

## SUBSIDIARIEDADE DA ACÇÃO SOCIAL *UT SINGULI*

*1. Responsabilidade civil dos administradores e gerentes 2. A acção social 3. O interesse que subjaz à admissibilidade de um sócio ou um conjunto de sócios demandarem os gerentes ou administradores 4. A acção sub-rogatória do credor ao devedor e a acção social ut singuli 5. A substituição na acção social ut singuli 6. Substituição imprópria e litisconsórcio 7. A subsidiariedade da acção social ut singuli 8. Estrutura da acção – posição processual do devedor na verificação dos pressupostos da acção sub-rogatória e na questão de mérito; e da sociedade, na acção social ut singuli; distinção entre o incidente para essa verificação e o previsto no nº 5 do artigo 77º do Código das Sociedades Comerciais.*

### **1. Responsabilidade civil dos administradores e gerentes**

A abordagem do tema a versar passará necessariamente por uma breve referência aos traços gerais da conformação legal da responsabilidade civil dos gestores das sociedades.

A sua disciplina consta do capítulo VII da Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais, nos artigos 71º a 84º,<sup>1</sup> sob a epígrafe “responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade”.<sup>2</sup>

A relação jurídica que tipicamente se visa é a que se estabelece entre os gerentes ou administradores e a sociedade, *maxime* no que toca aos deveres de cuidado e de lealdade que aqueles assumem perante esta, como genericamente se prevê no artigo 64º.

---

<sup>1</sup> Todos os artigos que, ao longo desta exposição, forem reportados sem qualquer outra menção serão relativos ao Código das Sociedades Comerciais.

<sup>2</sup> O capítulo da responsabilidade civil dos administradores (artigos 71º a 84º) do actual Código das Sociedades Comerciais transitou, com alterações de pormenor, dos artigos 17º a 28º do Decreto-Lei nº 49.381, de 15 de Novembro de 1969 - Regime de Fiscalização das Sociedades Anónimas –, preceitos onde era regulada a responsabilidade civil dos administradores e das entidades fiscalizadoras.

No lado passivo dessa relação, estão naturalmente e em via principal os gerentes ou administradores da sociedade (artigo 72º). A responsabilidade perante esta pode porém ser estendida a outros, em regime de solidariedade com aqueles: fundadores (artigo 71º); membros de órgãos de fiscalização (artigos 64º, nº 2, e 81º, nº 2); revisores oficiais de contas (artigo 82º, nº 1); sócios (artigos 83º e 84º). Por outro lado, como não poderia deixar de ser, essa responsabilidade abrange genericamente todo aquele a quem sejam confiadas funções de administração (artigo 80º).

No lado activo, teremos a sociedade (artigo 72º). A responsabilidade dos gerentes e administradores também existe para com os credores sociais (artigo 78º, nº 1) ou sócios e terceiros (artigo 79º). Situando-se esta tipicamente na área da responsabilidade delitual. Ao contrário da perante a sociedade, que tem origem na preterição de deveres legais ou contratuais conexos com a administração, revestindo uma feição predominantemente obrigacional.<sup>3 4</sup> Veja-se, aliás, a identidade do regime do nº 1, *in fine*, do artigo 72º com o do preceito do nº 1 do artigo 799º do Código Civil, no que

---

<sup>3</sup> Sobre o tema, *Raúl Ventura e Brito Correia* - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS E DOS GERENTES DAS SOCIEDADES POR QUOTAS - Separatas do BMJ nºs 192 a 195, mais concretamente nos BMJ nºs 194, págs 86 a 92, e 195, pág. 33. Ver ainda *J.M. Coutinho de Abreu/Maria Elisabete Ramos*, CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS EM COMENTÁRIO, anotação ao artigo 72º, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 882 e 883. Bem como o CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS ANOTADO, com a coordenação de *António Meneses Cordeiro*, Almedina, 2009, pág. 266.

<sup>4</sup> No acórdão do STJ de 31 de Março de 2011 (Serra Batista), *in* dgsi.pt, frisa-se que “para que o administrador seja civilmente responsável para com a sociedade é necessário que o acto por ele cometido seja considerado pelo direito como ilícito, aqui se abrangendo tanto a ilicitude civil obrigacional, como a ilicitude delitual, sendo, em princípio, ilícito o acto (ou a omissão) que se traduza na inexecução do dever geral a que está vinculado o agente (responsabilidade extracontratual) ou de uma obrigação (responsabilidade contratual)”.

concerne à presunção de culpa dos gerentes ou administradores que faltam ao cumprimento dos deveres legais ou contratuais.<sup>5</sup>

## 2. A acção social

Na compreensão do artigo 72º, a acção social é assim a acção da sociedade contra o gerente ou administrador, visando responsabilizar este perante aquela por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais.

Esta acção social pode ser exercida *ut universi*, quando é intentada pela própria sociedade, sendo o procedimento normal para obter o ressarcimento dos danos causados à sociedade, verificados os pressupostos da responsabilidade dos administradores. Depende de deliberação dos sócios, por maioria simples, devendo ser proposta no prazo de seis meses a contar daquela, como estipulado no artigo 75º, nº 1.<sup>6</sup>

A acção social pode também ser intentada *ut singuli*. Por um ou vários sócios que possuam pelo menos 5% do capital, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado – artigo 77º, nº 1, 2ª parte. Anote-se que os sócios agem para a sociedade, mas em nome próprio e não em representação dela.

