



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A Proteção dos Garantes na Aprovação de um Plano de Insolvência

Joana Rodrigues Machado Lopes

29 de abril de 2021

Dissertação para a obtenção de grau de Mestre em Forense, pela Universidade Católica
Portuguesa – Escola de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Ana Maria
Pinheiro Cruz Taveira da Fonseca

Índice

1. Introdução	5
2. O plano de insolvência	8
3. Finalidades do plano de insolvência	12
3.1. Recuperação da empresa.....	15
4. Aval.....	19
4.1. Caracterização.....	19
4.2. Aval e Insolvência.....	21
5. Análise do art.217.º n.º 4 do CIRE	25
5.1. Regime do art.217.º.....	25
5.2. O problema.....	28
6. Análise de Jurisprudência	39
7. Posição adotada	43
8. Conclusão.....	47
9. Bibliografia	50

Abreviaturas

Ac – Acórdão

Acs – Acórdãos

Al – Alínea

Art. -- Artigo

Arts – Artigos

AUJ – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência

CC – Código Civil

Cfr. – Confrontar

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Cit -- Citado

CPC – Código de Processo Civil

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

Ed – Edição

LULL – Lei Uniforme das Letras e Livranças

Nº – Número

Nºs – Números

P – Página

Pp – Páginas

P.e. – Por exemplo

PER – Processo Especial de Revitalização

PEVE – Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas

Proc. – Processo

SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Ss – Seguintes

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

RERE – Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

EU – União Europeia

Vol – Volume

Palavras-Chave

Garantia das Obrigações; Plano de Insolvência; Recuperação do insolvente; Avalistas

1. Introdução

A crise financeira sentida ao longo do ano de 2020, devida a uma pandemia que surpreendeu o mercado financeiro e a atividade económica como um todo, levou ao endividamento de muitas empresas que, em alguns casos, acabaram por se tornar insolventes.

Acresce a histórica dependência das empresas portuguesas aos créditos bancários, que sofreram uma suspensão temporária¹ do seu pagamento durante este período de crise pandémica. Estas moratórias, concedidas por um período limite, chegarão ao seu termo e as empresas, já debilitadas, deparar-se-ão com um aumento de volume de execuções dos seus créditos, e a um aumento das despesas².

Torna-se, por isso, crucial, mais do que nunca, a utilização de mecanismos de recuperação de empresas, de modo a que aquelas que se encontravam estáveis no mercado, anteriormente à pandemia, e que nada fizeram para se colocar numa situação de insolvência, possam retomar a sua atividade.³

Este estudo concentrar-se-á na aprovação planos de recuperação, no âmbito do processo comum de insolvência⁴. O processo comum tem carácter permanente e um âmbito de aplicação mais lato do que os restantes processos de recuperação (como é exemplo o PEVE), pelo que importa o seu correto funcionamento.

Optando por um plano de insolvência cuja finalidade seja a recuperação da pessoa do insolvente, será possível operar uma reestruturação de créditos e uma consequente recuperação da empresa integrante da massa insolvente, sem que se extinga o devedor, após a execução do plano. Este processo tem a sua complexidade, convocando a

¹Cfr. Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março, que estabelece medidas excecionais de proteção dos créditos das famílias, empresas, instituições particulares de solidariedade social e demais entidades da economia social, bem como um regime especial de garantias pessoais do Estado, no âmbito da pandemia da doença COVID-19.

²JOÃO LUÍS DE SOUSA “Recuperar mais Empresas em Dificuldades”. In *Vida Judiciária*, n.º 215, julho/agosto 2020, p.1

³Conscientes disso mesmo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, aprovou o Programa de Estabilização Económica e Social, de onde surgiu a Lei 75/2020, de 27 de Novembro que prevê o primeiro processo extraordinário no âmbito do direito da insolvência: o PEVE, destinado a qualquer empresa “que se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente ou atual, decorrente da crise económica provocada pela pandemia da doença COVID-19, desde que a mesma demonstre que ainda é suscetível de viabilização”.

⁴ANTÓNIO RAPOSO SUBTIL “Extinguir ou Repristinar estruturas societárias num ambiente de insolvência?”, In *Vida Judiciária*, n.º 215, julho/agosto 2020, p.4

participação de diferentes entidades, pelo que muitas são as questões controversas que podem surgir.

Em concreto, optei pela análise da posição dos codevedores ou terceiros garantes a que se refere expressamente o art.217.º n.º 4 do CIRE.

No âmbito da aprovação de um plano de recuperação, é comum a introdução de providências com incidência no passivo do devedor, tanto as previstas no art.196.º, como outras seleccionadas pelas partes. Estas modificações são acordadas pelos credores e o insolvente e podem dirigir-se a créditos que beneficiem de uma garantia pessoal prestada a favor do credor do devedor insolvente, como é exemplo o aval. Na situação de um crédito garantido por aval sofrer uma modificação dentro do plano, dita o art.217.º n.º 4 que o credor poderá executar o avalista nos termos do original contrato de garantia, mas que este último será abrangido pelas alterações operadas pelo plano quando pretender reembolsar-se diante do insolvente.

Deste modo, os terceiros garantes acabam por ser os mais fragilizados com a aprovação do plano de recuperação, uma vez que são executados nos termos iniciais do contrato de garantia, sem se poderem opor às modificações operadas nos créditos que garantem. No final, o credor tem o seu crédito satisfeito, o devedor paga ao avalista nos termos do plano de insolvência e este último, que é um sujeito externo à aprovação do plano de insolvência, e cuja discussão lhe é alheia, acaba por se sacrificar em prol da recuperação do insolvente.

O que realmente é criticável – e por isso, será apresentada uma solução nesta dissertação – é o facto do credor que beneficia de um crédito garantido por aval, votar favoravelmente ao plano que inclua modificações ao seu crédito e ainda assim executar o garante nos termos originalmente acordados.

Essa análise começará por uma referência ao plano de insolvência como alternativa à liquidação da massa insolvente, e às finalidades possíveis do mesmo (liquidação da massa insolvente em derrogação das normas supletivas do código, recuperação do insolvente e saneamento por transmissão). De seguida, será feito um estudo da figura do aval e a sua influência no processo de insolvência do avalizado e, por fim, será analisado com profundidade o art.217.º n.º 4 do CIRE, onde reside a questão central desta tese – a

possibilidade de execução do avalista na íntegra, ignorando as alterações introduzidas pelo plano de recuperação, no crédito que garantem.

2. O plano de insolvência

Para situações em que um devedor está numa situação de insolvência atual, art.3º nº1⁵, – impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas –, o legislador português estabeleceu o mecanismo do processo de insolvência, art.1º CIRE. A finalidade deste processo é a satisfação dos interesses dos credores, pelo que o destino do insolvente pertence à decisão destes, que, com o início do processo de insolvência, tomam um papel essencial, ao poderem aprovar um plano de insolvência que opte, quer pela liquidação da massa insolvente, quer pela recuperação do insolvente.

A redação do art.1º não é a originária do CIRE, resultando de uma alteração operada pela Lei n.º 16/2012⁶, que teve fundamento num memorando de entendimento⁷ celebrado no momento da crise económico-financeira vivida nesse período. Foi então estabelecido que o Processo de Insolvência, não obstante a sua finalidade última de satisfação dos credores, deveria privilegiar a recuperação do devedor em detrimento da liquidação da massa insolvente, sempre que se mostrasse viável essa mesma recuperação.

Ora, para que se proceda à recuperação do devedor é necessário um acordo entre os interessados, seja através da aprovação de um plano de insolvência, seja recorrendo a um dos novos mecanismos de recuperação introduzidos pelas Leis n.º 16/2012 e n.º 8/2018: o PER⁸, o RERE⁹ e ainda o SIREVE, instituído pelo DL n.º 178/2012 e atualmente revogado.

Recentemente, foi criado, pela Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, o PEVE. Este processo, com carácter excecional e temporário, pretende agilizar a aprovação de planos de recuperação, acordos de pagamento e propostas de plano de insolvência, no âmbito da pandemia da doença COVID-19, prorrogando o prazo de conclusão das negociações. Contudo, para efeito da presente tese será unicamente analisado o Plano de Insolvência.

⁵Doravante, todas as remissões para normas sem indicação de fonte são referentes ao CIRE

⁶Em mais detalhe: Comentário das alterações pelo Professor ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/20699/1/alteracoes_CIRE.pdf

⁷Compromisso 2.17 e 2.18 que, respetivamente, dispõem: “a fim de melhor facilitar a recuperação efectiva de empresas viáveis, o Código da Insolvência será alterado até ao fim de Novembro de 2011, com assistência técnica do FMI, para, entre outras, introduzir uma maior rapidez nos procedimentos judiciais de aprovação de planos de reestruturação” e “princípios gerais de reestruturação voluntária extrajudicial em conformidade com boas práticas internacionais serão definidos até ao fim de Setembro de 2011”.

⁸Criado pela Lei n.º 16/2012 com o fim de evitar a insolvência de empresas com viabilidade económica, que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente.

⁹Criado pela Lei n.º 8/2018, com o intuito de promover a reestruturação empresarial. Veio implementar a medida 33.º do Programa Capitalizar.

O plano de insolvências é um caso especial relativamente à tramitação e efeitos comuns da declaração de insolvência, permitindo uma derrogação das normas legais que se aplicam na ausência de plano¹⁰. Encontra-se previsto no título IX, entre os artigos 192.º-229.º.

Apesar do art.1.º n.º 1 atribuir prioridade à aprovação de um plano de insolvência, não há no Código nenhum mecanismo que concretize esta aparente prioridade de recuperação. A palavra final continua a ser dos credores, controlando estes a recuperabilidade ou não da empresa¹¹.

Para que o Processo de Insolvência integre um plano de insolvência¹², é necessário que o insolvente seja uma pessoa coletiva ou pessoa singular titular de uma empresa de média ou grande dimensão¹³. Quer isto dizer que o âmbito subjetivo de aplicação do plano é mais restrito que o de um Processo de Insolvência comum, com ausência de plano. Relativamente à legitimidade ativa, o art.193.º elenca, igualmente, um grupo distinto daquele que tem legitimidade para iniciar um Processo de Insolvência: são eles, o administrador de insolvência, o devedor, qualquer pessoa legalmente responsável pelas dívidas da insolvência (nos termos do art.6.º, n.º2) e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem, pelo menos, um quinto do total dos créditos não subordinados reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos. Quanto ao administrador de insolvência, este pode apresentar uma proposta de plano por iniciativa própria ou a pedido da assembleia de credores.

O plano não visa necessariamente a recuperação do insolvente, mas sim a satisfação dos interesses dos credores, essa é a finalidade última do plano¹⁴. Depois, por força do princípio da liberdade de fixação do conteúdo art.196.º n.º 1 proémio, os credores, no âmbito da sua autonomia privada, podem selecionar como finalidade específica do plano

¹⁰ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2015, p.397

¹¹Seguindo a noção acolhida pelo art.5.º do CIRE

¹²O Plano de Insolvência integra-se necessariamente num Processo de Insolvência, não se tratando, por isso, de um processo especial distinto deste, mas apenas de uma opção tomada por uma maioria de credores, de modo a agilizar o Processo de Insolvência já iniciado.

¹³Os artigos 249.º e 250.º do CIRE inviabilizam os não empresários ou titulares de pequenas empresas de apresentarem um plano de insolvência, existindo para estes um outro processo - o plano de pagamentos - previsto nos art.º 251.º e seguintes do CIRE

¹⁴ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, atenta em *Um Curso de Direito da Insolvência* Almedina, 2015, nota n.º 3 p. 397-398, na confusão entre recuperação do insolvente em cuja massa integra uma empresa e a recuperação da empresa. Esclarecendo que o plano de recuperação a que se refere o art.192.º n.º 3 procura a recuperação da pessoa do insolvente.

tanto a recuperação da empresa, como o pagamento dos credores da insolvência de modo diverso ao supletivamente disposto no Código, como a transmissão da empresa ou a responsabilização do devedor findo o processo de insolvência¹⁵.

Consoante a finalidade escolhida para o plano, este pode conter três tipos de medidas, previstas no art.196º: providências que dizem respeito às sociedades comerciais, providência com incidência no passivo do devedor e o saneamento por transmissão, existindo ainda a possibilidade de combiná-las. Dado o carácter exemplificativo da norma é ainda permitido aos credores adicionarem outras providências não explanadas na lei.

Segundo o art.197º, salvo estipulação em contrário, as garantias reais e os privilégios creditórios não são afetados pelo plano de insolvência; os créditos subordinados consideram-se objeto de perdão total e o cumprimento do plano exonera o devedor e os responsáveis legais da totalidade das dívidas da insolvência remanescentes.

O processo tem o seu início numa fase declarativa, onde é proferida a sentença declarativa de insolvência e se produzem os respetivos efeitos imediatos, como a impossibilidade do devedor dispor ou administrar os bens integrantes da massa (salvo o disposto no Título X do CIRE em que a administração permanece no devedor) ou o vencimento imediato de todas as dívidas do insolvente não sujeitas a condição suspensiva art.91.º. Se for do interesse dos credores, do administrador de insolvência, do devedor ou de qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da insolvência, é elaborada uma proposta de plano de insolvência pela assembleia de credores, que é apresentada ao juiz para que este se pronuncie liminarmente. Uma vez admitida, o juiz convoca a assembleia, que se reúne novamente para votar na aprovação da proposta¹⁶. Para que tal aconteça, não só é necessário obedecer à regra geral do art.75º, como também ao regime especial do art.209º, que, entre outros requisitos, impõe que a assembleia só possa ser convocada após o trânsito em julgado da sentença declarativa da situação de insolvência, do prazo para impugnação da lista de credores reconhecidos e realizada a assembleia de apreciação do relatório¹⁷ (caso o juiz a tenha justificadamente dispensado, de acordo com o art.36.º n.º 1 al. a) e n.º 2)¹⁸.

