA NO SEU ESTUDO

Conceito de sub-rogação :

Juridicamente a palavra sub-rogação pode ser entendida em sentido lato ou estrito.

No primeiro caso — em sentido lato — é a substituição de uma coisa ou pessoa por outra, e assim, teremos sub-rogação real, quando uma coisa substitui outra ou por troca directa ou indirecta numa certa massa patrimonial afectada a determinado fim, onde adquire a mesma finalidade e apresenta o mesmo valor económico, isto é, onde adquire a mesma natureza jurídica, e sub-rogação pessoal, quando uma pessoa ocupa o lugar de outra para exercer os seus direitos.

No segundo caso — em sentido estrito — precisamente o que nos interessa por ser o que constitui o objecto do nosso trabalho, é a substituição de um credor por outro num vínculo obrigacional, ficando na mesma situação jurídica em virtude do pagamento realizado ao credor originário.

A obrigação é a mesma, não se extingue com o pagamento, o que muda é a pessoa do credor. O credor originário, recebe o que lhe é devido em consequência da prestação realizada pelo terceiro e sai

do vínculo obrigacional, pois sendo completamente satisfeito, não tem mais algum interesse nem justificação para permanecer na obrigação; o direito que pertencia ao credor, o direito activo da obrigação, ou melhor, o crédito com todos os seus acessórios e direitos conexos, passam ao terceiro que realizou o pagamento (sub-rogado), que fica na posição do primitivo credor em relação ao devedor; o devedor fica na posição primitiva, simplesmente muda a pessoa do credor contra quem fica obrigado, como já era contra o credor primitivo.

É um princípio do Direito que o pagamento extingue a obrigação, e portanto, pagando o terceiro ao credor originário, parece que o vínculo obrigacional se devia dissolver. Não acontece assim na sub-rogação, onde há um verdadeiro pagamento e a obrigação continua sobrevida, razão pela qual, o instituto da sub-rogação tem um carácter excepcional.

O facto de a obrigação não se extinguir, apesar de haver um verdadeiro pagamento, não deve impressionar-nos, porque em Direito os princípios não devem ser rígidos, devendo suportar excepções para melhor satisfação da sua finalidade de tutela das relações sociais, que são mutáveis e não podem ficar subordinadas à sua rigidez.

«Não negamos aos princípios a sua importância — diz o Prof. Ferrer Correia. Têm-na sem dúvida. Mas devemos encará-los apenas como processos de economia mental. Por dedução lógica deles, chegamos, na maioria dos casos, à solução justa dos problemas. É esse o seu mérito. Mas não devemos considerá-los como uma espécie de pedra filosofal. O jurista, o intérprete ao lançarem mão de um princípio jurídico do qual pretendam deduzir a solução de um problema devem depois tirar a prova — digamos, ver se a solução que encontraram é uma solução justa e se é a melhor. Se a solução encontrada estiver em contradição com o fim visado, substitua-se o princípio por outro (pois ele revelou-se nesse momento incapaz de dar solução a todos os casos da vida de determinado tipo) ou abra-se uma excepção».

Esta citação do Prof. Ferrer Correia ajuda-nos a demonstrar que o princípio «o pagamento extingue a obrigação» não satisfaz o fim visado pela sub-rogação — garantir o direito de regresso por um processo simples, económico e prático — e, portanto, não devemos ter relutância em abrir-lhe uma excepção.

Justificação da orientação seguida :

Para estudar o instituto da sub-rogação, que alguns autores denominam «sub-rogação por pagamento» e outros ainda «pagamento com sub-rogação» no intuito de melhor o individualizar, e que vem regulamentado no nosso Código Civil, na Parte II, Livro II, Capítulo IX, Secção IX, nos art.ºs 778.º a 784.º, resolvemos não nos preocuparmos com a sua origem, nem atender ao seu desenvolvimento histórico, para o encarar, na medida do possível, tal qual ele se apresenta no nosso direito positivo, convencidos que seria de uma maior utilidade prática um estudo nestes moldes.

Ante a complexidade do instituto e da grande dificuldade que ele nos apresenta, devido ao seu carácter excepcional e da sua escassa regulamentação, só nos é permitido tratá-lo na sua parte geral, não estudando os casos singulares de sub-rogação.

CAPÍTULO II

CAUSAS DA SUB-ROGAÇÃO

Não existe no Código Civil Português disposição expressa que diga quais são as causas ou fontes da sub-rogação, ou melhor, quais são as causas pelas quais o pagamento tem o particular efeito de deixar sobreviva a obrigação, substituindo o credor originário por um novo no vínculo obrigacional. No entanto, do confronto dos artigos que regulamentam este instituto, resulta que o nosso Código Civil admite duas causas que produzem tal efeito — a vontade das partes e a lei, e daí, duas espécies de sub-rogação: a convencional também denominada voluntária ou contratual e a legal.

Temos sub-rogação convencional, dizem entre outros os Profs. Guilherme Moreira, Cunha Gonçalves, Pires de Lima e Manuel Andrade, nos seguintes casos: ou por acordo entre o terceiro que paga e o devedor (art.º 778.º), ou por acordo entre o terceiro que paga e o credor (art.º 779.º, n.º 2.º, *in fine*), ou ainda no caso especial de sub-rogação *ex mutuo* por acordo entre o terceiro e devedor quando aquele empresta o dinheiro para o próprio devedor realizar a prestação (art.º 780.º); e sub-rogação legal, por disposição da lei, independentemente da vontade do devedor ou do credor (art.º 779.º, n.º 1.º).

Não entende, porém, assim o Prof. Galvão Teles ao afirmar que a sub-rogação convencional só existe por acordo entre o terceiro que paga e o credor (art.º 779.º, n.º 2.º, *in fine*) sendo os demais casos previstos todos de sub-rogação legal.

Para analisar a distinção estabelecida entre sub-rogação convencional e legal e as divergências de classificação apontadas vamos estudar separadamente os art.ºs 778.º, 779.º e 780.º.

ARTIGO 778.º

«Aquele, que paga pelo devedor com seu consentimento, expressamente manifestado, ou por factos donde tal consentimento claramente se deduza, fica sub-rogado nos direitos do credor».

Basta que o devedor dê o seu consentimento para que o pagamento seja feito por terceiro, consentimento que tanto pode ser expresso, como tácito «por factos donde tal consentimento claramente se deduza», para que este fique sub-rogado na posição do credor.

Claramente se vê, que o credor é absolutamente estranho ao acordo entre devedor e terceiro, que pode até dar-se sem ele o esperar e contra a sua vontade, mas não pode recusar o pagamento feito por terceiro — «a prestação pode ser feita... por qualquer pessoa interessada ou não interessada nela» diz o art.º 747.º — sem que incorra em mora (*mora accipiendi*), a não ser que se verifique o preceituado no § único do mesmo art.º 747.º: «o credor não pode, contudo, ser constrangido a receber de terceiro a prestação havendo no contrato declaração expressa em contrário, ou se com isso for prejudicado».

Se o credor recusa injustamente o pagamento ou não quer dar a quitação necessária para se considerar pago, em nada prejudica a sub-rogação, porque o terceiro poderá consignar o pagamento em depósito e a sub-rogação realiza-se do mesmo modo.

Não nos parece que a simples vontade do devedor e do terceiro possa ter força para operar a passagem do crédito do credor ao terceiro, e daí, que estejamos em presença dum caso de sub-rogação convencional.

— Como pode o devedor consentir que o crédito passe do credor

a um terceiro, que o trespasse venha entre duas pessoas a que uma delas (o credor) é estranha? Partindo do princípio que este caso é uma sub-rogação convencional, o devedor com o seu consentimento para o terceiro pagar só determinaria a sub-rogação, não a consentiria, porque a sua atitude é meramente passiva, pois o devedor não solicita de terceiro o pagamento, só o consente. Além disso não é possível que se disponha de uma coisa que pertence a outrem. A vontade de uma das partes, o devedor, não pode operar a renúncia do credor em benefício de uma outra pessoa. Só a força da lei o pode fazer.

Contra, pode dizer-se que o credor não pode dispor de um modo absoluto do seu crédito, porque pode ser pago contra sua vontade, e o pagamento com ou sem sub-rogação obriga-o a abandonar o crédito, ou porque se extinguiu com um pagamento puro e simples, e nesse caso não pode mais pertencer-lhe por já não existir, ou porque passa a terceiro, no caso de pagamento com sub-rogação. Isto é verdadeiro, mas só pode dar-se por disposição e força da lei e não por força da vontade de uma das partes. Assim, neste caso do art.º 778.º, o trespasse do crédito ao terceiro dá-se, não porque o devedor o consinta, mas porque a lei o estabelece.

Mas, aqui pode fazer-se uma objecção — seguindo este raciocínio tudo é legal porque tudo que acontece deve ser permitido pela lei. Não é verdade, porque não pode pensar-se que o acordo entre duas vontades estranhas possa obrigar uma pessoa a renunciar a um direito seu. Além disso, como pode a vontade das partes dar lugar a que o pagamento feito por terceiro tenha o particular efeito de deixar sobreviva a obrigação e que o direito do credor com todos os seus acessórios passe a este terceiro?

Este efeito tem um carácter excepcional, porque o princípio geral diz que o efeito do pagamento é extinguir a obrigação. Só a lei pode permitir tal excepção ao princípio geral.

Em conclusão: o art.º 778.º não é um caso de sub-rogação convencional, mas sim, de sub-rogação legal.

ARTIGO 779.º

«Aquele, que paga pelo devedor, sem seu consentimento, só adquire os direitos do credor nos casos seguintes:

1.º — Se a pessoa, que faz o pagamento, é fiador ou interessado, por algum outro modo, em que ele se faça ;

2.º — *Se o credor, que recebe o pagamento, ceder os seus direitos nos termos da seguinte secção, ou sub-rogar quem houver pago nos seus direitos, contanto que a sub-rogação seja feita expressamente, e no acto do pagamento.*

Quanto ao n.º 1.º deste artigo não surgem quaisquer divergências de classificação, pois é um caso nítido de sub-rogação legal. A transmissão do crédito opera-se por força da lei quando o terceiro que realiza o pagamento é fiador ou interessado por algum outro modo em que ele se faça.

Por qualquer pessoa interessada em fazer o pagamento deve entender-se qualquer pessoa que tenha um interesse patrimonial em que o credor seja pago, apontando a doutrina como interessado um co-obrigado, o terceiro possuidor dum prédio hipotecado, o terceiro que constitua uma hipoteca ou um penhor para garantia de uma dívida, o credor que paga a outro credor do mesmo devedor quando esse outro crédito tenha preferência em relação ao seu, o comproprietário do prédio cuja parte indivisa outro comproprietário hipotecou, o herdeiro beneficiário que paga com dinheiro seu quaisquer dívidas da herança, etc..

Quanto ao n.º 2.º, apesar dos Professores citados considerarem a segunda parte como sendo um caso de sub-rogação convencional por acordo entre credor e o terceiro que paga — o único caso de sub-rogação convencional segundo o Prof. Galvão Teles — e da lei expressamente dizer que «Aquele, que paga pelo devedor, sem seu consentimento, só adquire os direitos do credor... se o credor que recebe o pagamento... sub-rogar quem houver pago nos seus direitos, contanto que a sub-rogação seja feita expressamente e no acto do pagamento», vamos analisá-lo com o propósito de verificar se tal acordo e seus resultados se enquadram no instituto Sub-rogação.

Quando o terceiro paga sem consentimento do devedor, por acordo entre credor e terceiro, pode o credor transferir ao terceiro os direitos que tem sobre o devedor, passando o terceiro que pagou a ocupar a posição do credor no vínculo obrigacional por duas formas distintas: ou por cessão ou por sub-rogação.

O terceiro só pode obrigar o credor a aceitar um pagamento puro e simples e não pode constrangê-lo a aceitar um pagamento com

sub-rogação, porque não pode obrigar o credor a transmitir-lhe os seus direitos. Portanto, o credor consente em ser pago por terceiro e por seu consentimento exclusivo, operar-se-ia a sub-rogação observando-se as condições impostas pela lei. Isto infere-se directamente da lei quando diz que o terceiro «só adquire os direitos do credor... se o credor o sub-rogar».

Para que o terceiro pudesse obrigar o credor a sub-rogá-lo era necessário que existisse uma disposição expressa, pois que sem essa disposição da lei não é possível obrigar o credor a ceder o seu lugar na obrigação, não podendo, portanto, o terceiro impor-lhe a sua vontade para ser sub-rogado.

O terceiro quando é admitido a pagar o débito de outrem pode intervir para melhorar a condição do devedor mas também o pode fazer em seu interesse, não para melhorar a posição do devedor, mas para obter um bom emprego de capital. Pelo facto do terceiro não poder obrigar o credor a sub-rogá-lo, não impede que acordem entre si, para fazer o trespassse em prejuízo do devedor.

Renusson falando do estranho que paga pelo devedor diz que é admitido a pagar pelo devedor para melhorar a sua condição, mas não será sub-rogado no posto do credor nem poderá meter-se *en son lieu et place*. Poderá ter sem dúvida uma acção pessoal de mandato ou *negotiorum Gestio* mas não sub-rogação. E que deverá decidir-se, prossegue Renusson, se a sub-rogação é operada pelo credor pago no acto do pagamento? Terá esta o valor e o efeito de uma sub-rogação ou de uma simples cessão? É necessário observar que o estranho não tem direito, pagando, de exigir ou estipular a sub-rogação, nem de obrigar o credor a ceder-lhe o crédito; pode pagar pelo devedor e extinguir a obrigação, como o credor pode por sua vez dispor do crédito, cedê-lo ou sub-rogar quem quizer nos seus direitos, porque ninguém é senhor das suas coisas: assim, quando no caso proposto o credor recebe o pagamento e sub-roga o terceiro, opera esta sub-rogação em nome próprio *jure suo, jure domini*, mas *on ne lui peut pas donner d'autre effet que celui de la cession et transport*.

Na sub-rogação convencional consentida pelo credor, o devedor não tira daí vantagens, antes pelo contrário, pode ter prejuízos se o novo credor for mais exigente que o primeiro.

O devedor é estranho a este negócio e não tendo alguma intervenção nele tem de suportar as suas consequências. Do contrato

entre credor e terceiro, em que este oferece ao credor o equivalente ao seu crédito e o credor lhe transfere os seus direitos, tudo tem lugar por força da vontade das partes tal qual como na cessão ainda que o terceiro não possa obrigar o credor a sub-rogá-lo. O terceiro que não tem interesse, pode, com o consentimento do credor pagar com uma soma menor, e o credor transferir-lhe os seus direitos, ou por se considerar pago só com essa soma, ou por querer renunciar ao restante do seu crédito, e no entanto, o terceiro exigiria do devedor a soma total, obtendo assim um lucro, o que vai contra o princípio da sub-rogação que não permite ao sub-rogado receber mais do que desembolsou. O credor pode até contentar-se com uma soma menor por se julgar incapaz de obter o total do devedor, mas o terceiro, mais expedito, pode conseguir a soma por inteiro o que iria contribuir para o seu enriquecimento e é contrário à finalidade do instituto não proteger o devedor e proteger o terceiro. Desde que o credor não faça alguma reserva opondo-se a uma transferência total do seu crédito, presume-se que o transfere íntegro como acontece na cessão.

O princípio que não permite ao sub-rogado exigir mais do que efectivamente desembolsou não tem aplicação neste caso, porque o terceiro com consentimento do credor pode pagar com uma soma menor e exigir depois o total, lucrando a diferença, como pode fazer um cessionário.