Através da acção sub-rogatória dos credores sociais, podem ainda estes intentar essa acção social contra os gerentes ou administradores, sempre que a sociedade ou os sócios o não façam, nos termos dos artigos 606º a 609º do Código Civil – artigo 78º, nº 2. Difere da acção prevista no nº 1 do

---

<sup>5</sup> António Meneses Cordeiro, DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES COMERCIAIS, Lex, Lisboa, 1997, de págs. 493 a 497, faz uma análise sintética, mas pormenorizada, da feição da responsabilidade versada nestes preceitos.

<sup>6</sup> Não confundir este prazo com o de prescrição do direito, que é de 5 anos, com previsto no nº 1 do artigo 174º. O decurso do prazo de 6 meses após a deliberação apenas fará caducar esta, exigindo nova deliberação, não influenciando todavia aquele direito. Como se verá adiante, também consubstanciará a verificação de um dos pressupostos que permitirão a propositura da acção social pelos sócios (*ut singuli*), regulada no artigo 77º.

mesmo artigo, que visa o ressarcimento de prejuízo decorrente de violação de normas que protegem os credores e não o desrespeito de deveres legais ou contratuais para com a sociedade.

### **3. O interesse que subjaz à admissibilidade de um sócio ou um conjunto de sócios demandarem os gerentes ou administradores**

A possibilidade de o accionamento da responsabilidade perante a sociedade dos gerentes e administradores ser deferido a um sócio ou a uma minoria social é compreensível válvula de escape contra eventual inércia da sociedade, mais natural naquelas em que o capital se encontra disperso, ou até contra o possível encobrimento de conduta lesiva daqueles por parte de sócios dominantes que, por razões de vária ordem, possam não ter interesse em demandá-los. Seja porque os interesses prosseguidos pelos administradores, embora contrários aos da sociedade, correspondam aos dessa facção preponderante. Seja porque os próprios prevaricadores tenham uma influência que lhes permita controlar as decisões dos sócios. Seja quiçá para declinar sentimento de culpa pela nomeação desses administradores. Seja por simples afinidade com eles, em resultado de relações pessoais estreitas.<sup>7 8</sup>

A análise de tal fenómeno não constitui, todavia, o cerne desta exposição, que se cingirá mais à forma como na ordem jurídica portuguesa foi conformada a possibilidade e o *modus* da referida intervenção.

---

<sup>7</sup> Maria de Fátima Ribeiro, in A FUNÇÃO DA ACÇÃO SOCIAL *UT SINGULI* E A SUA SUBSIDIARIEDADE, Direito das Sociedades em Revista, Ano 3, Vol. 6, a fls 156 e seguintes, traça as linhas gerais da sua etiologia, fazendo um bosquejo histórico-comparativo das diversas formas como a mesma foi consagrada, tanto na ordem jurídica portuguesa como no direito comparado.

<sup>8</sup> Sobre a existência, natureza e regime da acção social *ut singuli* no direito português, antes do Decreto-Lei nº 49.381, de 15 de Novembro de 1969, Raúl Ventura e Brito Correia, ob. cit., BMJ nº 193, págs 154 a 158.

#### 4. A acção sub-rogatória do credor ao devedor e a acção social *ut singuli*

O arquétipo com base no qual o legislador delineou o regime da acção social *ut singuli* foi inequivocamente o da acção sub-rogatória prevista nos artigos 606º a 609º do Código Civil. Pelo que intentaremos uma maior aproximação a esta figura, com ela cotejando a referida acção social.

A faculdade de sub-rogação do credor ao devedor, exercendo contra terceiro os direitos patrimoniais deste, está expressamente contemplada no artigo 606º do Código Civil.<sup>9</sup>

A primeira nota que cumpre realçar no respectivo regime é a de que o credor age no exercício de um direito do devedor, substituindo-o. Tal *substituição é imprópria* (indirecta ou oblíqua). Na verdade, visando o regresso ao (ou ingresso no) património do devedor de bens, em proveito de todos os credores e do próprio devedor (artigo 609º do Código Civil), não se prescinde da intervenção do titular do direito, cuja citação é necessária, nos termos do artigo 608º do Código Civil.<sup>10</sup>

Intimamente ligada àquela característica está a da *subsidiariedade*. “Sempre que o devedor o não faça”, exige o nº 1 do referido artigo 606º. Só é legítimo ao credor substituir o devedor se este tiver deixado de agir.

O artigo 78º do Código das Sociedades Comerciais remete expressamente para tal regime, no seu nº 2, quanto à responsabilidade dos gerentes ou administradores para com os credores sociais - «sempre que a

---

<sup>9</sup> Como refere *Antunes Varela*, DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL, Vol. II, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, pág. 425, a “faculdade que assiste ao credor de se substituir ao devedor no exercício de certos direitos capazes de aumentarem o activo, diminuir o passivo ou impedirem uma perda do activo do património do obrigado”.

<sup>10</sup> No que se diferencia da sub-rogação directa, na qual o credor reclama directamente para si o direito do seu devedor perante terceiro, não ingressando este no património do devedor nem podendo este ou qualquer outro credor de tal beneficiar. Esta última não tem previsão legal genérica. Um exemplo de sub-rogação directa colhe-se no artigo 794º do Código Civil – *commodum* de representação.

sociedade ou os sócios o não façam, os credores sociais podem exercer, nos termos dos artigos 606º a 609º do Código Civil, o direito de indemnização de que a sociedade seja titular».

Veja-se que o nexo de subsidiariedade está alargado – “a sociedade ou os sócios o não façam”. E isto porque se teve em conta o disposto no artigo 77º.

Com o que revertermos para a acção social *ut singuli*, cujo regime consta deste preceito - «... podem um ou vários sócios que possuam, pelo menos, 5% do capital social, ou 2% no caso de sociedade emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado, propor acção social de responsabilidade contra gerentes ou administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado».

As marcas essenciais da acção sub-rogatória, substituição imprópria e subsidiariedade, continuam a verificar-se. Se dúvidas houvesse, quanto à substituição, ficariam desfeitas, com a previsão expressa, no nº 4 do preceito, da obrigatoriedade de chamamento à acção da sociedade, por intermédio dos seus representantes.<sup>11 12</sup>

### **5. A substituição na acção social *ut singuli***

Como constatámos, e dado o disposto nos nºs 1 e 4 do artigo 77º do Código das Sociedades Comerciais, depara-se-nos na acção social *ut singuli* a figura da substituição imprópria – o autor substitui-se ao titular do direito, que é todavía chamado à acção.

---

<sup>11</sup> No acórdão do STJ de 18.12.2008 (Salvador da Costa), *in* dgsi.pt, em que se versa uma acção social *ut singuli*, reporta-se esta como assumindo estrutura sub-rogatória oblíqua.

<sup>12</sup> Raúl Ventura e Brito Correia, *ob. cit.*, BMJ nº 195, págs 51 a 56, sustentam que a acção *ut singuli* é uma verdadeira acção sub-rogatória.

A opção do legislador não teria de ser necessariamente esta.<sup>13</sup> <sup>14</sup> E supomos que até não terá sido a mais feliz. Como passamos a expor.

A sensibilidade aos problemas decorrentes da proximidade entre a administração da sociedade e os que decidem dos destinos desta, para resolver a questão da possível e indesejável promiscuidade que daí pudesse advir no que concerne à representação da sociedade na acção de responsabilização dos gerentes ou administradores, levou a que no Código das Sociedades Comerciais fossem tomadas várias medidas. Sancionou-se com nulidade qualquer cláusula que estabelecesse que a responsabilização daqueles dependesse de prévia deliberação (artigo 74º). Exigiu-se que a propositura da acção fosse deliberada em assembleia, fixando-se prazo para a mesma e possibilidade de nomeação de representantes especiais, caso a deliberação fosse positiva e excluindo dessa deliberação os visados (artigo 75º). Previu-se a acção *ut singuli*, pela qual o sócio (ou conjunto de sócios) pode subsidiariamente propor tal acção (artigo 77º).

Como bem se apreende e já frisámos, quanto a este último ponto, a opção legislativa foi clara, no sentido de aplicar o regime da sub-rogação do credor ao devedor à intervenção dos sócios no exercício da acção social de responsabilização dos administradores. Os quais intervêm em nome próprio, embora exercendo um direito da sociedade (substituição processual). A sociedade é parte principal necessária, ao lado do autor (nº 4 do artigo 77º).

Há, no entanto uma diferença fulcral nas duas hipóteses, que terá sido menosprezada. Que é a de que, enquanto o interesse do credor (satisfação

---

<sup>13</sup> Como já atrás anotámos, originariamente com o Decreto-Lei nº 49.381, de 15 de Novembro de 1969 - Regime de Fiscalização das Sociedades Anónimas, correspondendo os actuais artigos 74º a 78º do Código das Sociedades Comerciais aos artigos 19º a 23º daquele diploma.

<sup>14</sup> Mais consentâneo com o tipo de questão que se pretende dirimir, seria quiçá o admitir-se a possibilidade (se necessário, sancionada por decisão judicial) de o sócio minoritário representar exclusivamente a sociedade nessa acção, mediante certos condicionalismos.

do seu crédito) é autónomo do do devedor, o do sócio identifica-se com o da sociedade. Aquele substitui-se ao devedor, para cuidar de um interesse seu. Já o sócio não se substitui verdadeiramente à sociedade, apenas pretendendo participar em via principal na definição dos interesses desta, quando aqueles a quem tal compete não zelem devidamente por eles. O que aqui se versa é uma questão de representação e de oportunidade de actuação, que não de substituição.<sup>15</sup>

Na verdade, tudo se passa a nível interno. Não se trata da tutela de um interesse reflexo ou indirecto do sócio ou de sócios minoritários, mas sim da possibilidade que a estes é conferida de participarem na definição de como a sociedade deva agir, na defesa dos interesses desta, quando os mesmos não sejam devidamente prosseguidos pelos seus naturais representantes. Assim, o que justifica a admissão de tal possibilidade é ainda (e sempre) o interesse da sociedade. Pelo que, repetimos, a questão que se suscita não é de substituição mas tão só de representação e de oportunidade de acção.

Ora, o legislador, para resolver esse problema de representação e de oportunidade, lançou mão do instituto da sub-rogação, erigindo os sócios em parte, por apelo a um seu pretenso interesse reflexo decorrente da qualidade de sócios. Não atentando em que o interesse destes só se pode identificar com o da sociedade.

