

Tribunal da Relação de Coimbra
Processo nº 808/14.0TBCVL-A.C1

Relator: MANUEL CAPELO

Sessão: 01 Dezembro 2015

Votação: DECISÃO SUMÁRIA

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA

AVAL

AVALISTA

RELAÇÃO

SUJEITOS CARTULARES

PLANO DE REVITALIZAÇÃO

SOCIEDADE SUBSCRITORA DA RELAÇÃO CARTULAR

INVOCAÇÃO PELO AVALISTA EM EXECUÇÃO

Sumário

I - O aval é uma garantia prestada à obrigação cartular do avalizado.

II - O avalista não é sujeito da relação jurídica existente entre o portador e o subscritor da livrança, mas apenas da relação subjacente à obrigação cambiária estabelecida entre ele e o avalizado.

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

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

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

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

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

Texto Integral

Face à simplicidade da questão e atento o que dispõe o art. 656 do Código de Processo Civil, passa-se a conhecer do recurso através de decisão singular.

Relatório

No Tribunal da Comarca de Castelo Branco - Instância Local Cível da Covilhã - J1, o executado R... deduziu oposição à execução contra si movida pelo Banco P..., SA, invocando que interveio como avalista no mútuo celebrado entre o exequente e a sociedade R..., S.A., no âmbito do qual foi entregue ao exequente a livrança dada à execução como título executivo; em 21.12.2013, a sociedade R..., S.A. requereu, no Tribunal Judicial da Covilhã, um processo especial de revitalização, com o intuito de encetar negociações com os seus credores conducentes à sua revitalização económica e financeira, processo no âmbito do qual foi aprovado pelos credores um plano especial de revitalização, com vista à recuperação e viabilidade económica daquela, plano esse que contou com o voto favorável do exequente; no âmbito do plano especial de revitalização foi acordado que os créditos referentes a Bancos e outras Instituições Financeiras, onde se inclui o crédito do exequente, serão acordados nos seguintes termos:

«Período de carência de capital de 24 meses contados a partir da data da decisão de homologação do presente plano de Revitalização;

- Primeira prestação de capital 27 (24+3) meses após a data da decisão de homologação do presente plano de Revitalização (prestações postecipadas trimestrais de capital);
- Primeira prestação de juros 6 meses após a data da decisão de homologação do presente plano de Revitalização Amortização dos montantes reconhecidos por um período de 10 anos, com amortizações variáveis trimestrais postecipadas Valor residual (Bullet) equivalente a 30% da total da dívida reconhecida;

- Possibilidade de renegociar o valor residual a partir do último ano de amortização da dívida reconhecida;
- Foi considerado o vencimento de juros, em função de uma taxa de juro variável, calculada através das taxas forward da Euribor a 3M e um spread de 3,5»; a sociedade R..., S.A. e o exequente acordaram ainda que as garantias anteriormente prestadas pela empresa e por terceiros manter-se-ão como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes do presente Plano; o plano de recuperação foi homologado por sentença datada de 06.10.2014.; ao instaurar a presente execução contra o executado, o exequente violou o pacto de preenchimento da livrança, na medida em que ficou apenas autorizado a preencher a mesma pelo valor da dívida em caso de incumprimento da sociedade o que não se verifica; o preenchimento da livrança em branco com violação do pacto de preenchimento constitui preenchimento abusivo, gerando a nulidade da livrança e, em consequência, a inexecutabilidade do título executivo; ainda que assim não se entenda, o procedimento do exequente constitui abuso de direito, pois que, ao votar favoravelmente um plano que prevê expressamente a alteração do prazo de pagamento da dívida e a manutenção das garantias prestadas, o exequente criou a legítima expectativa, quer da sociedade, quer do executado, de que não iria exigir o pagamento antecipado do financiamento.

O exequente deduziu contestação invocando que a obrigação do avalista é uma obrigação materialmente autónoma, ainda que formalmente dependente da obrigação do avalizado, sendo que a obrigação do avalista vive e subsiste independentemente da obrigação do avalizado, razão pela qual o avalista não pode opor ao credor o pagamento da livrança, pese embora possa opor o preenchimento abusivo do título; a pendência do processo de insolvência e o plano de revitalização não constituem causa superveniente que torne inexigível a obrigação do avalista; não existe preenchimento abusivo da livrança, porquanto este pressupõe um preenchimento contrário a acordos realizados.

Considerando poder conhecer do mérito da causa no saneador o tribunal recorrido julgou a oposição à execução improcedente, por não provada, e, em consequência, decidiu absolver o exequente de tudo quanto contra si foi peticionado nestes autos.

Inconformado com esta decisão dela interpôs recurso o oponente concluindo que:

...

O recorrido Banco Popular Portugal SA apresentou contra alegações nas quais defende que seja conformada sem alteração a decisão recorrida.

Cumprido decidir.

Fundamentação

O tribunal recorrido considerou provada a seguinte matéria de facto:

... ..

Além de delimitado pelo objecto da acção; pelos eventuais casos julgados formados na instância recorrida e pela parte dispositiva da decisão impugnada que for desfavorável ao impugnante, o âmbito, subjectivo ou objectivo, do recurso pode ser limitado pelo próprio recorrente. Essa restrição pode ser realizada no requerimento de interposição ou nas conclusões da alegação (artº 635 nºs 2, 1ª parte, e 3 do CPC).

De harmonia com o despacho que admitiu o presente recurso ordinário de Apelação, por referência às conclusões nele expostas, o objecto deste remete, para a apreciação da validade e eficácia do Plano de Revitalização da executada, relativamente ao recorrente avalista e, ainda, para a configuração como abuso de direito da dedução de oposição por parte do exequente relativamente ao avalista quando esse mesmo exequente aprovou o plano de revitalização da avalizada.

Iniciando o estudo das questões enunciadas observamos que o ora recorrente interveio como avalista no mútuo celebrado entre o exequente e a sociedade R..., S.A., no âmbito do qual foi entregue ao exequente a livrança dada à execução como título executivo sendo que mais tarde, em 21.12.2013 esta sociedade requereu a sua Revitalização através de processo em tribunal, tendo sido aprovado um plano com vista à sua recuperação e viabilidade, que contou com o voto favorável do exequente.

Como refere Pedro Pais de Vasconcelos^[1] “O aval é o negócio cambiário unilateral e abstracto que tem por conteúdo uma promessa de pagar e por função a garantia desse pagamento. O aval pode ser prestado por um terceiro ou por um signatário da letra, art. 30.º/2 LULL e tem de ser prestado a favor de um dos obrigados”.

Na previsão do normativo contido no art. 30 citado o avalista é sempre um terceiro, o qual pode, ou não ser interveniente na relação causal que serviu de base à emissão do título. Porém, esta eventual intervenção não significa que o avalista seja sujeito da relação jurídica existente entre o portador imediato e o subscritor da livrança, mas apenas o é da relação subjacente à obrigação cambiária estabelecida entre ele e o seu avalizado.

Esta distinção parece-nos importante porquanto nela se centra um dos argumentos do recorrente que pretendia que, como avalista, fosse considerado como interveniente no próprio mútuo que constitui a relação subjacente entre mutuante Banco P.. e a mutuária R..., SA (subscritor da livrança), se bem que, como advertimos, em verdade, ele não pode ser considerado sujeito dessa relação jurídica de mútuo. Aliás para certificar esta distinção basta observar que com o seu aval ele não se torna sujeito dos direitos e das obrigações desse mútuo mas sim das que decorrem do contrato que ele mesmo firma, aí sim como sujeito, e que é o do aval[2]-[3].

O carácter autónomo das obrigações do avalista relativo à obrigação subjacente estabelecida entre o credor e o devedor por força de determinado negócio jurídico, não significa que a obrigação do avalista, em termos de extensão e conteúdo, não tenha que ser aferida pela do avalizado. Contudo, o que se afirma é que a obrigação do avalista, ainda que com essa relação referente à obrigação do devedor, vive e subsiste independentemente da obrigação do avalizado, mantendo-se mesmo que seja nula a obrigação garantida, salvo se a nulidade desta provier de um vício de forma (art. 32 da LULL)[4].

É neste sentido definidor que o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2013[5], ao discorrer sobre a figura, refere que o aval se consubstancia como *“um acto pelo qual uma pessoa que não está obrigada por qualquer razão a pagar uma letra (ou outro título de crédito) aceita fazê-lo para garantir a responsabilidade de um dos obrigados, sacador, subscritor ou endossante. Parece, por outro lado, acertado conceber esta figura como um acto unilateral (de vontade não receptício) conferido por escrito na letra, ou em folha anexa a ela, vinculado a uma obrigação cartular formalmente válida, que converte quem a outorga, em responsável cambiário no pagamento do documento.”*

Tendo por referência tais considerações, o avalista não pode valer-se das excepções pessoais do avalizado (contrariamente ao que sucede com o fiador), nem pode valer-se da renovação ou da prorrogação do contrato que integra o negócio subjacente para se desobrigar da sua obrigação.

De facto, diferentemente, na fiança, como garantia pessoal da obrigação estabelecida no C.C. (art. 627 n.º1) como o acordo pelo qual o fiador garante a outrem a satisfação do seu crédito sobre uma terceira, surge logo aqui uma particularidade de génese qual é a de se tratar de um contrato estritamente celebrado entre o devedor e o credor podendo inclusivamente verificar-se sem conhecimento do devedor ou contra a sua vontade (art. 628 n.º2 CC)[6].

Diferente também do aval, uma das principais características da fiança é a sua acessoriedade (art. 627 n.º2) assim se explicando que a fiança não seja válida se o não for a obrigação principal (art. 623 n.º1); que deva seguir a forma da obrigação principal (art. 628 n.º1); que o âmbito da fiança seja limitado pelo âmbito da obrigação principal (art. 631 n.º1); que o devedor se não libere pelo facto de alguém celebrar com o credor contrato de fiança em relação ao seu débito; que a fiança se extinga com a extinção da obrigação principal (art. 651)[7].

Da acessoriedade enunciada resulta que o fiador possa opor ao credor os meios de defesa do devedor mas, também os meios que lhe são próprios entre os quais pode figurar o benefício da excussão prévia pelo qual pode recusar o cumprimento da obrigação garantida enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do crédito (art. 638 n.º1)[8].

A verificação da natureza jurídica do aval importa como conclusão a de que a posição do avalista não se confunde com a do avalizado e, também, que relativamente à relação jurídica subjacente, v.g. consubstanciada no mútuo, esse mesmo avalista não seja havido como parte dessa relação.

Precisamente fundado nestas conclusões é que se firmou o entendimento de que a aprovação e homologação do plano de insolvência não produz efeitos na obrigação do avalista que continua obrigado ao pagamento da dívida cartular, nos precisos termos em que se vinculou quando após o seu aval no título de crédito, não podendo invocar a seu favor a moratória e/ou o parcial perdão da dívida ali concedido pelos credores ao insolvente, seu avalizado. E isto diferentemente do ocorria antes da aprovação do actual Código de Insolvência, porquanto no âmbito do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (revogado pelo CIRE) se previa que, quando tivessem votado favoravelmente ou aceitassem alguma providência de recuperação, os credores ficavam afectados nos seus direitos contra os co-obrigados e os garantidos «na medida da extinção ou modificação dos respectivos créditos», com a aprovação (art. 63.º CPEREF).

Numa brevíssima alusão aos regimes referidos, consabidamente, o CIRE suprimiu a dicotomia recuperação/falência em que assentava o direito anterior e construiu o processo de insolvência como um processo de liquidação: o único instrumento a que podia assinalar-se uma finalidade de recuperação da empresa insolvente era o representado pelo plano de insolvência (artºs 1 nº 1 e 195 nº 2 b). de forma que a recuperação foi reduzida a simples condição de finalidade possível do processo de insolvência: nitidamente - numa visão notoriamente liberal - privilegiou-se os interesses de ordem económicos dos credores, com prevalência de mecanismos próprios de regulação de mercado - subalternizando interesses públicos tão eminentes como os da expansão da economia e a estabilidade de emprego.

Todavia, uma das obrigações a que o Estado Português se vinculou no quadro do programa de auxílio ou assistência financeira que concluiu com Banco Central Europeu (BCE), O Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Comissão Europeia (CE) foi a de alterar o Código de Insolvência, a fim de facilitar o resgate efectivo de empresas viáveis e apoiar a reabilitação de indivíduos financeiramente responsáveis.

É neste contexto que é instituído - através da Lei nº 16/2012, de 20 de Abril, que modificou, pela sexta vez o CIRE - o processo especial de revitalização (PER).

De forma deliberadamente simplificadora pode dizer-se que o PER é um processo pré-insolvencial que tem por vantagem mais proeminente a possibilidade de o devedor - qualquer devedor e não apenas o devedor que seja uma empresa - obter um acordo de recuperação, sem que seja declarado insolvente. A particularidade relevante do PER é a probabilidade da homologação do plano de recuperação, desde que aprovado por uma maioria qualificada, o tornar vinculativo para todos os credores, mesmo aqueles que não hajam participado nas negociações (artº 212 nº 1, ex-vi artº 17-F nº 6 do CIRE). Ao plano de recuperação são aplicáveis, por extensão de regime, com as necessárias adaptações, no tocante tanto às maiorias exigíveis para a sua aprovação como aos fundamentos da recusa da sua homologação, as regras dispostas na lei para o plano de insolvência (artºs 212 nº 1, 215 e 216, ex-vi artº 17-F, nºs 3 e 5, do CIRE).

Adjectivamente - e sem qualquer preocupação de exaustão - bem pode dizer-se que o PER se caracteriza por um núcleo particularmente relevante do processo - as negociações entre o devedor e os credores - lhe ser exterior (artºs 17-D nºs 1, 5 a 9 do CIRE).

Ora, como se faz nota na sentença recorrida, a situação descrita nos presentes autos não é a de nos confrontarmos com a aprovação de um plano de insolvência. Porém, no domínio do processo de revitalização o 17.º-F, do CIRE, relativo à homologação do plano de recuperação em processo especial de revitalização, mandar aplicar, com as necessárias adaptações, as regras na matéria vigentes quanto ao plano de insolvência previstas no título IX, em especial o disposto nos artigos 215.º e 216. No entanto, a objecção do apelante, se bem a entendemos, não é a de não ser aplicável ao plano de aprovação de revitalização as regras da aprovação do plano de insolvência, mas antes que esse plano de revitalização ao ser aprovado cria, relativamente ao mútuo, uma nova situação que não é de incumprimento, razão pela qual a livrança caução não podia ter ser preenchida, precisamente por não haver incumprimento.

Mais concretamente, e agora numa visão explicada, estando o mútuo em incumprimento quando foi requerida a revitalização pela mutuária, entende o recorrente que com a aprovação do plano, criando-se uma nova e alterada possibilidade de pagamento desse crédito (do mútuo), deixou de existir o incumprimento que existia e, como tal, teria terminado a possibilidade de o exequente preencher a livrança caução, que só em caso de incumprimento poderia ser preenchida.