¹⁵Também os artigos art.192.º, 195.º n.º 2, entre outros, são expressão desta liberdade conferida aos credores.

¹⁶Caso a mesma não tenha sido rejeitada pelo juiz, com fundamento no art.207.º

¹⁷Art.209.º n.º 2 a *contrario* do CIRE

¹⁸ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2015, p.398

Para aprovação do plano de insolvência é necessário um acordo da maioria dos credores da insolvência e, uma vez homologado, vincula o devedor; todos os credores¹⁹; e também terceiros art.217.º (*ex vi* art.192.º n.º 2).

Compreende-se, assim, as reticências dos credores em optar pela aprovação de um plano de insolvência já que este só se inicia após o término de três momentos distintos. Se o interesse dos credores num plano de insolvência for o da recuperação da pessoa do insolvente, pode acontecer que findo este período, a empresa integrante da massa deixe de ser viável para recuperação, ou que os mecanismos que se pretendiam adotar, não sejam os mais eficazes naquele momento.

¹⁹Como nota CATARINA SERRA, “Entre o Princípio e os Princípios da Recuperação da Empresa”, In *II Congresso de Direito da Insolvência*, “na recuperação, todavia, a vontade individual tende a perder importância em favor da vontade coletiva. Pode dizer-se que é o primado da recuperação que impõe um princípio ou uma regra da universalidade dos efeitos: o acordo de recuperação tem eficácia universal e, para isto, não é preciso o consentimento individual de cada um dos sujeitos afetados, basta a aprovação por certa maioria e uma intervenção judicial.”

3. Finalidades do plano de insolvência

É requisito obrigatório para obter a homologação do plano de insolvência pelo juiz que, entre outros requisitos, este mencione, expressamente, qual a sua finalidade (art.195.º e art.207.º n.º 1 al. a). Da leitura do art.195.º n.º 2 al. b), entende-se que as finalidades possíveis do plano são a liquidação da massa insolvente de forma diversa da regulada no CIRE; a recuperação do insolvente; a transmissão da empresa; ou um plano misto, como alguns autores entendem.²⁰

Finda a discussão do plano de insolvência e decidida a sua finalidade, este é aprovado por uma maioria de credores da insolvência, reunidos em assembleia de credores. Esta assembleia é constituída por aqueles que têm o dever, segundo o art.72.º, de nela participar, e por aqueles que têm liberdade de comparecer ou não, como é o caso, a título de exemplo, do Ministério Público. Relativamente aos credores, podem participar todos aqueles que estejam presentes ou representados.

Para que o plano seja efetivamente aprovado, a lei exige o preenchimento de um quórum constitutivo e de um quórum deliberativo. O quórum constitutivo é requerido para que a assembleia de credores possa deliberar. Para que este se encontre preenchido, é necessário que um mínimo imperativo de créditos esteja presente ou representado na assembleia, tratando-se, *in casus*, de pelo menos um terço do total de créditos com direito de voto²¹— aqueles que, cumulativamente, preencham os requisitos do art.73.º e art.212.º n.º 2 – n.º 4. Já o quórum deliberativo refere-se a um mínimo de votos favoráveis necessários à aprovação da proposta, que, em concreto, corresponde a dois terços da totalidade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando as abstenções.

É possível que um credor se oponha à aprovação do plano de insolvência, contudo, é necessário que primeiro deduza oposição ao conteúdo do plano durante a sua discussão em assembleia de credores e, mais tarde, requerendo a não homologação do plano por

²⁰PEDRO PIDWELL, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra Editora, 2011, p. 202

²¹Ressalvando a alínea b) do n.º2 do art.212º, a deliberação para a aprovação de um plano de insolvência é uma exceção ao direito de voto dos credores subordinados. Este, que em regra é inexistente, ganha importância nesta deliberação pelo facto de a eficácia do plano poder, tendencialmente, afetar todos os créditos e constituir um perdão total dos créditos subordinados.

parte do juiz, invocando um dos argumentos inscritos no art.216.º n.º 1, ou seja, caso considere que a aprovação daquele concreto plano o coloca numa posição mais onerosa do que aquela existente sem o plano, ou de que está a ser violado o princípio da igualdade de credores.

Decorridos 10 dias da aprovação da proposta, o juiz profere sentença homologatória ou não homologatória. A não homologação pode ter carácter oficioso, se o juiz considerar que por razões formais ou materiais o plano não é apto a produzir efeitos; ou pode ocorrer a pedido dos interessados art.216.º, seja de credores, ou do devedor não requerente.

Tal como observa a professora Catarina SERRA²², a possibilidade de um credor contestar o plano de insolvência sujeito a aprovação, alegando o prejuízo do mesmo para a sua situação económica ou um benefício injustificado para outro credor, pode levar à não aprovação do plano por oposição de um só credor. Ora, esta nova solução do código²³, que coloca os credores em moldes semelhantes aos do devedor, quanto ao pedido de recusa de homologação do plano de insolvência pelo juiz, conduz a que, no caso de planos de recuperação, a palavra final quanto à recuperabilidade do insolvente pertença aos credores, sendo o seu interesse superior ao interesse de conservação da empresa²⁴.

Enquanto a anterior formulação do art.1.º do CIRE atribuía primazia à satisfação dos interesses dos credores pela forma que entendessem mais adequada, hoje a finalidade mantém-se, mas “pela forma prevista num plano de insolvência”, o que indica que a intenção do legislador (em parte por imposição de compromissos internacionais²⁵) é a de conferir prioridade à aprovação de um plano de insolvência e à recuperação da empresa. Parece, contudo, ter havido uma falha na execução dessa prioridade uma vez que as alterações feitas pela Lei n.º 16/2012 não foram acompanhadas de mecanismos que garantam a primazia da aprovação do plano de insolvência, tal como se mantém

²²Cfr. CATARINA SERRA, “Nótula sobre o artigo 217.º n.º 4 do CIRE”, In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto de Carvalho Fernandes*, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2011, p.379

²³Alteração ao art.216º/1 a) CIRE pelo DL nº282/2007, de 07/08

²⁴Outro exemplo dessa supremacia está o poder de opção por um plano que preveja a recuperação do devedor “ainda que isso não surja como viável aos olhos do juiz”, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2015, p.401

²⁵Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132

disposições como a do art.216.^{o26} que, no limite, inviabilizam a vontade da maioria dos credores, que é a recuperação da empresa²⁷. Tal é referido pelo Ac. TRG de 05-11-2015 (Jorge Teixeira)²⁸ que, a propósito de um PER refere que “independentemente dos objectivos que através da consagração deste meio processual se visou promover, e até da razoabilidade que, numa concreta situação, em termos globais, um determinado plano de revitalização possa representar como factor potenciador da promoção e concretização da recuperação económica do devedor, a prossecução do interesse público da defesa da economia, que lhe está subjacente, eles não se podem concretizar, sobrepondo-se, sacrificando, pondo em causa ou sequer, alheando-se, dos concretos interesses de cada um dos respectivos credores.”.

No caso de ser proferida sentença homologatória, produzem-se imediatamente as alterações aos créditos sobre a insolvência introduzidas pelo plano de insolvência, independentemente de tais créditos terem sido, ou não, reclamados ou verificados. O plano passa a vincular todos os credores, quer tenham ou não reclamado os seus créditos²⁹, participado ou não nas negociações ou votado ou não a favor do plano; vincula também necessariamente o devedor e também terceiros, que podem nem ter participado nas negociações do plano. A sentença confere ainda eficácia a quaisquer atos ou negócios jurídicos previstos no plano de insolvência e constitui título bastante para o estipulado nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 217.^{o30}.

Por fim, tratando-se de um plano de recuperação, a administração da massa insolvente pode ficar³¹ a cargo do devedor insolvente, com fiscalização do administrador da insolvência art.223.º ss, nos casos em que o próprio insolvente, ao apresentar a proposta

²⁶Não obstante, a ratio da norma é a proteção da minoria de credores, de modo a que estes possam reagir a um plano que os coloque numa posição desfavorável em relação àquela em que se encontrariam na sua ausência.

²⁷Cfr. Ac. TRG 08-01-2015 (Ana Cristina Duarte) que, a propósito de um PER, refere que “o êxito do PER, ou seja, a recuperação do devedor, não pode ser paralisado por um credor que não aceite uma decisão tomada pela maioria dos credores, quando essa decisão (plano de recuperação) não evidencia, como no caso, uma violação grave não negligenciável das regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao conteúdo do plano, ou as situações previstas no art. 216º, n.º 1, do CIRE.” Disponível em www.dgsi.pt

²⁸Disponível em www.dgsi.pt

²⁹Cfr. Art. 217.º n.º 1 CIRE

³⁰PEDRO PIDWELL, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra Editora, 2011, p. 282

³¹O regime desta figura da administração da massa insolvente pelo devedor será aprofundado em mais detalhe na subsecção 3.1 relativa à recuperação da empresa

de plano, tenha igualmente requerido que a administração da massa continuasse a seu cargo, e o juiz tenha dado o seu consentimento.

3.1. Recuperação da empresa

O objetivo fundamental de um plano de insolvência que opte pela recuperação do insolvente é a manutenção da empresa, ou seja, que esta permaneça a laborar³². Conclui-se, também pela análise dos artigos 1.º, 161.º n.º 2 e 195.º n.º 2 al. b) que a opção pela recuperação só é possível quando na massa insolvente se encontre uma empresa – seja porque o insolvente é uma pessoa coletiva, seja porque é uma pessoa singular que explora uma média ou grande empresa.

Na prática, os credores vão dar uso às providências referidas nos artigos 196.º e ss, ou outras à sua escolha, de modo a reestruturar os créditos, ou a estrutura da empresa, para que se alcance a sua recuperação financeira.

Relativamente às providências com incidência no passivo, encontramos no n.º 1 do art.196.º um leque exemplificativo de medidas, entre elas o perdão ou redução de capital ou/e de juros, as moratórias, a constituição de garantias e a cessão de bens aos credores, que são medidas tipicamente usadas pelos credores na recuperação da empresa. Muitas vezes assistimos a uma cumulação destas medidas, inserindo-se também no plano de recuperação providências com incidência no passivo do devedor que não se encontrem listadas no preceito³³. Acompanhada desta larga autonomia dos credores não pode deixar de estar um especial respeito pelo princípio da igualdade de credores art.194º CIRE e art.604.º n.º 1 CC. Dada a sua importância, um dos fundamentos para a não homologação oficiosa do plano de insolvência pelo juiz é o facto de o seu conteúdo violar o princípio da igualdade de credores (art.215.º).

Uma vez que estas são providências que permitem uma afetação direta à configuração dos créditos em dívida, é necessário adaptar as medidas às diferenças existentes entre os créditos. Deste modo, será possível uma diferenciação entre classes de créditos distintas,

³² RAUL GONZALEZ, “A Assembleia de Credores e o Plano de Insolvência”, p.92. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Insolvencia_Revitalizacao.pdf

³³Como salientam CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015, p.718, “(...) a enumeração nele constante é meramente enunciativa, significando, sem dúvida, que qualquer das providências indicadas é suscetível de ser utilizada, isolada ou conjuntamente, sem que isso exclua a possibilidade de aprovar outras, igualmente projetáveis sobre o passivo do devedor”.

como também é concebível um plano de recuperação que preveja, dentro da mesma classe de créditos, um tratamento diferenciado de um credor, tendo em conta a sua especial importância para a recuperação do insolvente. Se dentro da mesma classe de créditos, existir um determinado credor essencial à recuperação da empresa, este terá um tratamento mais favorável relativamente aos credores da mesma classe, se de facto se demonstrar existir tal diferenciação. Podíamos então idealizar um plano de recuperação que previsse um perdão parcial de dívida a um credor comum, e já não aos restantes da mesma classe, por o mesmo ser o único fornecedor de uma matéria prima essencial ao funcionamento da empresa. Assim, estaríamos perante um credor com especial importância para a recuperação do insolvente, que justifica uma diferenciação de tratamento e uma não violação do princípio da igualdade de credores. Sem essa justificação estaríamos perante uma violação do princípio da igualdade e o juiz deveria recusar a homologação do plano por vício material.

No que toca às providências específicas de sociedades comerciais, tal como a epígrafe do art.198.º indica, aplicam-se a situações em que o devedor é uma sociedade comercial. Mais uma vez, os credores têm a possibilidade de optar por uma variedade não taxativa de providências, entre medidas sobre o capital social, a alterações aos estatutos da sociedade. Relativamente às limitações à liberdade de configuração do plano dada aos credores, acresce ao respeito pelo princípio da igualdade de credores, as disposições específicas do CSC³⁴.

Por fim, o saneamento por transmissão previsto no art.199º, pode também ser inserido como uma providência. Neste caso, os credores acordam no plano recuperatório a constituição de novas sociedades que adquiram estabelecimentos integrantes da massa insolvente, beneficiando do valor da alienação e da gestão da empresa por outrem³⁵.