Mais optando pela consequente exigência de chamamento à acção da sociedade, por intermédio dos seus normais representantes. O que resulta também anómalo. Pois a sociedade fica duplamente representada na acção – pelos normais representantes e pelos sócios. Na verdade, como visto, estes não têm interesse diverso do da sociedade e agem, portanto, no exclusivo interesse da mesma.

---

<sup>15</sup> Distinguindo as figuras da substituição processual e da representação, *Anselmo de Castro*, DIREITO PROCESSUAL CIVIL DECLARATÓRIO, Almedina, Coimbra, Vol. II, pág. 197.



Além do mais, como adiante mais bem se esclarecerá, na análise da subsidiariedade como pressuposto da acção social *ut singuli*, fazem-se intervir na acção, em representação da sociedade, aqueles que já se manifestaram (expressa ou tacitamente) no sentido de não pretenderem que a sociedade exerça o direito accionado.

Estas considerações não se destinam a uma defesa *de jure condendo* de novas soluções legais mas tão só a uma mais segura e coerente interpretação de certas normas, cuja ambiguidade resulta da opção do legislador que se vem de criticar.

## **6. Substituição imprópria e litisconsórcio**

Como já supra se expôs, o que caracteriza a figura da substituição é o exercício de um direito por parte de quem não é o seu titular.

Tal peculiaridade contende com o princípio geral que estrutura o conceito de legitimidade processual, aliás consagrado no nº 3 do artigo 26º do Código de Processo Civil, de que «são considerados titulares do interesse relevante para efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida». Em tal qualidade se concretizando, assim, os interesses em demandar e contradizer, conexos com a utilidade ou prejuízo que advenha da procedência da acção, tal como apresentados nos nº 1 e 2 do mesmo artigo.

Ressalva todavia aquele nº 3 que tal assim só será, «na falta de indicação da lei em contrário». Admitindo-se, portanto, a possibilidade de a legitimidade não decorrer da titularidade da relação material controvertida mas sim de uma disposição legal.<sup>16</sup>

Caso típico de legitimidade conferida por lei e não decorrente dessa titularidade será o da substituição do credor ao devedor, sub-rogação prevista nos artigos 606º a 609º do Código Civil. Bem como da operada

---

<sup>16</sup> *Anselmo de Castro*, ob. cit., Vol. II, págs. 200 a 202. *João Castro Mendes*, DIREITO PROCESSUAL CIVIL, Associação Académica, Lisboa, 1980, Vol. II, págs. 225 a 227.

pelos sócios relativamente à sociedade, na acção social *ut singuli*, regulada no artigo 77º do Código das Sociedades Comerciais.

Não deixa de ser curioso que o próprio legislador da reforma do Código de Processo Civil efectuada pelo DL nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, tenha aludido expressamente no preâmbulo do diploma a esta legitimação indirecta, consubstanciada nomeadamente na substituição processual, como extravasando o campo de aplicação da regra geral de que a legitimidade deve ser aferida pela titularidade da relação controvertida, tal como configurada pelo autor. Esclarecendo que tal legitimidade não tem a ver com essa relação mas sim com pressupostos objectivamente plasmados na lei. Pelo que será de todo indiferente, quanto a ela, a consideração ou não dessa relação na perspectiva em que o autor a configura.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Por expressiva, transcreve-se a aludida passagem do preâmbulo do DL nº 329-A/95.

“Decidiu-se, por outro lado, após madura reflexão, tomar expressa posição sobre a *vexata quaestio* do estabelecimento do critério de determinação da legitimidade das partes, visando a solução legislativa proposta contribuir para pôr termo a uma querela jurídico-processual que, há várias décadas, se vem interminavelmente debatendo na nossa doutrina e jurisprudência, sem que se haja até agora alcançado um consenso. Partiu-se, para tal, de uma formulação da legitimidade semelhante à adoptada no Decreto-Lei n.º 224/82 e assente, consequentemente, na titularidade da relação material controvertida, tal como a configura o autor, próxima da posição imputada a Barbosa de Magalhães na controvérsia que historicamente o opôs a Alberto dos Reis.

Circunscreve-se, porém, de forma clara, tal problemática ao campo da definição da legitimidade singular e directa - isto é, à fixação do «critério normal» de determinação da legitimidade das partes, assente na pertinência ou titularidade da relação material controvertida - e resultando da formulação proposta que, pelo contrário, a legitimação extraordinária, traduzida na exigência do litisconsórcio ou na atribuição de legitimidade indirecta, não depende das meras afirmações do autor, expressas na petição, mas da efectiva configuração da situação em que assenta, afinal, a própria legitimação dos intervenientes no processo.

É que, enquanto o problema da titularidade ou pertinência da relação material controvertida se entrelaça estreitamente com a apreciação do mérito da causa, os pressupostos em que se baseia, quer a legitimidade plural - o litisconsórcio necessário - quer a legitimação indirecta (traduzida nos institutos da representação ou substituição processual), aparecem, em regra, claramente destacados do objecto do processo, funcionando logicamente como «questões prévias» ou preliminares relativamente à admissibilidade da discussão das partes da relação material controvertida, dessa forma condicionando a possibilidade de prolação da decisão sobre o mérito da causa”.