Julgamos que esta lógica declina quando temos presente que nos termos do art. 218 do CIRE, salvo disposição expressa do plano de insolvência em sentido diverso, a moratória ou o perdão previstos no plano ficam sem efeito quando ocorrem as situações previstas nas suas alíneas e que, quando tal acontece os créditos que podem ser reclamados pelos credores, por exemplo em processo de execução, serão os créditos desconsiderando o perdão e a moratória, se existirem. Por outro lado, em caso de insolvência do devedor, em face do incumprimento do plano de recuperação, os créditos que serão reconhecidos aos credores no processo de insolvência serão os créditos desconsiderando o perdão e a moratória, se existirem.

Assim, advertindo que não existe no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, um regime específico para as situações de incumprimento do plano de recuperação, aprovado e homologado no âmbito de um processo especial de revitalização, cremos no entanto que, também aqui, é razoável afirmar que o regime previsto para o incumprimento do plano de insolvência deve ser aplicado ao plano de recuperação aprovado e homologado no contexto de um processo especial de revitalização.

Na consequência destas conclusões extraímos que, afinal, mesmo quando o crédito é objecto de alteração num plano de revitalização, tal não significa a sua extinção enquanto tal, mas simplesmente que para efeitos desse plano o mesmo possa ser objecto de novas condições, v.g de juros, de prazo e forma de pagamento ou outras, sempre na previsão de que, se houver incumprimento, então, o crédito toma a sua forma primitiva sem que se possa protestar que com a homologação do plano sofreu uma alteração irrevogável.

E se assim é, como o cremos, verificamos que o avalista de crédito constante num plano de revitalização homologado não pode argumentar que o crédito que avalizou desapareceu e deixou, por essa razão, de estar em incumprimento porque o crédito homologado é inteiramente novo, com novas datas de vencimento, nova taxa de juro ou, inclusivé, com novo montante. É que de facto tal não sucede pela predita razão de que, em caso de incumprimento do plano, os créditos retomam a sua forma original, sendo o acordo dos credores dirigido de forma exclusiva e excepcional à criação de uma janela de possibilidade de o devedor solver os seus créditos com os incentivos acordados no plano, mas de forma condicional, no sentido de que tais incentivos apenas existem se e enquanto houver cumprimento do acordado plano.

Protesta o apelante que no acordo de revitalização se fez menção expressa a que *“As garantias anteriormente prestadas pela Empresa e por Terceiros manter-se-ão como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes do presente Plano.»* e que tal só pode significar que dessas garantias faz parte também a livrança em branco avalizada pelo ora executado e que serve de título executivo nos presentes autos, o que impede o seu preenchimento pela exequente.

Neste inciso, entendemos que a forma tabelar utilizada no plano de revitalização quanto às garantias prestadas pela revitalizada e por terceiros não pode de forma alguma alterar, nem altera, a natureza legal das garantias aludidas de forma a que, por exemplo, um aval deixe de ter as características que lhe foram inicialmente apontadas, nomeadamente a da sua independência da obrigação do avalizado, e que lhe permite manter-se mesmo que seja nula a obrigação garantida.

Recuperando a cronologia dos actos, temos que na origem do processo de revitalização está a evidência do incumprimento da sociedade avalizada das suas obrigações, entre as quais aquela de que o apelante era avalista, o que

nos termos contratados permitia à exequente a subscrição da livrança, e isto porque a condição desse preenchimento era o incumprimento.

Tendo por inquestionável este incumprimento do contrato de mútuo celebrado, dele decorre, uma vez mais o repetimos, a ocorrência que permitia o preenchimento da livrança. Neste sentido, em consequência, o recorrente como avalista pode ser demandado (como o foi) enquanto que o crédito que ele avalizou pode ser objecto de plano de revitalização, com as modificações que aí sejam acordadas pelos credores da mutuária.

Em resumo, o que professamos quanto à declaração inserta no plano de revitalização, segundo a qual garantias anteriormente prestadas pela empresa e por terceiros se mantinham como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes desse mesmo plano, é que essa expressão geral e genérica não possui a capacidade de transformar o avalista da “obrigação incumprida” em avalista da “obrigação revitalizada” e menos ainda o converte em fiador das obrigações decorrentes do plano, porque tal é impedido pelas características especiais do aval.

Como já se referiu em ac. do STJ^[9], a propósito do plano de insolvência mas que aqui tem inteiro cabimento, *“é de concluir que a aprovação do plano de insolvência da sociedade subscriitora da livrança [...], onde passou a existir uma moratória para o cumprimento das suas obrigações, quanto ao pagamento dos seus débitos, não é invocável pelos respectivos avalistas, ora recorrentes, contra quem o Banco portador da mesma livrança instaurou a presente execução para obter o seu pagamento.*

Na verdade, o plano de insolvência é constituído por um conjunto de medidas que só se aplicam à sociedade insolvente.