Muitas vezes ligada à recuperação da empresa está a figura eventual da administração da massa insolvente pelo devedor, prevista nos art.223.º e ss. Esta permite, excepcionalmente, ao devedor continuar a administrar os bens que integram a massa, durante o processo de insolvência, em situações em que é mais vantajoso para a recuperação da empresa que o devedor continue à frente desta e caso se demonstre

³⁴PAULO OLAVO CUNHA, “Providências Específicas do Plano de Recuperação de Sociedades”, In *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013

³⁵CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015, p.734.

merecedor de tal. Assim, se o devedor requerer a figura da administração da massa, se apresentar plano de insolvência que preveja a continuidade de exploração da empresa por si próprio ou se comprometa a fazê-lo, se não houver razões para recear atrasos na marcha do processo ou desvantagens para os credores, e, por fim, se o requerente da insolvência der o seu acordo (caso não tenha sido o devedor a apresentar-se à insolvência), o juiz concede a administração ao devedor.

Mais uma vez, é notório o poder dos credores durante o processo, já que a administração da massa insolvente pelo devedor pode terminar caso a assembleia de credores decida nesse sentido ou, se algum credor o solicitar, por considerar que o pressuposto de inexistência de razões para recear atrasos no processo, se deixa de verificar.

A professora Catarina SERRA³⁶ afirma que a promoção do instituto da administração da massa pelo insolvente é a única salvação dos planos de recuperação. Um devedor informado em relação à possibilidade de poder continuar a administrar a sua empresa, é um devedor com menos receio de se apresentar à insolvência, pelo que é capaz de tomar as diligências necessárias a criar um plano de recuperação sólido, que obtenha o acordo da maioria dos credores e que resulte, de facto, na recuperação da sua situação de insolvência.

Por outro lado, esta finalidade acarreta as suas desvantagens. Hoje em dia, a recuperação apenas é possível quando integrada num plano de insolvência. E uma vez que inexistente um processo próprio para a recuperação, o devedor só a poderá obter se essa for a opção acolhida num plano de insolvência, plano esse que só pode ser aprovado após verificados os requisitos do art.209.º n.º 2. Com efeito, após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência, esgotado o prazo para impugnação da lista de credores reconhecidos e realizada a assembleia de apreciação do relatório, pode ter decorrido tanto tempo que os meios de recuperação inseridos no plano se tornam ineficazes e a empresa não conseguirá ser recuperada.

A recuperação é, assim, um fim vantajoso, mas que merece as suas cautelas. Razão pela qual se compreende as críticas tecidas ao Decreto Lei nº53/2004 que veio aprovar o

³⁶CATARINA SERRA, “Efeitos Patrimoniais da Declaração de Insolvência Após a Alteração da Lei nº16/2012 ao Código da Insolvência”, In *Julgar* nº18 2012, pp.198-200

CIRE, por apresentar um regresso ao passado, com primado pela liquidação do património e eliminação dos critérios objetivos para a recuperação da empresa. Ainda hoje, após a Lei nº 16/2012 – que torna a preferir a recuperação, colocando a liquidação em segundo plano –, inexistem mecanismos objetivos que promovam a recuperação da empresa, tal como a viabilidade económica da mesma ou a recuperação financeira são pontos que não são tratados. Hoje, a satisfação do interesse dos credores tem preferência face à recuperação, que é totalmente dependente da vontade destes, não podendo o juiz pronunciar-se quanto ao sucesso das medidas adotadas no plano ou da viabilidade da sua execução. O destino da empresa fica na mão dos credores, tornando-se a recuperação uma mera eventualidade.

Como bem refere MENEZES CORDEIRO³⁷, esta “primazia não funciona apenas em detrimento da empresa: ela exige, também, o sacrifício de terceiros que tenham contratado com a entidade insolvente”. Será sobre estes terceiros, mencionados no art.217.º, onde se podem incluir sócios da empresa insolvente, que incidirá a presente dissertação.

Concretizando. Na sequência da aprovação de um plano de recuperação é possível que se introduzam providências com incidência no passivo do devedor, que sejam aprovadas pela maioria dos credores, e que afetem direitos de terceiros que não participaram nas negociações do plano. Ora, estes terceiros são muitas vezes avalistas da sociedade insolvente, e, em alguns casos, até mesmo sócios gerentes que prestam o seu aval a um credor (Banco), de modo a obter financiamento para a sociedade que gerem. A título de exemplo, uma vez concedida uma moratória ao pagamento da dívida do devedor face ao Banco, diz-nos o art.217.º n. 4 que o terceiro garante continua adstrito ao pagamento da dívida, nos termos inicialmente acordados, mas, ao exercer o seu direito de crédito contra o devedor, apenas o poderá fazer na medida das alterações feitas pelo plano.

Esta é uma medida que tem vindo a ser criticada pela doutrina, pelo que importa uma análise mais aprofundada, começando pelo estudo do aval.

³⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, Almedina, pp. 448

4. Aval

4.1. Caracterização

A natureza jurídica do aval é discutida na doutrina pela ausência de estipulação na lei desta figura. Contudo, alguns Autores têm ensaiado uma definição de aval, como é exemplo Pedro PAIS DE VASCONCELOS que o define como “o negócio jurídico cambiário unilateral e abstrato que tem por conteúdo a promessa de pagar a letra e por função a garantia desse pagamento”³⁸.

Também a jurisprudência³⁹ tem traçado linhas gerais de caracterização, partindo do disposto na LULL sobre a posição jurídica cambiária do avalista. Distinguem-na da fiança e rejeitam a hipótese outrora traçada de que o aval seria uma modalidade da fiança⁴⁰. Hoje, defende-se que o aval é independente e autónomo face à obrigação avalizada, ainda que formalmente dependente desta⁴¹. PAIS DE VASCONCELOS refere⁴² que “a LULL não rege as relações subjacentes – e bem – e em matéria cambiária só contém aquilo que contém.”, pelo que aquilo que não for possível retirar da Lei Uniforme, será necessário recorrer ao Direito Comercial, tanto à sua letra e ao seu espírito, como recorrendo à analogia e, em última instância, procurando solução no Direito Civil.

Certo é que o aval, por um lado, é uma garantia pessoal, já que o avalista garante, com o seu património, a satisfação do direito cambiário⁴³; e por outro, uma garantia ligada às obrigações cartulares, que tem como função garantir o pagamento de um crédito cambiário, traduzindo-se num reforço da probabilidade de satisfação do crédito.

Os art.30.º e art.33.º da LULL estabelecem a responsabilidade do avalista como sendo solidária, ou seja, o avalista não pode opor o benefício da excussão prévia⁴⁴, sendo a sua responsabilidade igual à da pessoa por ele afiançada. O portador da letra/livrança tem o

³⁸PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial – Parte geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*, Volume I, Almedina, p. 339.

³⁹Vide definição de aval no Ac. STJ n.º4/2013 de 21-01-2013, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁰RUI PINTO, “A Execução do Aval – algumas notas com ilustração jurisprudencial”, In *Julgare Online*, pp. 10-11. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/06/20190612-ARTIGO-JULGAR-Execução-do-aval-Rui-Pinto.pdf>

⁴¹AUJ 11-12-2012 (Gabriel Catarino), disponível em www.dgsi.pt

⁴² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Aval, Informação e Responsabilidade*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_STJ_CSI.pdf

⁴³Assim, CAROLINA CUNHA, *Aval e Insolvência*, cit., p.29

⁴⁴Trata-se de um mecanismo que pode ser utilizado pelo fiador e já não pelo avalista que consiste na oposição à execução do património do garante enquanto existam bens no património do devedor que possam ser executados pelo credor, art.745.º n.º 1 do Código de Processo Civil.

direito de acionar os obrigados individualmente ou coletivamente (artigo 47.º LULL) e , “ao contrário do regime civil de solidariedade, em que se o credor exigir judicialmente a um deles a totalidade ou parte da prestação, fica inibido de proceder judicialmente contra os outros pelo que ao primeiro tenha exigido (artigo 519.º, n.º2, d) CC), a ação intentada contra um dos coobrigados não impede de acionar os outros, mesmo os posteriores àquele que foi acionado em primeiro lugar (artigo 47.º-IV LULL).”⁴⁵

No entender de PESTANA DE VASCONCELOS⁴⁶, o aval constitui uma figura mista, entre a acessoriedade e a autonomia. Por um lado, é uma garantia autónoma, já que se mantém mesmo que a relação que lhe serve de base (a obrigação garantida) seja nula, a menos que essa nulidade se deva a um vício de forma. No sentido de que o aval é uma garantia autónoma encontramos o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁷, que defende que "se a obrigação se mantém, mesmo que a ‘obrigação garantida’ seja nula por qualquer razão que não seja por vício de forma (art.32.º n.º 2) isso significa que não é acessória.". Ainda assim, é possível caracterizar o aval como acessório, uma vez que a nível formal continua a ser dependente da obrigação garantida.

Dentro desta dicotomia encontramos o que difere o aval da garantia pessoal por excelência – a fiança. Na fiança, o garante fica adstrito a uma prestação idêntica à do devedor principal, garantindo a realização da obrigação⁴⁸. O que a caracteriza, e a difere do aval, é precisamente o seu carácter acessório, em que a prestação do fiador, apesar de própria, tem como fisionomia e conteúdo a prestação a cargo do devedor⁴⁹.

Cumprida a obrigação pelo garante, seja ele um avalista ou um fiador, este torna-se num credor sub-rogado. No caso do aval, o avalista ao cumprir fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra, não só contra o avalizado, como contra os obrigados para com este em virtude da letra⁵⁰ (art.32.º, n.º 3 LULL). No caso da fiança – art.644.º CC–

⁴⁵RUI PINTO, “A Execução do Aval – algumas notas com ilustração jurisprudencial”, In *Julgar Online*, junho 2019, pp. 3-4, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/06/20190612-ARTIGO-JULGAR-Execu%C3%A7%C3%A3o-do-aval-Rui-Pinto.pdf>

⁴⁶PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 3ª edição, Almedina, p.123

⁴⁷OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, volume III, pp. 165-175

⁴⁸JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidujossória de Dívida*, Almedina, p.129

⁴⁹*Idem, ibidem*, p.133

⁵⁰Como refere o Ac. STJ 30-10-12014 (Silva Gonçalves) “porque (...) a **obrigação do avalista se mede pela obrigação do avalizado**, o avalista fica na situação de devedor cambiário perante aqueles subscritores em face dos quais o avalizado é responsável e na mesma medida em que ele o seja, tendo-se também presente que qualquer limitação de responsabilidade expressa por este no título aproveita àquele”

o fiador, após o pagamento da dívida, fica sub-rogado nos direitos do credor contra o afiançado⁵¹.

Conclui-se que a jurisprudência⁵² considera a obrigação do avalista como uma obrigação de garantia de outra obrigação (a do avalizado), de responsabilidade coincidente com esta, dotada do benefício da sub-rogação do dador de aval que pague a letra, sendo uma obrigação autónoma e independente.

4.2. Aval e Insolvência

Sendo o aval uma garantia das obrigações, está sujeito ao risco natural de insolvência do principal obrigado. Aliás, é precisamente para acautelar eventuais situações de incumprimento que os devedores constituem garantias para os seus créditos.⁵³ Uma vez acionado o pagamento por parte do credor, e verificando este o incumprimento por parte do devedor, a sua imediata reação será a de executar o terceiro garante. Esta solução é legitimada pelo art.519.º n.º 1 parte final do CC que, no âmbito das obrigações solidárias, ressalva a situação de insolvência como um dos casos em que o credor pode demandar ambos os devedores solidários.

Satisfeito o crédito que garante, o terceiro vai dirigir-se ao devedor garantido, para que este o reembolse pelo montante pago.⁵⁴ Acontece – e aí está o risco da prestação de garantias – que o devedor pode ter incumprido por se encontrar já numa situação de insolvência. Findo o processo de insolvência, e sendo o aval uma garantia pessoal, o crédito adquirido pelo terceiro garante vai ser considerado como um crédito da insolvência e o sujeito será qualificado como um credor comum da insolvência e, por essa razão, será pago pelo remanescente do produto da venda do património do insolvente. Ora, em situações não tão raras, pode não existir remanescente a distribuir e, portanto, não ser possível reembolsar o garante. Contudo, por o pagamento pelo garante se tratar de um fenómeno de sub-rogação, este adquire o direito de crédito nos mesmos moldes

⁵¹Ac. TRP 08-09-2020 (Alexandra Pelayo), disponível em <http://www.dgsi.pt>

⁵²Ac. STJ 26-02-2013 (Azevedo Ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt>

⁵³CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015, p.719, “A constituição de garantias traduz-se, conforme os tipos, na atribuição, ao credor, do direito de se fazer pagar preferencialmente pelo produto de certos bens do devedor ou de terceiro, em caso de incumprimento, ou de apelar à concorrência de outros patrimónios, para além do obrigado, para alcançar a satisfação do respetivo crédito.”

⁵⁴A questão relativa à posição do avalista após satisfazer o credor – se exerce um direito novo ou se assume a posição do credor – será analisada no capítulo 5º.

daquele detido pelo credor, o que significa que se o credor garantido por aval for um credor privilegiado, a título de exemplo, também o garante o será.

Quanto à defesa do garante, não lhe é possível invocar uma alteração das circunstâncias, uma vez que a insolvência é um risco que o garante conhece à partida. O mesmo é referido por JANUÁRIO DA COSTA GOMES⁵⁵ a propósito do estudo da fiança, “o risco que corre o dador de garantia de ter de cumprir, não é substancialmente diverso daquele que corre o certamente mais esclarecido segurador num caso de seguro de crédito: em ambos os casos estamos face a negócios de risco (...)”.

No caso concreto das relações entre Bancos e Sociedades Comerciais, é comum os sócios (enquanto pessoas singulares) avalizarem títulos para garantia de financiamentos bancários. Muitas vezes são prestados avais em branco de modo a garantir eventuais dívidas emergentes da relação creditícia (contratos de abertura de crédito; contratos de locação; etc.). O acionamento do avalista aparece em situação de incumprimento do contrato de crédito/relação fundamental celebrado entre a Sociedade e o Banco.

Aval em branco é aquele que é apostado num título de crédito sem indicação do montante em dívida, data de vencimento ou outro dos requisitos mencionados no art.75.º da LULL. Como se disse, destinam-se sobretudo à cobertura de eventuais responsabilidades emergentes de contratos celebrados entre a sociedade devedora e uma entidade financeira⁵⁶.

Apesar de a este título de crédito faltarem elementos essenciais, continua a valer enquanto garantia, na medida em que, estando o mesmo assinado/avalizado por um terceiro, o credor vê o seu crédito reforçado ao ter acesso a mais do que um património para executar. Ao contrário dos comuns títulos – em que o montante está à partida preenchido e a renovação da garantia depende da vontade do avalista – no título em branco o credor já o tem em seu poder, bastando-lhe inserir o montante em dívida verificado o incumprimento do contrato, sem depender da vontade de terceiros⁵⁷. Do lado do garante, o título em branco é benéfico, uma vez que o incumprimento do contrato se trata de um evento futuro e eventual, podendo nunca vir a ocorrer e, assim, podendo a

⁵⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, 2000, p. 120.

⁵⁶ CAROLINA CUNHA, *Aval e Insolvência*, Almedina, 2018, pp. 21-22

⁵⁷Ac. TRL 30-06-2005, disponível em <http://www.dgsi.pt>, refere: “Quem assina uma livrança em branco atribui àquele a quem entrega o direito de a preencher nos termos acordados. Quem dá o aval a uma livrança em branco fica, sem mais, vinculado ao acordo de preenchimento havido entre o portador e o subscritor.”

letra nunca vir a ser preenchida, o que formalmente implica que o terceiro não esteve cambiariamente obrigado – nunca foi avalista.⁵⁸

Nestas situações, diz-nos Rui PINTO ⁵⁹que podem ser executados, ao mesmo tempo, o sócio avalista e a sociedade avalizada. Isto porque, não há identidade de sujeito, nem a base da execução é a mesma. Do lado do sócio, está a ser executada a obrigação cambiária decorrente do aval – a obrigação garantida –, e do lado da sociedade é executada a obrigação cambiária garantida – a obrigação principal.

Acrescenta que não há qualquer impedimento substantivo à execução do avalista, sendo possível executá-lo após declaração de insolvência do avalizado. O Professor apoia-se no art.88.º, n.º 1 para esclarecer que este “obsta, tão só, à instauração ou ao prosseguimento das execuções contra o insolvente. Mas se houver outros executados, a execução prossegue contra estes.”.

Aliás, o próprio art.44.º LULL permite-o, ao estabelecer que no caso de insolvência declarada (já não quando é requerida por um interessado), a simples apresentação da sentença declarativa da insolvência do obrigado principal, é suficiente para que o portador da letra/credor possa exercer o seu direito de ação contra o garante.

Nesse sentido vai também grande parte da jurisprudência,⁶⁰ sendo numerosos os arestos que analisam o processo executivo iniciado por um dos seus credores, contra o avalista, enquanto corre o processo de insolvência do avalizado.

Contudo, as dúvidas em torno da insolvência do garantido não se resumem à possibilidade de execução do avalista pelo credor. Questão maior reside na aprovação de um plano de insolvência que altere o crédito garantido por aval.

Será analisado o art.217.º n.º 4, tanto na sua primeira parte, que proclama a não afetação do crédito garantido pelas mudanças introduzidas pelo plano; como na segunda

⁵⁸CAROLINA CUNHA, *Aval e Insolvência*, Almedina, 2018, p.21, cit. CAROLINA CUNHA, *Manual de Letras e Livranças*, Almedina, 2015, pp.228-229

⁵⁹RUI PINTO, “A Execução do Aval – algumas notas com ilustração jurisprudencial”, In *Julgare Online*, p. 16. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/06/20190612-ARTIGO-JULGAR-Execução-do-aval-Rui-Pinto.pdf>

⁶⁰Ac. STJ 16-01-2014; Ac. STJ 26-02-2013; Ac. TRP 14-07-2020; Ac. TRP 17-10-2016; entre outros, todos disponíveis em <http://www5.dgsi.pt>

parte, relativamente ao direito de regresso do avalista, após ter cumprido perante o credor do insolvente.

5. Análise do art.217.º n.º 4 do CIRE

5.1. Regime do art.217.º

O art.217.º expõe os efeitos gerais resultantes da homologação do plano.⁶¹ Entre eles, a produção das alterações impostas pelo plano aos créditos sobre a insolvência, independentemente de os créditos terem ou não sido reclamados ou verificados; a produção de efeitos dos negócios ou atos jurídicos estipulados no plano; a constituição de nova sociedade ou sociedades. É com o trânsito em julgado da sentença homologatória que o processo de insolvência encerra, se a isso não se opuser o conteúdo do plano de insolvência.

Falando em específico do n.º 4 do presente artigo, este trata de dois momentos distintos: um relativo às relações externas, de exercício dos direitos do credor face aos coobrigados ou terceiros garantes; outro relativo às relações internas, entre o devedor insolvente e o direito de regresso dos coobrigados ou terceiros garantes.

Quanto ao primeiro, a lei refere que as providências com incidência no passivo do devedor contidas no plano de insolvência, sejam perdões ou reduções de capital, moratórias ou modificação de créditos, não afetam a existência nem o montante dos direitos dos credores contra os codevedores ou terceiros garantes. Quer isto dizer que, uma vez aprovado e homologado o plano, as providências nele contidas ganham eficácia perante todos os credores, até aqueles que tenham votado desfavoravelmente à sua aprovação, podendo ver os seus créditos requalificados ou mesmo perdoados. No entanto, o n.º 4 mantém o direito dos credores em ativarem as suas garantias pessoais, de modo a reaverem o crédito modificado.

Esta é uma situação bastante gravosa para os garantes, que não podem participar ativamente nas negociações do plano de recuperação, cujo conteúdo pode incluir modificações aos créditos que garantem. E, sobretudo, porque a execução do garante é feita pelo valor integral do crédito ou no prazo inicialmente estipulado, não existindo qualquer influência das modificações do plano nas relações externas entre credor e garante.

⁶¹Não esgotando a lista de efeitos produzidos com a homologação do plano. Cf. art.197.º, 202.º, 230.º n.º 1, al. b).

Relativamente às relações internas, entre o devedor e o terceiro garante, a norma do CIRE vem estabelecer uma solução diferente da consagrada na LULL no art.32.º, onde se dispõe que o avalista que paga a letra fica sub-rogado nos direitos emergentes da mesma, contra o avalizado. Ou seja, aplicando a LULL ao caso concreto, o avalista ficaria na mesma posição em que o credor se encontrava enquanto titular da letra, pelo que poderia ser reembolsado pelo devedor pelo valor original, constante no título de crédito.

Importa saber a posição do garante relativamente ao devedor, após o pagamento pontual e integral ao credor. Estipula o art.217.º n.º 4 que o terceiro garante poderá “em via de regresso” reaver do devedor o montante que pagou em sua substituição, contudo limitado às alterações impostas pelo plano de insolvência aprovado e homologado. Apesar da expressa referência a um “regresso”, o modo do garante acionar o devedor varia consoante o tipo de garantia prestada e, uma vez que temos concentrado a nossa atenção no aval, será relativamente a este que a questão será analisada. Como hipóteses alternativas temos a constituição de um direito novo, que surge com o pagamento da dívida garantida – direito de regresso; ou a sub-rogação do garante na posição do credor originário.

O que distingue no essencial a sub-rogação do direito de regresso é a extinção da obrigação com o cumprimento. Tratando-se de uma sub-rogação, regulada nos artigos 589.º ss do CC, um terceiro que não é devedor, nem está vinculado ao pagamento, cumpre a obrigação. Contudo, o vínculo obrigacional mantém-se, pois, o direito de crédito é transferido para o terceiro, que vai ocupar o lugar do credor originário perante o devedor. Já no direito de regresso, opera-se uma extinção total ou parcial da obrigação com o cumprimento pelo terceiro, nascendo na sua esfera jurídica um novo direito contra o devedor. No caso do direito de regresso estamos perante um devedor solidário e não um terceiro a cumprir uma dívida alheia, pelo que não goza das mesmas garantias relativamente ao credor de regresso, nem pode opor os mesmos meios de defesa que podia opor ao credor.

CARVALHO FERNANDES e João LABAREDA⁶², entendem que, independentemente da garantia prestada, o garante ou coobrigado que pague ao credor originário, assume a posição deste, ou seja, defendem a existência de uma sub-rogação

⁶²CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015, p.697

do garante nos direitos do credor contra o avalizado. José ENGRÁCIA ANTUNES,⁶³ esclarece que o avalista pode ressarcir-se em via de regresso contra o avalizado e demais subscriptores da letra, pois com o pagamento assume a posição de um credor cambiário. Apenas na situação de existir uma pluralidade de avalistas, em que um coavalista paga a integralidade da letra e pretende ressarcir-se perante os demais coobrigados, é que o Autor equaciona uma possível hipótese de direito de regresso.

Assim, para a maioria da doutrina, estamos perante uma sub-rogação, transmitindo-se para o avalista os direitos de crédito do credor (remissão do art.594.º para o art.582.º CC). Aplicado ao caso concreto, o avalista que paga ao credor no âmbito de um processo de insolvência, e de acordo com o estipulado no art.217.º n.º 4, ocupa o lugar do mesmo e poderá exigir do devedor insolvente o montante em dívida, de acordo com as alterações ao crédito aplicadas pelo plano de insolvência.

Já Carolina CUNHA⁶⁴, referindo-se em específico ao aval, considera que, ao contrário de um garante prestador de fiança, nunca se poderá falar de uma sub-rogação, na qual todos os direitos de crédito do credor, tanto os acessórios, como as garantias de crédito, são transferidas para o avalista. Desde logo, porque o aval garante somente o pagamento da letra, não adquirindo o avalista qualquer direito contra os obrigados do credor. Crê então a Professora que, apesar da letra do art.32.º da LULL, o avalista adquire com o pagamento da dívida, um direito de regresso tal como configurado pelo art.49.º da LULL. Seguindo este entendimento, e se no momento do pagamento ao credor o processo de insolvência ainda não estivesse terminado, o avalista adquiriria um crédito de regresso que seria qualificado como crédito da insolvência. No caso concreto, o avalista que paga ao credor no âmbito de um processo de insolvência, e de acordo com o estipulado no art.217.º n.º 4, extingue o vínculo entre o credor originário e o devedor e adquire um novo direito de exigir ao devedor o montante que pagou em seu lugar.

Parece-nos que a razão está do lado da maioria da doutrina, pelo que o avalista que paga a dívida do insolvente, após interpelação do credor, fica sub-rogado nos direitos deste, tornando-se ele um credor cambiário.

⁶³JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Títulos de Crédito – Uma Introdução*, Coimbra Editora, 2009, p. 83-85 e nota 162.

⁶⁴CAROLINA CUNHA, *Aval e Insolvência*, Almedina, 2018, pp.140-148

Estipula, no entanto, o art.217.º n.º 4 que este direito do terceiro garante sobre o devedor insolvente se mantém, contudo, limitado às alterações impostas pelo plano de insolvência. Significa isto que o terceiro garante, após ter pagado o montante em dívida prontamente e na sua integralidade, ao interpelar o devedor relativamente ao montante pago, apenas o receberá com a dilação temporal inserida no plano ou com uma redução do seu montante, dependendo de quais as concretas providências acordadas no plano.

Mais uma vez o garante é prejudicado, já que cumpriu o seu contrato de garantia, conhecendo o risco da insolvência, mas desconhecendo que o custo da recuperação do devedor seria para si transferida, já que só consegue reaver do insolvente o crédito nos termos que o credor originário o poderia fazer, e já não nos termos acordados na obrigação cambial. A gravidade desta medida está, naturalmente, dependente do tipo de garantia prestada, quer tenha carácter acessório ou autónomo.

A questão é patente, sobretudo, no caso de os créditos submetidos ao plano de insolvência estarem garantidos por aval – uma garantia pessoal e autónoma –, pelo que importa uma análise mais detalhada do problema.

5.2. O problema

A situação descrita no presente número é aquela em que os credores aprovam um plano de insolvência que introduz alterações a créditos da insolvência, podendo, entre eles, encontrarem-se créditos cujo cumprimento é garantido pela prestação de aval. Estas alterações podem passar por reduções do valor em dívida ou dos respetivos juros; moratórias ao pagamento da dívida; ou mesmo um perdão total do montante do crédito.

Em sede de execução contra os avalistas, dita o art.217.º n.º 4 que as alterações do plano aos créditos que garantem, não têm qualquer influência sobre a existência, o montante ou o prazo de pagamento da obrigação garantida. No entanto, em via de regresso, o avalista que pagou o crédito garantido nos termos inicialmente acordados, apenas poderá exigir do devedor insolvente aquilo que o credor dele poderia exigir – isto é, apenas poderá receber nos termos do plano de insolvência acordado entre o devedor e os seus credores.

O n.º4 do art.217.º foi introduzido pelo DL 53/2004, de 18 de março que aprovou o CIRE, e apresenta-se como uma norma excecional. No regime anterior, do CPEREF, encontrávamos solução distinta no art.63.º, uma vez que dispunha de uma importante

ressalva que não tem paralelo no regime atual: um credor que aprovasse ou aceitasse as providências que modificassem ou extinguissem o seu crédito, não poderia atuar contra o garante nos termos originalmente acordados, mas apenas na medida da modificação ou extinção aplicada.

