

MARGARIDA COSTA ANDRADE

DA ADMISSIBILIDADE DA ALIENAÇÃO EM GARANTIA NO DIREITO PORTUGUÊS



Tese de Doutoramento
em Direito, ramo de Direito Civil, orientada
pelo Senhor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu
apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra



GESTLEGAL

ÍNDICE GERAL

Prefácio.....	5
Modo de citar e outras informações.....	7
Abreviaturas.....	9
INTRODUÇÃO.....	11
1. O objecto de estudo.....	13
2. O plano de trabalho.....	18
PARTE I	
A ALIENAÇÃO EM GARANTIA — PERCURSO HISTÓRICO-COMPARATÍSTICO.....	23
§ 1. A <i>fiducia cum creditore</i>	25
§ 2. Da <i>fiducia cum creditore à Sicherungsübereignung</i>	50
2.1. O renascimento da alienação <i>fiduciária</i> em garantia no ordenamento jurídico alemão.....	50
2.2. Da <i>fiducia cum creditore à Sicherungstreuhand</i>	67
2.3. A <i>Sicherungsübereignung</i> nos seus traços essenciais.....	77
§ 3. A recepção da alienação <i>fiduciária</i> em garantia nos ordenamentos jurídicos causais.....	93
3.1. Introdução.....	93
3.2. A experiência italiana: da alienação <i>fiduciária</i> em garantia à alienação em garantia marçiana.....	102
a) Ferrara e a teoria clássica.....	102
b) Do repúdio do negócio <i>fiduciário</i> à venda em garantia de Cariota-Ferrara (ou do princípio da causa típica taxativa à elasticidade do tipo).....	108
c) O negócio <i>fiduciae causa</i> de Grasseti.....	114

<i>d)</i> A (des)construção de Pugliatti: inadmissibilidade da alienação fiduciária em garantia e da venda em garantia por defraudarem a proibição do pacto comissório.....	119
<i>e)</i> Da venda em garantia às alienações em garantia comissória e marçiana — a intervenção de Bianca	124
<i>f)</i> (cont.) — A reacção da doutrina e da jurisprudência.....	126
<i>g)</i> Três novos esquemas: garantias financeiras, <i>trust (in garanzia)</i> e <i>atto di destinazione</i>	135
3.3. A alienação em garantia à <i>la française</i>	153
<i>a)</i> Sintética narrativa histórica até à <i>Loi n.º 2007-211 du 1er février 2007 instituant la fiducie</i>	153
<i>b)</i> A <i>fiducie-sûreté</i> desde 2007 (mutações do regime jurídico e seus contornos fundamentais na actualidade)	168
3.4. Da propriedade formal à titularidade <i>fiduciária</i> — <i>a venta en garantía</i> do direito espanhol.....	214
<i>a)</i> A primeira e a segunda recepção do negócio fiduciário	214
<i>b)</i> A construção de De Castro (teoria da propriedade fiduciária) — sua recepção e estado actual da venda em garantia	226
<i>c)</i> <i>Acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad e fiducia de garantía</i>	241
 PARTE II	
DA ADMISSIBILIDADE DA ALIENAÇÃO EM GARANTIA NO DIREITO PORTUGUÊS.....	249
§ 4. Alienação em garantia e simulação (porque não pode aceitar-se a teoria da titularidade fiduciária).....	251
§ 5. Novamente sobre o objecto da investigação: alienação em garantia de coisas corpóreas segundo o modelo romanista	255
Capítulo I	
Primeiro passo: o negócio translativo	263
§ 6. O problema	263
§ 7. A transmissão da propriedade <i>solo consensu</i> , o princípio da causalidade e a taxatividade das causas translativas no direito português	265
7.1. Princípio da consensualidade	265
<i>a)</i> Noção e origem histórica	265
<i>b)</i> Duas utilidades que o princípio da consensualidade oferece à alienação em garantia	279
7.2. Princípio da causalidade.....	286
<i>a)</i> Princípio da causalidade <i>versus</i> princípio da abstracção	286