Ao votar a favor de tal plano, o credor fá-lo apenas por se tratar de medidas aplicáveis a uma sociedade que está numa particular situação de impossibilidade de cumprir as suas obrigações para com os credores.

Não seria razoável que o credor ficasse inibido de accionar os respectivos avalistas, que não são insolventes, nem se encontram impossibilitados de cumprir as obrigações que livremente assumiram, face à autonomia da obrigação do aval que prestaram.

Com efeito, o credor do insolvente, ao votar favoravelmente um plano de insolvência, fá-lo apenas em relação ao insolvente.

Os garantes estão fora do âmbito da insolvência e do que nesta se delibera.”. E estão fora do âmbito da insolvência, acrescentamos nós[10], mesmo que exista em tal plano a alusão a que as garantias anteriormente prestadas pela revitalizada e por terceiros se mantêm como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes do plano, nos casos em que as características dessas garantias não sejam acessórias dos créditos mas sim autónomas deles, como acontece no aval, e não tenha havido por parte do avalista e do credor expressa declaração de que o aval se extingue quanto à obrigação original, e/ou passa a garantir exclusivamente a obrigação revitalizada.

Neste sentido recordamos o anteriormente expresso quando sublinhámos que o acordo dos credores no plano de revitalização não é uma negociação realizada no âmbito do art. 406 nº1 do CCivil, tendente a modificar ou extinguir por mútuo consenso contrato antes realizado mas é antes, se assim o podemos afirmar, um intervalo nesse/s contrato/s, resultante de um acordo de vontades, exclusivamente dos credores, tendente a permitir que o devedor, num período de tempo também acordado por aqueles, se exonere das suas obrigações já em estado de incumprimento, através do adimplemento em condições mais vantajosas, mas sem que por isso os créditos originais de cada um dos credores desapareça até que o acordado no plano seja satisfeito.

Esta diferença entre a alteração do crédito por força do art. 406 nº1 do CCivil e o cumprimento das obrigações resultantes de plano de revitalização (ou de insolvência) é importante para que se perceba a impossibilidade de o avalista sustentar que o crédito que avalizou deixou de existir por força da aprovação de plano de revitalização por parte do credor, ou que, mais ainda, o seu aval se extinguiu ou passou a avalizar os créditos que resultem daquele plano.

Em resumo, entendendo que a aprovação e homologação do plano de insolvência/ plano de revitalização não produz efeitos na obrigação do avalista que continua obrigado ao pagamento da dívida cartular, nos precisos termos em que se vinculou quando apôs o seu aval no título de crédito, não podendo invocar a seu favor a moratória e/ou o parcial perdão da dívida ali concedido pelos credores ao insolvente, seu avalizado, improcedem nesta parte as conclusões de recurso do apelante quanto protestava não existir incumprimento da obrigação avalizada que permitisse o preenchimento da livrança onde havia firmado o seu aval, ou que tivesse havido preenchimento abusivo do título de crédito.

Pelo exposto, e por antecipação, diga-se em consequência que devem improceder também as restantes conclusões de recurso nas quais o apelante

defendia a existência de abuso de direito por parte do exequente ao ter preenchido a livrança quando, também, aprovou o plano de revitalização no qual se continha a cláusula de que *“As garantias anteriormente prestadas pela Empresa e por Terceiros manter-se-ão como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes do presente Plano.»*

O abuso do direito - que é de conhecimento officioso [\[11\]](#): \Data\fa00140\Desktop\Jurisprudência\Câvel\3â”-Á- Sec\Dr. Henrique Antunes\Recurso de Apelaão”o nã”-â•’ 84_14_4.docx - _ftn41 - deve ser usado sempre que necessário. O que não deve é ser banalizado, exigindo-se sempre uma ponderação cuidadosa dos seus requisitos e, portanto, a correcção, no caso concreto, da sua intervenção, sobretudo quando esta conduza a uma solução contrária à lei estrita [\[12\]](#).

De outro aspecto, o abuso do direito, exprimindo um nível último e irrecusável de funcionalização dos direitos à realização dos interesses que justificam o seu reconhecimento - e o afinamento ético do Direito moderno - é um instituto de carácter poliédrico e multifacetado como logo se depreende a partir da tipologia dos actos abusivos que se incluem na categoria e com os quais se procura densificar a indeterminação do conceito correspondente.

Assim, é reconduzido ao abuso do direito, por exemplo, o venire contra factum proprium, quer dizer, a proibição do comportamento contraditório [\[13\]](#): \Data\fa00140\Desktop\Jurisprudência\Câvel\3â”-Á- Sec\Dr. Henrique Antunes\Recurso de Apelaão”o nã”-â•’ 84_14_4.docx - _ftn43, embora não falta quem o situe na tutela da confiança - formulando como requisitos para a proibição do comportamento contraditório a existência de uma situação objectiva de confiança, o investimento de confiança do lado da pessoa a proteger e a imputabilidade ao agente daquela situação [\[14\]](#) - ou o análise no quadro das regulações típicas de comportamentos abusivos [\[15\]](#). Neste último enquadramento, a locução venire contra factum proprium traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Reclama, portanto, dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo - o primeiro - o factum proprium - é contrariado pelo segundo [\[16\]](#). Trata-se de tutelar uma situação de confiança, enquanto factor material da boa fé [\[17\]](#).

