

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

13 
2022



Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º 13 — Ano 2022

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

Aval e Plano de Insolvência

O financiamento pelos garantes da recuperação do insolvente:

O artigo 217.º, n.º 4, do CIRE.

As diferenças de regime no PER.

Anabela Luna de Carvalho ^(*)
Juíza Desembargadora

Introdução

A posição dos avalistas¹ face a um plano de insolvência no âmbito dum processo de insolvência ou, face a um plano de revitalização² no âmbito de um processo especial de revitalização (PER), tem dado origem a frequentes litígios, nascidos por regra da reação dos avalistas/executados confrontados com a indiferença pelo teor de tais planos, aquando do preenchimento dos títulos dados à execução.

E, embora processos de natureza diferente (insolvência e PER) possam determinar soluções diferenciadas e, processos da mesma natureza, possam ter distinta resposta consoante a factualidade em apreciação, a verdade é que

^(*) Texto apresentado em outubro de 2021, no âmbito do V Curso de Pós-Graduação em Direito da Insolvência e de Recuperação de Empresas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Por facilidade consideraremos, neste trabalho, apenas os avalistas no universo mais abrangente dos garantes.

² Assim se designando o plano de recuperação quando confrontado com o plano de insolvência, por melhor entendível a sua ligação ao domínio do PER.

a jurisprudência se mostra relativamente consensual no sentido de afirmar a intocabilidade da obrigação do avalista apesar do plano, consenso este que se manifesta quer estejamos perante um avalista garante de devedor insolvente (insolvência), quer perante um avalista garante dum devedor em dificuldades (PER).

Invocando para o efeito os princípios cambiários que conformam o aval, em particular a sua autonomia.

Sobre tal tendência, parte significativa da doutrina vem expressando divergências concetuais de relevo.

O direito é um processo em contínua laboração e não prescinde do relevante contributo da doutrina na aclaração de questões mais opacas, na descoberta de caminhos, na proposta de alternativas, no fundo, no trazer à interpretação jurídica, um fundo científico consistente.

Ressalvando sempre todo o respeito devido pelas posições de sentido diferente, o propósito deste trabalho será o de convocar uma reflexão sobre a posição do avalista face ao plano de insolvência e sobre a posição do avalista face ao plano de revitalização, chamando a atenção para alguns dos argumentos doutrinários que sustentam essa divergência.

Esses argumentos insistem na necessidade de ocorrerem tratamentos diferenciados, consoante se esteja perante um ou outro procedimento legal, e dentro de um mesmo procedimento, consoante a fase factual ou negocial em presença.

Daremos igualmente a conhecer algumas manifestações da jurisprudência, uma maioritária, outra, minoritária e que ou acompanha ou se aproxima das referidas posições doutrinárias.³

³ A reflexão que este trabalho proporcionou, permitiu à signatária rever e alterar a sua posição, outrora tornada pública, em alguns pontos conformes à jurisprudência dominante, nomeadamente no respeitante à defesa dos avalistas face ao PER.

Breve referência legislativa

Do Decreto-Lei n.º 157/97, de 24 de junho (CPEREF)

Dispunha o artigo 63.º do revogado CPEREF sob a epígrafe “Manutenção dos direitos dos credores contra terceiros” que:

“As providências de recuperação a que se refere o artigo anterior⁴ não afetam a existência nem o montante dos direitos dos credores contra os coobrigados ou os terceiros garantes da obrigação, salvo se os titulares dos créditos tiverem aceite ou aprovado as providências tomadas e, neste caso, na medida da extinção ou modificação dos respetivos créditos.”

Prevedo o artigo 64.º o direito de regresso dos garantes ou coobrigados que houvessem satisfeito a dívida do avalizado, numa conceção ampla de “Direitos dos vinculados por garantias ou dos coobrigados”:

“1 - Os terceiros que, por virtude do pagamento efetuado, tenham ficado sub-rogados nos direitos do credor, bem como os coobrigados que, mercê da prestação realizada, tenham ficado investidos no direito de regresso contra o devedor, adquirem no processo de recuperação, na parte em que houverem satisfeito o direito do credor, os poderes que a este competia, incluindo os de votar na assembleia de credores.

(...).”

A jurisprudência, sem dificuldade, reconfigurava o direito do credor relativamente ao avalista em função do que houvesse acordado ou aceite no âmbito das providências de recuperação da insolvente (avalizada) e, amparava o reconfigurado direito de regresso do avalista pagante às citadas normas do CPEREF, sem que os princípios cambiários constituíssem obstáculo.

⁴ Ou seja, as providências que envolvam a extinção ou modificação dos créditos sobre a empresa (art.º 62º CPEREF).

Definindo com segurança que:

“1. No domínio da aplicação do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, os credores que aprovarem a reestruturação financeira da empresa devedora por via da extinção ou da modificação dos seus direitos de crédito com garantia real ou pessoal prestada por terceiros não podem exigir-lhes, em princípio, o pagamento.

2. A extinção é suscetível de derivar de novação objetiva, de perdão ou de remissão, caso em que se extinguem as garantias prestadas por terceiro, designadamente o penhor, a hipoteca, a fiança e o aval; e a modificação envolve a manutenção do direito de crédito e da correspondente obrigação, implicando a afetação das garantias prestadas por terceiros na medida dessa modificação.

(...).”⁵

No domínio do CPEREF o credor que tivesse aprovado ou dado o seu consentimento à providência de recuperação só poderia acionar o garante nesses termos modificados, suportando, na sua esfera jurídica e patrimonial, a diferença relativamente ao crédito originariamente configurado.

O garante podia, por sua vez, opor ao credor os novos termos e, uma vez assim satisfeito o credor, o risco que o garante corria em via de regresso era tão somente o de não lograr obter o pagamento do insolvente, por não recuperação deste.

Direito de regresso esse que, como resultava das regras gerais, haveria de coincidir no conteúdo e na extensão com aquele que o credor exercera contra si e que, por sua vez, haveria de ter correspondido ao aprovado ou tido a concordância do credor aquando da aprovação das providências.

⁵ Cfr. Ac. STJ de 04-12-2007 (Salvador da Costa), www.dgsi.pt.

Só assim não seria se o garante, antecipadamente, tivesse renunciado a esse direito:

“I – Se em processo de recuperação de empresa for aprovada a medida de reformulação do passivo, mediante a redução dos créditos e a prorrogação do prazo de pagamento, o credor que aprovar ou aceitar essa providência fica imediatamente impedido de atuar contra os demais coobrigados e garantantes na exata medida da extinção ou modificação do seu crédito – artº 63º do CPEREF.

II – No entanto, se antes da deliberação tomada em assembleia de credores, os avalistas e terceiros garantantes declararem renunciar ao direito conferido pelo artº 63º do CPEREF, pretendendo dessa forma garantir a manutenção dos direitos do credor, essas declarações são válidas, por a norma do artº 63º não ser imperativa.”⁶

Um reconhecimento da disponibilidade nem sempre consensual.⁷

A solução anterior repartia, assim, equitativamente, as desvantagens económicas das providências acordadas, uma vez que, o credor suportava a alteração do seu crédito por via das medidas de extinção, redução ou moratória, que houvesse aprovado ou consentido, não podendo exigir do garante mais do que esse crédito reconfigurado (que, em extremo poderia ser extinto se tivesse concedido um perdão total) e, o garante suportava, apenas, se fosse o caso, o risco da insolvência propriamente dita, único impedimento ao seu ressarcimento por via de regresso.

⁶ Cfr. Ac. TRC de 18-05-2004 (Regina Rosa), www.dgsi.pt.

⁷ Discutia-se, na jurisprudência, a natureza imperativa ou dispositiva da norma, o que comportava rejeitar ou, pelo contrário, aceitar a renúncia prévia do avalista ao direito conferido na 2ª parte do art.º 63º do CPEREF⁷. - Cfr. Ac. STJ de 29-06-2004 (Oliveira Barros), www.dgsi.pt.

Do CIRE - DL n.º 53/2004, de 18 de março

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) alterou substancialmente esse figurino.

Vindo, a propósito da execução do plano de insolvência e seus efeitos gerais, estabelecer no artigo 217.º nº 4, o seguinte:

“4 - As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afetam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.”