Este princípio, que diferencia a sub-rogação da cessão, é admitido no art.º 989.º do Código brasileiro, porém, só é aplicável à sub-rogação legal, porque a convencional rege-se no dito Código pelas regras da cessão. O Código argentino adopta idêntica posição, porque remete a sub-rogação convencional para as normas da cessão. Nos Códigos que seguem o sistema germânico ocorre o mesmo, porque desconhecem a chamada sub-rogação convencional que é simplesmente uma cessão. Deste modo, no Código suíço apenas se regula a sub-rogação legal e nota Rossel, que para o legislador suíço, o meio normal da sub-rogação dum terceiro nos direitos do titular dum crédito, é a cessão, só admitindo raras excepções a este princípio, e não se podendo inferir do silêncio do Código acerca da sub-rogação convencional que seja implicitamente autorizada esta forma de sub-rogação. Há um grande interesse, continua Rossel, para o crédito público, em que a transferência de créditos se efectue em condições que permitam verificar a sua sinceridade e lealdade, e nada seria mais fácil do que

tornar ilusórias certas prescrições da lei, escolhendo em vez da cessão, o meio indirecto da sub-rogação convencional. Todas as vezes que uma cessão se não fizesse por escrito ou fosse imperfeita o cessionário teria o direito de invocar a sub-rogação que a maior parte das vezes conseguiria provar. Ora o art.º 779.º, n.º 2.º, quando diz «contanto que a sub-rogação seja feita expressamente, e no acto do pagamento» não a faz depender de título autêntico, podendo ser verbal e devidamente testemunhada, o que facilmente se pode provar para fugir a um contrato de cessão.

A sub-rogação convencional por acordo entre credor e terceiro que paga aparece no nosso Código ao lado da cessão, pois o legislador junta a este caso de sub-rogação convencional a cessão, no mesmo n.º 2.º do art.º 779.º, dizendo a este respeito o Prof. Pires de Lima : «o que acontece é que se torna por vezes difícil na interpretação do contrato firmado entre credor e terceiro, saber se eles visaram uma sub-rogação, ou se estipularam antes uma cessão de créditos», e acrescenta em nota na mesma pág. 385, vol. 1.º, de *Noções Fundamentais de Direito Civil* «sobre o alcance da questão, basta recordar que tendo a sub-rogação como base e pressuposto o pagamento é sempre por este que se aferem e medem os direitos do sub-rogado, o mesmo não acontecendo na cessão de créditos». A este respeito já vimos que este princípio não se verifica na sub-rogação convencional por acordo entre credor e terceiro que paga.

Concluindo : na segunda parte do n.º 2.º do art.º 779.º a nossa lei admite a sub-rogação convencional por acordo entre credor e terceiro, mas pelo que fica exposto e em bom rigor não nos parece que reúna os requisitos da sub-rogação, mas sim da cessão e como tal devia ser tratada.

A terminologia «sub-rogação convencional» contém em si até uma contradição, porque por convencional deve entender-se o que acontece por força de uma convenção, de um acordo interpartes e a sub-rogação é uma excepção aos princípios do Direito com consequências singulares que só uma lei especial pode admitir e nunca a força da vontade das partes.

Uma diferença importante entre cessão e sub-rogação diz respeito à capacidade do sub-rogante. Para a cessão é indispensável que o cedente tenha capacidade de disposição o que não é necessário para o sub-rogante. A sub-rogação só tem lugar por força da lei, e para

que ela se verifique só é necessário que exista um pagamento válido e, portanto, o sub-rogante só precisa de ter capacidade para receber o pagamento. Apesar de na sub-rogação haver um trespasse de um crédito do sub-rogante ao sub-rogado, a lei estabelecendo a sub-rogação de pleno direito, supre a incapacidade de disposição do sub-rogante que não intervém com a sua vontade na sub-rogação para lhe dar vida.

Daqui nunca pode vir um prejuízo ao sub-rogante, porque recebendo o pagamento, recebe o que lhe é devido do seu crédito, o mesmo não acontecendo na cessão, em que o cedente fazendo um negócio pode receber menos do que o montante do crédito e para isto, é necessário que tenha capacidade para alienar. No caso de sub-rogação convencional já não se pode admitir a incapacidade do sub-rogante porque tinha de emitir uma declaração de vontade para a qual tem de ter plena capacidade. Para a sub-rogação consentida pelo credor não só necessitava de capacidade para receber o pagamento, mas também de capacidade para dispor do seu crédito como é preciso para a cessão. Daqui ainda se pode concluir que a sub-rogação convencional por acordo entre credor e terceiro que paga é uma cessão e que se deve regular em tudo pelas normas deste instituto.

ARTIGO 780.º

«Se a dívida for paga pelo próprio devedor, com dinheiro que terceiro lhe emprestasse para esse fim, este só poderá ficar sub-rogado nos direitos do credor, se o empréstimo constar de título autêntico, em que se declare, que o dinheiro foi pedido para pagamento daquela dívida».

O devedor pede emprestado a um terceiro a soma em dinheiro necessária para pagar ao credor a sua dívida, e se o empréstimo constar de título autêntico em que se declare que o dinheiro foi pedido para pagamento daquela dívida, o mutuante fica sub-rogado nos direitos do credor.

Como no caso do art.º 778.º, o credor é estranho a este negócio entre devedor e mutuante, e, pelas mesmas razões que apontámos para o art.º 778.º, também aqui, não estamos em face dum caso de sub-rogação convencional, mas legal. Do mesmo modo, o devedor, pedindo o dinheiro emprestado a um terceiro só determina a sub-roga-

ção. Além disso, a convenção entre devedor e mutuante é um dado de facto necessário para que se verifiquem as condições que a lei toma em consideração para dar lugar à sub-rogação, porque por si mesma, a convenção, seria incapaz de impedir a extinção da obrigação pelo pagamento e operar a passagem do crédito do credor ao mutuante, colocando este no lugar daquele.

Para efeitos de sub-rogação, isto é, para uma maior garantia do que o simples direito de regresso, fundamentalmente são idênticas as situações do terceiro que paga pelo devedor com o seu consentimento (art.º 778.º) e do terceiro que empresta dinheiro para o próprio devedor pagar a dívida (art.º 780.º).

«A lei — diz Magini ao comentar idêntica disposição ao art.º 780.º do Código italiano — exige que a soma mutuada seja empregue no pagamento do débito: o meio mais simples e seguro para realizar o duplo resultado é o de englobar num único acto mútuo e pagamento por modo que o dinheiro passe directamente das mãos do mutuante às do credor. Assim a destinação opera-se no mesmo instante e não há o perigo que a soma nas mãos do devedor seja desviada do seu emprego e dissipada».

A posição do credor é sempre a mesma: estranho ao acordo e sua saída do vínculo obrigacional por se considerar pago; a do devedor mantém-se sempre com a mesma responsabilidade, quer consentindo no pagamento de terceiro, quer pedindo dinheiro ao terceiro para ele próprio pagar; o terceiro desembolsa sempre o dinheiro tanto num caso como noutro.

Idênticas são também as causas nos dois casos: a lei, que permite a sub-rogação, abrindo uma excepção ao princípio geral que o pagamento extingue a obrigação e não a vontade das partes que não tem força para tal.

O Prof. Pires de Lima em *Noções Fundamentais de Direito Civil*, a págs. 385, I vol., apresenta o art.º 780.º como sendo um caso de sub-rogação convencional mas logo a seguir diz: «Por força do disposto no art.º 780.º, o credor do empréstimo fica sub-rogado em todos os direitos e garantias do credor dessa mesma dívida». Se só a força da lei pode operar a sub-rogação, a sub-rogação não resulta da vontade das partes e, portanto, não é convencional mas legal.