Esta solução foi criticada pela doutrina⁶⁵, principalmente por desproteger os credores – os sujeitos principais do processo de insolvência – em detrimento dos terceiros garantes. Ao contrário do atual CIRE, os terceiros garantes eram protegidos de um plano de recuperação que modificava o crédito que garantiam, de modo a que em via de regresso pudessem receber nos mesmos moldes que pagaram. Por outro lado, os credores que se acautelaram e celebraram um contrato de garantia para fazer face a um eventual incumprimento por parte do devedor, viam-se desprotegidos ao não conseguirem executar o garante na totalidade.

Hoje, a execução feita ao avalista pelo credor não é influenciada pelas modificações introduzidas no plano de insolvência. Esta é uma medida que pretende defender os interesses dos credores, por um lado, acautelando o acionamento na íntegra da garantia de que beneficiavam; por outro, incentivando-os a celebrar um plano de recuperação. Mas é também defensora dos interesses do insolvente, uma vez que este nunca poderá, em via de regresso, ser confrontado com a devolução integral do valor em dívida, mas apenas nas condições fixadas no plano.

Esta nova solução, não obstante, ter sido aplaudida por uma parte da doutrina, acarreta consequências gravosas para os terceiros garantes, que acabam por suportar o pagamento da dívida e a eventual recuperação da empresa. Não terá esta nova solução desincentivado a prestação de garantias por terceiro e, conseqüentemente, dificultado a recuperação da empresa em estado de crise?

Como já foi dito, é prática comum das sociedades de responsabilidade limitada, com vista à obtenção de financiamento por parte do Banco, que os sócios da sociedade (grande parte das vezes os sócios gerentes) se tornem garantes da mesma, mais concretamente através da prestação de fianças ou avals apostos em letras e livranças. Uma medida que,

⁶⁵CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência – Anotado*, 3ª edição, Quid Juris, 2000, p.192, anot. n.º 2 ao art.63.º. Defendem os Autores que a solução legal desincentivava os credores a aprovarem planos de recuperação, já que não poderiam exigir dos garantes o montante inicialmente acordado.

à primeira vista se demonstra acertada – por gerar confiança no credor – pode revelar-se gravosa aquando da declaração de insolvência da sociedade.

Os gerentes da sociedade, que optaram por um modelo societário de responsabilidade limitada, de modo a que, chegada uma eventual insolvência, o seu património não respondesse pelas dívidas da pessoa coletiva, acabam por ver esse mesmo património atacado pelo credor que vem reclamar o aval prestado. O benefício da personalidade jurídica acaba por ser mitigado pela dificuldade que as sociedades têm em obter crédito no momento inicial, sem que os próprios sócios prestem garantias.⁶⁶

Assim, a resposta à pergunta anterior é afirmativa. Existe uma desproteção dos prestadores de garantias pessoais e, em certos casos, constrangimentos à revitalização da empresa. No caso de ser elaborado um plano de recuperação, com medidas traçadas para alcançar a retoma da empresa, essa finalidade pode ser frustrada pelo facto dos sócios garantes continuarem a ser obrigados a responder pelas moratórias e perdões concedidos aos credores⁶⁷. Ou seja, a pessoa coletiva é revitalizada, mas as pessoas que a compõe e permitem o seu funcionamento, sofrem monetariamente. Veremos.

A primeira desvantagem surge na qualificação dos créditos. Nos termos do art.47.º n.º 4 al. a), são considerados créditos garantidos aqueles que beneficiam de uma garantia real ou privilégio creditório especial, sobre os bens que integram a massa insolvente. Ora, o aval⁶⁸ e a fiança são garantias pessoais prestadas por terceiros, pelo que não se enquadram na categoria de créditos garantidos e, por isso, não gozam de prioridade de pagamento sobre os demais credores da massa. Também não se poderão qualificar como créditos privilegiados, já que essa qualificação se enquadra nos casos em que a garantia real é prestada pelo devedor insolvente; nem tampouco se trata de créditos subordinados, já que nem a sua natureza nem a especial relação com o devedor relevam ou prejudicam os restantes credores. Resta-nos, então, qualificar este crédito como comum, sendo pago em terceiro lugar, pelo remanescente da massa. Se o remanescente não for suficiente, será feito um pagamento rateado, correspondente ao crédito. Mesmo que a garantia prestada

⁶⁶MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O Passivo Manifestamente Superior ao Ativo como Fundamento da Declaração de Insolvência”, In *Congresso de Direito Comercial 2020*

⁶⁷PEDRO PIDWELL, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada.*, pp.286-290

⁶⁸Ressalvando as hipóteses em que a favor do avalista tenha sido constituída uma garantia, caso em que o seu crédito será qualificado como garantido

fosse uma garantia real, uma vez que a mesma foi concedida por um terceiro, o crédito será qualificado como comum.

Já quanto ao crédito emergente do exercício do direito de regresso por parte do terceiro garante, nos casos não tão raros em que esse garante é simultaneamente sócio da sociedade, o crédito será qualificado como subordinado, dada a especial relação com devedor⁶⁹. Todavia, tratando-se de um aval, o regime da sub-rogação que vigora não permite uma transformação do crédito, pelo que o avalista “recebe” o crédito nos mesmos termos que existem na esfera do credor, pelo que se o crédito não era subordinado, não o passará a ser. Ressalva-se, contudo a hipótese de a concessão de financiamento ser considerada um suprimento, nessa medida, o crédito será qualificado como subordinado⁷⁰, ou seja, como o crédito que pior tratamento tem durante o processo de insolvência e que, em maior parte dos casos, não chega a ser pago.

A segunda desvantagem reside na aprovação de um plano de insolvência. O avalista é solidariamente responsável pelo pagamento da obrigação com o avalizado⁷¹, o que significa que, cumprindo este a dívida, tem direito a ser reembolsado pelo garantido. O problema surge, então, quando num plano de insolvência aprovado e homologado são inseridas providências com incidência no passivo do devedor (moratórias, reduções, perdões de dívida, entre outros), já que o art.217.º/4 *in fine* vem limitar o direito do garante ao reembolso, aos mesmos termos em que o credor poderia agir contra o devedor. Imaginando que foi apresentada uma proposta de plano de insolvência onde se estabelecia uma moratória do crédito em dez anos e que esta proposta foi aprovada, com o voto favorável de um credor beneficiário de aval. Numa situação como a exposta, mesmo que o credor não tivesse concordado com o plano, seria afetado por ele, se uma maioria assim o entendesse, contudo, não se pode deixar de considerar eticamente reprovável⁷² que o credor que concordou com um diferimento no pagamento do seu crédito, vá acionar o terceiro garante nos termos originalmente acordados. O garante vai suportar a totalidade

⁶⁹CATARINA SERRA, “O Direito da Insolvência e da Recuperação da Empresa em Tempos de Emergência: a Justa Medida”, In *Congresso de Direito Comercial 2020*

⁷⁰PEDRO FERREIRA MALAQUIAS; MANUEL BARBOSA MOURA, “A Qualidade de Sócio/Acionista em Sede de Suprimentos: os indícios materiais”, In *Atualidad Jurídica Uría Menéndez/ 43-2016* disponível em https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5104/documento/foro_pt03.pdf?id=6765 pp.136-142

⁷¹CATARINA SERRA, “Nótula sobre o art.217.º n.º 4 do CIRE”, In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto de Carvalho Fernandes*, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2011, p.383

⁷²Nas palavras de CATARINA SERRA, “Nótula sobre o art.217.º n.º 4 do CIRE”, In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto de Carvalho Fernandes*, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2011, p.384

do montante do crédito, no prazo estabelecido, e apenas poderá, em via de regresso, ser reembolsado pelo devedor decorrido o novo prazo inserido num plano de insolvência, cuja aprovação lhe foi alheia.

Uma vez que o art.192.º n.º 2 estabelece que o plano de insolvência *só pode interferir com direitos de terceiro na medida em que tal seja expressamente autorizado neste título ou consentido pelo visado*, e o art.127.º n.º 4 se insere nesse mesmo título, é possível que a esfera jurídica do garante seja afetada por uma decisão que não tomou e na qual não teve oportunidade de se pronunciar. No fundo, os garantidos passam a ser aqueles que suportam as consequências nefastas do plano em vez dos credores. Não só sofrem o risco natural da insolvência – de o insolvente não ter possibilidade de satisfazer o direito de regresso –, como sofrem as consequências do plano, que cria uma discrepância entre o pagamento feito ao credor e aquilo que podem recuperar do devedor.⁷³

Apesar do presente estudo se concentrar no aval, o art.217.º n.º 4 é especialmente gravoso para o terceiro garante, quando presta outras garantias, como a fiança, que é a garantia acessória por excelência. Ao contrário do aval, que goza da característica da autonomia e, por isso, não se vê afetado pelas vicissitudes que ocorrem no crédito garantido, a acessoriedade que a obrigação de garantia seja afetada por mudanças no crédito garantido, contrariamente ao que o art.217.º n.º 4 obriga.

Importa a este propósito fazer uma distinção entre garantias acessórias e autónomas. Tomando como exemplo a fiança, para descrever as obrigações acessórias, temos que todas as vicissitudes da obrigação principal se vão refletir na obrigação fidejussória, pois a primeira obrigação é reflexo da segunda. Esta dependência revela-se também na validade da obrigação, já que se a obrigação principal for inválida, também o é a fiança⁷⁴. Já na garantia autónoma conseguimos distinguir três relações: a relação de atribuição existente entre o credor e o devedor, a relação de cobertura entre o devedor e um terceiro, e a relação de execução entre o terceiro e o credor. A relação de execução tem autonomia relativamente à relação de atribuição e relativamente à relação de cobertura. Como consequência desta independência, o prestador de uma garantia autónoma não pode beneficiar dos mesmos meios de defesa do devedor, pois as relações são distintas, não se afetando mutuamente. É por esta razão que o avalista, enquanto garante de uma garantia

⁷³CAROLINA CUNHA, *Aval e Insolvência*, Almedina, 2018, pp.119 e 120

⁷⁴PEDRO PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias* 3ª edição, Almedina, 2019, pp.85 e ss

peçoal e autónoma, não se pode prevalecer das alterações na obrigação de cobertura (o plano de insolvência aprovado entre o insolvente e o credor) para se eximir da sua obrigação de execução.

Conclui-se que, pela própria natureza da garantia, o avalista da dívida do insolvente vê-se dificultado, em opor-se à execução intentada contra si, com fundamento em vicissitudes que ocorreram na relação principal entre devedor e credor.

Esta questão suscita-se pela alteração à tutela dada pelo atual art.217.º n.º 4 do CIRE, que continua a convocar interpretações distintas na doutrina.

Por um lado, temos Nuno FERREIRA LOUSA⁷⁵, Carvalho FERNANDES e João LABAREDA⁷⁶ que aplaudem a alteração ao regime, considerando-o aplicável a qualquer medida prevista no plano de insolvência e também quanto o reescalonamento da dívida. Elogiam a alteração de regime por criar uma harmonização de interesses. Consideram os Autores justificável que, tendo um credor votado favoravelmente, ou não, a um plano que diretamente o afeta, o direito que tinha contra os seus garantes ou codevedores se mantenha inalterado. Pedro PIDWELL⁷⁷ entende esta alteração como uma evolução positiva do direito falimentar, por se harmonizar com as responsabilidades inerentes à celebração de contratos de garantia e, por outro lado, fomentar o interesse pela recuperação da empresa, da parte dos credores, uma vez que deixaram de assistir a uma diminuição das suas garantias.

Por outro lado, encontramos a professora Catarina SERRA⁷⁸ que defende uma interpretação restritiva de aplicação da norma, apoiada na estrita letra da lei. A Professora concentra essencialmente as suas críticas à relação externa entre o credor e o seu garante ou codevedor, relativamente à extensão do âmbito de aplicação da norma e à possibilidade de um credor que votou favoravelmente ao plano acionar o garante ou codevedor à margem do mesmo.

⁷⁵NUNO FERREIRA LOUSA, “Os Créditos Garantidos e a Posição dos Garantes nos Processos Recuperatórios de Empresas”, In *Revista de Direito da Insolvência* nº 0, pp.159-165

⁷⁶CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª Edição, Quid Juris, 2015, pp.792-793

⁷⁷PEDRO PIDWELL, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra Editora, 2011, p. 289-290

⁷⁸CATARINA SERRA, “Nótula sobre o art.217º nº4 do CIRE”, In *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2011, pp.386 e ss

No entender da Professora, o art.217.º n.º 4 é, não só, uma norma excecional, como tem também um âmbito de aplicação restrito às providências com incidência no passivo do devedor que afetem a existência ou o montante dos créditos dos credores da insolvência. Assim, o sentido do preceito é de que se aplica às providências que resultem num perdão ou redução do montante da dívida do insolvente, e já não aquelas que modifiquem o prazo de vencimento do crédito. Tendo a norma um carácter excecional, a sua aplicação limita-se aos casos que nela se encontram previstos, nos quais não se incluem as providências mais tipicamente acordadas, como aquelas que se referem a modificações de prazo de vencimento do crédito ou concessão de moratórias. Assim, a exceção apresentada pela norma – de que as alterações introduzidas no plano de insolvência não afetam a relação entre credores e os seus garantes ou codevedores e de que o direito de regresso contra o insolvente apenas poderá ser exercido na medida das alterações feitas no plano – é aplicável às providências com incidência no passivo do devedor referidas no art.196.º n.º1 al. a), valendo a regra geral de extensão das modificações introduzidas no plano aos terceiros garantes, nas restantes providências.

Sendo o aval uma garantia pessoal, revestida da característica da autonomia, o responsável principal continua a ser a pessoa afiançada, sendo o avalista um mero garante da obrigação do avalizado, que responde solidariamente, e nos mesmos moldes, que o responsável principal⁷⁹. Assim, regra geral, o avalista não poderá responder de forma mais onerosa que o avalizado nem, em consequência, tornar-se o responsável principal, uma vez que não é essa a função da garantia. Deste modo, para a Professora, o legislador do CIRE procurou ser cauteloso e criou uma ressalva no art.217.º n.º 4, considerando que uma vinculação do credor a um plano de insolvência que diretamente limite o seu crédito, atinge igualmente o seu garante ou codevedor, apenas nos casos de modificação do montante em dívida.

Esta interpretação tem maior relevância quando falamos de garantias acessórias, como é o caso da fiança⁸⁰. Enquanto o avalista responde solidariamente com o avalizado, o regime geral da fiança estabelece, em regra, a subsidiariedade da obrigação do fiador em relação ao garantido. Assim, o fiador apenas poderá ser demandado pelo credor após

⁷⁹Ac. TRE 25-09-2014 (Mata Ribeiro), disponível em <http://www.dgsi.pt>

⁸⁰No âmbito de um PER, Carlos Moreira, no voto de vencido ao Ac. TRC 06-07-2016 (Moreira do Carmo), refere que “o garante – vg. o fiador – que se vinculou apenas como responsável subsidiário, e que é alheio ao PER, paga tudo, imediatamente logo à cabeça, e, depois, recebe menos do que pagou, ou não recebe nada.”, disponível em <http://www.dgsi.pt>

executados todos os bens do devedor, a menos que as partes tenham acordado em afastar a subsidiariedade da obrigação⁸¹. Acresce que a fiança é a garantia acessória por excelência, o que significa que a obrigação garantida está numa relação de total dependência para com a obrigação principal, sendo influenciada por esta quanto à sua forma, conteúdo e validade. Ora, em sede de processo de insolvência, e de acordo com o art.217.º n.º 4, o credor poderá, de imediato, exigir o seu crédito, na totalidade, ao fiador, que em via de regresso receberá nos termos do plano e do património remanescente do insolvente. Esta solução coloca o fiador numa posição diversa da do devedor, desequilibrando a posição das partes no processo de insolvência, sendo muito mais gravosa para o garante, que ao negociar com o credor não poderia prever que, em caso de insolvência do garantido, seria ele o responsável pelo pagamento do crédito.

Ao aplicar-se a tutela do n.º 4 a todo o tipo de providência com incidência no passivo do devedor, deparamo-nos com situações em que um credor avalizado pode aprovar um plano de insolvência que altere os moldes de pagamento do seu crédito e eximir-se dos efeitos do mesmo, executando o garante nos termos originários do crédito garantido. O que é reprovável nesta conduta do credor é o facto de contribuir para a aprovação de um plano que se aplicará a todos os credores e, conseqüentemente, afetar a configuração dos seus créditos, não sofrendo ele qualquer alteração no seu património, já que acionou o seu garante na íntegra. No limite, todos os credores originários iriam executar os seus garantidos de modo a ver satisfeito o seu crédito, inviabilizando a finalidade recuperatória do plano de insolvência por eles aprovado⁸². Nestas situações, os credores são integralmente satisfeitos, e os custos da recuperação da empresa transferem-se para os avalistas, que muitas vezes são os sócios da sociedade que está a ser revitalizada, financiando estes a própria sociedade insolvente⁸³. Ora, ao colocar este encargo no património dos sócios administradores da empresa, a recuperação torna-se em algo dificilmente alcançável, e a insolvência dos sócios numa forte possibilidade.

⁸¹Enquanto a acessoriedade é obrigatória art.627.º n.º2 CC, a subsidiariedade pode ser afastada por acordo das partes

⁸²CATARINA SERRA, “Nótula sobre o art.217º nº4 do CIRE”, In *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2011, pp. pp.382 e 383

⁸³MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o Poder dos Credores Contra os Fiadores no Âmbito de Aplicação do CIRE. Breves Notas”, In *III Congresso do Direito da Insolvência*, pp.332-333

Para Catarina SERRA esta conduta pode mesmo configurar-se como um abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*⁸⁴, ou seja, em duas atitudes que, embora lícitas, se contrariam e prejudicam as legítimas expectativas das contraentes. A aprovação de um plano de insolvência que contém certas restrições aos créditos da insolvência, cria uma expectativa no insolvente e nos terceiros garantes de que o credor será afetado pelas mesmas, pelo que uma posterior execução da garantia, que satisfaça pontualmente o crédito, reverte as expectativas criadas e prejudica os interesses das partes. Daí que a exceção introduzida pelo n.º 4 não pode deixar de ser restrita quanto ao seu âmbito.

Conclui então a Professora que o art.217.º n.º 4 tutela os credores no caso de extinção ou redução do montante do crédito, aplicando-se a regra geral da LULL quanto ao direito de regresso do terceiro contra o insolvente, nos restantes casos.

Já Carolina CUNHA⁸⁵, apesar de seguir em parte o entendimento da Professora Catarina SERRA, concentra a sua atenção na segunda parte do art.217.º n.º 4, referente às relações internas entre os garantes e o insolvente, ou seja, à alteração introduzida pela norma ao exercício do direito de regresso. Analisa igualmente a problemática dos avais prestados em branco, que são preenchidos no momento da insolvência do devedor.

A Professora discorda das críticas tecidas à primeira parte do n.º4 do art.217.º por duas razões. Primeiro, de acordo com o princípio da autonomia privada, os credores são livres de fortalecer os seus créditos e, por isso, de constituir garantias sobre o cumprimento dos mesmos, pelo que não se encontram sob um privilégio injustificado em relação aos demais credores da insolvência, muito menos capaz de violar o princípio da igualdade de credores. Em segundo lugar, considera justificável que o credor mantenha o seu direito de execução relativamente aos garantes, pois é precisamente a função das garantias das obrigações a satisfação do crédito em dívida quando o principal obrigado se encontra em incumprimento, sendo também um risco inerente ao negócio cambiário a insolvência do garantido.

A discordância com o referido número é, então, aposta à sua segunda parte.

⁸⁴CATARINA SERRA, “Nótula sobre o art.217º nº4 do CIRE”, In *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2011, pp. 386 e ss,

⁸⁵CAROLINA CUNHA, *Aval e Insolvência*, Almedina, 2018, pp.124 e 125

O credor garantido por aval participa nas negociações de um plano de insolvência que modifica os moldes originários do seu crédito e não apresenta oposição ao mesmo. De seguida, inicia um processo executivo contra o avalista, de modo a satisfazer o seu crédito e extinguir a sua relação com o devedor insolvente. Consegue, assim, libertar-se dos constrangimentos impostos pelo plano, sendo estes transmitidos para o garante, ao tentar exercer o seu direito de regresso. A grande crítica assenta precisamente neste sacrifício imposto aos terceiros garantes, que são alheios à aprovação do plano de insolvência, por não poderem participar nas negociações do mesmo, mas são sujeitos às alterações provocadas por ele, acabando, em alguns casos, por serem os principais responsáveis pela recuperação da empresa.

Tal como SOVERAL MARTINS⁸⁶, considera a Autora esta solução como demasiado violenta para os terceiros garantes. O legislador português, ao alterar o referido preceito, optou por uma solução radical ao invés de uma alteração suave, que compatibilizasse os interesses de todas as partes, ao mesmo tempo que protegia os principais sujeitos do processo de insolvência (os credores). Ao optar pelo regime atual, o legislador português colocou nos garantes o total encargo da recuperação do insolvente, quando estes garantes têm a mera função de caucionar o cumprimento das obrigações existentes entre devedores e credores, sendo terceiros ao plano de insolvência, cuja capacidade de se opor às medidas nele inscritas é nula. A opção foi tomada com consciência de que estaria abrangida pela norma do art.192.º n.º 2, o que demonstra uma clara intenção de proteger os credores sob pena de dano aos terceiros garantes.

Há também quem vá no sentido contrário da interpretação literal e restrita de Catarina SERRA, como Nuno FERREIRA LOUSA⁸⁷. Considera que os resultados da interpretação da Professora seriam de que, não sendo o crédito garantido afetado pelas alterações do plano, o credor iria preferir um plano de recuperação que enquadrasse um perdão (total ou parcial) de dívida ao invés de uma moratória, já que na segunda opção apenas conseguiria executar o garante na medida das alterações impostas pelo plano. Mesmo para os garantes, esta seria uma opção mais gravosa, já que teriam de pagar a totalidade do crédito e, em via de regresso, receber apenas parcialmente, enquanto na concessão de moratórias o único risco que padecem é o de mero deferimento no tempo

⁸⁶ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2015, p.449

⁸⁷NUNO FERREIRA LOUSA, “Os Créditos Garantidos e a Posição dos Garantes nos Processos Recuperatórios de Empresas”, In *Revista de Direito da Insolvência* nº 0, pp.163-164

de pagamento. Tal solução iria prejudicar a recuperação da empresa, à qual seria imposto um plano de insolvência repleto de perdões totais ou parciais do montante dos créditos, sem quaisquer reescalamentos de dívida.

6. *Análise de Jurisprudência*

Como resposta à questão do avalista, terceiro ao plano de insolvência, poder aproveitar das alterações introduzidas no plano recuperatório, relativamente aos créditos que garantem, é do entendimento generalizado, mas não unívoco⁸⁸, da jurisprudência portuguesa, que tal não é permitido.

Grande parte dos arestos tratam da situação de um avalista que se opõe à execução da letra (ou livrança) que avaliza, por entender que a moratória de crédito concedida ao devedor insolvente se encontra fora do âmbito de aplicação do art.217.º n.º 4. Argumentam, assim, que à data da execução pelo credor, a letra não é ainda exigível, pelo que a moratória concedida ao credor, também a si aproveita.

Contrapõe a maioria dos Tribunais que, uma vez que a relação cartular existente entre o avalista e o credor (portador do título de crédito) é uma relação mediata⁸⁹, o primeiro não pode opor ao segundo as exceções pessoais que poderia invocar contra o avalizado insolvente. Dado que o avalista responde solidariamente com o devedor, não é necessário excutir todo o património do avalizado para que o credor possa exigir o seu crédito. E uma vez acionado para o pagamento, o avalista terá de cumprir a sua obrigação nos moldes acordados, não podendo opor-se com fundamento em quaisquer alterações impostas pelo plano de insolvência sobre o crédito garantido, uma vez que as modificações operadas na relação subjacente, não afetam a relação existente entre o avalista e o portador, que se circunscreve à obrigação cambiária proveniente da subscrição do título de crédito.

O defesa principal dos Tribunais portugueses assenta, assim, na fisionomia do aval, *maxime*, na autonomia e independência do mesmo face à obrigação que garante.

⁸⁸Cfr. Ac. TRG 24-04-2012 (José Manuel Araújo de Barros), Ac. TRP 17-10-2016 (Carlos Querido), Ac. TRE 12-07-2016 (Manuel Bargado), voto de vencido de Carlos Moreira ao Ac. TRC 06-07-2016, todos em sentido divergente ao da maioria da doutrina, respondendo positivamente à questão do aproveitamento pelos avalistas das alterações introduzidas no plano de insolvência aos créditos que garantem

⁸⁹Ac. STJ 30-10-2014 (Silva Gonçalves) “a relação entre portador (exequente) e o avalista (executado) não constitui uma relação imediata, revelando, isso sim e sempre, uma relação mediata, deste circunstancialismo jurídico-positivo se inferindo que não é tolerado ao avalista, na oposição à execução que venha a deduzir, que faça valer quaisquer exceções fundadas nas relações pessoais com o avalizado.”. Também, neste sentido os Ac. STJ 04-05-2017 (Olindo Geraldes), Ac. TRC 01-12-2015 (Manuel Capelo), Ac. STJ 26-02-2013 (Azevedo Ramos) e Ac. TRG 05-12-2013 (Helena Melo). Todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>

Apesar da obrigação cambiária se moldar na relação subjacente, o aval, ao contrário de outras garantias pessoais – como é exemplo a fiança – goza de autonomia em relação à obrigação principal/garantida. O aval constitui uma garantia objetiva do pagamento, em oposição a uma garantia subjetiva do pagamento, isto é, garante uma necessidade de crédito e cauciona o pagamento do título e não a pessoa avalizada. “O aval é, antes, uma garantia do cumprimento da letra pelo sacado no vencimento. Portanto, uma garantia do cumprimento pontual do direito de crédito cambiário”⁹⁰

Esta autonomia⁹¹ confere-lhe a possibilidade de não ser afetado por quaisquer condicionantes que ocorram na relação subjacente⁹² (tal foi aliás estabilizado pelo AUJ STJ 11-12-2012), daí que transpondo os argumentos dos defensores desta posição maioritária para a questão suscitada pelo art.217.º n.º 4, concluímos que, tratando-se a aprovação do plano de uma vicissitude que ocorre na relação entre o insolvente avalizado e o credor (relação imediata), o avalista não passa de um mero terceiro que permanece vinculado à obrigação, nos moldes assumidos perante o credor, à data em que prestou o seu aval⁹³.