Festejando este novo regime, Carvalho Fernandes/João Labareda, *in* Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Vol. II. p. 130, assim se expressaram, a propósito desta norma:

“Verdadeiramente nova é a norma do nº 4, não propriamente no que respeita à previsão e regulação da matéria, mas sim à disciplina que consagra.

No CPEREF tinha-se acolhido uma opção sensivelmente diferente (...).

Pronunciámo-nos contra esse regime (crf. Código dos Processos Especiais, 3ª ed. cit. P.204). Apontámos aliás, limites ao âmbito da lei, relativamente ao que, de resto, a jurisprudência hesitou.

O legislador, porém, esteve atento e houve por bem considerar os reparos, modificando a orientação, de sorte que agora, seja qual for a posição assumida no processo, o credor mantém incólumes os direitos de que dispunha contra codevedores e terceiros garantes, podendo exigir deles tudo aquilo por que respondem e no regime da responsabilidade originário.

Acrescente-se, todavia, que tais sujeitos, independentemente do que paguem, apenas poderão exigir, pela via de regresso o que, homologado o plano, o próprio credor poderia solicitar ao devedor e nos termos e condições que o próprio plano estabeleceu – ou que dele decorrem por determinação legal. É este com efeito o sentido útil da última parte do n.º 4.”

São, agora, duas, as realidades a considerar, na previsão deste específico regime:

O art.º 217 n.º 4, *primeira parte*, ocupando-se do direito do credor sobre o garante, mantendo esse direito incólume, independentemente das providências homologadas no plano de insolvência (e independentemente também da adesão do credor às mesmas) com incidência no passivo do devedor.

O artigo 217, 4, *in fine*, ocupando-se do exercício do direito de regresso do garante que haja satisfeito o credor nos moldes originários, sujeitando o exercício do direito de regresso do garante sobre o devedor garantido aos termos da cedência do credor, relativamente ao direito originário, com expressão no plano de insolvência aprovado e homologado (com incidência no passivo do devedor garantido).

Sobre o alcance da norma na posição do garante pagador, expressa Carolina Cunha, *in* “Aval e Insolvência”, p. 36:

«E, nesse contexto, (plano de insolvência com incidência no passivo do devedor garantido) vai introduzir uma significativa modificação – por assim dizer, de ricochete – no direito de regresso do garante pagador: não obstante poder ter satisfeito a totalidade da quantia em dívida ao credor, apenas lhe é permitido subsequentemente “agir contra o garantido em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.”

Ou seja, suportará na sua esfera o peso económico das vicissitudes (v.g. perdão ou redução do valor dos créditos, moratórias, etc.) introduzidas pelo plano de insolvência no crédito originário, pois não tem direito a receber do

garantido, mesmo em via de regresso, mais do que aquilo que este houvesse de desembolsar perante o credor em cumprimento do plano».

Por isso se diz que, no atual regime da insolvência todos os riscos são alocados à esfera jurídica do garante.

Este, além do risco da insolvência que, a acontecer, pode inviabilizar qualquer pretensão de regresso, suporta igualmente, nos termos do plano que lhe é imposto (pois que na sua ponderação “*não foi tido nem achado*”), a demora na satisfação do seu direito de regresso, ou a redução do respetivo montante, ou a sua extinção, em caso de perdão total do credor relativamente à dívida do devedor garantido.

Sendo por isso ajustado afirmar que, neste regime, os garantes têm a função de financiadores da recuperação do devedor insolvente.

Na voz crítica de Carolina Cunha, mostra-se esclarecida essa função *in* Aval e Insolvência, p. 119 – 121:

“Parece-me evidente a radical modificação do esquema de composição dos interesses em conflito operada pelo CIRE, no confronto com o CPEREF. Com efeito, o legislador não se limitou a “encontrar outras alternativas que, protegendo na medida do possível os vinculados ao pagamento, pudessem favorecer a viabilização da empresa” (Carvalho Fernandes/João Labareda, Código da Insolvência, cit., p. 839, anot. 14 ao art.º 217...): o legislador pura e simplesmente, assacou integralmente aos garantes um risco ainda maior que o da insolvência do garantido, afastando-se da solução que repartia entre os garantes e os credores as desvantagens associadas à situação regulada.

Na verdade, no domínio do CPEREF, o credor que tivesse dado o seu consentimento à providência de recuperação suportava em definitivo, na sua esfera jurídica, a redução, a extinção do crédito, ou a demora acrescida na sua satisfação – pois só nesses termos modificados podia acionar o garante. Já o garante por seu turno, suportava o risco da insolvência

propriamente dita do garantido, no sentido do risco da falta de solvabilidade ou da ausência de meios para o cumprimento. (...)

Suponhamos que o credor consegue, em paralelo, e tal como permite o art.º 217º, 4, obter do garante o pagamento da totalidade da dívida. Este garante terá de suportar em definitivo, na sua esfera jurídica, o valor da dívida que garantiu: o mesmo art.º 217º, 4, na sua parte final não o autoriza a obter, em via de regresso, mais do que o credor poderia obter nos termos do plano, e nos termos do plano, o credor poderia obter zero: o crédito foi extinto.

*Dir-se-á: mas a este resultado (o garante suportar em definitivo o valor da dívida) também chegaríamos pela concretização do simples risco da insolvência do garantido, i.e., de falta de meios de pagamento. Ora, aqui está o *busilis* de toda a questão: *quod erat demonstrandum*. É que o insolvente pode (até por força da recuperação que o plano desencadeou) ter meios de pagamento. Pelo que o garante poderia, não fosse a compressão ou total supressão do seu direito de regresso efetuada pelo art. 217 nº 4 recuperar, no todo ou em parte, aquilo que satisfez ao credor.*

É isto que consubstancia verdadeiramente o sacrifício dos interesses dos garantidos no altar do plano de insolvência: os meios que o devedor garantido possa ter são drenados unicamente para a sua própria recuperação, em lugar de serem também aplicados na máxima satisfação possível do direito de regresso. Sempre que isto aconteça, os garantidos estão a financiar diretamente a recuperação do devedor insolvente”.

Os problemas que os avalistas (em branco) suscitam quando acionados em paralelo com o plano da insolvência

O preenchimento abusivo

Quando, à margem do processo de insolvência, o credor garantido exige do avalista o pagamento nos termos da 1ª parte da norma do art.º 217, 4 CIRE,

é frequente o avalista vir invocar, em sede de oposição, o preenchimento abusivo da letra ou livrança nos termos do art.º 10º da LULL, por parte do credor.

Uma alegação que, por norma, provêm do avalista em branco ao tempo da declaração da insolvência. O aval prestado sobre um título completo – respeitante a uma dívida de montante certo, ou com montante previsto para uma data certa - não permite essa discussão, uma vez que o montante e a data de vencimento estão antecipadamente fixados no título e, o direito cambiário, aqui determinado, é preservado pela sua autonomia e literalidade.

O mesmo acontece com o avalista em branco cujo incumprimento (o risco garantido) ocorreu em data anterior à declaração de insolvência. Verificado o incumprimento pode o credor garantido preencher o título pelo montante vencido à data do mesmo pelo devedor garantido.

Mas, sendo o aval prestado em branco, não tendo ocorrido incumprimento (relativamente àquele credor) em momento anterior à declaração de insolvência, tão só o vencimento da dívida por força de tal declaração nos termos do art.º 91º, 1 CIRE e, tendo o credor preenchido o título em data posterior à aprovação e homologação do plano de insolvência (hipótese frequente), o avalista, quando acionado o título, recorrentemente invoca o preenchimento abusivo, sustentando o aproveitamento, a seu favor, dos termos no plano de insolvência.

Vejamos.

Dúvidas não haverá que uma vez declarada a insolvência, a exigibilidade da dívida decorrente do art.º 91º, 1, CIRE⁸, legitima o credor a preencher o

⁸ Artigo 91.º - Vencimento imediato de dívidas

1 - A declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva.

título cambiário, devendo fazê-lo pelo valor que estiver em dívida em tal momento, respeitando o acordo de preenchimento.

Se só o vier a fazer depois da aprovação de um plano de insolvência que altere o conteúdo da obrigação fundamental (montante / prazos / modos de pagamento), estará o credor obrigado a respeitá-lo em relação ao avalista?