Deste modo, há venire contra factum proprium, por exemplo, quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifesta a intenção de não praticar determinado acto e, depois, pratica-o, violando a confiança da contraparte de que isso não ocorreria.

Como se escreve com inteira propriedade em acórdão recente desta Relação e secção[18]: “(...) por exemplo, uma pessoa que manifeste, por qualquer modo, a intenção de não exercer um direito potestativo ou um simples direito subjectivo, mas que acaba por exercê-lo, actua contra facta propria. O exercício do direito, nestas condições, é inadmissível. Haveria abuso do direito (artº 344 do Código Civil)[19].

Na jurisprudência, a proibição do venire é também reconduzida ao abuso de direito. Faz-se notar, aliás, que dentro da boa fé em sentido objectivo, o instituto com que com mais frequência se depara na jurisprudência é o venire contra factum proprium[20]: [\Data\fa00140\Desktop\Jurisprudência\Câ;vel\3â”-Â- Sec\Dr. Henrique Antunes\Recurso de Apelaâ”oã”o nã”-â•’ 84_14_4.docx - ftn49](#). Está nessas condições, por exemplo, a possibilidade de obstar à invocação de nulidade resultante de vício de forma, através do abuso de direito[21]: [\Data\fa00140\Desktop\Jurisprudência\Câ;vel\3â”-Â- Sec\Dr. Henrique Antunes\Recurso de Apelaâ”oã”o nã”-â•’ 84_14_4.docx - ftn50](#).

O venire contra factum proprium é um tipo não compreensivo de exercício inadmissível de direitos e, como tal, tem uma grande extensão.

Mas nem toda conduta contraditória do exercente lhe é redutível. Exige-se, para que essa redução seja possível, um investimento de confiança realizado pela contraparte contra quem o direito é exercido, fundado na expectativa, lícita ou legítima, de que tal exercício não ocorreria, uma qualquer situação de confiança que deva ser protegida contra o exercício do direito pela contraparte.

Assim, em primeiro lugar, reclama-se um comportamento anterior do exercente do direito que seja susceptível de fundar uma situação objectiva de confiança; exige-se, depois, a imputabilidade aquele, quer do comportamento anterior quer do comportamento actual; de seguida, há que verificar a necessidade e o merecimento do prejudicado com o comportamento contraditório; por último, há que averiguar a existência do investimento de confiança ou baseado na confiança, causado por uma confiança subjectiva, objectivamente justificada.

Note-se que a aplicação destes pressupostos, após a sua enumeração e verificação no caso concreto, não é automática: antes devem ser objecto de uma ponderação global, in concreto, para se aferir se existe uma exigência ético-jurídica de impedir a conduta contraditória, designadamente por não se

poder evitar ou remover de outra forma o prejuízo do confiante e - o que é mais - por a situação conflitar, exasperadamente, com as exigências de conduta de uma contraparte leal, correcta e honesta - com os ditames da boa fé em sentido objectivo.”

O principal efeito do venire é, naturalmente, o da inibição do exercício de poderes jurídicos ou de direitos, em contradição com o comportamento anterior e no caso em decisão impossibilitaria a execução contra o apelante. Porém, como notámos anteriormente, não cremos existir abuso de direito por parte do exequente.

O facto de o ora recorrido ter dado o seu voto favorável ao plano de revitalização não constituía minimamente motivo para a construção de uma expectativa por parte do recorrente no sentido de que ele mesmo, como avalista, só iria ser demandado se eventualmente esse plano de revitalização não fosse cumprido, e apenas quanto à obrigação do exequente como ficara ali, no plano, configurada.

Como vimos, desde logo fazia parte da natureza identitária da garantia que prestou (o aval), a possibilidade de ser demandado pelo credor ainda que o crédito avalizado pudesse vir a ser objecto de plano de revitalização ou de insolvência, sem se poder reclamar de beneficiário das condições que ali o crédito passar a ter. Por outro lado, esta ideia geral não sofre em nosso entender alteração, mesmo quando no plano de revitalização conste a declaração de que as garantias anteriormente prestadas pela revitalizada e por terceiros se mantêm como garantia do cumprimento das novas obrigações, uma vez mais porque as especiais características do aval não permitem considerar que o avalista seja desonerado da garantia que prestou pela mera declaração genérica desse teor.

Cremos que de forma muito simples se pode afirmar que o recorrente aceitou ser avalista da obrigação originária e que só a esta se mantêm reportado e não a nenhuma outra decorrente da alteração dessa, por força de qualquer plano de revitalização ou insolvência. A circunstância de não haver acessoriedade da obrigação do avalista sobre a que recai sobre a do avalizado, permite compreender e decidir que uma declaração como a realizada no plano quanto às garantias, apenas poderia, eventualmente [\[22\]](#), ser aplicada àquelas em que existisse essa acessoriedade pois só nessas se dispensaria uma nova declaração de vontade por parte do garante no sentido de ver a sua garantia acompanhar a transformação do crédito garantido porque a obrigação de garantia é sempre o decalque da garantida.