Atente-se todavia que a referida substituição é imprópria. Não se abdica da presença na acção do titular da relação controvertida: do devedor, na acção sub-rogatória (artigo 608º do Código Civil), ou da sociedade, na acção social proposta por sócios (artigo 77º, nº 4, do Código das Sociedades Comerciais).

Tal intervenção do devedor ou da sociedade, ao lado do credor ou dos sócios, é ditada por razões de coerência, conexas quer com o respeito pelo princípio geral, de que o titular da relação deva ter algo a dizer, quer com a eficácia da decisão que em relação a este se pretende. Só desse modo se garantindo a desejável formação de caso julgado e o coerente conhecimento da litispendência, em conexão com outra eventual acção que, com o mesmo escopo, o devedor ou a sociedade possam ter entretanto intentado.<sup>18 19</sup>

Face a essa exigência, estamos perante um caso de litisconsórcio necessário.<sup>20</sup> O que realçamos, dado que os termos em que, nos artigos 27º,

---

<sup>18</sup> Importa frisar bem que essa intervenção é ao lado do autor e não do demandado. Por vezes, face a turbacção provocada pela consideracção do latente litígio que existe entre o credor e o devedor ou entre os sócios e a sociedade, que ditou a propositura da acção, há quem venha inadvertidamente afirmando que essa intervençao seja ao lado do réu. Assim, *Antunes Varela*, ob. cit., pág. 432, quando refere que a “citação do devedor, ao lado da pessoa contra quem o direito é exercido pelo credor”. Ou o acórdão da Relacção do Porto de 26 de Setembro de 2011 (Soares de Oliveira), in dgsi.pt, no qual se afirma indevidamente que “quando exercida judicialmente, a acção tem de ser intentada contra o devedor”. Veja-se ainda o caso narrado no acórdão da Relacção do Porto de 13.07.2006 (Deolinda Varão), *ibidem*, no qual a sociedade foi erradamente citada para contestar uma acção intentada contra os administradores pelos sócios; o que esta levou a sério, fazendo seus os articulados dos réus e tendo, até, deduzido reconvenção, em que pedia uma indemnização aos autores pelos danos que lhe causaram com a propositura da acção.

<sup>19</sup> *Maria de Fátima Ribeiro*, ob. cit., págs.178 e 179, refere-se à possibilidade que qualquer sócio tem de intervir na acção, como assistente, nos termos previstos no artigo 335º e seguintes do Código de Processo Civil.

<sup>20</sup> Nesse sentido, *J. M. Coutinho de Abreu e Maria Elisabete Ramos*, em anotação ao artigo 77º, CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS EM COMENTÁRIO, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 889. Bem como *Maria de Fátima Ribeiro*, ob. cit., pág. 188. Ver, ainda, os acórdãos do STJ de 3 de Maio de 2000 (Francisco Lourenço), in CJ, Tomo II, pág. 41, e de 3.02.2009 (Paulo de Sá), in dgsi.pt.

28º e 29º do Código de Processo Civil, foi definido o regime de tal figura processual são um pouco dúbios. Deles não decorrendo com clareza se o conceito de interessados na relação material controvertida aí aludido se identifica ou não com o de sujeitos da relação controvertida. Estamos em querer que deva ser mais ampla, contemplando nomeadamente aqueles que, como na substituição, são admitidos a exercer um direito do qual não são titulares. Nesse caso, a exigência que se nos depara na substituição imprópria de que o sujeito da relação controvertida também intervenha na acção, cairá na previsão da figura do litisconsórcio necessário prevista naquele artigo 28º.

O que já não aconteceria, se entendêssemos que na descrição legal da figura do litisconsórcio, ao falar em interessados se estivesse a remeter estritamente para os sujeitos da relação controvertida, qualidade pela qual se pauta a regra geral de legitimidade estatuída no nº 3 do artigo 26º. Sendo necessário o recurso a uma interpretação extensiva do preceito do nº 1 do artigo 28º, que apenas contemplaria uma espécie do género que pretendeu definir. Na verdade, nessa concepção, a exigência que se ressalva neste preceito, “lei ou negócio”, reportar-se-ia tão só aos sujeitos da relação controvertida. Sendo que a extensão do conceito de legitimidade que deriva da possibilidade admitida no nº 3 do artigo 26º, “indicação da lei em contrário”, sempre nos remeteria para um universo mais amplo. Contemplando casos como os dos artigos 606º e 608º do Código Civil ou 77º do Código das Sociedades Comerciais, que exigem a presença simultânea na acção, respectivamente, do credor e do devedor ou do sócio e da sociedade, embora nem o credor nem o sócio sejam sujeitos da relação controvertida.