Perante a redação do art.º 217º, 4 do CIRE, não se mostra possível sustentar, em regra, essa obrigatoriedade.

A letra da lei é clara: as alterações introduzidas pelo plano de insolvência não afetam nem a *existência* nem o *montante* do direito do credor contra o garante. À data do incumprimento (ou vencimento, nos termos do art.º 91º, 1 CIRE) o crédito garantido tinha um determinado conteúdo e, é esse conteúdo da relação fundamental originária que vai determinar o preenchimento do título, independentemente de esse conteúdo, relativamente ao devedor insolvente (o devedor garantido), vir posteriormente a ser reconfigurado no plano de insolvência por força de redução, perdão ou moratória.

A jurisprudência dominante assim o afirma, embora, por norma, se fundamente primacialmente na autonomia do aval⁹, e subsidiariamente no regime imposto pelo art.º 217º, 4 do CIRE.

É disso exemplo o acórdão que segue¹⁰:

“I - A obrigação do avalista é totalmente autónoma da relação subjacente estabelecida entre o credor e o devedor por via de determinado negócio jurídico.

II - A relação subjacente que se estabelece entre o avalista e o avalizado funda-se na prestação do aval e pode ser invocada nas relações entre ambos,

⁹ Se a resposta assentasse exclusivamente na característica autónoma do aval o regime anterior, do CPEREF resultaria incongruente.

¹⁰ Cfr. Ac. TRG de 30-05-2013 (Manuel Bargado), www.dgsi.pt.

mas não se confunde com a relação obrigacional que está por detrás da emissão do título de crédito subscrito pelo avalista.

III - A obrigação do avalista vive e subsiste independentemente da obrigação do avalizado, mantendo-se mesmo que seja nula a obrigação garantida, salvo se a nulidade provier de um vício de forma.

IV – Como resultado dessa autonomia, o avalista não pode defender-se com as exceções que o seu avalizado pode opor ao portador do título, salvo a do pagamento.

V - A aprovação de um plano de insolvência, com redução dos créditos a 10% do seu valor, de que beneficia a sociedade subscritora da livrança, não é invocável pelo avalista contra quem é instaurada a execução para seu pagamento.”

Surgindo o regime do CIRE (art.º 217º, 4) como fundamento de segundo plano. Como neste acórdão:¹¹

“I. O aval surge como garantia do cumprimento pontual do direito de crédito cambiário e o carácter autónomo da nova obrigação cartular nascida do aval confere-lhe imunidade em relação às incidências da relação subjacente.

II. Em linha com tal princípio, eventuais modificações da obrigação causal decorrentes da aprovação do plano no âmbito do processo de insolvência em que é visado o avalizado não se repercutem na obrigação cambiária do avalista (n.º 4 do art.º 217.º do CIRE).

III. À luz do citado preceito, e no que respeita aos direitos dos credores contra codevedores e garantes, são irrelevantes as modificações introduzidas pelo plano nos créditos sobre a insolvência, quer respeitem à sua existência

¹¹ Cfr. Ac. TRC de 17-06-2014 (Maria Domingas Simões), www.dgsi.pt.

e montante, quer ainda aos termos e prazos de pagamento, por ser a interpretação mais consentânea com as finalidades que presidiram à consagração da solução legal.”

Posições jurisprudenciais e doutrinárias divergentes:

Se é certo que predomina nos tribunais superiores o entendimento de que a obrigação do avalista (ou garante) não pode ser reestruturada ou alterada por força da reestruturação da dívida do garantido no plano de insolvência (seja por via da autonomia do aval, seja por aplicação direta e imediata do art.º 217º, 4, primeira parte do CIRE), decisões há que reconhecem essa possibilidade de reestruturação ou alteração da obrigação do avalista ou coobrigado, em *situações específicas*:

I - Com base no teor literal (reductor) da norma do art.º 217º, 4 CIRE:

Assim o Acórdão do TRG:

“I – A reclamação em processo de insolvência de crédito avalizado não é obstáculo a simultânea instauração de execução contra o avalista.

II – No entanto, a aprovação do plano da insolvência, no qual esse crédito foi aprovado e qualificado como crédito privilegiado, devendo ser pago na íntegra no prazo de 8 anos, alterando o prazo do cumprimento da obrigação, do que beneficia o avalista, torna inexigível a obrigação exequenda, por causa superveniente, devendo ser julgada extinta a instância executiva.”¹²

¹² Em sentido oposto o Ac. STJ de 26-02-013 (Azevedo Ramos), www.dgsi.pt. *“A aprovação de um plano de insolvência, com moratória para pagamento da dívida, de que beneficia a sociedade subscritora da livrança, não é invocável pelos avalistas contra quem é instaurada a execução para seu pagamento.”*

Esta posição remete-nos para o elemento literal da norma, a qual prevê (apenas) duas realidades que sustentam a intocabilidade dos direitos dos credores contra os garantes ou codevedores: providências que *tenham incidência no passivo do devedor insolvente* e que afetem *a existência e o montante dos seus débitos*, deixando de fora outro tipo de afetação, nomeadamente o prazo de cumprimento.

Na doutrina, esta interpretação provém, entre outras, de uma voz autorizada.

Para a Professora Catarina Serra, a “*norma do artigo 217º nº 4, (...) não serve para legitimar indiscriminadamente todas as condutas. Senão veja-se. Determina-se nela que «as providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afetam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação (...)*”¹³.

Por outras palavras: o perdão concedido ao insolvente não extingue a responsabilidade do codevedor ou garante e a redução do valor da dívida do insolvente não desonera o codevedor ou garante da responsabilidade do pagamento da totalidade.”¹⁴

Ou seja, nesta interpretação literal, *apenas as providências* previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor *que prevejam o perdão e a redução do valor dos créditos* não terão qualquer influência nos direitos dos credores contra os codevedores ou terceiros garantes.

Só nestes dois casos é que o credor (não obstante ter aprovado o plano de insolvência) pode demandar o avalista nos termos originais.

Já não será assim se, por exemplo, o plano de insolvência tiver previsto uma moratória ou uma alteração de prazo. *Neste caso a providência prevista no*

¹³ CATARINA SERRA, *Nótula sobre o art.º 217.º, nº 4, do CIRE (O direito de o credor agir contra o avalista no contexto de plano de insolvência)*, p. 380.

¹⁴ Obra cit. p. 381.

plano de insolvência já aproveitada ao avalista, não podendo o credor propor ação executiva contra o mesmo, que não respeite os novos termos, quando aprovou o plano de insolvência, caso em que a ação executiva será julgada improcedente por falta de um pressuposto processual: o da exigibilidade.

II - Com base no reconhecimento do princípio da autonomia da vontade e da natureza dispositiva da norma

Em duas situações concretas, que tipicamente ocorrem no contexto da insolvência de sociedades comerciais, cujos sócios avalizaram títulos em branco para garantia de financiamentos bancários:

1º - Quando o pacto de preenchimento o previu

Nesse sentido, reconhecendo a atuação da autonomia privada, o acórdão do TRG, assim sumariado¹⁵:

“I - O avalista de uma livrança não se obriga perante o avalizado, mas sim perante o titular da letra ou livrança, constituindo uma obrigação autónoma e independente e respondendo como obrigado cartular, pelo pagamento da quantia titulada na letra ou livrança. Por força desta autonomia, o avalista não pode servir-se de qualquer dos meios de defesa que pertencem ao avalizado, por via das relações imediatas entre este e o subscritor do título de crédito.

II - Mas já estará naquelas relações imediatas, podendo defender-se com os vícios da relação fundamental perante o credor-emitente-portador da livrança, se, tendo assinado o título em branco, for envolvido por esse emitente no pacto de preenchimento, ou com ele participar numa relação extra-cartular que interfira nas condições para esse preenchimento.”

¹⁵ Cfr. Ac. TRG de 06-02-2014 (Isabel Rocha), www.dgsi.pt.

2º - Quando o plano de insolvência o prevê

Embora, seja no domínio do PER que a jurisprudência mais venha discutindo a eficácia ou ineficácia (total ou parcial) de um plano que preveja a reconfiguração do direito do credor sobre os garantantes, legitimando ou não a interferência da autonomia privada neste domínio, a tendência da jurisprudência em não diferenciar, nos seus efeitos, o plano de recuperação (PER) do plano da insolvência, permite-nos dar neste enquadramento o seguinte exemplo, reportando um acórdão proferido no âmbito de um PER ¹⁶:

“(…)

2 - *Da homologação de medida que estabelece uma moratória no pagamento da dívida de avalistas, não decorre violação do n.º 4 do artigo 217º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, porque a mesma não afeta a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantantes da obrigação.*

3 - *Esta moratória é uma condicionante que não é intolerável nem excessiva e que se justifica em prol da revitalização dos devedores com o Plano de Recuperação, a que o Apelante tem que se sujeitar por ter sido aprovado com a maioria e quórum legalmente exigidos, e assim homologado.”*

Sendo também este o entendimento de Carolina Cunha *in* “Aval e Insolvência”, p.137:

“Não me parece que a primeira parte do art.º 217º, 4, do CIRE tenha cunho imperativo: limita-se a consagrar uma solução que, ao contrário da prevista no CPEREF, dá primazia ao interesse do credor sobre o interesse do garante. Nada impede os titulares dos interesses em causa de estabelecerem uma outra composição, no livre exercício da autonomia privada.

¹⁶ Cfr. Ac. TRG de 08-01-2015 (Ana Cristina Duarte), www.dgsi.pt.

Repare-se que também não estão em causa interesses e terceiros- nem dos restantes credores; nem do devedor ou da própria execução do plano de insolvência. Estes interesses recebem, isso sim, a proteção conferida pela segunda parte do art.217º, 4, CIRE: a certeza de que os garantes não podem exercer os seus subsequentes direitos de regresso contra o insolvente em maior medida do que aquela que o plano outorgava aos credores que os garantes satisfizeram. E esta proteção não é beliscada pela convenção a que nos referimos – convenção através da qual os únicos sujeitos por ela afetados (credor e garante) regulam o exercício da garantia, tornando-a permeável a vicissitudes decorrentes da aprovação de um plano de insolvência.”

Ainda que o reconhecimento do domínio da autonomia privada em proveito dos garantes, tenha reduzida expressão jurisprudencial, é, neste contexto, que pode valer o argumento dos executados avalistas de que o preenchimento do título pelo credor exequente se mostra abusivo à luz do art.º 10º LULL.

E será este reconhecimento, que permitirá contrabalançar as duras consequências do regime legal (1ª parte do art.º 217º, 4) que atribui aos garantes a responsabilidade do financiamento da (eventual) recuperação do insolvente.

De novo, na afirmação de Carolina Cunha¹⁷:

“Como vimos, são os garantes (e os codevedores), simples terceiros que não tiveram qualquer intervenção na aprovação do plano de insolvência, que acabam afinal, por custear a sua implementação, ao arcar com a diferença entre o crédito originário (que tiveram de satisfazer ao credor) e o crédito reduzido, reestruturado ou extinto pelo plano (correspondendo ao que podem depois exercer em via de regresso).

¹⁷ Obra cit., p. 138.

O fator de correção consiste, naturalmente, na modelação contratual ex ante do primeiro dos mencionados créditos, eliminando a diferença e realocando o sacrifício económico da esfera do garante para a esfera do credor – que foi quem verdadeiramente o aceitou, ao aprovar o plano, ou pelo menos, quem participou diretamente no processo que conduziu à sua aprovação.

E o garante, repare-se, continua - porque é esse o cerne da garantia prestada e aí a modelação contratual não interfere – a suportar o tradicional risco de insolvência do devedor, o qual se concretiza sempre que, depois de satisfazer o credor (mesmo nos termos reajustados para refletir as alterações do plano), não consiga obter o reembolso junto do insolvente.”

Regime legal do PER

Especificidades deste regime

O Processo Especial de Revitalização (PER), incluído no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) pela Lei nº 16/2012, de 20 de abril, sob o estímulo do memorando de políticas económicas e financeiras celebrado entre Portugal e a troika, veio habilitar o direito nacional de uma ferramenta considerada prioritária, de pendor predominantemente extrajudicial e com maior potencial de recuperação económica e financeira que o processo de insolvência.

Um instrumento que, na sua explicação *“pretende assumir-se como um mecanismo célere e eficaz que possibilite a revitalização dos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda não tenham entrado em situação de insolvência atual.”*¹⁸

¹⁸ Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 39/XII, de 30 de dezembro de 2011, disponível em: www.parlamento.pt.

Introduzido no CIRE, nos seus artigos 17º - A a 17º - I, sob uma judicialização mínima de procedimentos, a *finalidade* deste processo é permitir ao devedor em pré-insolvência, *estabelecer negociações com os seus credores de modo a concluir com eles um acordo conducente à sua revitalização*.

Diz-se, por isso, que com a reforma legislativa de 2012 o CIRE mudou de paradigma, visando, essencialmente, acentuar e incentivar a recuperação e a revitalização da empresa em estado de pré-insolvência, deixando para a insolvência a liquidação, como meio de sanear a economia de empresas incapazes de gerar riqueza. Ainda que nesta, a liquidação tenha igualmente passado de objetivo principal a secundário.¹⁹

Privilegiando a flexibilidade, a celeridade e a possibilidade de impor a credores minoritários restrições, como moratórias ou perdão de dívidas.

Através do Decreto-Lei nº 79/2017, de 3 de junho, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas foi de novo alterado. Alterações que recaíram, essencialmente, no regime do Processo Especial de Revitalização que veio excluir expressamente do seu regime os devedores não empresários. Para estes, surgiu um novo instrumento jurídico, regime esse chamado de Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP).

¹⁹ A norma originária do artº 1º do CIRE na versão do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março priorizava a finalidade “liquidação do património” relativamente à finalidade “recuperação da empresa”.

O regime do CIRE sofreu alterações em 2012 e em 2017 nomeadamente no seu artº 1º que desde a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril passou a privilegiar a recuperação como finalidade principal sendo a liquidação uma finalidade subsidiária.

Dispondo então: *1 - O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.*

O que importa questionar: na falta de norma específica no PER que regule a relação credor -avalista, as diferenças de paradigma e de normativo entre o PER e o processo de insolvência, justificam um tratamento distinto daquele que deixámos definido a propósito da homologação do plano de insolvência?

Também aqui, não são coincidentes as respostas da doutrina e da jurisprudência.

O regime do PER

Dispõe o artigo 17.º-A, 1 do CIRE que:

1 - O processo especial de revitalização destina-se a permitir à empresa que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes, acordo conducente à sua revitalização.

E, o artigo 17-E, 1 determina que:

1 - A decisão a que se refere o n.º 4 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra a empresa e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende, quanto à empresa, as ações em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se aquelas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação.

Perante a instauração de um PER que pode fazer o credor garantido que tenha um título cambiário subscrito por uma empresa em dificuldades, crédito esse avalizado por um terceiro garante?

Importa atender a diversas hipóteses:

Se o credor é (legítimo) portador de um título completo, ou seja, totalmente preenchido desde o momento da sua criação e, se o obrigado principal não pagar extrajudicialmente uma vez vencido o título (o regime do PER não inibe o devedor em dificuldades de pagar extrajudicialmente uma vez que este não perde o poder de administrar e de dispor dos seus bens, além de que, os credores não estão sujeitos, como na insolvência, a um procedimento concursal), poderá exigir do avalista o respetivo pagamento, à semelhança do que acontece com a insolvência. E o avalista terá de pagar, à margem do regime do PER.

Mas se a letra ou livrança foi emitida em branco, a resposta passa por atender ao regime do PER e às condições de exigibilidade da garantia, sendo que, relativamente a estas, haverá que determinar se ocorreu incumprimento e, se sim, quando ocorreu o incumprimento.

Ao contrário do que acontece com o regime da insolvência, no PER não existe norma equivalente à do art.º 91º, 1 do CIRE, ou seja, inexistente norma que prescreva que a sujeição ao PER determina o vencimento imediato de todas as obrigações do devedor em dificuldades.

Logo, pode acontecer que aquele concreto crédito ainda não se tenha vencido quando o devedor se sujeitou ao PER, por estar em curso o prazo de pagamento e, uma vez que o PER não opera o imediato vencimento das dívidas (mas tão só a sua inexigibilidade judicial), a dívida é, em tal momento, inexigível. Sendo inexigível para o devedor em dificuldades, sê-lo-á também para o avalista. Não tendo havido incumprimento (por facto omissivo/naturalístico ou por força da lei), não se verifica o risco/evento que faz despoletar a garantia.

Assim se o recurso ao PER não tem como consequência operar o vencimento imediato e antecipado da dívida, o credor cambiário que preencha o título e acione o avalista nessas condições, ocorre em preenchimento abusivo, nos termos do art.º 10º LULL, sendo legítimo ao avalista opor tal exceção.

Situação diferente será a do credor, portador de uma letra ou livrança em branco, cuja dívida se venceu e não foi cumprida (extrajudicialmente) pelo devedor que se sujeitou ao PER.

Neste contexto importará apurar se o incumprimento ocorreu antes ou depois de aprovado o plano de revitalização.

Como vimos, o art.º 17º-E, 1 do CIRE impede que contra o devedor que recorreu ao PER seja instaurado uma ação e, se anteriormente instaurada, deverá esta ser suspensa (efeito *stand still*) durante todo o tempo que durarem as negociações, podendo vir a extinguir-se após aprovação e homologação do plano, a menos que este preveja a sua continuação.

Primeira hipótese: antes de aprovado e homologado o plano de revitalização ocorre o incumprimento extrajudicial, como previsto originariamente.

Em tal situação, de dívida vencida e não cumprida, o credor pode reclamar a dívida do devedor e, se este não pagar, tem justificação para preencher o título e, se o avalista não pagar, tem também justificação para executar.

O efeito *stand still* não é extensivo ao avalista. Apenas poderá conceber-se essa extensão se o acordo de preenchimento prever o alargamento desse efeito aos avalistas. Também no âmbito do PER não há razões para não reconhecer o princípio da autonomia privada.

O que, na observação de Carolina Cunha²⁰ faz todo o sentido, considerando a comum ligação funcional dos avalistas à empresa avalizada, assim expondo: “*E, sendo amiúde o aval prestado pelos sócios gerentes, os mesmos que em representação da sociedade avalizada negociam o contrato garantido pelo título, estarão estes numa posição propícia para tentar a (difícil,*

²⁰ Obra cit., p. 164.

mas não impossível) salvaguarda dos seus interesses – e, reflexamente, dos interesses da empresa devedora”.

Reportávamo-nos à fase negocial do PER no decurso da qual se vence a obrigação garantida pelo título em branco e o devedor em dificuldades que, entretanto, recorreu ao PER não cumpre (sendo que, legalmente, como dissemos, não está inibido de pagar extrajudicialmente). Não cumprindo, o credor pode preencher o título e acionar o avalista.

Situação diferente será aquela em que ocorre incumprimento já depois de aprovado e homologado um plano de revitalização que renegocia a dívida.

Como assinala Nuno Ferreira Lousa²¹, referindo-se às situações em que o incumprimento sucede à aprovação do plano: *“o devedor nunca incumpriu com a sua obrigação”,* pelo que *“não faria sentido ficcionar tal incumprimento para dessa forma responsabilizar o garante pelo incumprimento da obrigação tal como ela previamente se encontrava configurada”*²².

Em tais situações, pode ou não o avalista invocar, a seu favor, uma modificação tácita do acordo de preenchimento?

Segundo a doutrina que vimos expondo²³, sim, pode, porquanto *“(…), sempre que a alteração convencional do montante da dívida fundamental e/ou dos prazos do seu cumprimento conduza a suavizar a posição devedora, é correto sustentar que se deu uma modificação tácita do acordo de preenchimento (art.º 217 CCiv.) com efeitos sobre a posição jurídica do avalista em branco. Recorrendo à interpretação e, sobretudo, à integração do acordo de preenchimento (arts.236º e 239º CCiv), é de concluir que os novos termos da relação fundamental, tal como foi renegociada, se vão substituir ao consenso originário enquanto parâmetro de aferição da existência de (in)cumprimento. Portanto, doravante o credor apenas fica legitimado a demandar o avalista,*

²¹ Os créditos garantidos e a posição dos garantidos nos processos recuperatórios de empresas”, p. 166.

²² Na citação de Carolina Cunha, obra cit., p. 169.

²³ Carolina Cunha, obra cit. p.169.

preenchendo o título, caso venha a ocorrer um incumprimento nos (qualitativa e quantitativamente mitigados) termos da relação fundamental reconfigurada”.

Vai ao encontro dessa ideia, denominando-a de “*irradiação externa dos efeitos do plano de revitalização*” o acórdão do STJ²⁴, assim sumariado:

“I - No concreto Processo Especial de Revitalização considera-se válida a seguinte cláusula:

«Durante o prazo de execução do Plano, desde que não se verifique a ocorrência de algum incumprimento, os credores obrigam-se a não acionar os avalistas ou fiadores de qualquer uma das dívidas inseridas no Plano de Revitalização».

II - Sendo um princípio indiscutível do direito das garantias pessoais o de que o incumprimento (temporário ou definitivo) é a condição necessária para que o garante possa ser chamado a cumprir em vez do devedor principal, concluiu-se que com a aprovação do plano de revitalização esta condição ainda não se verifica. A aprovação do plano de revitalização tem, precisamente, entre os seus objetivos permitir o cumprimento dos contratos, adequando o programa devedor às concretas possibilidades do devedor. Não existindo nem incumprimento de obrigações nem afetação quantitativa do crédito, a aprovada modificação temporal deverá aproveitar aos terceiros que garantem o cumprimento das obrigações, sobretudo porque a dilação do tempo de execução da obrigação modificada não é irrazoavelmente excessivo ou desequilibrado face à capacidade económico-financeira dos sujeitos envolvidos (credor e garantantes).

III - Sendo o plano de revitalização um contrato plurilateral, dotado de um sui generis procedimento formativo, cuja eficácia depende de homologação judicial, não lhe é, porém, estranha a aplicação das regras dos contratos. Todavia, a eficácia vinculativa do plano de revitalização não tem

²⁴ Cfr. Ac. STJ 29-01-2019 (Maria Olinda Garcia), www.dgsi.pt.

de se confinar, de forma absoluta, apenas aos sujeitos daquela estrutura negociada (os credores e o devedor “revitalizado”), ignorando completamente aqueles que prestam garantias pessoais ao devedor. O princípio da relatividade dos contratos, consagrado no art.º 406.º, n.º 2, do CC, não é um princípio absoluto e hermético. Encontram-se na ordem jurídica várias figuras contratuais, em cujo regime legal se identifica uma eficácia de proteção para terceiros (como nos contratos que permitem o gozo ou o aproveitamento de faculdades de um bem de terceiro). Aliás, essa ideia de irradiação externa dos efeitos do plano de revitalização não é estranha ao legislador do CIRE, quando estabelece os limites que estão expressos no art.º 217.º, n.º 4.”

Neste entendimento do STJ, a proteção do avalista pode assentar em duas considerações, que no caso particular, se cruzam: *primeiro*, no reconhecimento duma modificação tácita do acordo de preenchimento por força dum plano suavizante do qual não há incumprimento (proteção tácita)²⁵, *segundo*, na existência duma previsão expressa no plano de revitalização que estabeleça um *stand still* a favor dos avalistas, enquanto exercício da autonomia da vontade (proteção expressa).

A jurisprudência dos tribunais de 2ª instância, contudo, tende a não admitir a proteção (tácita) dos avalistas com base no plano de revitalização *suavizante*, mesmo nas situações em que o incumprimento sucede temporalmente ao plano de revitalização.

Predominando também, na 2ª instância, a posição jurisprudencial que não admite qualquer autonomia da vontade favorável aos avalistas expressa no plano de revitalização. Sendo, por sua vez, minoritária a jurisprudência que

²⁵ Em particular na afirmação: “*Não existindo nem incumprimento de obrigações nem afetação quantitativa do crédito, a aprovada modificação temporal deverá aproveitar aos terceiros que garantem o cumprimento das obrigações, sobretudo porque a dilação do tempo de execução da obrigação modificada não é irrazoavelmente excessivo ou desequilibrado face à capacidade económico-financeira dos sujeitos envolvidos (...)*”.

reconhece um efeito protetor dos avalistas, por força de uma *previsão expressa* no plano de revitalização.