Assim, não aceitamos que o voto favorável do exequente ao plano de revitalização, onde contava a aludida cláusula genérica sobre as garantias, e sem que aquele tenha feito qualquer declaração no sentido de desonerar o recorrente do aval, possa ser tomado, sequer, como comportamento, mesmo que tácito, de desistir da garantia prestada pelo recorrente nos termos exactos em que ela fora prestada. E uma vez mais colhe aqui sentido a advertência de que a aprovação do plano pelos credores não significa nem tem implícita a extinção dos créditos originais, que podem ressurgir em caso de incumprimento do plano pelo devedor, por não estarmos no domínio da alteração dos contratos por mútuo consentimento prevista no art. 406 n.º1 do CCivil.

No histórico da situação em estudo, surpreende-se a declaração do exequente, comunicada ao avalista, no sentido de ir preencher a livrança e demandar o recorrente por força do aval relativamente ao crédito de mútuo celebrado com o devedor, não obstante estar em curso o procedimento de revitalização, ainda que sem plano aprovado, o que só veio a acontecer em Outubro de 2014.

Aliás, observe-se que o envio da carta pelo exequente ao avalista, ora apelante, onde lhe solicitava o pagamento da dívida ocorreu em Maio de 2014, pelo que tal só podia significar a intenção manifesta de que, independentemente da situação económica da sociedade mutuária e do seu incumprimento, a sua pretensão executiva se dirigiria directamente contra o avalista. E pelo contrário, mesmo havendo o avalista ora recorrente respondido no sentido de alertar para a existência do Processo de Revitalização, não existiu qualquer comportamento ou declaração dirigido directamente ao recorrente, na sequência desta resposta, de onde se possa extrair que o credor abriu mão da garantia/aval prestado e nos termos em que havia sido feito.

Julgamos também que não pode com razão argumentar-se que a circunstância de no contrato de mútuo se dizer que as condições de pagamento da dívida poderiam ser alteradas pelas partes (cfr. n.º 1, da cláusula 14ª, do contrato mútuo), abone a que se conclua que a aprovação do plano de revitalização se incluía na previsão dessa possível alteração da dívida uma vez que essa expressão, tão comumente inserida nos contratos, alude à possibilidade já antes mencionada, prevista no art. 406 n.º1 do CCivil, relativo à eficácia dos contratos, sem significar que a alteração decorrente do plano, aceite com voto favorável do credor, afastasse o avalista dos termos em que se havia obrigado

passando a tomar ele mesmo como crédito avalizado o resultante da aprovação.

Por tudo o exposto, entendemos que não se configura uma situação em que o exequente com o voto favorável ao plano tenha dado ao avalista motivo para fundar uma situação objectiva de confiança no sentido de que não iria ser accionado como executado pelo aval que prestou, porquanto a articulação desse voto, nos termos em que foi prestado, relativamente aos termos desse plano e, sobretudo, às características da obrigação assumida pelo recorrente avalista não autorizavam a existência justificável e juridicamente tutelada de um investimento de confiança.

E por estar razões improcede na totalidade o presente recurso.

Síntese conclusiva:

- O aval é uma garantia prestada à obrigação cartular do avalizado.
- O avalista não é sujeito da relação jurídica existente entre o portador e o subscritor da livrança, mas apenas da relação subjacente à obrigação cambiária estabelecida entre ele e o avalizado.
- A obrigação do avalista vive e subsiste independentemente da obrigação do avalizado, mantendo-se mesmo que seja nula a obrigação garantida, salvo se a nulidade provier de um vício de forma.
- A aprovação de um plano de revitalização, com moratória para pagamento da dívida, de que beneficie a sociedade subscritora da livrança, não é invocável pelos avalistas contra quem é instaurada a execução para seu pagamento.
- Esse plano de revitalização nem mesmo é invocável pelo avalista quando nele conste cláusula segundo a qual as garantias anteriormente prestadas pela empresa revitalizada e por terceiros se mantêm como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes do plano.
- A natureza jurídica do aval, com autonomia relativamente à obrigação do avalizado, opõe-se a que uma cláusula do plano de revitalização como a mencionada possa evitar que o avalista possa vir a ser demandado em execução.
- Esta mesma natureza do aval impede que possa considerar-se existir na propositura da execução abuso de direito na modalidade de venire contra

factum proprium, quando o exequente aprovou o plano de revitalização no qual constava uma cláusula sobre as garantias como a referida.

Decisão

Pelo exposto, decide-se julgar improcedente a Apelação e, em consequência, confirmar a decisão recorrida.

Custas pelo Apelante.

Coimbra, 1 de Dezembro de 2015.