Pelo que, como referimos, se imporia uma interpretação extensiva do artigo 28º. Na verdade, se o litisconsórcio necessário se define como a exigência da presença na acção, sob pena de ilegitimidade, não só dos

sujeitos da relação controvertida mas também de todos os que a lei indique (vide o nº 3 do artigo 26º), esses sujeitos não esgotariam o género contemplado na figura. Assim, quem quisesse defender que no referido preceito do artigo 28º se pretendeu delimitar exaustivamente o conceito de litisconsórcio necessário, teria de fazer uma interpretação extensiva do mesmo. Porquanto nele apenas estaria contemplada a hipótese em que tipicamente se exige a presença simultânea de vários litigantes na acção – a dos sujeitos da relação controvertida. Omitindo os casos em que o litisconsórcio necessário não decorre dessa qualidade, mas de lei expressa. O legislador não teria esgotado o género - *dixit minus quam voluit*.<sup>21</sup>

### **7. A subsidiariedade da acção social *ut singuli***

A legitimidade dos sócios para a propositura da acção social contra os gerentes ou administradores pressupõe que a sociedade a não tenha intentado. Assim o exige o nº 1 do artigo 77º - «podem um ou vários sócios (...) propor acção social de responsabilidade contra gerentes ou administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, *quando a mesma a não haja solicitado*».

Esta subsidiariedade, sendo consequência típica da substituição que a acção consubstancia, é também nota marcante da sub-rogação do credor ao devedor. «Sempre que o devedor o não faça», prescreve o nº 1 do artigo 606º do Código Civil, relativo à sub-rogação do credor ao devedor. «Sempre que a sociedade ou os sócios o não façam», dispõe o nº 2 do artigo 78º do Código das Sociedades Comerciais, relativo à sub-rogação do credor social.

Anote-se que, na acção sub-rogatória do credor, para que este aja, basta a exigibilidade do direito do devedor em relação a terceiro e o seu não

---

<sup>21</sup> Desenvolvemos o tema tão só no intuito de refutar os que pretendem estabelecer uma distinção, quanto a nós sem sentido, entre as figuras do litisconsórcio e da substituição processual. Nessa linha, *Tiago Soares da Fonseca e Meneses Cordeiro*, A NATUREZA SUBSIDIÁRIA DA ACÇÃO *UT SINGULI*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III (2011), nº 2, pág. 390.

exercício por parte do devedor. Questão é apenas que esse exercício seja essencial à satisfação ou garantia de direito do credor (nº 2 do referido artigo 606º).<sup>22</sup> Não está prevista, portanto, nenhuma interpelação ao devedor para que exerça o direito, sob pena de ele ser exercido pelo credor.

Na acção social *ut singuli*, esse nexo de subsidiariedade é um pouco mais complexo. E a razão de tal disparidade tem a ver com o que já atrás realçámos, relativamente à inexistência de um interesse autónomo por parte dos sócios em relação ao da sociedade e à consequente desadequação da figura da substituição para a protecção desses interesses. No fundo, do que aqui se cuida verdadeiramente é de saber da oportunidade da acção e de quem há-de representar a sociedade na responsabilização perante ela dos gerentes ou administradores. Tudo se passando a nível interno da própria sociedade.

Daí que o «quando a mesma a não haja solicitado» seja um conceito mais elaborado do que o «sempre que o devedor o não faça». Pressupondo, nomeadamente, que os sócios que queiram intentar a acção social devam previamente agir no sentido de a sociedade de tal cuidar *ut universi*, para isso provocando a deliberação exigida no nº 1 do artigo 75º. E só se esta deliberação não for no sentido da propositura da acção (ou, sendo nesse sentido, não vier a ser intentada no prazo de seis meses) é que estarão legitimados para recorrer à acção *ut singuli*.<sup>23</sup> Tudo isto porque, sendo a

---

<sup>22</sup> Sobre os requisitos que legitimam o recurso à acção sub-rogatória do credor, cfr. os acórdãos da Relação de Lisboa de 16.12.2003 (Abrantes Geraldès), e da Relação do Porto de 17.03.92 (Norman Mascarenhas) e de 26.09.2011 (Soares de Oliveira), todos *in* dgsi.pt.

<sup>23</sup> Há quem defenda uma mais ampla possibilidade de recurso dos sócios àquela acção, não limitada aos casos em que haja deliberação contrária à acção ou falta de propositura da mesma no prazo previsto no nº 1 do artigo 75º. Assim, *Tiago Soares da Fonseca e Meneses Cordeiro*, ob. cit., págs 384 e segs, que concluem (pág. 392) que “a inexistência de uma obrigação legal expressa de requerer a convocação de assembleia geral é reforçado pela elaboração frásica do preceito (reportando-se ao nº 1 do artigo 77º), pela natureza sub-rogatória do instituto, pela nulidade de toda e qualquer disposição que faça depender a acção

questão de oportunidade e de representatividade, deverá ser preferentemente resolvida a nível interno da sociedade.

Resulta daí, por outro lado, que tenha pouco sentido a intervenção da sociedade na acção proposta pelos sócios prevista no nº 4 do artigo 77º. A não ser que se restringisse ao incidente previsto no nº 5 desse artigo, no intuito de contrariar a própria decisão de intentar a acção, que não fosse do interesse da sociedade. E veja-se como este preceito, um pouco estranhamente, apenas prevê que o incidente seja suscitado pelo réu e não também pela sociedade.

#### **8. Estrutura da acção – posição processual do devedor na verificação dos pressupostos da acção sub-rogatória e na questão de mérito; e da sociedade, na acção social *ut singuli*; distinção entre o incidente para essa verificação e o previsto no nº 5 do artigo 77º do Código das Sociedades Comerciais**

Analisemos as consequências processuais que a figura da substituição processual imprópria acarreta para a estrutura da acção sub-rogatória. Com

---

*ut singuli* de prévio parecer ou deliberação dos sócios, pelas características funcionais das assembleias gerais e, por fim, pela crescente complexidade da gestão societária”.