Fazendo uso duma interpretação extensiva ou analógica, a 2ª instância tende a equiparar os efeitos do plano de revitalização ao plano de insolvência, aplicando ao PER o regime do art.º 217º, 4 do CIRE.

Do que se extrai de alguns sumários de acórdãos:

Da Relação de Guimarães²⁶:

“1. O Per não pode afetar a existência e o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou terceiros garantes da obrigação.

2. As cláusulas que condicionam o exercício do direito dos credores bancários à execução das garantias e a carência de capital e juros, neste caso pessoais (aval) de terceiros violam a norma imperativa do artigo 217 n.º 4 do CIRE, sendo nulas nestes pontos e inoponíveis às apelantes.”

Da Relação do Porto²⁷:

“I - Do confronto da norma revogada (art.º 63.º do CPEREF) com a que lhe sucedeu (n.º 4 do art.º 217.º do CIRE), conclui-se que o legislador, deliberadamente, visou que o credor, independentemente da posição assumida no processo, após a homologação do plano de recuperação mantivesse incólume os direitos de que dispunha contra os codevedores e garantes.

II - É nula, por violação de norma imperativa (n.º 4 do art.º 217.º do CIRE), a cláusula integrante do Plano de Recuperação, com o seguinte teor:

²⁶ Cfr. Ac. TRG 15-09-2016 (Espinheira Baltar), www.dgsi.pt.

²⁷ Cfr. Ac. TRP 19-03-2018 (Carlos Querido), www.dgsi.pt, entretanto revogado pelo Ac. STJ 29-01-2019, supra citado.

«Durante o prazo de execução do Plano, desde que não se verifique a ocorrência de algum incumprimento, os credores obrigam-se a não acionar os avalistas ou fiadores de qualquer uma das dívidas inseridas no Plano de Revitalização».

III - Atento o disposto no art.º 292.º do CC, haverá que suprimir a cláusula viciada, mantendo a homologação do plano na parte restante.”

Da Relação de Coimbra²⁸:

“IV - A aprovação de um plano de revitalização, com moratória para pagamento da dívida, de que beneficie a sociedade subscritora da livrança, não é invocável pelos avalistas contra quem é instaurada a execução para seu pagamento.

V - Esse plano de revitalização nem mesmo é invocável pelo avalista quando nele conste cláusula segundo a qual as garantias anteriormente prestadas pela empresa revitalizada e por terceiros se mantêm como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes do plano.

VI - A natureza jurídica do aval, com autonomia relativamente à obrigação do avalizado, opõe-se a que uma cláusula do plano de revitalização como a mencionada possa evitar que o avalista possa vir a ser demandado em execução.

VII - Esta mesma natureza do aval impede que possa considerar-se existir na propositura da execução abuso de direito na modalidade de venire contra factum proprium, quando o exequente aprovou o plano de revitalização no qual constava uma cláusula sobre as garantias como a referida.”

²⁸ Cfr. Ac. TRC 01-12-2015 (Manuel Capelo), www.dgsi.pt.

Da Relação de Lisboa²⁹:

“ É aplicável ao plano de recuperação aprovado em sede de PER o disposto no artigo 217.º, n.º 4, do CIRE, porquanto não existe um distanciamento em termos de conteúdo, finalidade e efeitos do plano de recuperação gizado no PER ou no processo de insolvência (quando, neste processo, não seja meramente liquidatário do passivo da empresa) que evidencie incompatibilidades que justifiquem, sem mais, que não seja aplicável ao PER o referido preceito legal, que regula os efeitos das providências aprovadas no plano de recuperação na insolvência em relação às obrigações dos codevedores ou terceiros garantes da obrigação.

II. Decorre do regime jurídico do aval, enquanto obrigação de garantia da obrigação cartular titulada pela letra ou pela livrança, a inexistência de fundamento válido que justifique o afastamento da aplicação do artigo 217.º, n.º 4, do CIRE, ao plano de recuperação no âmbito do PER quando o mesmo tenha introduzido modificações na estrutura da obrigação do devedor principal, seja quanto à existência e montante dos direitos dos credores, seja apenas quanto aos prazos de cumprimento da obrigação subjacente.

III. A cláusula inserida no plano que não leva em consideração a natureza jurídica do aval consagrado na LULL, nomeadamente nos seus artigos 30.º, 32.º, 47.º e 77.º, introduzindo dilações temporais quanto à exigibilidade de pagamento aos avalistas, condicionando o direito de ação dos portadores dos títulos cambiários (livranças avalizadas) ao cumprimento do plano (reembolso aprovado nos termos do plano) à revelia daqueles normativos de cariz imperativo, constitui violação não negligenciável do conteúdo do plano determinante da sua não homologação, nos termos dos artigos 215.º e 217.º, n.º 4, do CIRE ex vi dos artigos 17.º-A, n.º 3 e 17.º-F, n.º 7, do mesmo diploma legal.”

²⁹ Cf. Ac. TRL 28-04-2020 (Adelaide Domingos), www.dgsi.pt.

Da Relação de Évora³⁰:

“I - O plano de recuperação [aprovado e homologado no PER] contém um conjunto de medidas que se aplicam apenas à sociedade a revitalizar, vinculando-a a ela e aos respetivos credores, mesmo os que não participaram nas negociações; mas não produz efeitos [não vincula] relativamente a terceiros, sejam estes codevedores ou garantes, designadamente avalistas.

II - A norma do n.º 4 do art.º 217º do CIRE é aplicável, com as necessárias adaptações, por interpretação extensiva, ao plano de recuperação.

III - A homologação do plano de recuperação aprovado não determina a extinção, por novação, da obrigação do avalista perante (...)

Uma jurisprudência que defende a preservação do direito dos credores, aplicando o art.º 217º, 4 do CIRE ao plano de revitalização.

E que o faz focada na *natureza jurídica do aval, com autonomia relativamente à obrigação do avalizado*³¹, desconsiderando a relevância da emissão de um título em branco.

As reservas da doutrina quanto a tal entendimento

³⁰ Cfr. Ac. TRE 24-05-2018 (Elisabete Valente), www.dgsi.pt.

³¹ Segundo esta posição, a obrigação do avalista é uma obrigação autónoma, independente da relação subjacente entre o portador imediato e o subscritor, não podendo, por isso, os avalistas desobrigar-se com base em exceções fundadas na relação subjacente, considerando a autonomia do aval na sua vertente ilimitada.

As reservas da doutrina quanto a tal entendimento jurisprudencial assentam quer no paradigma em que assenta o PER, quer no normativo que o rege.

As diferenças de paradigma e de normativo

O PER representa um modelo distinto do processo de insolvência.

O que o distingue:

O regime do Processo Especial de Revitalização assenta no princípio da autonomia privada. O PER permite que o devedor estabeleça e prossiga as negociações com os seus credores, visando obter com eles um acordo passível de viabilizar a sua recuperação.

Como afirma João Aveiro Pereira³², a manifestação pelo devedor *“da vontade de negociar, através do tribunal, com o apoio de um ou mais credores, oferece mais garantias de seriedade e de segurança, o que é suscetível de facilitar a aproximação das partes para negociarem livremente uma alternativa à insolvência.”*

No PER o acordo pode ser atingido no âmbito do processo ou pode ter um início extrajudicial com posterior homologação judicial. Neste caso, apenas se recorre ao processo judicial quando o acordo já está concluído, com a maioria de credores necessária, para que a homologação seja possível (artigo 17º - I, 1 CIRE).

Diferentemente da insolvência, no âmbito do PER a empresa devedora tem um papel ativo nas negociações estabelecidas com os credores (artigos 17º-A, 1 e 17º-D, 8 CIRE). Logo ao apresentar-se ao PER a empresa remete ao tribunal uma proposta de plano de revitalização. Pode ainda o devedor dar por

³² João Aveiro Pereira, A revitalização económica dos devedores, O Direito, Ano 145 (2013), p. 28 e 29.

encerrado o processo negocial sem a aprovação de qualquer plano, caso as negociações não satisfaçam as suas pretensões.