CAPÍTULO III

**CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA QUE A SUB-ROGAÇÃO
POSSA TER LUGAR****Enumeração das condições :**

Atendendo a que a sub-rogação é sempre legal, a primeira condição é que se verifique um daqueles casos previstos na lei, e como a lei subordina a entrada do terceiro que paga na posição do credor, quando este é efectivamente pago saindo do vínculo obrigacional por não ter aí mais algum interesse, a que haja um pagamento, é necessário que este ofereça todas as condições de validade, não só em relação ao que paga, mas também em relação ao que recebe. Mas estas condições não são ainda suficientes pois para que se possa dar a transmissão do crédito é indispensável que o crédito seja susceptível de mudança do seu titular porque há créditos que existem só em atenção à pessoa do credor não podendo, por isso, ser transmitidos.

PAGAMENTO

Validade do pagamento e subsistência do crédito :

Quando se realiza um pagamento com sub-rogação, a prestação feita ao credor deve ter em vista o efeito normal da extinção da obrigação por o credor se considerar satisfeito, não tendo mais algum interesse no vínculo e nada mais podendo ulteriormente reclamar. Só não se dá a extinção da obrigação por haver sub-rogação, não deixando, porém, de ser a prestação considerada como um pagamento. Satisfeito o credor este sai do vínculo obrigacional como que se extinguindo a obrigação em relação à sua pessoa. No entanto, a obrigação subsiste, continua viva, e por disposição da lei o crédito transmite-se automaticamente ao que pagou. Quer dizer, no vínculo obrigacional apenas muda a pessoa do credor.

Para que o pagamento seja válido é preciso que o crédito exista.

Uma das diferenças apontadas pela doutrina entre cessão e sub-

-rogação é que na cessão o cedente responde pela existência do crédito e na sub-rogação o sub-rogante não garante a existência do mesmo.

Teòricamente pode dizer-se que o sub-rogante não é obrigado a garantir a existência do crédito porque a transmissão do mesmo crédito vem por força da lei, mas se o crédito não existe não pode haver sub-rogação.

Para uma sub-rogação efectiva é preciso que haja um pagamento válido e se o crédito não existe o pagamento é reclamado. «Quando, por erro de facto ou de direito, nos termos dos art.^{os} 657.^o e segs., alguém pague o que realmente não deve, pode recobrar o que houver dado, ...», diz o art.^o 758.^o. Se o terceiro paga com o consentimento do devedor é porque o devedor erròneamente se supunha em dívida induzindo em erro o terceiro, dando-lhe o consentimento para pagar o que não deve. Se o terceiro é interessado em pagar uma dívida que não existe e realmente a paga é porque também está em erro e nos dois casos ao abrigo do art.^o 758.^o pode recobrar o que houver pago. Desaparecendo o pagamento não se pode falar em sub-rogação. O sub-rogado pode não garantir a existência do crédito, mas na realidade a existência do mesmo crédito é condição da sub-rogação enquanto é condição para que o pagamento seja válido.

A quem deve ser feito o pagamento :

Diz o art.^o 748.^o: «A prestação deve ser feita ao próprio credor, ou ao seu legítimo representante».

Pode ainda ser feita: a um procurador do credor com poderes bastantes; a um terceiro autorizado a exigir o pagamento ou pelo menos a recebê-lo, por estipulação do credor quer no próprio título constitutivo da dívida quer por estipulação posterior; a um terceiro nos casos em que a lei o determinar (n.^{os} 1.^o e 2.^o do art.^o 749.^o).

Como o pagamento feito a qualquer destas pessoas é válido — condição que se exige para a sub-rogação — a sub-rogação opera-se imediatamente.

Não se põe o problema da capacidade de disposição da pessoa que recebe o pagamento, porque a lei estabelecendo o trespasse do crédito de pleno direito na sub-rogação, supre a falta de capacidade de disposição necessária para efectuar o trespasse.

Se o pagamento é feito a um terceiro sem poderes bastantes para

o receber, a sub-rogação é possível, mas só a partir do momento em que o pagamento for coonestado pela ratificação do credor.

Do mesmo modo, se o pagamento é feito a um menor, em vez de ser feito ao seu representante legal, a sub-rogação também é possível se o terceiro que paga provar que o pagamento redundou em proveito do menor, porque neste caso o pagamento é válido. Inversamente, se o terceiro que paga não provar que o pagamento redundou em proveito do menor por este o ter dissipado, o pagamento não é válido e a sub-rogação não pode ter lugar.

Por quem deve ser feito o pagamento :

A sub-rogação dá-se a favor do terceiro que paga, por isso o pagamento com sub-rogação tem que ser feito por uma pessoa diferente do devedor, pois se o pagamento é feito por este a obrigação extingue-se e não se pode falar em sub-rogação mas em liberação.

Como consequência do pagamento feito por terceiro este deve ter um direito de regresso contra o devedor, pois o fim da sub-rogação é garantir esse direito de regresso ao terceiro. O terceiro que pode pagar não é um qualquer mas só um daqueles que vêm indicados na lei.

Ao exigir-se que o pagamento seja feito por pessoa diferente do devedor não deve ter-se em consideração a pessoa que materialmente realiza o pagamento. O terceiro podia pagar por mandato e com dinheiro do devedor e neste caso não pode pretender a sub-rogação, porque juridicamente quem paga é o devedor, e inversamente, pode o devedor ou outra pessoa qualquer ser mandatário do terceiro e realizar o pagamento, vindo a sub-rogação a favor deste, porque o devedor ou outra pessoa paga com dinheiro do terceiro e em seu nome. Por pagamento não deve entender-se só uma prestação em dinheiro, que é o seu sentido mais vulgar, mas também a prestação de coisas fungíveis ou não fungíveis, ou ainda a prestação de factos também fungíveis ou não.

Numa obrigação de *facere* fungível o pagamento tanto pode ser feito pelo devedor como por qualquer outra pessoa. Se o pagamento é feito por pessoa diversa do devedor, como o credor é plenamente satisfeito é possível a sub-rogação. No caso de *facere* não fungível parece-nos que a sub-rogação não é possível, apesar de

Merlo a págs. 131 do seu livro *Surrogazione per pagamento*, afirmar que é possível se o credor aceitar o pagamento. Nas obrigações não fungíveis a prestação tem que ser necessariamente realizada pelo devedor, visto que o credor só contratou em atenção às qualidades pessoais do devedor, ora, se o credor aceita a prestação de outrem, transforma automaticamente a obrigação de não fungível em fungível.

O terceiro que realiza o pagamento deve ter capacidade de disposição, porque o pagamento implica a passagem de propriedade ao credor. Se o pagamento é feito por um incapaz o pagamento é nulo e nula é a sub-rogação que dele deriva. No entanto é uma nulidade relativa que pode ser sanada, e se o for, pode haver sub-rogação, mas só a partir do momento em que o pagamento se torna válido.

Objecto do pagamento :

O credor não pode ser constrangido a receber coisa diversa daquilo que estava estabelecido na obrigação, mesmo que seja de maior valor. Se a prestação é de maior valor a sub-rogação só tem lugar até à concorrência do crédito permitido, porque a condição do devedor não pode ser agravada. Se a prestação é menor, a sub-rogação só tem lugar até ao valor do que foi prestado, porque não é permitido em sub-rogação que o terceiro viesse a lucrar a diferença, recebendo depois o crédito integralmente do devedor. Para que haja sub-rogação é necessário que o pagamento tenha eficácia extintiva para poder afastar o credor da obrigação e este só sai com a sua completa satisfação, não tendo cabimento a sub-rogação se por acaso o credor tivesse que sair por prescrição ou remissão, pois nestes casos faltava-lhe o pagamento como pressuposto.

Pode dar-se ainda a sub-rogação se o credor aceitar uma dação em pagamento, isto é, se o credor quer receber uma coisa em lugar e em pagamento duma soma em dinheiro ou de qualquer outra coisa que lhe é devida (Pothier).