O que merece a nossa concordância apenas nos casos em que decorra inequivocamente das circunstâncias que a deliberação dos sócios seria no sentido da não propositura da acção, sendo absolutamente inútil a convocação dos sócios para o expressarem.

Têm sido, aliás, várias as acções em que, perante a evidência da posição maioritária dos sócios, nem sequer se tem suscitado a questão. Assim, na apreciada no acórdão do STJ de 3.05.2000 (Francisco Lourenço), *in* CJ, Tomo III, pág. 98, em que um dos sócios de uma sociedade por quotas intenta uma acção social *ut singuli* contra os gerentes desta, que são os dois restantes sócios da mesma.

Refira-se, no entanto, a consideração erradíssima da sentença visada acórdão do STJ de 26.10.2004 (Oliveira Barros), que mereceu não obstante concordância nas duas instâncias de recurso, de que, podendo os sócios propor acção social *ut singuli* de responsabilidade contra a gerência, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado, a lei não exigiria prévia deliberação da assembleia geral. Sendo esse um dos fundamentos com base nos quais se entendeu não justificada a necessidade de reunião da assembleia pelos sócios que a requereram, para efeito do disposto no nº 3 do artigo 375º do Código das Sociedades Comerciais.

especial realce para ambiguidade com que o devedor (o impropriamente substituído) nela intervém.

É o titular do direito exercido. Pelo que figura na acção necessariamente ao lado do autor. Mas, por outro lado, pode não lhe convir a propositura da mesma. Até porque a sub-rogação depende da verificação de requisitos, conforme decorre dos nºs 1 e 2 do artigo 606º do Código Civil: a existência de um crédito<sup>24</sup>; a inércia do devedor; o tratar-se de crédito cujo exercício não seja reservado por lei ao seu titular; a essencialidade da acção para a satisfação ou garantia de direito do credor.<sup>25</sup> Ora, temos de admitir que, nesta parte, o devedor se possa querer opor à pretensão do credor, defendendo que se não verificam os pressupostos que legitimam a intervenção dele em sua substituição.

Do que resulta a referida posição processual ambivalente. Pode deduzir oposição quanto aos pressupostos da legitimidade do credor; mas assume a posição deste, portanto como autor, quanto ao exercício do direito sobre o terceiro, réu na acção. O devedor pode contestar a legitimidade do credor; mas só pode acompanhar o pedido para si por ele formulado.

Na anotação (18), deixámos já referência a certas confusões que tal ambiguidade tem gerado na prática jurisprudencial e até na doutrina.

O que cumpre agora reter é que o regime da sub-rogação impõe que a acção em que a mesma seja operada contemple incidente anómalo destinado à verificação dos pressupostos da legitimidade do credor. Nesse incidente, a processar de acordo com as disposições dos artigos 302º a 304º

---

<sup>24</sup> O autor pode ter interesse em ficcionar ser credor de outrem, para utilizar essa posição negocial - lembremos o saudoso Professor Orlando de Carvalho quando, nas suas lições, ilustrando a definição do conceito de clientela, referia o valor negocial que decorria do facto de se ser credor da rainha de Inglaterra. Podendo-o fazer através de uma acção de sub-rogação. Situação em que o suposto devedor quererá seguramente desmascarar tal falsidade.

<sup>25</sup> Exemplificando um caso de não existência do requisito da essencialidade, refere *Vaz Serra*, RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL, Lisboa, 1958, pág. 173, *apud Antunes Varela*, ob. cit., pág. 430, que, “se o devedor está manifestamente insolvente, a acção sub-rogação deve ser rejeitada”.



do Código de Processo Civil, o devedor, não obstante ter sido citado para a acção para nela intervir ao lado do autor, poderá sustentar que este não reúne os requisitos para a sub-rogação, pugnando pela sua ilegitimidade. E, como já antes vimos, esta legitimidade nada tem a ver com a titularidade da relação controvertida.<sup>26</sup>

Passando para a acção social *ut singuli*, poderíamos em uma primeira abordagem ser levados a concluir que o correspondente incidente foi expressamente previsto no nº 5 do artigo 77º - «se o réu alegar que o autor propôs a acção prevista neste artigo para prosseguir fundamentalmente interesses diversos dos protegidos por lei, pode requerer que sobre a questão assim suscitada recaia decisão prévia ou que o autor preste caução».

Assim não é. Na verdade, a questão prévia que aí se prevê relaciona-se com uma eventual abusiva utilização por parte dos sócios da acção, que visa o exercício de um direito social, na satisfação de interesses que não sejam os da sociedade. O que nela se apreciará não tem nada a ver com os pressupostos que legitimam os sócios a intentarem a acção *ut singuli*, mas sim com os interesses que com ela estes visam prosseguir. Assim sendo, porque não incide sobre os pressupostos que legitimam os sócios a intentarem a acção, não se trata de uma questão de legitimidade. O que com esse procedimento se pretende é tão só precaver liminarmente o abuso por parte dos sócios da faculdade que lhes é conferida de exercer o direito de acção. A confirmação dessa discrepância, entre os interesses que os sócios prosseguem e os da sociedade, consubstanciando excepção dilatória inominada, implicará a absolvição do réu da instância, nos termos das