Relator: Des. Manuel Capelo

[1] Pedro Pais de Vasconcelos, Direito Comercial, Títulos de Crédito, pág. 74

[2] Para Oliveira Ascensão o aval funciona como uma obrigação autónoma e não como garantia, dado que pelo aval o avalista contrai uma responsabilidade (jurídica) distinta da do avalizado, não estando, sequer, dependente da validade da obrigação garantida “nem mesmo da obrigação do afiançado” in “Direito Comercial - Títulos de Crédito”, Vol. III, AAFDL, 1962, págs. 165 a 175

[3] Cf. Ac do STJ de de 26.02.2013, relator: Conselheiro Azevedo Ramos, onde se escreve que “o avalista não é responsável ou não se obriga ao cumprimento da obrigação constituída pelo avalizado, mas tão-só ao pagamento da quantia titulada no título de crédito.”

[4] Cfr. neste sentido o Ac. do STJ de 01-07-2003 (Conselheiro Azevedo Ramos), in www.stj.pt em que se doutrinou “A obrigação do avalista é materialmente autónoma, ainda que formalmente dependente.”

[5] Publicado no DR, 1.ª Série, de 21.01.2013

[6] Vd. Menezes Cordeiro, Tratado de Dto Civil, II, tomo IV, p. 546.

[7] Vd. Menezes Cordeiro op.cit. p547 e Pires de Lima/Antunes Varela Código Civil Anotado I, p.643-644

[8] Sublinhe-se que nas obrigações comerciais não existe benefícios de excussão nos termos do art. 101 do Código Comercial.

[9] Acórdão de 26-02-2013, Relator: Cons^o Azevedo Ramos.

[10] É este também o entendimento já expresso no ac.RC de 01.07.2014, no proc. 1355/13.2TBLRA-A.C1 (in dgsi.pt), de que é relatora a Sr^a Desembargadora Sílvia Pires que faz parte do colectivo de que somos relatores.

[11] Cfr., v.g., Acs. do STJ de 22.11.94 e 25.11.99, CJ, STJ, II, III, pág. 157, e VII, III, pág. 124.

[12] António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral, cit., págs. 247 e 248.

[13] A proibição era já conhecida antes do actual Código Civil. Cfr. Manuel de Andrade, Algumas questões em matéria de injúrias graves como fundamento do divórcio, Coimbra, 1956, pág. 73 e Adriano Vaz Serra, Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil) BMJ nº 85, pág. 331.

[14] Baptista Machado, Tutela da confiança e venire contra factum proprium, Obra Dispersa, Braga, 1991, págs. 345 a 420.

[15] António Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, vol. II, cit., § 28.

[16] Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, vol. II, cit., pág. 742 e 745 e Baptista Machado, Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium, RLJ ano 118, págs. 9, 101, 169 e 227 e Acs. do STJ de 22.11.94, BMJ nº 441, pág. 305, de 04.10.79, BMJ nº 290, pág. 352, de 03.05.90, BMJ nº 397, pág. 454, de 03.10.91, BMJ nº 410, pág. 776, da RC de 03.12.91, CJ, V, pág. 79, da RL de 17.06.86, CJ, IV, 143 e da RC de 11.05.89, CJ 89, III, pág. 192 e de 18.11.93, CJ, V, pág. 219.

[17] Acs. da RP de 19.12.96, CJ, V, pág. 226, da RL de 29.11.94, CJ, V, pág. 50, da RP de 18.11.93, CJ, V, pág. 219, da RC de 3.12.91, CJ, V, pág. 79, e da RP de 15.05.90, CJ, III, pág. 194.

[18] Ac.R.C. 21-4-2015 no proc. 84/14.4TBACB-B.C1, in dgsi.pt

[19] Acs RP de 29.09.97, CJ, V, pág. 200 e do STJ de 3.05.90, BMJ nº 397, pág. 454. Para uma definição doutrinária de abuso de direito, cfr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Do Abuso de Direito, Almedina, Coimbra, 1983, pág. 43.

[20] Paulo Mota Pinto, "Sobre a proibição do comportamento contraditório (venire contra factum proprium)" no Direito Civil, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume comemorativo, Coimbra, 2003, págs. 294 e 295.

[21] Trata-se, aliás, de um domínio em que a invocação do venire é feita de forma intensiva. Cfr., v.g., Acs. da RE de 11.11.93, da RC de 16.01.90, da RL de 26.11.87, RP de 11.05.89 e de 29.9.97, CJ, V, pág. 283, I, pág. 87, V, pág. 128, III, pág. 192 e IV, 200, respectivamente. A solução não é inteiramente isenta de reparos. É que tratando-se de nulidade típica, esta além de arguível por qualquer das partes é de ofício cognoscível pelo tribunal (artº 289 do

Código Civil). Cfr. Menezes Cordeiro, Da Boa Fé, cit., vol. II, pág. 754 e Acs. da RL de 18.03.93 e de 02.02.95, CJ, II, pág. 111, e I, pág. 115, respectivamente.

[22] Há entendimento segundo o qual o plano de revitalização não é extensível às obrigações dos convedores nem dos garantes, nem por estes invocável, permanecendo as obrigações destes inalteradas - Ac. TRP, Proc. Nº 1527/13.0TBVNG-A.P1, de 16/09/2014.