Para a existência da sub-rogação é preciso que o credor esteja completamente satisfeito, não podendo dar-se por simples promessa de pagamento, porque a ser assim, teríamos dois credores do mesmo crédito.

O crédito, objecto da sub-rogação deve ser transmissível, líquido e exigível :

O crédito deve ser transmissível — Direito a alimentos e direito a indemnização a título de reparação pessoal.

Só os direitos de crédito são objecto da sub-rogação, e como a sub-rogação importa a passagem do crédito do credor ao terceiro que paga, o crédito deve ser transmissível. Em princípio todos os créditos são transmissíveis, mas alguns há, que são excepções, e não podem ser transmitidos por serem puramente pessoais ao credor, isto é, são constituídos em vista de certas pessoas — *intuitu personae* — com o fim único de satisfação de necessidades pessoais e que não têm razão de subsistir se mudar o seu titular. O art.º 703.º diz «os direitos e obrigações, resultantes dos contratos, podem ser transmitidos entre vivos ou por morte, salvo se esses direitos forem puramente pessoais, por sua natureza, por efeito do contrato ou por disposição da lei». Um exemplo seria o direito a alimentos por vínculo de parentesco (art.ºs 171.º e segs.). Se um dos sujeitos mudasse, o vínculo de parentesco desaparecia, e como o direito existe em consideração do vínculo de parentesco também já não podia subsistir.

Mas alguns autores, no direito a alimentos por vínculo de parentesco, distinguem o direito de estado do direito de crédito e ainda o crédito derivado de prestações pretéritas e o crédito derivado de prestações futuras.

O direito aos alimentos deriva do vínculo familiar que é inerente à posição que se tem dentro da família e que por sua natureza é intransmissível, mas o direito de estado, é diferente do direito de natureza patrimonial que daí pode surgir. Dizer que o direito aos alimentos é um direito de crédito particular, intransmissível, porque a qualidade de parente também é intransmissível, é confundir a causa com o efeito, o direito de estado com o direito de crédito. Feita esta distinção, o direito de crédito destacado do direito de estado, pessoal e intransmissível que lhe deu origem, considerado uma soma em dinheiro passa a ser um crédito comum, susceptível de ser transmitido. Nos direitos de crédito para efeitos de cessão ou de pagamento com sub-rogação não se toma em consideração o motivo por que existe o crédito. O crédito pode derivar dum contrato, duma indemnização de perdas e danos ou de outra causa qualquer. Uma vez que o crédito

se concretizou em si mesmo, não se deve atender se derivou dum vínculo familiar.

A diferença é mais nítida quando no direito aos alimentos o crédito tem lugar em relação a prestações pretéritas, já vencidas e em relação a prestações futuras. Quando as prestações estão vencidas, o credor tem um crédito contra o devedor que lhe devia ter fornecido os alimentos, que é idêntico a outro crédito qualquer, em que é possível ser satisfeito por terceiro com consentimento do devedor ou por um terceiro que o tivesse afiançado. Pomos de parte a hipótese do devedor não poder satisfazer por impossibilidade económica, porque neste caso o direito cessa.

O mesmo se passa em relação às prestações cujo prazo está em curso. Se são vários os obrigados a prestar alimentos e um deles paga a prestação por inteiro, tem direito de regresso contra os outros e à sub-rogação, porque não estamos já em presença dum direito de estado, mas dum direito de crédito que dele derivou e do que é bem distinto.

Quanto às prestações futuras um terceiro não pode pagar, porque o crédito objecto das pensões só nasce com o vencimento do prazo de cada pensão e ainda porque o conteúdo da pensão pode mudar «os alimentos serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los, e à necessidade daquele que houver de recebê-los» prescreve o art.º 178.º. Pode até o crédito nunca vir a existir em relação a prestações futuras, ou por morte do credor ou impossibilidade do devedor e assim não se pode transmitir um crédito inexistente.

Na hipótese de o conteúdo variar no sentido de quem presta os alimentos pagar menos do que pagava anteriormente, com a sub-rogação agravava-se a posição do devedor o que não é permitido.

Em relação às prestações futuras não pode haver sub-rogação por se dizer que o direito pessoal de estado é intransmissível, mas porque as razões práticas não permitem que se agrave a condição do devedor ou que se transmita uma coisa que não existe.

São também intransmissíveis por sua natureza os direitos de requerer uma indemnização a título de reparação pessoal. Também aqui é preciso distinguir o direito de crédito da sua causa. Depois de exercitada a acção de indemnização e desta ter sido favorável ao autor é que os créditos se tornam líquidos, e nesta segunda fase, depois de fazerem parte do património do autor, nada impede que

possam ser objecto de pagamento com sub-rogação. Na primeira fase não podem ser porque nessa altura não pode ter lugar o pagamento.

Créditos intransmissíveis :

Só não podem ser cedidos os direitos de crédito que não podem mudar de titular e, portanto, só esses é que não podem ser objecto de sub-rogação. Merlo indica como especiais direitos de crédito intransmissíveis: os dos menores e interditos de que o tutor não pode ser cessionário e os créditos litigiosos que não podem ser cedidos de qualquer forma a juízes singulares ou colectivos, nem a outras autoridades, se esses direitos ou créditos forem disputados nos limites em que elas exercerem as suas atribuições. Nestes casos é vedada a cessão, e ao contrário da doutrina geral, diz ser impossível a sub-rogação.

Quanto aos créditos dos menores e interditos de que o tutor não pode ser cessionário a nossa lei no n.º 3.º do art.º 244.º proíbe-o expressamente, mas permite a sub-rogação legal. «É absolutamente defeso ao tutor : tornar-se cessionário de direitos ou de créditos contra o seu pupilo excepto nos casos de sub-rogação legal». O legislador ao excepionar a sub-rogação legal refere-se ao n.º 1.º do art.º 779.º.

Mas quanto aos créditos litigiosos a lei nada diz, por isso vamos tentar a solução mais justa, isto é, se se deve admitir ou não a sub-rogação nesses créditos, em que os sub-rogados sejam os juízes, ou outras autoridades que exercem as suas funções nos limites onde os créditos são disputados.

Diz o art.º 785.º: «O credor pode transmitir a outrem o seu direito ao crédito, por título gratuito ou oneroso, independentemente de consentimento do devedor.

§ único—Mas, se os direitos ou créditos forem litigiosos, não poderão ser cedidos de qualquer forma a juízes singulares ou colectivos, nem a outras autoridades, se esses direitos ou créditos forem disputados nos limites em que elas exercerem as suas atribuições. A cessão feita com quebra do que fica disposto neste parágrafo será de direito nula».

O que deve entender-se por crédito litigioso vem expresso no art.º 788.º: «É tido como direito litigioso, para os efeitos declarados,

aquele que foi contestado na sua substância, em juízo contencioso, por algum interessado».

Guilherme Moreira justifica a restrição nos seguintes termos : são ordinariamente suspeitas as pessoas que adquirem créditos litigiosos, as quais especulam com os processos, obtendo por baixos preços os direitos contestados, o autor do Código entendeu que, em nome da moralidade e da decadência públicas, devia proibir aos juizes e autoridades que se entregassem a esse tráfico odioso.

Além disso parece-nos que os juizes e outras autoridades sendo interessados nos créditos litigiosos (cessionários) e que os mesmos sejam discutidos dentro dos limites em que exercem as suas atribuições, podiam ter grande influência sobre o resultado do litigio em que o crédito está em jogo, o que seria despresticioso para a justiça e levaria ao descrédito público.

Os que admitem a sub-rogação dos créditos litigiosos argumentam dizendo : apesar de haver grandes analogias entre a cessão e a sub-rogação, a norma que proíbe a cessão é excepcional e não pode ser susceptível de applicação fora dos casos taxativamente previstos.