---

<sup>26</sup> Maria de Fátima Ribeiro, ob. cit., págs 186 a 188, reportando-se à acção social proposta por sócios, realça ser este um verdadeiro caso de legitimidade, pois a verificação dos requisitos da substituição não se confunde com a discussão da relação controvertida, não cabendo assim chamar à colação a polémica sobre a configuração dada a esta pelo autor, que mereceu a tomada de posição do legislador, na parte final do nº 3 do artigo 26º do Código de Processo Civil.

disposições conjugadas dos artigos 493º, nºs 1 e 2, 494º, *a contrario sensu*, e 288º, nº 1, alínea e), do Código de Processo Civil.<sup>27 28</sup>

Tratando-se de uma decisão liminar e de carácter sumário, admite-se que se possa requerer a mera prestação de caução, na perspectiva de uma eventual condenação ulterior.<sup>29</sup>

Caberá o remoque de que, sendo a sociedade citada para a acção, embora ao lado dos autores, a faculdade de suscitar o incidente deveria ter sido expressamente a ela também conferida, que não só ao réu.

Frise-se no entanto que, além deste, à semelhança do que se verifica quanto à acção sub-rogatória do credor, sempre será de admitir incidente versando a verificação da existência dos pressupostos que legitimam aos

---

<sup>27</sup> No artigo 41º do Decreto-Lei 49.381, de 15 de Novembro de 1969, para o qual remetia o nº 5 do artigo 22º que, à parte essa remissão, era em tudo idêntico ao actual nº 5 do artigo 77º do Código das Sociedades Comerciais, regulava-se a tramitação desse incidente. O facto de neste código tal se ter omitido não altera em nada o processado, já que a disciplina geral que rege os incidentes, plasmada nos preceitos dos artigos 302º a 304º do Código de Processo Civil, se orienta pelas mesmas regras. Daí que o legislador do Código das Sociedades tenha entendido ser tal regulação supérflua.

Anote-se que, no nº 5 desse artigo 41º, se referia expressamente que a consequência da procedência do incidente era a absolvição da instância e a condenação do autor como litigante de má fé - «caso julgue procedente a alegação, o tribunal absolverá o réu da instância e condenará o autor, nos termos do artigo 456.º do Código de Processo Civil».

<sup>28</sup> Nesse sentido, *Maria de Fátima Ribeiro*, ob. cit., pág. 185.

<sup>29</sup> A prestação de caução destina-se a garantir eventual condenação no pagamento de multa e indemnização à parte contrária, por litigância de má fé, nos termos do artigo 456º, nº 1, do Código de Processo Civil. Reconduzindo-se a conduta dos sócios que proponham a acção “para prosseguir interesses diversos dos protegidos por lei” à previsão do nº 2, alínea d), primeira parte, desse artigo - «tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal».

No artigo 42º do Decreto-Lei 49.381, para o qual também remetia o nº 5 do artigo 22º que, como já visto, à parte essa remissão, era em tudo idêntico ao actual nº 5 do artigo 77º do Código das Sociedades Comerciais, regulavam-se os termos desse incidente. O critério que aí se propugnava para determinar a oportunidade da fixação de caução era o da forte indicição - «o tribunal deferirá o requerimento, se houver fortes indícios de que a alegação do réu é procedente».

sócios a propositura da acção social *ut singuli*. Incidente no qual, até por maioria de razão em relação àquela, a sociedade poderá tomar posição contrária à dos sócios. Sustentando que a intentaram sem reunirem os requisitos exigidos no nº 1 do artigo 77º. Invocando, nomeadamente, que os sócios não consultaram previamente a sociedade, nos termos do artigo 75º, ou que, tendo-o feito e tendo a propositura da acção sido deliberada, não esperaram o decurso do prazo de seis meses previsto no nº 1 desse artigo.

Lisboa, 17 de Maio de 2013

José Manuel de Araújo Barros

#### BLIOGRAFIA

*Anselmo de Castro*, DIREITO PROCESSUAL CIVIL DECLARATÓRIO, Almedina, Coimbra, 1982

*António Meneses Cordeiro*, CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS ANOTADO, Almedina, Coimbra, 2009

*António Meneses Cordeiro*, DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES COMERCIAIS, Lex, Lisboa, 1997

*Antunes Varela*, DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL, Vol. II, 4ª Edição, Almedina, Coimbra

*J.M. Coutinho de Abreu/Maria Elisabete Ramos*, CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS EM COMENTÁRIO, Almedina, Coimbra, 2010

*João Castro Mendes*, DIREITO PROCESSUAL CIVIL, Associação Académica, Lisboa, 1980

*Maria de Fátima Ribeiro*, A FUNÇÃO DA ACÇÃO SOCIAL *UT SINGULI* E A SUA SUBSIDIARIEDADE, Direito das Sociedades em Revista, Ano 3, Vol. 6

*Raúl Ventura e Brito Correia* - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS E DOS GERENTES DAS SOCIEDADES POR QUOTAS - Separatas do BMJ nºs 192 a 195

*Tiago Soares da Fonseca e Meneses Cordeiro*, A NATUREZA SUBSIDIÁRIA DA ACÇÃO *UT SINGULI*, in Revista de Direito das Sociedades, Ano III (2011), nº 2

*Vaz Serra*, RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL, Lisboa, 1958