Enquanto que, no plano de insolvência, tipicamente, já se produziu o incumprimento ou o vencimento por força do art.º 91º, 1 CIRE (o que legitima por parte do credor portador de um título em branco, o preenchimento da letra ou livrança e execução do avalista), no plano de revitalização a obrigação a reestruturar não surge *ab initio* incumprida ou sequer vencida por força da lei.

Por isso, defende Carolina Cunha³³, o PER aproxima-se de uma vulgar renegociação da dívida:

“Daqui decorre, portanto, que o resultado final de um PER que desemboque num plano de revitalização se aproxima muito mais do quadro geral da vulgar renegociação da dívida fundamental, sobretudo, por comparação com o que sucede no âmbito de um plano de insolvência. Tal justifica plenamente, na minha perspetiva, que o acordo de preenchimento relativo aos títulos cambiários subscritos em branco para garantir essa dívida seja interpretado e integrado de modo a refletir a reconfiguração nela operada.”

Sendo, por isso, inadequado aplicar o art.º 217º, 4 do CIRE ao PER (por remissão ou analogia).

Alguma jurisprudência aproxima-se deste entendimento.

Assim, da Relação de Guimarães, o acórdão anteriormente citado³⁴:

“1 - O Processo Especial de Revitalização está pensado para os devedores que, não tendo caído ainda numa situação de impossibilidade financeira de satisfazer a generalidade dos seus compromissos, se encontrem

³³ Carolina Cunha, *Obra cit.* p. 172

³⁴ Cfr. TRG 08-01-2015 (Ana Cristina Duarte), www.dgsi.pt.

já numa situação económica difícil, mas que ainda seja suscetível de recuperação.

2 - Da homologação de medida que estabelece uma moratória no pagamento da dívida de avalistas, não decorre violação do n.º 4 do artigo 217º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, porque a mesma não afeta a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação.

3 - Esta moratória é uma condicionante que não é intolerável nem excessiva e que se justifica em prol da revitalização dos devedores com o Plano de Recuperação, a que o Apelante tem que se sujeitar por ter sido aprovado com a maioria e quórum legalmente exigidos, e assim homologado.

4 – Cabe ao apelante fazer a prova de que o plano de recuperação o coloca numa situação menos favorável do que aquela que decorreria da ausência de qualquer plano.”

A jurisprudência dominante tem-se pronunciado pela aplicação analógica do artigo 217, n.º 4, do CIRE previsto para o processo de insolvência, ao processo de revitalização (PER).

Referimos anteriormente vários sumários de acórdãos que o confirmam.

Justificando uma interpretação extensiva do artigo 217º, 4 CIRE ao PER, por considerarem que, o facto do legislador não ter previsto no âmbito do PER norma idêntica, não significa que pretendesse consagrar para este uma solução diferente e, partindo da premissa de que, em tudo o que não esteja especificamente previsto em regime especial, se aplicam as regras gerais do processo de insolvência.

Interpretação que tem o apoio de Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Diniz³⁵, que defendem a aplicação do artigo 217º ao PER, ao plano de revitalização e aos efeitos da sentença que o homologa. A propósito do art.º 17º - F, nº 5³⁶, na sua versão originária:

“É certo que a remissão do artigo 17º-F, nº 5, in fine “(…)” não abrange, pelo menos à primeira vista, o citado artigo 217º, por o mesmo não estar formalmente no capítulo do código dedicado à aprovação e homologação do plano, mas no capítulo dedicado à execução do plano de insolvência. Porém, desse facto não resulta que o legislador tivesse querido afastar a referida norma do âmbito do PER. Em boa verdade os interesses em jogo e a própria lógica do sistema impõem que se considere mutatis mutandis aplicável o vertido no artigo 217º ao PER. Isto especialmente tendo em conta o confesso desiderato legislativo de conferir “eficácia plena” ao plano de revitalização e de o constituir como uma verdadeira alternativa ao plano de insolvência, no sentido de não ser necessário às entidades em situação de insolvência iminente terem de se apresentar à insolvência para conseguirem aprovar um plano de recuperação.

A interpretação que restrinja os efeitos do plano de revitalização em detrimento do plano de insolvência reduz, inegavelmente, a utilidade do primeiro face ao segundo – o que potenciará o recurso à via da insolvência em detrimento da via da revitalização em frontal contradição com o desiderato legislativo de potenciar esta última.”

Vejamos na perspetiva oposta, alguns obstáculos com que se depara este entendimento.

De teor literal:

³⁵ Nuno Salazar Casanova, David Sequeira Diniz, PER – *O Processo Especial de Revitalização*, p. 152

³⁶ Em parte, equivalente ao atual nº 7.

O artº 17-F, 7, respeitante ao plano de revitalização, preceitua que se aplicam à decisão de o homologar ou à recusa em o homologar, “...com as necessárias adaptações, as regras previstas no título IX, em especial o disposto nos artigos 194.º a 197.º, no n.º 1 do artigo 198.º e nos artigos 200.º a 202.º, 215.º e 216.º”

O art.º 217º, 4 não está previsto expressamente nesta remissão³⁷ e, em rigor, nada tem a ver com a decisão de homologar ou não homologar, mas sim com os efeitos decorrentes da homologação, pelo que, não será com base em tal normativo que se justificará a sua aplicação (remissiva).

O art.º 17º-A, 3, do CIRE³⁸ (Capítulo II – Processo Especial de Revitalização) refere que “o processo especial de revitalização tem caráter urgente, aplicando-se-lhe todas as regras previstas no presente código que não sejam incompatíveis com a sua natureza”.

Não estando expressamente contemplado na remissão (art.º 17º-F, 7) poderemos questionar se a aplicação do art.º 217º, 4 do CIRE se adequa ao PER, por não ser incompatível com a natureza deste (artº 17º-A, 3).

A doutrina que vimos referindo, em particular na expressão de Carolina Cunha³⁹, contesta que se esteja numa situação carecida de fundamentação, que torne necessário recorrer ao art.º 217º, 4 do CIRE.

Como observa a autora: “... *não me parece que a falta de regulamentação da situação dos garantes de uma obrigação afetada pelo plano de revitalização corresponda a uma falha na construção legislativa que torne necessária a mobilização do art.º 217º, 4 CIRE – sobretudo, no que toca ao exercício do direito de regresso. Na verdade, na ausência de preceito que o afaste, o regime*

³⁷ Referindo ainda a doutrina em análise que, se o legislador de 2017 tivesse querido tomar posição sobre a aplicabilidade do art.º 217, 4 CIRE ao plano de revitalização, tê-lo-ia manifestado de forma precisa, individualizando o preceito entre os expressamente aplicáveis.

³⁸ Redação introduzida pelo DL n.º 79/2017, de 30/06. Sendo a redação originária: “3 - O processo especial de revitalização tem caráter urgente.”

³⁹ Carolina Cunha, *Aval e Insolvência*, p. 187.

aplicável será o da concreta garantia prestada (fiança, aval, garantia autónoma, etc.), variando as consequências de acordo com esse regime.”

Contesta também a inexistência de incompatibilidades que permitam a aplicação do artigo 217º, 4 do CIRE, específico para o plano de insolvência, ao PER. A natureza de ambos os processos, pese embora algumas semelhanças, suporta diferenças de relevo.

Desde logo pela inexistência concetual de “incumprimento da obrigação” que possa afetar o plano de revitalização, ao contrário do que ocorre com o plano de insolvência, pela relevância dada no PER à vontade do devedor em dificuldades e pelo menor relevo dado aos interesses dos credores, numa relação de equilíbrio inversa à que ocorre no processo de insolvência.

No PER o devedor em dificuldades tem um papel interventivo relevante, quer na iniciativa do PER, quer no conteúdo e efeitos do plano de revitalização (nada é imposto ao devedor em dificuldades sem ou contra a sua vontade), o que não ocorre na insolvência.

No plano de insolvência os interesses dos credores assumem uma importância relevante, no PER a relevância é dada ao interesse do devedor em dificuldades.

Nesse entendimento, inexistindo norma remissiva expressa e não sendo a natureza do PER compatível com a secundarização do interesse do devedor ou com a primazia dada ao interesse dos credores, como na insolvência, de que o art.º 217º, 4 constitui corolário, este artigo não integra a aplicação analógica prevista no art.º 17º-A, 3, do CIRE, logo, não se aplica ao PER. Nem na primeira nem na segunda parte.