Em contrário diz-se que, quando a lei proíbe a cessão quer significar que os créditos são intransmissíveis tanto por cessão como por sub-rogação. Isto não é applicar a lei a casos não previstos, mas a verdadeira interpretação da letra da lei, que ao falar de cessão quer referir-se ao trespasse do crédito e seria absurdo que só fosse proibida a cessão, uma vez que uma das razões que a proibiu entre outras é devida ao facto que o crédito litigioso não deve ser objecto do interesse de certas pessoas, e essa razão nada tem que ver com o modo como o trespasse se efectuou, se por cessão, se por sub-rogação, porque o que se pretende é que certas pessoas não sejam titulares desses créditos.

Um outro argumento neste sentido é de carácter histórico : a palavra cessão só pode significar trespasse, porque historicamente a sub-rogação era um *cessio legis* ou *cessio* necessária e presentemente muitos autores ainda consideram a sub-rogação uma cessão ou melhor, uma forma particular da cessão — entre outros defende esta posição o Prof. espanhol Diego Eduardo Espin da Universidade Central de Madrid num recente trabalho.

Pode ainda a favor da sub-rogação acrescentar-se que a lei o

que proíbe é o contrato de cessão de determinados créditos a certas pessoas e não a sub-rogação, porque esta não é um contrato, vem por força da lei.

Se o contrato de cessão é proibido a certas pessoas, não podem essas mesmas pessoas realizar um pagamento nas condições devidas da lei e que fiquem por esse motivo titulares desse crédito satisfeito? O pagamento não se pode evitar, mas como essas pessoas não podem ser titulares desses créditos o pagamento que realizam é puro e simples e não um pagamento com sub-rogação.

Se se admitisse a sub-rogação às pessoas em referência nos créditos litigiosos, para os quais a cessão é proibida, a fraude à lei que proíbe a cessão não só era possível mas também fácil, e por isso parece-nos que a solução mais justa é aquela que veda a sub-rogação de créditos litigiosos a juízes singulares ou colectivos ou a outras autoridades se esses direitos ou créditos forem disputados nos limites em que elas exercerem as suas atribuições.

Créditos que são transmissíveis por sua natureza mas que perdem a sua utilidade mudando de titular :

Vamos citar um exemplo destes créditos apresentado por Merlo — Um proprietário dum prédio rústico contrata com determinada pessoa para lhe ceifar um prado. A obrigação tanto pode ser cumprida pelo próprio devedor como por um terceiro, sem que o proprietário se possa opor, por não ter contratado tendo em vista a pessoa do devedor, sendo-lhe, portanto, indiferente o cumprimento feito por outrem (obrigação *facere fungível*). Cumprindo um terceiro a obrigação, pode ficar sub-rogado nos direitos do credor, simplesmente, não possui um prédio rústico para depois exigir a prestação do devedor. A sub-rogação é possível, mas perde o seu significado uma vez que o sub-rogado não pode exigir uma prestação diversa da devida.

Deve admitir-se logicamente, porque também daí podem advir efeitos práticos, pois o sub-rogado pode transigir e em vez de receber a prestação devida recebe o equivalente em dinheiro.

Em casos idênticos a este, o crédito é transmissível por natureza, mas mudando o seu titular perde a sua utilidade. Estes créditos podem ser objecto de sub-rogação, mas pelos seus caracteres e pelas especiais condições do credor, perdem a finalidade se o credor for

outro. Encontramos estes exemplos em algumas obrigações de *facere* fungível.

O crédito deve ser líquido e exigível :

Se o crédito é ilíquido o credor nem aceita nem pode exigir o pagamento enquanto não for determinado o seu objecto. Não tendo lugar o pagamento não há sub-rogação.

Se a obrigação existe sob condição suspensiva (cláusula por virtude da qual a eficácia do negócio é posta na dependência dum acontecimento futuro e incerto, por maneira que só verificado tal acontecimento é que o negócio produzirá os seus efeitos) enquanto a condição não se verificar, o devedor não tem que cumprir a prestação prometida, nem o credor pode exigi-la, e como não pode haver um pagamento válido, não pode dar-se a sub-rogação.

Se a obrigação é a termo é necessário saber se o termo é estabelecido a favor do credor ou do devedor. Se é a favor do credor, o pagamento não é exigível antes do vencimento e como só no momento do vencimento pode ser exigido, só nessa altura a sub-rogação pode ter lugar. Se é a favor do devedor (como é a regra) este não pode ser obrigado a pagar antes do vencimento, mas tem a faculdade de pagar em qualquer momento anterior ao vencimento. Um terceiro pode fazer o pagamento antes do vencimento, e neste caso, como o pagamento é válido a sub-rogação pode ter lugar. Aqui, apesar de haver sub-rogação, o termo persiste a favor do devedor, não podendo o sub-rogado, que entra nos direitos do credor, exigir do devedor o pagamento senão no vencimento.

Formalidades da sub-rogação :

Como a sub-rogação vem directamente da lei não são necessárias formalidades especiais para que possa ter lugar — em virtude da posição tomada em relação à parte final do n.º 2.º do art.º 779.º não o incluímos no nosso estudo das condições da sub-rogação.

O pressuposto da sub-rogação é um pagamento válido não sendo a quitação no geral necessária para a validade do pagamento embora possa ser um dos seus meios de prova.

Para que a sub-rogação tenha lugar não é preciso nem a quitação, nem alguma especial declaração, mas para o caso especial do art.º 780.º (sub-rogação *ex mutuo*) a lei exige que o empréstimo conste de título autêntico em que se mencione a destinação do dinheiro. Neste caso do art.º 780.º, se estas formalidades não forem observadas o pagamento não deixa de ser válido, simplesmente a sub-rogação não tem lugar.

A passagem de todas as garantias ao sub-rogado vêm de pleno direito e ainda aqui não são necessárias formalidades especiais, contudo, é prudente que nas garantias sujeitas a registo, como por exemplo, a hipoteca, se faça uma anotação à margem do registo em que se mencione a sub-rogação para evitar o cancelamento da hipoteca e para o sub-rogado ser informado de todos os procedimentos relativos ao imóvel sobre o qual recai a hipoteca.

Prova da sub-rogação :

Em virtude da sub-rogação vir por força da lei não necessita de nenhuma prova específica mas terá de provar-se a existência das condições exigidas na lei, nomeadamente o pagamento. O pagamento geralmente prova-se por meio do documento de quitação para a qual a lei exige forma especial no § único do art.º 1.534.º. O pagante quando a lei lho permitir poderá ainda servir-se doutros meios de prova para demonstrar que o credor foi satisfeito como, por exemplo, a prova testemunhal.

Se o pagamento é forçado — consignação em depósito — tem que se seguir os trâmites do respectivo processo de consignação e para a sua prova basta a exibição dos respectivos documentos. Se o credor é satisfeito com uma *datio in solutum*, como é necessário o consentimento do credor, estamos em face dum contrato para prestar uma coisa diversa do devido, e por isso o que tem de se provar já não é o pagamento mas o contrato.

Em conclusão : as provas do pagamento serão as provas da sub-rogação e se for uma dação em pagamento terão de ser observadas as formas de prova dos contratos.

CAPÍTULO IV

EFEITOS GERAIS DA SUB-ROGAÇÃO

Direitos que passam do sub-rogante ao sub-rogado :

«O sub-rogado pode exercer todos os direitos que competem ao credor, tanto contra o devedor como contra os seus fiadores» art.º 781.º.

Por disposição deste artigo claramente se vê que o direito do que paga (sub-rogado) é precisamente o mesmo que pertencia ao credor antes de ser satisfeito e sem alguma limitação — «todos os direitos». Os direitos do sub-rogado não podem ser outros senão os que pertenciam ao credor pago.

Mas seguindo caminho diverso, isto é, sem partirmos da lei chegá-riamos à mesma conclusão.

Se o pagamento não extingue a obrigação e o que muda é a pessoa do credor, é lógico que o direito do sub-rogado mantenha as mesmas características. Aquele que paga o débito de outro por razões de justiça e de equidade deve encontrar-se na mesma posição do credor para melhor garantia do seu direito de regresso. O credor plenamente satisfeito não tem mais algum interesse no crédito e, portanto, não aparece nenhuma razão para que não se opere o trespassse. Teòricamente pode ser difícil explicar a sub-rogação à base dos conceitos mas apesar disso não há necessidade de criar um novo direito com o mesmo conteúdo e com os mesmos caracteres que o primeiro, pois subsistindo o existente tudo é mais fácil, prático e rápido.

Do mesmo art.º 781.º deduz-se que a sub-rogação não vem só em relação ao direito adquirido mas a todos os direitos relativos a ele.

Compreende-se que o sub-rogado deve ter todos os direitos do credor precedente, porque deve ser protegido no exercício do seu direito. Assim, no caso do art.º 901.º «quando, por qualquer motivo, a hipoteca se torne insuficiente para segurança da obrigação contraída, o credor tem o direito de exigir que o devedor a reforce; e, não o fazendo este, pode o credor pedir o inteiro pagamento da dívida, como se estivesse vencida», o mesmo direito assiste ao sub-rogado.

Do mesmo modo se a hipoteca ainda não foi registada a favor do

sub-rogante, pode o sub-rogado registá-la, pois se substitui o sub-rogante em todos os seus direitos, tanto reais como pessoais, não só substitui no direito à hipoteca, mas também no direito de a registar. O sub-rogado além de entrar em todos os direitos do sub-rogante entra ainda nos direitos a estes ligados: pode lançar mão da acção pauliana pois vendo-se prejudicado voluntariamente pelo devedor, defende-se com o mesmo direito com que se defenderia o credor antecedente nas mesmas circunstâncias.

O sub-rogado substitui o sub-rogante na acção processual. Se o sub-rogante podia executar o devedor com base num título executivo, o mesmo direito tem o sub-rogado e se por acaso o sub-rogante já tivesse iniciado o processo de execução o sub-rogado pode continuá-lo.

Efeitos da sub-rogação quanto aos frutos :

Se o crédito satisfeito não produzia frutos o sub-rogado também não pode pretendê-los.

Isto explica-se do seguinte modo: o sub-rogado não pode pretender mais do que aquilo que desembolsou e por isso os seus interesses ficam circunscritos aos do sub-rogante. Não tendo o sub-rogante esses interesses, o sub-rogado também não pode tê-los. Além disso, o sub-rogado exercendo todos os direitos que pertencem ao credor não pode exercer um direito que o credor não tinha. Se o credor não tinha direito aos frutos por qualquer motivo também o sub-rogado não pode ter esse direito.

Por outro lado, se o crédito produz frutos o sub-rogado só pode receber os que se vencerem depois de ficar titular do crédito, não podendo receber os vencidos não pagos. Estes pertencem ao sub-rogante, porque o direito aos mesmos separou-se do crédito e se no momento da sub-rogação o credor tem direito a recebê-los, e a sub-rogação vem em todos os direitos do credor em virtude do pagamento realizado, o terceiro ao pagar, paga somente o crédito principal e não o crédito em relação aos frutos vencidos que é já um crédito diferente.

Passagem das garantias :

Com a sub-rogação transmitem-se ao sub-rogado todas as garantias tanto reais como pessoais.

O fim mais importante da sub-rogação é o trespasse das garantias e de tal modo que alguns autores criaram uma teoria da sub-rogação, afirmando que esta consiste só no seu trespasse.

O direito do credor satisfeito sem as garantias não teria algum valor para o que pagava, porque não era mais do que um regresso a que sempre tinha direito.

Do art.º 781.º vê-se que os direitos do sub-rogado não só se estendem contra o devedor mas também contra terceiros que por algum modo tivessem garantido o crédito. Deve fazer-se uma interpretação declarativa do mesmo artigo, porque a lei fala em fiadores apenas a título exemplificativo por ser a garantia mais usual, quando um terceiro garante uma obrigação contraída por outrem.

Passagem das excepções :

Assim como passa ao sub-rogado o direito com todas as vantagens, do mesmo modo, devem-lhe ser oponíveis as excepções que se podiam deduzir contra o sub-rogado.

Nessas excepções há conveniência em distinguir entre excepções reais, inerentes ao crédito ou à coisa objecto desse crédito, das excepções pessoais, que existem em relação à pessoa do credor, porque Windscheid, ao contrário da doutrina geral, afirma que só as primeiras se podem opor ao sub-rogado. Com a mudança do credor — diz Windscheid — extinguem-se as excepções pessoais, como a excepção de incompetência fundada sobre a pessoa do credor, inversamente as excepções reais acompanham o crédito.

Parece-nos que tanto as excepções reais como as pessoais são oponíveis.

As excepções pessoais também são oponíveis ao sub-rogado porque podem decidir da existência ou da não existência do crédito. O devedor, de boa fé, pode não ter conhecimento da passagem legal do crédito e se a excepção se extinguisse com a mudança do credor ficaria o devedor prejudicado por não poder excepcionar o crédito.

Não é necessário que a excepção exista, basta que seja fundada no momento da sub-rogação. Por exemplo: se o direito existia sob condição resolutiva (cláusula por virtude da qual, o negócio começa a produzir os seus efeitos, mas estes dissolvem-se, deixam de produzir-se, são destruídos retroactivamente se o evento condicionante se verifica) e este só se verifica depois da sub-rogação, a excepção é oponível ao sub-rogado e não podia ser oposta ao sub-rogante porque o evento ainda não se tinha verificado. O crédito no seu património já existia em condições de ser sujeito à excepção e assim se transmitiu ao sub-rogado.

Poderá o devedor evocar a prescrição quando há sub-rogação num crédito? Por outras palavras: a sub-rogação interromperá a prescrição?

Suponhamos o seguinte caso: uma obrigação tornou-se exigível; claro que a partir desse momento a prescrição começa a contar-se a favor do devedor. O credor não exercita o seu direito, toma uma atitude de passividade ou indiferença em relação ao crédito, mas o fiador da mesma obrigação resolve efectuar o pagamento e fica sub-rogado nos direitos do credor.

Neste caso a sub-rogação não interrompe a prescrição. O devedor pode aproveitar o tempo decorrido até à sub-rogação, isto é, quando a titularidade do crédito pertencia ao sub-rogante, e adicional ao tempo que decorrer durante a titularidade do sub-rogado porque da parte da pessoa a favor de quem está a correr a prescrição (devedor) não há nenhum acto que importe o reconhecimento do direito do credor.

Mas há casos em que a sub-rogação interrompe a prescrição porque importa o reconhecimento do direito do credor. Assim, quando a sub-rogação vem por força dos art.ºs 778.º e 780.º interrompe a prescrição porque importa da parte do devedor o reconhecimento do direito do credor ou por consentir no pagamento feito por terceiro (art.º 778.º) ou por ele próprio o realizar (art.º 780.º). Do mesmo modo quando um co-obrigado fica sub-rogado nos direitos do credor, a sub-rogação interrompe a prescrição que estiver a correr a favor de qualquer um dos outros co-obrigados (art.º 554.º).

O que interrompe a prescrição, melhor dizendo, é o reconhecimento do débito, que não é senão a causa ocasional da sub-rogação.

Os direitos que passam ao sub-rogado são os que existem no momento da sub-rogação :

Para estabelecer a extensão dos direitos que passam do sub-rogante ao sub-rogado, deve atender-se ao momento em que se opera a sub-rogação. Esta vem por meio do pagamento com a plena satisfação do credor e assim não se pode referir a outros direitos que não sejam aos que o credor possui nesse momento. Se o credor depois de surgir o seu crédito, mas antes do pagamento com sub-rogação, obtiver mais alguns direitos (por exemplo, uma hipoteca) estes passarão ao sub-rogado, porque a sub-rogação vem em todos os direitos do credor satisfeito.

Do mesmo modo, se algum direito se extingue antes da sub-rogação por o credor ter renunciado a esse direito, não pode transferir-se ao sub-rogado por já não existir no momento da sub-rogação.

Parece-nos, contudo, que o art.º 839.º é uma excepção a este princípio: «O fiador que pagou ao credor fica sub-rogado em todos os direitos que o mesmo credor tinha contra o devedor». A excepção, digo, explicação desta excepção só pode consistir no facto do fiador ter assumido a obrigação subsidiária em vista das garantias originárias do mesmo crédito, não devendo a sua expectativa ser frustrada por factos independentes à sua vontade, se por acaso alguma dessas garantias se extingue por renúncia do credor.

Função e limites da sub-rogação :

A sub-rogação só tem lugar quando o terceiro que paga o débito de outro tem o direito de regresso, isto é, o direito ao reembolso do que houver pago.

Aparece, assim, a sub-rogação, como uma garantia para realizar esse direito de regresso, como um meio mais enérgico concedido pelo legislador ao que paga para ser reembolsado. Se não existisse o direito de regresso a favor do que paga o débito de outro, a sub-rogação não teria razão de existir. Em consequência disto, o terceiro que paga só fica sub-rogado na medida do direito de regresso que lhe compete. Quando o devedor solidário paga a dívida por inteiro só pode exercer a acção de regresso contra os co-obrigados pela parte de cada um, embora o credor pudesse receber por inteiro de qualquer deles. Por

aqui claramente se vê que, quando o direito de regresso do sub-rogado é diverso do direito do credor, a sub-rogação é limitada ao direito pertencente ao sub-rogado.

Quando por disposição da lei o terceiro fica sub-rogado nos direitos do credor, passam a seu favor as garantias que acompanham o crédito, se por acaso existem, mas esta aquisição em virtude da sub-rogação não representa mais do que um meio ulterior, auxiliar e instrumental, que não existe no simples direito de regresso e que serve para fazer valer e melhor garantir o direito ao reembolso.

O sub-rogado adquire o crédito satisfeito com todos os direitos que o acompanham, com o fim de servir-se dele para recuperar o pagamento por ele feito e nada mais, ficando, portanto, limitado ao seu direito de regresso.

Inferese daqui um princípio fundamental que rege os efeitos da sub-rogação — esta vem só até à concorrência do direito de regresso do terceiro que pagou, ou por outras palavras, o sub-rogado não pode pretender outra coisa do devedor senão o que efectivamente por ele desembolsou.

Este princípio não é um limite aos efeitos da sub-rogação, mas um limite à própria sub-rogação.

O benefício da sub-rogação é renunciável :

O terceiro que paga e que por força da lei fica sub-rogado nos direitos do credor pode renunciar ao benefício que a lei lhe concede. As normas da sub-rogação não são de interesse e ordem pública, permitindo consequentemente ao destinatário dessas normas renunciar aos seus efeitos.

Em princípio cada um pode renunciar a um direito próprio, mas este princípio sofre limitações quando essa renúncia prejudique terceiros. É pois necessário verificar se com a renúncia do terceiro que paga à sub-rogação alguém sofrerá prejuízos. *Prima facie* parece que não e até pelo contrário parece trazer vantagens: ao credor é indiferente porque uma vez pago não tem mais interesse no crédito e tanto lhe importa que ele se extinga como se transmita ao sub-rogado; ao devedor traz-lhe vantagens porque o simples direito de regresso é menos enérgico que o próprio direito do credor; aos garantes a renúncia só os favorece por se verem libertos das suas obrigações.

Uma convenção entre o terceiro que paga e o credor ou o devedor em que o primeiro renuncia à sub-rogação deve ter plena eficácia.

Porém, há casos em que a renúncia prejudica terceiros e nesses casos os prejudicados podem impugná-la. Assim, por exemplo, os credores do sub-rogado renunciante, quando a renúncia é feita com o intuito de os prejudicar podem valer-se da acção pauliana. Do mesmo modo havendo várias garantias pelo mesmo crédito se por convenção entre o sub-rogado e o credor aquele renuncia a alguma dessas garantias, essa renúncia vem prejudicar os restantes garantes, os quais têm interesse que todos participem na responsabilidade do crédito.

O art.º 853.º expressamente protege os interesses desses terceiros que garantem o crédito ao prescrever que «Os fiadores ainda que solidários, ficarão desonerados da sua obrigação, se, por algum facto do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos, privilégios e hipotecas do mesmo credor».

Sub-rogação parcial :

O terceiro que paga pode realizar um pagamento total extinguindo-se completamente a obrigação em relação ao credor primitivo (sub-rogação total), ou realizar um pagamento parcial, isto é, somente paga uma parte da dívida, ficando o devedor simultaneamente obrigado para com ele nessa parte (sub-rogação parcial) e com o credor originário na parte em que não foi pago.

O art.º 783.º prescreve que «não pode dar-se sub-rogação parcial em dívidas, cuja solução é indivisível» e como não distingue, deve entender-se que a indivisibilidade tanto pode ser natural como convencional. Quando a sub-rogação é parcial, como sub-rogante e sub-rogado, são ao mesmo tempo credores cada um da sua parte no mesmo crédito, pode surgir um conflito entre eles, se por exemplo, se trata de um crédito hipotecário e da venda do imóvel resulta uma soma insuficiente para a satisfação total do crédito.

Deve haver rateio entre sub-rogante e sub-rogado ou algum deles deve ser pago de preferência ao outro?

O art.º 782.º resolve o problema dizendo que «o credor que só foi pago em parte, pode exercer os seus direitos, com preferência ao sub-rogado, pelo resto da dívida».

O nosso Código ao dar preferência ao sub-rogante segue o Código Civil francês que no art.º 1.252.º adopta tal solução baseada na máxima *nemo contra se subrogasse consetur*—o credor parcialmente pago não admitiria a sub-rogação quando esta o prejudicasse.

O § único do art.º 782.º acrescenta que «esta preferência, porém, compete unicamente aos credores originários, ou aos seus cessionários e não a qualquer outro sub-rogado».

Havendo vários sub-rogados parciais, isto é, sendo o pagamento feito por vários indivíduos, diz o art.º 784.º que «o pagamento aos sub-rogados em diversas porções do mesmo crédito, não podendo ser todos pagos ao mesmo tempo, será feito pela ordem sucessiva das diversas sub-rogações».

Na sub-rogação parcial, o Código Civil italiano, não dá preferência ao sub-rogante em relação ao sub-rogado parcial, antes os equipara nos seus direitos.

Suponhamos que um credor hipotecário de 20.000\$00 recebeu um pagamento parcial com sub-rogação de 10.000\$00. O devedor é insolvente e procede-se à venda do imóvel que rende 10.000\$00.

Segundo o art.º 782.º estes 10.000\$00 iriam para o sub-rogante, nada recebendo o sub-rogado que suporta assim o prejuízo de 10.000\$00 desembolsados. Segundo o Código italiano haveria rateio entre o sub-rogante e o sub-rogado parcial, recebendo cada um 5.000\$00. O sub-rogante receberia na totalidade 15.000\$00 e o sub-rogado parcial 5.000\$00 suportando ambos um prejuízo igual de 5.000\$00.

Partindo do princípio que o credor aceita o pagamento parcial, parece-nos ser esta solução mais justa do que a do nosso Código, além de que, admitindo-se a sub-rogação parcial nestes moldes mais facilmente se encontra um terceiro que pague parte da dívida de outrem ou que empreste dinheiro ao devedor para ele próprio satisfazer parte do seu débito.