Assim sendo, será indiferente o conteúdo concreto do plano de insolvência, podendo o credor, de imediato, exigir a prestação por inteiro. Tal acontece, porque aos olhos da maioria da jurisprudência a letra do art.217.º n.º 4, quando menciona “a existência e o montante do crédito” refere tanto providências que afetem o montante em dívida, como a sua exigibilidade. Logo, a homologação de um plano de insolvência não retira a possibilidade de um credor beneficiário de aval poder executar a sua garantia para obter o montante inscrito no título de crédito.

No Ac. TRG de 05-11-2015, o juiz relator Jorge Teixeira aponta ainda um outro argumento para permitir a execução do avalista, após aprovado um plano de insolvência, onde consta uma moratória para o cumprimento da prestação: o facto da situação de

⁹⁰PAULO SENDIN, *Letra de Câmbio – L.U. de Genebra – Obrigações Cambiárias*, Vol. II, Universidade Católica Portuguesa, Almedina, p.749

⁹¹Como refere o AUJ 11-12-2012 (Gabriel Catarino) “Efetivamente, o aval, qual garantia objetiva não se vincula com a pessoa nem com a obrigação avalizada, mas tao só porque, singelamente, é uma garantia de pagamento de uma obrigação que objetivamente emerge do título”

⁹²AUJ STJ 11-12-2012 (Gabriel Catarino), disponível em www.dgsi.pt

⁹³Como ilustra o Ac. TRG 05-11-2015 (Jorge Teixeira) “E assim se torna entendível e justificável para quem o defende, que o facto de ocorrerem vicissitudes na relação subjacente não determine ou imponha que tais situações se transmitam à obrigação cambiária, a qual, não obstante essas circunstâncias, se mantém inalterada e plenamente eficaz, podendo, designadamente, o beneficiário do aval agir, mediante acção cambiária, perante o avalista para obter a satisfação da quantia titulada na letra.”

fragilidade que obrigou os credores a acordarem a moratória ser apenas relativa ao devedor insolvente, e já não aos avalistas que “não enfermam da mesma dificuldade em cumprir compromissos assumido”.

Deste modo, a maioria da jurisprudência segue aquele que é também o entendimento maioritário da doutrina, de que a alteração ao art.217.º n.º 4, foi uma evolução positiva do direito falimentar, que pretendeu incentivar a aprovação de planos de recuperação, pelo que o legislador elaborou o art.217.º n.º 4 de modo a incluir todo o tipo de providências que venham a ser inseridas no plano e possam afetar um crédito garantido.

Já uma minoria da jurisprudência segue o entendimento minoritário, defendido principalmente por Catarina SERRA⁹⁴. É feita uma interpretação literal do art.217.º n.º 4, de onde se extrai que a sua aplicação se restringe às providências que modifiquem o montante do crédito, seja reduzindo-o ou perdendo-o na íntegra.

São poucos os acórdãos neste sentido. O Ac. TRC 08-03-2016 (Fernando Monteiro) e o Ac. TRE 12-07-2016⁹⁵ (Manuel Bargado), que se lhe segue, perfilham este entendimento minoritário de que um credor que aprova um plano de insolvência que contém uma moratória de crédito, ou qualquer outra providência que não se refira a uma alteração do montante, não poderá, de imediato, executar o seu garante.

A questão em juízo nestes dois arestos é, no entanto, a de saber se a cláusula incluída num PER é ou não violadora do art.217.º n.º 4 e quanto a tal a resposta do Tribunal de Évora é negativa. O facto de se inserir uma moratória de pagamento num plano de recuperação não é, só por si, causa de invalidade do plano e motivo de não homologação do mesmo. Como refere o Juiz Relator Manuel Bargado “de um ponto de vista literal, a norma do art.217.º, n.º 4 protege a existência e o montante dos direitos, não se preocupando com o vencimento ou a exigibilidade destes e, nessa medida, nada parece obstar a que o plano possa dispor sobre a moratória em questão, como sucede no caso em apreço. (...) Ademais, da homologação da medida adotada nos presentes autos, que estabelece uma moratória no pagamento da dívida, não decorre violação do n.º 4 do artigo 217º do CIRE, porque a mesma não afeta a existência nem o montante dos direitos dos

⁹⁴CATARINA SERRA, “Nótula sobre o artigo 217.º n.º 4 do CIRE”, In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto de Carvalho Fernandes*, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2011, pp.381-382

⁹⁵Ambos disponíveis em www.dgsi.pt

credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação.”. Neste caso o juiz homologa um plano que limita a execução do avalista pelo credor, enquanto o plano estiver a ser cumprido pelo avalizado. Tal vai em sentido contrário com o entendimento maioritário⁹⁶, por violar as regras relativas ao conteúdo do plano e, em concreto, o n.º 4 do art.217.º.

Exemplo paradigmático desta corrente jurisprudencial é o Ac. TRG 24-04-2012 (José Manuel Araújo de Barros).

O Tribunal de Guimarães refere que, tendo sido aprovado um plano de insolvência com uma moratória de 8 anos para pagamento do crédito, a execução do avalista que garante o crédito é inexigível por “o título que serve de base à execução se transmudou e agora passou a existir um novo título. Ora, foi com base no antecedente título dado à execução (ver o escrito que serve de suporte à mesma) que a exequente viu reconhecido na insolvência o seu crédito. Ou seja, esse título extinguiu-se. Passou a existir outro título, o plano de insolvência homologado por sentença.”

Considera-se então, que uma causa superveniente – a aprovação do plano de insolvência que modificou o prazo de vencimento do crédito – impossibilitou a execução da garantia, porque tornou o crédito inexigível. Argumenta que, sendo necessário que a obrigação exequenda (entre o credor e o devedor) seja exigível para o credor executar a garantia e tendo sido estendido o prazo de vencimento da dívida, o credor não tem legitimidade para interpor uma ação executiva contra o avalista (art.713.º CPC).

Segue, assim o Tribunal, o entendimento de que o art.217.º n.º 4 não é aplicável a planos de insolvência que incluam uma moratória de crédito, aproveitando o garante da reestruturação concedida ao devedor avalizado.

De facto, do que resulta do atual art.217.º n.º 4 e das características do aval, previstas na LULL, não se permite interpretações distintas das que têm sido feitas pela maioria dos tribunais portugueses. No entanto a solução atingida não é a que melhor satisfaz os interesses de todas as partes, pelo que importa alterar o n.º 4 do art.217.º.

⁹⁶Como é exemplo o Ac. TRL 16-03-2017 (Pedro Martins) e Ac. TRG 10-12-2013 (António Beça Pereira), disponíveis em www.dgsi.pt

7. Posição adotada

Ao longo deste trabalho foi exposta a problemática em volta do art.217.º n.º 4 e os resultados práticos da sua aplicação. É do meu entender que a redação atual do referido preceito desprotege os terceiros garantes e codevedores, que são gravemente prejudicados em prol da recuperação do devedor, em especial quando esses garantes prestam um aval. Sendo assim, carece a norma de uma nova alteração, de modo a compatibilizar, da melhor forma possível, os interesses de todas as partes no processo.

Entendo, assim, que a razão está do lado de Nuno FERREIRA LOUSA⁹⁷ e Carolina CUNHA⁹⁸. Não há alterações de interpretação a serem feitas ao n.º 4 do art.217.º, relativamente às relações externas entre credor e garante, aplicando-se o atual normativo quer a providências que impliquem a alteração do montante da dívida, quer àquelas que modifiquem o seu prazo de vencimento. Contudo, não se pode deixar de considerar uma medida desproporcional e injusta aquela que coloca o “peso” da recuperação do insolvente, do lado de um terceiro ao processo, pelo que considero que seria de alterar o sentido da lei, aproximando-a da solução da Ley Concursal⁹⁹ espanhola.

Os mesmos autores¹⁰⁰ fazem referência a uma eventual fraude à lei por parte do credor que vota favoravelmente ao plano e executa o avalista. Entendo que, mesmo considerando o sentido objetivo de fraude à lei¹⁰¹, no qual se dispensa a intenção pessoal do agente em defraudar a lei, e se olha apenas para o resultado atingido, no caso em apreço não se poderá falar de uma verdadeira fraude à lei. O credor dá o seu consentimento ao plano de insolvência que limita o seu crédito, sabendo que o art.217.º n.º 4 o permite acionar o garante sem limitações. Não existe aqui a utilização de uma regra jurídica intermédia que o proteja e permita alcançar um resultado proibido por outra norma, pois o art.217.º n.º 4 não apresenta qualquer proibição. Quanto muito, poder-se-ia falar de um *venire contra factum proprium* por parte do credor que, ao aprovar o plano de insolvência com as suas

⁹⁷ NUNO FERREIRA LOUSA, “Os Créditos Garantidos e a Posição dos Garantes nos Processos Recuperatórios de Empresas”, In *Revista de Direito da Insolvência* n.º 0, pp.160-165

⁹⁸ CAROLINA CUNHA, *Aval e Insolvência*, Almedina, 2018, pp.121-124

⁹⁹ Lei essa que já serviu de inspiração no nosso CIRE, nomeadamente para a criação do incidente de qualificação da insolvência.

¹⁰⁰ NUNO FERREIRA LOUSA, concorda com CATARINA SERRA, quanto à possibilidade de fraude à lei, por parte do credor, quando intencionalmente aciona o garante, após a votação favorável a um plano de recuperação com alterações ao crédito garantido, para colocar o ónus do pagamento total da dívida em terceiro.

¹⁰¹ RUI PINTO DUARTE, “A Fraude à Lei –alguns apontamentos”, in *Revista de Direito Comercial* 30-08-2020, pp.1588-1591

inerentes limitações, mais tarde executa o garante e age em prejuízo das legítimas expectativas do garante. Mas ainda assim, no caso concreto, seria difícil provar todos os seus requisitos.

Relativamente à segunda parte do n.º 4 e ao reembolso do garante por parte do insolvente, o desvio à regra da LLUL feito pelo CIRE parece-me ajustado, na medida em que se o insolvente pretende a sua revitalização e consegue chegar a acordo com os credores, revelar-se-ia contrário aos fins da recuperação a exigência, pelo garante, do reembolso do crédito nos termos do contrato inicial.

Nuno FERREIRA LOUSA considera que a solução que melhor vai ao encontro com o espírito da norma é aquela em que o terceiro garante não beneficia das medidas implementadas no plano de insolvência, portanto, uma solução diversa da interpretação restritiva feita por Catarina SERRA. A alteração desta norma, pelo novo CIRE, teve o intuito de incentivar a aprovação de planos recuperatórios pelos credores, pelo que a objetivo do legislador não poderá ter sido outro senão a de manutenção dos direitos dos credores contra os garantes dos seus créditos.

Acrescenta ainda, que ao serem colocadas as expressões “montante” e “existência”, pretendeu-se alargar o âmbito da norma, não só a situações de modificação dos créditos quanto ao seu montante, mas também quanto à sua exigibilidade. Utilizando um argumento de maioria de razão chegaríamos ao mesmo resultado, de que se se permite a modificação do montante, então também a modificação do prazo de vencimento é abrangida pela norma.

No entanto, não deixa de ser uma crítica comum a todos os Autores¹⁰² mencionados ao longo desta dissertação, a situação do credor que vota favoravelmente ao plano recuperatório continuar a poder executar os avalistas do devedor. Apesar da aplicação universal do plano de insolvência a todos os credores, permanece uma diferença entre aquele que vota favoravelmente a um plano que diretamente afeta o seu crédito, e aquele que votou contra ele, mas é afetado pelo mesmo por ter sido aprovado por uma maioria de credores.

¹⁰²Também CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA, referem que “a disciplina da lei não exclui a reação do condevedor ou garante contra o credor, nos termos gerais, se puder demonstrar que o procedimento adotado, a favor do devedor, foi exclusivo ou predominantemente dirigido a prejudicá-lo.” Na 12ª anotação no *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª Edição, Quid Juris, 2015, pp.792 e 793.

Foi com consciência desta diferença que a lei da insolvência espanhola foi alterada¹⁰³ e onde hoje encontramos uma solução diversa para aqueles que votaram a favor do plano recuperatório. Esta alteração surge seis meses após a última reforma à Ley Concursal, justificada pela urgência em adotar medidas quanto ao refinanciamento e à reestruturação de dívida empresarial.

Na Lei Espanhola, é clara a preferência da recuperação sobre a liquidação. Pretende-se que, sempre que a sociedade insolvente se mostre viável, se opte por um processo recuperatório que diminua a dívida da empresa e a mantenha em funcionamento, de modo a proteger os postos de trabalho¹⁰⁴.

A alteração passa, então, pela suspensão das execuções judiciais dos bens do devedor insolvente, em situações em que pelo menos 51%¹⁰⁵ dos credores tenham votado favoravelmente ao plano de recuperação¹⁰⁶. No entanto, em relação aos terceiros garantes¹⁰⁷ o “plano de refinação” não produz efeitos, mantendo os credores todos os direitos em relação a estes.

Apesar da posição em relação aos garantes, a solução da Ley Espanhola quanto à suspensão de execuções judiciais pode servir de inspiração para se aplicar à execução dos garantes do devedor. Assim, se a maioria dos credores pretende uma recuperação da empresa e concorda com eventuais alterações à configuração dos seus créditos, então concorda igualmente com as limitações inerentes ao plano e não poderão executar os garantes até que seja cumprido o plano de recuperação. Ao agir deste modo, o insolvente encontra-se na posição que previa ao celebrar o plano de recuperação, sem ser perturbado pelo pagamento intrínseco ao direito de regresso/sub-rogação; o credor sujeita-se às limitações do plano que aprovou, podendo executar o garante se findo o plano de

¹⁰³Alteração à Ley 22/2003 de 9 de julho (Ley Concursal) pelo Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de março

¹⁰⁴Preâmbulo do Real Decreto-Ley disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-2485>

¹⁰⁵Maioria necessária para a homologação do plano de recuperação na Ley Concursal (nº1 da disposição adicional quarta, disponível em https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/122-2003.t10.html#da3

¹⁰⁶ “También se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación”, ponto IV do preâmbulo do Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de março

¹⁰⁷FERNANDO CALBACHO, La Homologación Judicial de Los Acuerdos de Refinación in *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada/Estraordiário-2011*. Disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3206/documento/art22.pdf?id=3351>

insolvência o seu crédito não se encontrar já satisfeito; e o garante mantém a obrigação de garantia nos termos inicialmente acordados.

Uma outra solução poderia passar pela presença de terceiros garantes na negociação do plano de recuperação. O seu papel seria de participante e, no caso do credor que garante consentir com a proposta de plano, então o garante poderia deduzir oposição. Sendo a assembleia de credores para aprovação de um plano de insolvência de importância tal, que o CIRE confere direito de voto aos credores subordinados, não me parece exagero atribuir esse mesmo direito aos terceiros garantes (tal como o direito de participar na assembleia), limitando o seu exercício ao sentido de voto do credor que garantem.

Existindo a possibilidade de o garante vir a ser responsável por parte da dívida do devedor, pagando a totalidade ao credor que garante e recebendo apenas na medida do acordado no plano, figura-se como uma medida ajustada aquela que permite a participação desse mesmo garante no processo de aprovação do plano de recuperação. Assim, tendo o credor votado favoravelmente, o avalista poderia igualmente consentir, por se tratar, na grande parte das vezes num sócio gerente da sociedade, e entender que aquele plano é o que melhor alcança os interesses recuperatórios da empresa, ou, por outro lado, recusar a aprovação do plano por se considerar prejudicado por ele, e nesse caso o seu voto negativo sobrepor-se-ia ao do credor. Nesta última hipótese, o voto negativo teria a mesma influência que qualquer outro, podendo o plano ser aprovado, por uma maioria nele ter consentido, ou ser recusado e haver necessidade de novas negociações.

8. Conclusão

Após a alteração legislativa ao CIRE em 2017, a finalidade do processo de insolvência português converteu-se de liquidação em recuperação. Procurou-se encontrar mecanismos que apoiassem o devedor insolvente ou em situação de insolvência iminente, a recuperar-se financeiramente. Contudo, para que se alcance a recuperação do devedor, é muitas vezes necessário impor sacrifícios aos credores. Tal pode dificultar o trabalho do legislador português que tem de compatibilizar a recuperação do devedor com um processo de insolvência cujo principal interesse é a satisfação dos credores. Daí que em alguns casos, como é exemplo o art.217.º n.º 4 o legislador procure proteger o credor de tal modo que, em última instância, prejudica a recuperação do devedor.

O art.63.º do antigo CPEREF distinguia os credores que tivesse expressamente consentido com a aprovação do plano de insolvência que alterava os moldes dos seus créditos e aqueles que o rejeitaram. Após críticas na doutrina, no sentido de que o art.63.º desprotegia os credores, impossibilitando-os de executar os seus garantes, o novo CIRE alterou o preceito para a atual redação do art.217.º n.º 4, onde essa distinção já não figura.

Hoje, qualquer alteração nas dívidas do devedor, não influencia a possibilidade de o credor afetado poder executar o seu garante na medida do acordado no contrato de garantia. Contudo, em via de regresso, o mesmo garante que pagou na totalidade e prontamente ao credor da insolvência, apenas conseguirá reaver do devedor nos termos do estipulado no plano de recuperação.

Concentrou esta dissertação o seu esforço na proteção dos avalistas de créditos modificados em plano de insolvência. Um avalista é um garante pessoal, que cauciona, com o seu património, a dívida de outrem. Goza de autonomia em relação à obrigação principal, contudo tem uma parcela de acessoriedade em relação a esta, uma vez que a obrigação garantida tem, necessariamente de ter como base uma outra obrigação (a principal), pelo que a nível formal está dependente da obrigação principal entre credor e devedor.

Sendo o aval uma obrigação solidária, o credor pode optar por executar o devedor insolvente ou garante, contudo, executando o garante no âmbito de um plano de insolvência, este, que se vinculou a uma obrigação com determinados moldes, e que não tem possibilidade de participar nas negociações do plano que levaram à modificação do

crédito que garante, vê-se prejudicado quando pretende reaver do devedor aquilo que pagou.

É particularmente gravosa esta solução legislativa quando o avalista é também sócio gerente da sociedade que se encontra insolvente, e se pretende recuperar. Tratando-se de uma sociedade de responsabilidade limitada, os sócios esperam não ter de responder com o seu património pelas dívidas da sociedade, contudo, ao prestarem o seu aval perante um Banco e encontrando-se a sociedade na situação prevista no art.217.º n.º 4, estes mesmos sócios poderão acabar por ser os principais responsáveis pela recuperação da sociedade.

Foi observado em todos os acórdãos analisados, e que perfazem o sentido da maioria da jurisprudência portuguesa, que o aval é revestido de autonomia, pelo que as vicissitudes que ocorram nas obrigações por si abrangidas – que são distintas no seu âmbito e nos seus sujeitos – não se influenciam mutuamente. Desta feita, o credor é livre de acionar o avalista, em alternativa ao devedor principal, de modo a satisfazer o seu crédito.

Assim, os Tribunais têm feito uma interpretação correta do art.217.º n.º 4, uma vez que da sua atual redação se retira que este pretende aplicar-se a qualquer tipo de providências que venham a ser inseridas no plano de insolvência. Os Autores em concordância com a alteração legislativa que levou ao atual art.217.º n.º 4 argumentam que sem esta norma o credor poderia desinteressar-se pela aprovação de planos de recuperação por saber que daí resultaria uma perda da sua garantia.

Não obstante, deveriam os mesmos Tribunais pronunciar-se quanto à justiça da norma e ao sucesso da sua aplicação. De facto, a letra do atual art.217.º n.º 4 do CIRE e do regime do aval previsto na LULL, não permitem interpretações distintas das que têm sido feitas, no entanto a solução atingida não é, com certeza, aquela que o legislador pretendeu ao alterar o n.º 4 do art.217.º no DL 79/2017¹⁰⁸ já que, como se expôs, continuam a existir constrangimentos à recuperação do insolvente.

¹⁰⁸ Tal como expresso na respetiva Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, p.1 “promoção da recuperação, privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial” e no corpo do próprio Decreto-Lei n.º 79/2017, onde se lê “o Programa do XXI Governo Constitucional assumiu, entre os seus objetivos essenciais, para o relançamento da economia portuguesa e para a criação de emprego, a redução do elevado nível de endividamento e a melhoria de condições para o investimento das empresas, nomeadamente através da eliminação ou mitigação dos constrangimentos com que estas atualmente se deparam no acesso ao financiamento por capitais próprios ou alheios”.

Aplicando a solução do direito espanhol ao nosso ordenamento jurídico, os credores mantêm os seus avales e restantes garantias pessoais, ou seja, continuam a ter dois patrimónios disponíveis para garantir o seu crédito, contudo, com a aprovação de um plano de insolvência que altere os moldes iniciais do seu crédito, a possibilidade de executarem o garante, que não interveio nas negociações de tal plano, fica suspensa até que o mesmo seja cumprido.

A responsabilidade é solidária, o credor é livre de exigir a prestação tanto ao devedor como ao garante. Tendo optado por aprovar o plano – o que se presume por uma percentagem de, pelo menos, 51% dos credores terem dado o seu consentimento – acordou com o devedor em reestruturar a sua dívida, pelo que, só findo o processo de insolvência ou ocorrendo um incumprimento do plano de insolvência, é que terá legitimidade para executar o seu garante. Até lá ficam suspensas as execuções.

Em alternativa, seria igualmente de equacionar a hipótese do avalista, e demais terceiros garantes, participarem quer nas negociações do plano de recuperação, quer na assembleia de credores que o aprova, conferindo-lhes direito de voto. Nesta segunda solução, teríamos um garante informado e com oportunidade de participar nas negociações de um plano que potencialmente o afete, podendo pronunciar-se quanto ao seu destino no plano de insolvência.

9. Bibliografia

- ANTUNES, José Engrácia - *Os Títulos de Crédito: uma Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- ASCENSÃO, Oliveira - *Direito Comercial*. Volume III. Lisboa: AAFDL, 1992
- CORDEIRO, António Menezes - *Manual de Direito Comercial*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2007
- CUNHA, Carolina - *Aval e Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2018
- CUNHA, Carolina - A Garantia Cambiária do Aval. In http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Direito_Garantias.pdf
- CUNHA, Paulo Olavo - Providências Específicas do Plano de Recuperação de Sociedades. In *I Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2013
- DUARTE, Rui Pinto - A Fraude à Lei – alguns apontamentos. In *Revista de Direito Comercial*. 2020
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019
- FERNANDES, Luís A. Carvalho; LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Juris, 2015
- FERNANDES, Luís A. Carvalho; LABAREDA, João - *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência – Anotado*. 3ª Edição: Quid Juris, 2000
- FUENTES, Jesús Conde - El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo: Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial. In *Revista de Derecho Civil*. Vol. I. N.º 2, abril/junho 2014. In <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- GOMES, Januário da Costa - Sobre os Poderes dos Credores Contra os Fiadores no Âmbito de Aplicação do CIRE. Breves Notas. In *III Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2015
- GOMES, M. Januário da Costa - *Assunção Fidujossória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*. Coimbra: Almedina, 2000
- GONZALEZ, Raul - Assembleia de Credores e o Plano de Insolvência. In http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Insolvencia_Revitalizacao.pdf
- LOUSA, Nuno Ferreira - Os Créditos Garantidos e a Posição dos Garantes nos Processos Recuperatórios de Empresas. In *Revista de Direito da Insolvência* n.º 0. Coimbra: Almedina, 2016

- MALAQUIAS, Pedro Ferreira; MOURA, Manuel Barbosa - A qualidade de sócio/acionista em sede de suprimentos: os indícios materiais. In *Atualidad Jurídica Uría Menéndez*. N° 43-2016/136-142. In https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5104/documento/foro_pt03.pdf?id=6765
- MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2015
- MARTINS, Alexandre Soveral - Alterações ao CIRE. In https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/20699/1/alteracoes_CIRE.pdf
- MARTINS, Alexandre Soveral - *Títulos de Crédito e Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2008
- MONTEIRO, Nuno Líbano; MATOS, Francisco da Cunha - A Preponderância da Reestruturação das Empresas no “novo normal”. In *Vida Judiciária*. N.º 215. julho/agosto 2020
- PIDWELL, Pedro - *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- PINTO, Rui - A Execução do Aval - algumas notas com ilustração jurisprudencial. In *Julgar Online*. Junho 2019. In <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/06/20190612-ARTIGO-JULGAR-Execução-do-aval-Rui-Pinto.pdf>
- RODRIGUES, Gabriela Cunha; GEMAS, Laurinda; PAZ, Margarida - O Processo de Insolvência – Prontuário de Decisões Judiciais e Peças Processuais do Ministério Público. Volume II. In *Caderno Especial*. Julho 2016. In http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/e_book_insolvencia_VolII.pdf
- SERRA, Catarina - *O Novo Regime Português da Insolvência*. 4ª Edição. Coimbra: Almedina, 2010
- SERRA, Catarina - Nótula Sobre o Art.217.º n.º 4 do CIRE (o direito do credor agir contra o avalista no contexto de plano de insolvência). In *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Volume I. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011

- SERRA, Catarina - Entre o Princípio e os Princípios da Recuperação da Empresa (um work in progress). In *II Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2014
- SERRA, Catarina - Efeitos Patrimoniais da Declaração de Insolvência Após a Alteração da Lei nº16/2012 ao Código da Insolvência. In *Julgar*. Nº18, 2012.
- SERRA, Catarina - *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito: o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2019
- SERRA, Catarina - O Direito da Insolvência e da Recuperação da Empresa em Tempos de Emergência: a Justa Medida. In *Congresso de Direito Comercial*. 2020
- SERRA, Catarina - O Processo Extraordinário de Revitalização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020. In *Revista de Direito Comercial*. 2020
- SENDIN, Paulo - *Letra de Câmbio – L.U. de Genebra – Obrigações Cambiárias*. Vol. II. Coimbra: Almedina, Universidade Católica Portuguesa
- SILVA, Fátima Reis - Paralelismos e Diferenças entre o PER e o Processo de Insolvência – o Plano de Recuperação. In *Revista de Direito da Insolvência*. N.º 0.
- SUBTIL, António Raposo - Extinguir ou Repristinar Estruturas Societárias num Ambiente de Insolvência? In *Vida Judiciária*. Nº 215. julho/agosto 2020
- VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de - *Direito Comercial – Parte geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2012
- VASCONCELOS, Pedro Pais de - Aval, Informação e Responsabilidade. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2010. In http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_STJ_CSI.pdf
- VASCONCELOS, Miguel Pestana de - O Passivo Manifestamente Superior ao Ativo como Fundamento da Declaração de Insolvência. In *Congresso de Direito Comercial*. 2020
- VASCONCELOS, Miguel Pestana de - *Direito das Garantias*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2019
- VEGAS, Fernando Azofra; RIVARÉS, Juan Antonio Pérez - La Esperada Reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinaciación. In *La Ley*. Nº7161. 2009. In <https://www.uria.com/pt/publicaciones/2175-la-esperada-reforma-de-la-ley-concursal-un-nuevo-marco-juridico-para-las-operac&search=insolvência>