Observando esta Professora⁴⁰ *“A conclusão de que existe um muito maior equilíbrio de base na composição de interesses operada pelas normas que efetivamente disciplinam o PER, sem que à posição dos credores seja dado o especial privilégio que recebe no contexto da insolvência, seria em meu entender*

⁴⁰ Obra cit., p. 176 e 177.

suficiente para colocar abundantes reticências à aplicação do art.º 217º, 4, norma que constituiu uma reconhecida manifestação daquele privilégio.”

Chamando a atenção para o facto de, na hipótese de considerarmos aplicável ao PER o art.º 217º, 4 do CIRE, a correta aplicação da norma, conduz a resultado idêntico ao que obteríamos caso a não aplicássemos, nesta concreta situação de o incumprimento suceder ao plano e, o credor ser portador de um título em branco. Pois que, “(...) *na hipótese concreta que nos ocupa – regular cumprimento da obrigação fundamental garantida até ao momento da homologação do plano de revitalização – não se consolidou ainda, na esfera jurídica do credor, o direito cambiário cuja existência e montante o legislador pretende salvaguardar. Como tive oportunidade de esclarecer, a subscrição e entrega do título em branco representam um simples «embrião» da futura vinculação cambiária, que, associada ao acordo sobre o respetivo preenchimento, proporciona ao credor uma garantia flexível e expedita: verificado o incumprimento, completará o título inscrevendo o exato montante em dívida, sem para isso necessitar do posterior contributo de qualquer dos subscritores”.*

Assim, ocorrendo o incumprimento da empresa em dificuldades depois de aprovado o plano de revitalização, nada impede os avalistas de uma letra ou livrança em branco de invocar os termos modificados pelo plano de revitalização, se o incumprimento sucede à homologação do plano e se foram demandados pelo credor nos termos originários.

Defende igualmente esta posição, Cristina Gonçalves Pereira⁴¹, quando questiona e responde:

“Mas, passando a dívida garantida por aval a integrar plano de reestruturação de créditos no âmbito de processo destinado à revitalização

⁴¹ Cristina Gonçalves Pereira “Efeitos Sobre Os Avalistas Da Reestruturação De Créditos Operada Por Meio de Recuperação Judicial”, Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios, realizada sob orientação do Professor Doutor Armando Triunfante, <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18679/1/tese%20-20vers%C3%A3o%20final.pdf>

do devedor principal, poderá o credor igualmente abordar o avalista no sentido de obter o pagamento da dívida? Imaginando que, no âmbito de negociações destinadas à revitalização de dada empresa, dívida garantida por aval é perdoadada em 50%, são perdoados ainda os juros moratórios e é concedida moratória no cumprimento do crédito em cinco anos, poderá o credor, que inclusive participou de forma ativa e determinante na aprovação do plano nas condições em questão, reagir contra o avalista, exigindo judicialmente a totalidade do crédito originário? Sem atender então e sequer, à reestruturação da dívida nos termos aqui referidos?

(...)

A tendência da maior parte dos autores e da jurisprudência portuguesa tem sido no sentido de permitir que os credores que integrem os planos judiciais de revitalização empresarial nestes termos, possam igualmente utilizar formas alternativas de satisfação dos seus créditos.

(...)

Consideram então, que o conjunto de medidas contidas no plano de recuperação vincula apenas a empresa a revitalizar e os seus credores (aliás, mesmo aqueles que não hajam participado nas negociações, como resulta do disposto no n.º 6 do Art.º 17º F do CIRE). No entanto, só os vincula em relação à sociedade requerente e já não relativamente a terceiros, como são considerados, para este efeito, os garantidores. No que respeita a estes últimos, nada se modifica na sua relação com o beneficiário do aval, que mantém intactos os seus direitos originários.

(...)

Contrariamente ao entendimento anterior, argumenta-se no sentido de que a aprovação de um Plano de Recuperação Judicial do qual resulte a reestruturação dos créditos do devedor, em diferentes condições e com novos prazos, deve beneficiar, não só este último, como terceiros garantes do crédito, onde se integra o avalista.

Para os defensores deste entendimento, - onde, aliás, nos integramos – a aprovação e homologação de PER que modifique créditos anteriores, impede o credor, e desde logo, de reagir judicialmente contra o avalista (sobretudo nos moldes de dívida originária), salvo, necessariamente, a situação de incumprimento por parte do devedor do plano nos termos em que este foi negociado, aprovado e homologado. Isto porque, revela-se inadmissível que se permita que credor, que expressamente aprovou plano de recuperação e nada disse a respeito da sua homologação judicial, possa depois negar o compromisso assumido, utilizando formas alternativas de satisfação.”

O direito de regresso do avalista no PER

Importará por fim questionar: que repercussões terá a homologação de um plano de revitalização sobre o direito de regresso do avalista que satisfaz o direito cambiário do credor?

No entendimento doutrinário que temos vindo a expor, não sendo o art.º 217º, 4 do CIRE aplicável ao PER nem na sua primeira parte, nem na parte final, o direito de regresso dos garantes desenvolve-se de acordo com o regime próprio da garantia prestada.

Assim:

Se o avalista adquiriu o seu direito de regresso antes de instaurado o PER, a homologação que venha a ocorrer do plano não tem qualquer repercussão sobre esse direito, podendo o avalista reclamar o seu crédito no PER à semelhança dos demais credores.

Se o avalista adquiriu o seu direito de regresso depois de instaurado o PER, mas antes de terminado o prazo para as reclamações de créditos (nos termos do art.º 17º - F, 10 CIRE, antes da decisão judicial de nomeação do administrador judicial provisório prevista no nº 4 do art.º 17º-C), o direito de regresso do avalista poderá ser afetado pelo plano de revitalização, porque nesse momento

é um credor como os demais e, quer venha quer não a participar nas negociações, fica, à semelhança dos demais credores, vinculado pelas mesmas. Sendo esta a única hipótese em que o conteúdo do plano de recuperação se pode repercutir sobre o direito de regresso do avalista.

Se o avalista adquiriu o seu direito de regresso depois de instaurado o PER e, após a decisão prevista no nº 4 do art.º 17º-C, ou seja, após o despacho de nomeação de administrador judicial provisório, o respetivo exercício não é diretamente afetado pelas medidas constantes do plano de revitalização. Poderá exercer o seu direito pelo valor constante do título e dentro dos prazos cambiários normais (artºs 49º e 70º LULL).

Por fim, importa aferir do exercício do direito de regresso pelo avalista *quando o incumprimento foi posterior à homologação*. Neste caso a obrigação fundamental incumprida é uma obrigada reconfigurada nos termos do plano. Ao avalista só poderá ser exigida esta obrigação reconfigurada (com o correspondente preenchimento do título) e, este, uma vez que satisfaça o reconfigurado direito do credor, pode agir nos mesmos termos contra o devedor garantido.

Assim, se à data da homologação do plano ainda não se tinha verificado o incumprimento da relação fundamental, ou seja, se ainda não se havia efetivado o risco garantido, será a partir dos novos parâmetros definidos no plano (homologado) que se poderá aferir da existência e/ou da medida de incumprimento. O que não pode deixar de aproveitar ao avalista que, pode então invocar e comprovar a existência de preenchimento abusivo nos termos do art.º 10º da LULL, se tais limites forem excedidos ou desrespeitados.

Podendo-se concluir:

No PER o legislador não transferiu, como no plano de insolvência, para a esfera jurídica dos garantidos, o peso económico das vicissitudes (perdão, redução do valor dos créditos, moratórias, etc.) introduzidas pelo plano de revitalização do crédito originário.

Uma posição que tem tido reduzido acolhimento jurisprudencial.

Não obstante a jurisprudência faz-se dum contínua reflexão, às vezes desdiz-se, atualizando-se.

Esse aperfeiçoamento crítico não dispensa a colaboração das partes.

Uma pretensão bem explicada e bem articulada é meio caminho para essa inovação.

ANABELA LUNA DE CARVALHO

Data  **enia**
REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242
Ano 10 • N.º 13 • janeiro 2022