<i>b)</i> Princípio da causalidade e taxatividade causal dos negócios reais quanto aos efeitos	298
<i>aa)</i> A questão causal do Direito Romano até Domat e Pothier	301
<i>bb)</i> A invalidade da transmissão da propriedade por falta de causa (construção de Galicia Aizpurua)	314
<i>cc)</i> Inutilidade do conceito de causa para os actos dispositivos (Gorla) ...	319
<i>dd)</i> A teoria a função económico-social (Betti)	320
<i>ee)</i> No direito português.....	333
<i>c)</i> (Cont.) A ilicitude da venda em garantia por intrínseca contradição funcional — um desvio até à posição de Beleza dos Santos	343
<i>d)</i> (Cont.) A ilicitude da alienação em garantia por atipicidade causal — apreciação crítica da posição de Manuel de Andrade	349
<i>e)</i> A relevância da alienação fiduciária em garantia financeira para aferir da atipicidade da alienação em garantia (causa típica, contrato atípico?)	362
 Capítulo II	
Segundo passo: o princípio da taxatividade	374
§ 8. Identificação do problema e justificação da ordem	374
§ 9. O art. 1305.º do Código Civil: origens históricas e o conteúdo do direito de propriedade.....	379
§ 10. O art. 1305.º e o direito do credor	407
10.1. Proposta integradora do contrato: a relação entre o credor-proprietário e o devedor a partir do <i>ius utendi, fruendi et abutendi</i>	412
10.2. O exercício do direito de disposição pelo credor e a posição do terceiro-adquirente	432
10.3. O direito do credor não é propriedade provisória, nem propriedade temporária	439
10.4. A funcionalização não “atípica” a propriedade	443
§ 11. O direito do credor não é um direito real de garantia	473
11.1. A funcionalização da propriedade não faz da propriedade em garantia uma garantia real	473
11.2. A propriedade em garantia não é uma garantia oculta	486
11.3. (cont.) A alienação em garantia não constitui um negócio em fraude à regra do desapossamento.....	488
§ 12. Oponibilidade da posição do devedor e princípio da taxatividade real	508
12.1. Oponibilidade da obrigação de devolver ou do direito de adquirir .	508
12.2. O caminho oferecido pelo contrato-promessa de alienação	534

Capítulo III	
Terceiro passo: a proibição do pacto comissório.....	541
§ 13. Introdução e identificação do problema	541
§ 14. A (vetusta) questão da <i>ratio legis</i> da proibição do pacto comissório	546
§ 15. A evasão da proibição do pacto comissório: da taxatividade real até à alienação em garantia.....	594
Capítulo IV	
A relação entre o direito de propriedade e o direito de crédito	645
§ 16. O problema e a ordem da investigação.....	645
§ 17. Alienação da propriedade pelo credor e destino do crédito.....	649
§ 18. Cessão do crédito e destino da propriedade	650
§ 19. Consequências para a alienação em garantia da não constituição do crédito garantido ou da extinção deste por razão diferente do cumprimento.....	660
Capítulo V	
Alienação em Garantia, Processo Executivo e Insolvência.....	667
§ 20. O problema e a ordem de investigação.....	667
§ 21. Questão prévia: a (in)utilidade do regime insolvencial da alienação fiduciária em garantia financeira	668
§ 22. Alienação em garantia, processo executivo e insolvência <i>do credor-proprietário</i>	672
22.1. As propostas que se recebem do direito comparado	672
22.2. Primeira aproximação à solução proposta para o direito português.....	698
22.3. A construção de Pestana de Vasconcelos (apreciação crítica)	705
22.4. Alienação em garantia e <i>penhora</i> da coisa para satisfação dos credores do credor-proprietário: posição adoptada	715
a) Penhora do bem alienado quando o crédito já se extinguiu por cumprimento	719
b) Penhora do bem alienado em momento anterior à extinção do crédito	726
22.5. Alienação em garantia e insolvência do <i>credor-proprietário</i> . Posição adoptada.....	729
a) Efeitos da declaração de insolvência do credor-proprietário posterior à extinção do crédito por cumprimento	729
b) Efeitos da declaração de insolvência do credor-proprietário em momento anterior à extinção do crédito	735

§ 23. Alienação em garantia e insolvência do devedor-alienante ainda não adimplente	738
23.1. Identificação do problema e ordem da investigação.....	738
23.2. A declaração de insolvência do devedor ainda não inadimplente: propostas do direito comparado.....	742
23.3. A nossa proposta para o direito nacional	747
23.4. Resolução em benefício da massa insolvente.....	756
CONCLUSÃO	777
BIBLIOGRAFIA.....	787
ÍNDICES	837
Índice Remissivo	839
Índice Geral	841



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt