

KONSENS ÜBER TRADITION? EINE STUDIE ZUR EIGENTUMSÜBERTRAGUNG IN BRASILIEN, DEUTSCHLAND UND PORTUGAL, DE MARIETTA PIETREK

*KONSENS ÜBER TRADITION? EINE STUDIE ZUR EIGENTUMSÜBERTRAGUNG IN
BRASILIEN, DEUTSCHLAND UND PORTUGAL, BY MARIETTA PIETREK*

FRANCISCO SABADIN MEDINA

Doutorando em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). LL.M
em Direito na Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians Universität – LMU München).
Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da USP.
fesstmedina@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: PIETREK, Marietta. *Konsens über Tradition? Eine Studie zur Eigentumsübertragung in Brasilien, Deutschland und Portugal*. (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht). Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 337.

1. INTRODUÇÃO

O título da obra pode ser traduzido por “Consenso sobre tradição? Um estudo sobre a transferência de propriedade no Brasil, na Alemanha e em Portugal”.¹ Inspirada no artigo “*Consensual versus Delivery System in European Private Law. Consensus about Tradition?*”², a Autora (em diante apenas “A.”) lhe atribuiu intencionalmente em alemão um duplo sentido que não tem no inglês, a saber: (i) se o princípio do consenso encontra-se acima do da tradição ou (ii) se há consenso internacional sobre o princípio da tradição (p. 1, nt. 1). A fim de responder a essas duas perguntas, a A. realizou um amplo estudo de direito comparado com o objetivo

-
1. Agradeço ao Dr. Jan Peter Schmidt pela leitura crítica e a Gustavo Haical por algumas indicações bibliográficas.
 2. Sagaert, Vincent. *Consensual versus Delivery System in European Private Law. Consensus about Tradition?* In: Faber, Wolfgang/Lurger, Brigitta (Org.), *Rules for Transfer of Movable: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?* Munich: Sellier, 2008. p. 9-46.

de esclarecer o tema dos diferentes modelos de transferência de propriedade, o qual é regulamentado de maneira bastante diversa nos países da União Europeia. Para tanto, ela escolheu dois ordenamentos jurídicos com modelos de transferência de propriedade bastante diversos do alemão e até então pouco estudados em seu país: o brasileiro e o português. A A. foi orientada pelo Dr. Marc-Philippe Weller e fez estágios de pesquisa tanto no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, em Hamburgo, quanto no Rio de Janeiro com financiamento do DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst*). Não resta dúvida, portanto, de que ela teve acesso à literatura brasileira como um todo e esteve em condições ideais para realizar sua tese, apresentada em 2014 na *Albert Ludwig-Universität* de Friburgo (*Freiburg*). A análise a seguir é feita do ponto de vista de um jurista brasileiro. Antes de adentrar propriamente no mérito da tese (3), cumpre fazer um resumo dos argumentos e fundamentações mais relevantes para o resultado final (2).

2. CONTEÚDO

A dissertação é dividida em seis partes: introdução, fundamentos (cap. 1), aquisição de legitimados (cap. 2), aquisição de não legitimados (cap. 3), venda de uma mesma coisa a duas ou mais pessoas (cap. 4) e comparação entre os ordenamentos jurídicos alemão, português e brasileiro (cap. 5). Os capítulos sobre aquisição de propriedade por legitimados, de não legitimados e venda a duas ou mais pessoas são divididos em uma parte sobre direito português e uma sobre direito brasileiro; o direito alemão não é estudado separadamente, mas brevemente descrito no capítulo sobre fundamentos.

2.1. O objeto do trabalho é a transferência de propriedade de coisa móvel e imóvel no Brasil, na Alemanha e em Portugal. “Coisa” é aqui compreendida, segundo a concepção alemã, como objeto corpóreo (p. 1 e nt. 2), envolvendo a transferência de propriedade em todos os contratos em espécie, deixando de lado apenas a transferência de direito, de títulos de créditos e de coisas lavradas em termo notarial (*Übertragung von in Urkunden verbrieften Sachen*). O motivo da escolha da Alemanha, Portugal e Brasil como paradigmas de comparação foi a divergência entre eles quanto ao modelo de transferência de propriedade: enquanto o direito alemão segue os princípios da separação e da tradição (§ 929 I BGB), o português adota na forma mais pura possível os princípios da unidade e do consenso, e o brasileiro segue o princípio da tradição, sendo, porém, controverso se são necessários dois negócios jurídicos (princípio da separação) ou apenas um (princípio da unidade). Segundo a A., a comparação desses modelos poderia ser frutífera para encontrar um “tipo de solução” para, potencialmente, assimilar diferentes ordenamentos (p. 2). Isso também se mostra útil diante do panorama dos estudos sobre os modelos de transmissão de propriedade brasileiro e português em língua alemã. Sobre o Brasil,

não havia pesquisas aprofundadas sobre o assunto; as únicas exceções eram as publicações de *Erasmus Marcos Ramos*³ e *Karina Griesse*⁴. No caso de Portugal, já existiam bons estudos em alemão (de *José Caramelo-Gomes* e *José Carlos de Medeiros Nóbrega*), embora as peculiaridades do modelo português frente a outros europeus (como o francês) não tivessem sido adequadamente consideradas (p. 3-5). Daí a necessidade de se fazer uma análise detalhada de cada um desses sistemas antes de compará-los com o direito alemão.

2.2. O primeiro capítulo é dedicado ao estudo dos princípios que norteiam os diferentes modelos de transferência de propriedade (A até G), de sua origem no direito romano (H) e de suas combinações (I). No total, a A. trata de sete princípios: o princípio do consenso (A), o princípio da tradição (B), os princípios da publicidade e do registro (C), o princípio da unidade (D), o princípio da separação (E), o princípio da causalidade (F) e o princípio da abstração (G). Ao contrário do entendimento dominante no mundo, o “princípio do consenso puro” (“reines Konsensprinzip”, A) não significaria que o direito de propriedade sobre uma coisa seria transmitido pela mera conclusão de um contrato obrigacional (em regra, uma compra e venda), não sendo necessários nem um negócio jurídico de disposição nem a entrega. Em verdade, o princípio do consenso significa apenas não ser necessário um *ato adicional de publicidade* para ocorrer a transferência da propriedade ou de um direito real, e isso independentemente de haver apenas um negócio jurídico que irradie efeitos obrigacionais e reais ou dois negócios jurídicos, um obrigacional e outro de disposição. Dessa definição a A. extrai duas consequências. De um lado, o princípio do consenso não determina se a transferência da propriedade ocorre por meio de apenas um negócio jurídico que também irradia efeitos obrigacionais ou se baseia em um outro negócio jurídico de disposição (princípios da unidade vs. da separação). De outro lado, ele também não determina, se, no caso de se ter adotado o princípio da separação, a “existência” (*Bestand*) do negócio jurídico de disposição depende ou não da validade/eficácia do negócio jurídico obrigacional (princípios da abstração vs. da causalidade) (p. 7-9).

A contrapartida do princípio do consenso é o princípio da tradição (B), cujo conteúdo se restringe apenas a estabelecer que a transferência da propriedade não ocorre por mero acordo das partes, mas exige o ato-fato (*Realakt*) da entrega

3. RAMOS, Erasmo Marcos. Das neue Código Civil Brasileiro und die Übertragung beweglicher Sachen in Brasilien. In: *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung* (DBJV-Mitt.), a. 21, n. 2, p. 8-18, 2003.
4. RAMOS, Erasmo Marcos. Brasilianisches Immobilienrecht unter dem Aspekt des gutgläubigen Erwerbs und der Möglichkeiten der Belastung des Grundstücks durch Rechte Dritter. In: *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung* (DBJV-Mitt.), a. 19, n. 2, p. 17-25, 2001.

ou um modo substitutivo para transferir a posse. Na literatura, por influência de juristas do século XIX como *Savigny* e *Windscheid*, o princípio da tradição é, frequentemente, entendido como se compreendesse duas regras, ou seja, que a transferência da propriedade exigiria não apenas um ato de publicidade, mas também um outro acordo (negócio de disposição). Esse entendimento é, como corretamente aponta a A., equivocado, porquanto a separação entre negócio jurídico obrigacional e negócio de disposição é designado por outro princípio, a saber o da separação (p. 11-12). Neste ponto, a A. aproveita para explicar o modelo de transferência de propriedade do direito alemão vigente. Segundo o § 929 I BGB, a transferência de propriedade de coisa móvel exige, além de um elemento de direito real – a entrega (*Übergabe*) da coisa do alienante para o adquirente (princípio da tradição) –, um elemento de negócio jurídico – o contrato de direito real (princípio da separação). O ato de publicidade da entrega constitui aqui um requisito constitutivo da transmissão da propriedade, e não apenas um fator de eficácia frente a terceiros (p. 12). Do ponto de vista sistemático, a entrega (*Übergabe*) é justificada por tornar público frente a terceiros a aquisição de propriedade ou direito real frente a terceiros; por proteger o adquirente na medida em que a seriedade do alienante é inequívoca; por proteger o alienante de decisões apressadas; e por garantir de fato o exercício do seu direito de propriedade (*Verschaffungsfunktion*, “função de proporcionamento”) (p. 12-14).

A entrega no sentido do § 929 I BGB é, conforme a doutrina alemã dominante, um ato-fato (*Realakt*), pois ela exige apenas a *vontade natural* dos figurantes (não é necessária, portanto, a capacidade de fato). Quando, porém, houver a *traditio longa manu*, o § 854 II BGB exige, segundo a concepção dominante, um negócio jurídico para transferência da posse, o que significa haver, *ao lado do negócio jurídico de disposição, um segundo negócio jurídico para transferir a posse*.⁵ O suporte fático da entrega no sentido do § 929 I BGB tem três requisitos: (i) a renúncia e ausência de posse do alienante, (ii) a aquisição de posse pelo adquirente e (iii) a iniciativa ou tolerância da transferência da posse pelo alienante (p. 15 e ss.). O BGB, a literatura e a legislação alemãs admitem, no entanto, cinco exceções à necessidade de entrega e, indiretamente, cinco rompimentos do princípio da tradição: quando o adquirente já está na posse direta e adquire a propriedade (*traditio brevi manu*, § 929 2 BGB); quando o alienante deseja se manter na posse da coisa por um título diverso, por exemplo, como locatário (constituto possessório, § 930 BGB); quando o alienante é possuidor indireto da coisa (por exemplo, como locador), aliena a coisa para terceiro (pessoa diversa do possuidor direto) e transfere a pretensão à restituição

5. Na transação jurídica como um todo, há, portanto, três negócios jurídicos: o negócio jurídico obrigacional (contrato de compra e venda), o negócio jurídico de disposição (contrato de direito real) e o negócio jurídico para transferir a posse.

da coisa (*Herausgabeanspruch*, § 931 BGB); quando o alienante transfere ao adquirente a pretensão de reivindicação da coisa (*Herausgabeanspruch*, § 985 BGB) sobre a qual não tem posse (se ela foi, por exemplo, roubada) (§ 929 I BGB, por redução teleológica); e nas hipóteses de transferência de embarcações marítimas (§ 2 I *SchiffsRG*⁶) (p. 20-26).⁷

Os princípios da publicidade e do registro (C) correspondem ao princípio da tradição, mas se restringem a coisas imóveis. Nesse caso, além da celebração do negócio jurídico de disposição (*Auflassung*), é necessário o registro desse negócio no respectivo livro do Registro de Imóveis (daí o “sistema de registro” ou “sistema de livros”, *Eintragungssystem* ou *Grundbuchsystem*). Em contrapartida, quando um ordenamento jurídico adota o princípio do consenso, as partes podem transferir a propriedade de imóveis sem a necessidade de um ato público, tendo o registro apenas efeito declaratório de obstar a aquisição da propriedade por terceiros de boa-fé (fala-se então de um “sistema privado”, *Privatsystem*).⁸ Os direitos alemão e brasileiro seguem o primeiro modelo (§§ 873 I, 925 I BGB; arts. 1227 c/c 1245-1247 CC), enquanto o português adota o segundo (art. 5 CódRPPort, Código do Registo Predial português) (p. 27-28). Por seu turno, o princípio da unidade (D) designa que a mudança de titularidade jurídica depende de *um único negócio jurídico*, denominado de “negócio unitário obrigacional-real” (“*schuldrechtlich-dingliches Einheitsgeschäft*”) (p. 28). Seu contraponto é o princípio da separação (E), que se caracteriza por distinguir negócio jurídico obrigacional (por exemplo, um contrato de compra e venda) do negócio jurídico de disposição (também denominado contrato de direito real). Cada um desses negócios jurídicos é regulamentado em suportes fáticos diversos, sendo o princípio da separação norma cogente. Sobre o relacionamento entre os dois negócios jurídicos, o princípio da separação não diz nada (p. 29-30).

6. § 2 I *Schiffsregistergesetz*: “Zur Übertragung des Eigentums an einem im Seeschiffsregister eingetragenen Schiff ist erforderlich und genügend, dass der Eigentümer und der Erwerber darüber einig sind, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll” (tradução: “Para a transferência da propriedade de uma embarcação registrada no Registro de Embarcações Marítimas, é necessário e suficiente que o proprietário e o adquirente estejam de acordo que a propriedade deve ser transferida para o adquirente”).
7. A *traditio longa manu* (§§ 929 I c/c 854 II BGB, por exemplo, pela entrega ao adquirente das chaves do armazém onde a coisa se encontra) não constitui, segundo a A., uma exceção do princípio da tradição, porquanto aqui o adquirente tem de obter o poder de fato sobre a coisa para adquirir a posse (p. 21-22).
8. Alguns autores nomeiam a *transferência de propriedade inter partes*, a qual ainda tem de ser registrada para evitar a aquisição de propriedade por terceiros de boa-fé, de “sistema da transcrição” (“*Transkriptionssystem*”) (p. 28, nt. 177).

Este último problema é tratado pelos princípios da causalidade (F) e da abstração (G). Tendo o princípio da separação como pressuposto (se um ordenamento tiver adotado o princípio da unidade, a irradiação dos efeitos reais depende necessariamente do preenchimento do suporte fático e da eficácia do negócio jurídico unitário), o princípio da causalidade faz com que um defeito do negócio jurídico obrigacional impacte diretamente no negócio jurídico de disposição, o qual não transfere a propriedade ou outro direito real. Por outras palavras, esse princípio *liga, mas não unifica* esses negócios (p. 30-31). Já o princípio da abstração tem como cernes, de um lado, o fato de a disposição de um direito prescindir de causa e ser independente do negócio jurídico obrigacional, ou seja, a falta ou um defeito deste negócio não tem nenhum impacto sobre o negócio jurídico de disposição (“abstração externa”, “äußerliche Abstraktion”), e, de outro lado, o fato de o negócio jurídico de disposição não precisar de uma causa (“abstração do conteúdo”, “inhaltliche Abstraktion”). Sua adoção por um sistema jurídico tem dois impactos. Primeiro, no caso de ocorrer transferência de propriedade ou de direito real sem existir uma causa correspondente no negócio jurídico obrigacional, o alienante tem de lançar mão do regulamento de enriquecimento sem causa para recuperar seu direito, enquanto no princípio da causalidade ele dispõe da ação reivindicatória. Segundo, o adquirente adquire a propriedade ou direito real mesmo quando ele souber da nulidade/ineficácia do negócio jurídico obrigacional, ao passo que no princípio da causalidade o alienante permanece titular de todos os direitos reais (p. 31-32).

Da análise desses princípios decorrem três pares – princípio da unidade vs. separação, princípio da causalidade vs. abstração e princípio da unidade vs. tradição – de cuja combinação se extraem seis modelos de transmissão da propriedade. (i) Princípio da unidade com princípio do consenso: há a conclusão de apenas um negócio jurídico no qual se baseia a irradiação de todos os efeitos jurídicos e não é necessário um ato-fato (*Realakt*) adicional para transmitir a propriedade. (ii) Princípio da unidade com princípio da tradição: apenas um negócio jurídico obrigacional-real transmite a propriedade junto com o ato-fato da entrega da coisa. (iii) Princípio da separação com princípios do consenso e da causalidade: há dois negócios jurídicos, um obrigacional e outro de disposição, sendo que a conclusão do segundo tem por efeito a transferência da propriedade ou do direito real independentemente de outro ato-fato. Devido ao princípio da causalidade, porém, a falta ou um defeito do negócio obrigacional impacta no negócio de disposição, impedindo a transferência do direito real. (iv) Princípio da separação com princípios do consenso e da abstração: como no modelo anterior, há dois negócios jurídicos, ocorrendo a transferência da propriedade por mera conclusão do negócio jurídico de disposição. A única diferença é que a falta ou um defeito do negócio obrigacional não impede a produção de todos os efeitos do

negócio de disposição. (v) Princípio da separação com princípios da tradição e da causalidade: há dois negócios jurídicos, sendo necessário um ato-fato (*Realakt*) para complementar o negócio jurídico de disposição. Eventual defeito do negócio obrigacional impede a produção de efeitos do negócio jurídico de disposição devido ao princípio da causalidade. (vi) Princípio da separação com princípios da tradição e da abstração: a única diferença em face do modelo anterior é que eventual falta ou defeito do negócio obrigacional não impacta na irradiação de efeitos pelo negócio jurídico de disposição (p. 40-47).

2.3. O segundo capítulo aborda a aquisição de propriedade de coisas móveis e imóveis de legitimados no direito português (A) e brasileiro (B), e é dividido em três subtemas principais, a saber: o modelo de propriedade adotado por cada sistema, os efeitos jurídicos da invalidez/ineficácia do negócio jurídico e o papel sistemático desempenhado pelo contrato preliminar.

O direito português adota os princípios do consenso e o da unidade (arts. 408 n. 1, 1316 e 1317 do Código Civil Português, CCPort): um único negócio jurídico obrigacional-real transfere a propriedade em regra no momento de sua conclusão. Isso vale tanto para a transferência de coisas móveis, quanto para a de coisas imóveis, sujeitas a registro (art. 205 n. 2 CCPort), e para as coisas imóveis. Na última hipótese, os contratos podem ser levados a registro no Registo Predial, o qual tem efeito meramente declarativo. O contrato de compra e venda, em especial, tem efeitos reais (ele transmite a propriedade da coisa ao comprador, art. 879 “a” CCPort) e obrigacionais (dever do vendedor de transferir a posse ao comprador e dever do comprador de efetuar o pagamento do preço, art. 879 “b” e “c” CCPort) (p. 49-53). Note-se, portanto, que a propriedade é transmitida ao comprador independentemente da posse, a qual permanece, ao menos em princípio, com o vendedor (p. 65-67). O mesmo vale para o contrato de doação, que transfere a propriedade *solo consensu* e irradia o dever do doador de entregar a coisa (art. 954 “a” e “b” CCPort). Em razão do princípio da especialidade dos direitos reais, a propriedade não pode ser transmitida para o adquirente no momento da conclusão do contrato quando a coisa for determinável, mas ainda não determinada (art. 408 n. 2 CCPort). Os casos mais recorrentes são os de compra e venda de coisa incerta (denominada “obrigação genérica”), de coisa futura e alternativa, em que a propriedade somente se transmite após a efetiva determinação da coisa seguida de requisitos legais (como o conhecimento de ambas as partes para coisas incertas). Está-se aqui diante de exceções à regra da transferência da propriedade no momento da conclusão do contrato, pois enquanto o objeto do contrato de compra e venda permanece determinável, ele irradia apenas efeitos obrigacionais (p. 57-61).

A transferência de propriedade depende, no direito português, da validade/eficácia do único negócio jurídico obrigacional-real, ou seja, se, por qualquer motivo, o negócio não irradia ou deixa de irradiar seus efeitos típicos, o adquirente não se

torna proprietário da coisa. Assim, sempre que o negócio não produzir efeitos ou eles forem destruídos retroativamente, o alienante tem, via de regra, uma ação reivindicatória para obter novamente a posse da coisa (art. 1311 CCPort), por exemplo, em caso de nulidade e anulação do negócio jurídico (art. 289 n. 1 CCPort); de resolução do contrato, salvo quando se tratar de contratos de execução continuada ou periódica (arts. 432 ss. CCPort); de condição resolutiva (salvo quando as partes disporem de modo diverso ou assim o ditam a natureza do negócio jurídico); e de reversão de coisa doada (arts. 960 e ss. CCPort). Em consonância com essas regras, o enriquecimento sem causa tem no direito português uma função subsidiária, aplicando-se apenas quando não couber ação reivindicatória (art. 1311 CCPort) ou, na hipótese de declaração de nulidade ou de anulação, a pretensão do art. 289 CCPort (art. 474 CCPort) (p. 67-76). Por último, o contrato preliminar, denominado de “contrato promessa” (arts. 410 ss. CCPort), é muito relevante do ponto de vista econômico e desempenha em grande parte as funções do contrato de compra e venda puramente obrigacional do direito alemão. Isso porque pelo contrato promessa as partes se obrigam a concluir o contrato de compra e venda, impedindo, assim, a irradiação do efeito de transferência de propriedade inerente a este último contrato. Quando as partes quiserem conferir efeito real ao contrato preliminar, elas podem fazer sua inscrição no registro (é a “promessa real”, art. 413 n. 1 CCPort) (p. 76-79).

Em oposição ao direito português, o brasileiro segue os princípios da tradição para coisas móveis (arts. 1226 e 1127 CC) e do registro para coisas imóveis (arts. 1127 c/c 1245-1247 CC). Isso significaria, no entender da A., que valeria no Brasil o princípio do *titulus e modus adquirendi*, segundo o qual o negócio jurídico base (*Grundgeschäft*) irradiaria apenas pretensões obrigacionais antes da tradição ou registro. A controvérsia sobre a adoção do princípio da unidade ou da separação se explicaria, segundo a A., por uma divergência de entendimentos sobre o conceito de princípio da separação entre os juristas alemães e brasileiros, pois enquanto para os primeiros ele significaria a existência de dois negócios jurídicos, um obrigacional e outro de disposição (vide item 2.2, *supra*), para estes ele designaria a necessidade de um segundo ato (a tradição ou o registro) para realizar a transferência da propriedade (p. 81). Quanto às coisas imóveis, a transmissão da propriedade tem como requisitos um contrato eficaz e o registro *desse mesmo contrato* no Cartório de Registro de Imóveis competente. Isso é comprovado, de um lado, porque a LRP exige, no art. 167, I, (especialmente n. 28-33) o registro da causa jurídica obrigacional, a qual consiste em um contrato ou outro título dirigido à transferência da propriedade ou de um direito real, e, de outro lado, porque um outro acordo entre as partes (um negócio jurídico de disposição) não é nem necessário nem previsto. No direito alemão, ao contrário, a transferência da propriedade é efetivada pelo registro do contrato de direito real, o qual se diferencia claramente do negócio base

(puramente) obrigacional (§§ 873 e 925 BGB) (p. 91-93).⁹ Ainda sobre coisas imóveis no direito brasileiro, sendo o contrato para transferir a propriedade ou outro direito real nulo, mesmo se ele for registrado no Cartório competente, o alienante permanece proprietário (p. 93-95).

Em seguida, a A. passa a analisar o significado de “tradição” tanto para coisas móveis quanto para imóveis (“registro” entendido aqui como “tradição solene”, p. 92). No direito brasileiro, ela seria utilizada na doutrina tanto no sentido de entrega puramente fática (entrega, tradição *stricto sensu* ou *nuda traditio*) quanto de modo de transferência da propriedade ao lado da entrega (*Übergabe*). No primeiro caso, haveria o princípio da unidade; no segundo, o princípio da separação (p. 95-96). Após apresentar brevemente o entendimento de que a tradição não seria um negócio jurídico, mas a vontade de transmitir a propriedade já estaria contida no negócio jurídico único (obrigacional) (p. 96-98), e a visão de que haveria no direito brasileiro dois negócios jurídicos, sendo o negócio de disposição implícito no negócio obrigacional (p. 98-99), a A. toma posição sobre a controvérsia. A seu ver, o direito brasileiro segue tanto para coisas móveis quanto para imóveis o princípio da unidade, pois nenhum dos argumentos a favor do princípio da separação seriam convincentes. A possibilidade de pós-eficacização da transmissão da propriedade pela sua aquisição pelo alienante (art. 1268 § 1º CC) não seria um indício da existência do princípio da separação, porquanto essa regra ligar-se-ia apenas aos efeitos jurídicos da entrega e também seria possível se a tradição fosse compreendida como um mero ato-fato. A compra e venda com reserva de domínio não seria um argumento a favor, mas contra o princípio da separação, porque da forma como a doutrina dominante no Brasil a interpreta, a condição suspensiva subordinária não o negócio jurídico de disposição, mas o próprio contrato de compra e venda. Especialmente criticada nesse contexto é a opinião de *Pontes de Miranda*, que se basearia não apenas no direito brasileiro de fato vigente, mas também em sua “concepção ideal” (“Idealvorstellung”). Isso seria bastante claro em sua defesa de que na transferência de propriedade de imóveis o negócio jurídico de disposição (e não o negócio jurídico obrigacional) seria registrado (p. 99-102).

Em vista do modelo adotado pelo direito brasileiro, a A. aborda as consequências dos defeitos do negócio jurídico. A seu ver, a invalidade e a ineficácia do negócio jurídico obrigacional-real têm impactos na transmissão da propriedade, os quais devem ser analisados em três constelações. No caso de decretação de anulabilidade

9. No mesmo sentido, cf. recente contribuição de Harke, Jan Dirk. Der Erwerb von Immobilien nach deutschem und brasilianischem Recht – Ein Vergleich. In: Meyer, Cord; Schmidt, Jan Peter; Wolf, Burkhard J. (Org.). *Das brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002 und die Realitäten des Grundstücksrechts: Beiträge zur XXXIII. Jahrestagung der DBJV vom 20. bis 23. November 2014 in Hannover*. Aachen: Shaker, 2016. p. 129-142. p. 132 ss.

e de nulidade do ato jurídico, as partes são restituídas no *status quo ante* com fundamento no art. 182 CC, podendo elas utilizar-se subsidiariamente da ação reivindicatória (art. 1128 CC) para recuperar a coisa ainda existente ou o dinheiro não misturado. Em consequência, as normas de enriquecimento sem causa (arts. 884 ss. CC) e de pagamento indevido (arts. 876 ss. CC) perdem importância sistemática e passam a restringir-se aos casos de aquisição de propriedade derivadas da lei (p. 102-108). Na hipótese de resolução do contrato (arts. 474 e ss. CC), seu exercício tem em regra efeito retroativo e as partes são restituídas no *status quo ante* (art. 182 CC, por analogia). No caso de implemento de condição resolutiva, o alienante pode reivindicar a coisa se a propriedade for resolúvel (art. 1359 CC, por exemplo, alienação fiduciária em garantia), mas, se ela for *ad tempus* (art. 1360 CC, e.g. por revogação de doação por ingratidão, art. 557 CC), apenas se o adquirente ainda a possuir (p. 102-112). Quanto ao contrato preliminar de compra e venda, denominado “compromisso de compra e venda” quando irrevogável (art. 1417 e ss. CC), a A. destaca os fatos de ele assumir a função sistemática do contrato de compra e venda (puramente obrigacional) do direito alemão e de ele ser amplamente utilizado em praticamente todos os contratos de compra e venda de imóveis (p. 112-116).

2.4. O terceiro capítulo tem por objeto a aquisição de propriedade de não legitimado, ou seja, a possibilidade de alguém tornar-se proprietário de uma coisa apesar de o alienante não ter poder de disposição sobre ela. À diferença do BGB, que possui dispositivos gerais sobre esse caso, os direitos português e brasileiro preveem apenas algumas normas especiais que, no resultado, significam a possibilidade de aquisição da propriedade de quem não poderia dispor da coisa. Nesse contexto, a usucapião merece, ao lado da compra e venda *a non domino*, especial atenção, pois ela assume um papel sistemático mais significativo nesses direitos do que no alemão, por causa da falta de uma norma geral sobre aquisição de não legitimados.

A regra geral no direito português é a inadmissibilidade da aquisição de propriedade ou outro direito de não legitimado, pois a máxima “posse vale título” (inspirada na regra francesa “la possession vaut titre”, art. 2276 *Code Civil*) foi conscientemente negada pelo legislador. Em consequência, a compra e venda de coisa alheia é nula quando o vendedor não tiver legitimidade para dispor sobre ela (art. 892 CCPort), regra essa estendida para os demais contratos (art. 939 CCPort). Como salienta com razão a A., a nulidade aqui não decorre do princípio da unidade, porquanto ele não exige que a transferência da propriedade ocorra no momento da conclusão do contrato, mas apenas que *os efeitos reais sejam por ele irradiados*. Por outras palavras, a nulidade não é uma consequência necessária ou natural do princípio da unidade; antes, é consequência de uma escolha legislativa. Isso não exclui, porém, o fato de a nulidade pressupor o princípio da unidade (p. 119-120). Essa nulidade é, porém, amenizada por três regras gerais. Primeiro, o contrato se

convalida quando o vendedor adquire posteriormente a propriedade, a qual é imediatamente transmitida ao comprador (art. 895 CCPort). Segundo, e isso é surpreendente para um jurista brasileiro, embora a venda de coisa alheia seja nula, “o vendedor é obrigado a sanar a nulidade da venda, adquirindo a propriedade ou o direito vendido”, quando o comprador estiver de boa-fé (art. 897 n. 1 CCPort) (p. 126-127). Terceiro, a nulidade restringe-se apenas aos contratos regidos pelo Código Civil. Em se tratando de transação comercial, a compra e venda de coisa alheia é permitida, sendo o vendedor obrigado a adquirir a propriedade de terceiro e transferi-la ao comprador, sob pena de responder por inadimplemento (art. 467 n. 2 e parágrafo único Código Comercial português). Aqui o vendedor tem o dever de adquirir a coisa mesmo quando o comprador estiver de má-fé (p. 131).

Ao lado dessas atenuações, o direito português reconhece a aquisição de não legitimado em normas específicas. Independentemente de a coisa ser móvel ou imóvel, sendo um caso de venda *a non domino*, o comprador torna-se proprietário se o vendedor adquirir a propriedade com a convalidação do contrato (art. 895 CCPort); havendo simulação, o terceiro de boa-fé que adquirir o bem do simulador-adquirente (portanto, na segunda alienação) torna-se proprietário (art. 243 CCPort); terceiro de boa-fé adquire a propriedade de herdeiro aparente se a disposição for a título oneroso (art. 2076 n. 2 CCPort); em se tratando de sociedades, direitos adquiridos por terceiros de boa-fé não são afetados pela nulidade ou anulação de deliberação (arts. 179 CCPort e 61 n. 2 Código das Sociedades Comerciais); as aquisições de interditos e inabilitados são válidas antes do registro da interdição e inabilitação no registro civil competente (arts. 147, 156 e 1290-B CCPort); havendo resolução do contrato, terceiro adquirente torna-se proprietário e não é afetado, salvo se a ação de resolução tiver sido registrada e a alienação tiver ocorrido depois do registro (art. 435 CCPort); ocorrendo fraude contra credores, o terceiro adquirente de boa-fé a título oneroso não é afetado pela ação pauliana. No caso de coisas móveis, a alienação ou oneração de uma coisa móvel por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (quando necessário) não pode ser oposta a terceiro de boa-fé (art. 1687 n. 3 CCPort). No que tange a coisas imóveis e móveis sujeitas a registro, terceiro de boa-fé adquire a propriedade ou outro direito real, se o negócio for a título oneroso e se a ação de nulidade ou anulabilidade não for interposta em três anos após a conclusão do (primeiro) negócio jurídico (art. 291 CCPort); nas mesmas condições, se a declaração de nulidade do registro for anterior ao registro da nulidade (art. 17 n. 2 CódRPPort) ou se houver uma inexatidão no registro (art. 122 CódRPPort); se, havendo disposição de uma coisa sujeita a registro a duas ou mais pessoas, o segundo adquirente registrar primeiro seu título (art. 5 CódRPPort). Por último, a falta de admissibilidade geral da aquisição de não legitimado é compensada por meio da usucapião (arts. 1287 ss.) (p. 131-152).

Tal como no direito português, a regra geral no direito brasileiro é a inadmissibilidade da aquisição de propriedade de não legitimado (art. 1268, *caput*, 1ª parte CC): *nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet* (Ulp. 46 *ad ed.*, D. 50, 17, 54) (p. 152-153). Em se tratando de coisas imóveis, a inadmissibilidade da aquisição de não legitimado é confirmada pelas regras de o adquirente registrado gozar somente de uma presunção relativa de sua propriedade (art. 1245 § 2º CC) e de o verdadeiro proprietário poder reivindicar a coisa de quem quer que seja após o cancelamento do registro, e isso “independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente” (art. 1247 parágrafo único CC) (p. 161). No entanto, essa regra geral é amenizada por disposições especiais. Quanto às coisas móveis, a transferência de propriedade por não legitimado é pós-eficazada *ex tunc* quando o alienante adquire posteriormente a propriedade e o adquirente estiver de boa-fé no momento da entrega (má-fé posterior é irrelevante)¹⁰, e é admitida em casos excepcionais com fundamento na teoria da aparência. Os principais são a aquisição de coisa oferecida ao público em leilão ou estabelecimento comercial (art. 1268, *caput*, 2ª parte CC), a aquisição de herdeiro aparente (arts. 1817 e 1827 parágrafo único CC), os negócios celebrados por representantes aparentes e a alienação em cadeia envolvendo uma simulação (art. 167 § 2º CC) (p. 153-160). Quanto aos imóveis, a aquisição da propriedade pelo alienante em momento posterior à alienação não pode, segundo a A., pós-eficazizar a transferência da propriedade devido ao princípio da continuidade do direito mobiliário (art. 195 LRP). Para que o alienante não legitimado adquirisse posteriormente a propriedade por um negócio jurídico, o verdadeiro proprietário teria de anular o registro, retificá-lo, alienar o imóvel ao alienante (antes) não legitimado para que esse, enfim, fosse registrado como proprietário e pudesse transmitir o domínio ao terceiro adquirente (p. 161-163).

10. Sobre a falta de sentido da exigência do requisito de boa-fé para a pós-eficazização, cf. Sá Pereira, Virgílio de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Direito das cousas. Arts. 524-673. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924. v. VIII. Com. art. 622 [CC/1916], n. 162, p. 392: “A aquisição posterior do domínio revalida a tradição feita pelo que o não tinha. Para que assim seja, requer todavia o texto que o adquirente estivesse de boa fé. Esta exigência nos parece excessiva. Em que consistia a sua má fé? Em saber que o alienante não era dono da coisa vendida. Saber, ou ter motivo para saber. Se, apesar disto, a compra, corre o risco de perdê-la. O alienante, porém, este se considerava legítimo dono, e nesta convicção foi que a vendeu. Somente depois, quando por outro título qualquer, se fez verdadeiro dono da coisa, é que verifica que, até então, o não era. Que influencia pode ter a ausência de boa fé inicial do adquirente na conclusão deste negócio? Não descobrimos nenhuma. Em que desacorda o ritmo da vida social a má fé do adquirente? Não é justo que aquele que vendeu a *non domino*, e depois se torna proprietário, faça boa a alienação? Fazer dobrar o joelho ao critério absoluto desta justiça ante a circunstância de carácter subjectivo do estado de alma do adquirente, no momento da aquisição, é um excesso de escrupulo que poderá aquietar a consciência individual do legislador, mas nenhum serviço presta às relações jurídicas da colectividade”.

Ainda sobre coisas imóveis, a propriedade pode ser adquirida de não legitimados quando houver simulação (art. 167 § 2º CC) e herdeiro aparente (arts. 1817 e 1827 parágrafo único CC). Caso especial é o art. 879 CC: aqui o terceiro que adquirir imóvel de um alienante, cuja aquisição não é justificada por uma causa (há pagamento indevido na primeira alienação), somente é obrigado a restituir ao primeiro alienante se tiver adquirido a título gratuito ou estiver de má-fé. *A contrario sensu*, se a alienação foi a título oneroso e ele estiver de boa-fé, sua aquisição é eficaz contra todos (p. 163-165).¹¹ Já a aquisição de não legitimado com fundamento na teoria da aparência é negada pela A., porquanto ela não encontra fundamento legal e o legislador brasileiro teria compensado a falta dessa possibilidade com um menor prazo de usucapião tabular (art. 1242 parágrafo único CC) (p. 165-168).¹² Do ponto de vista histórico, há ainda uma breve referência ao Registro Torrens (arts. 277 a 288 LRP), o qual tem a função de gerar certeza absoluta do adquirente sobre sua propriedade, mas perdeu importância prática após a introdução do Registro de Imóveis com o CC/1916 (p. 168-169). Na última parte do capítulo, a A. faz uma detalhada análise dos dispositivos sobre usucapião no direito brasileiro (arts. 1238 ss., 1260 ss. CC e 10 Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001), enfatizando o fato de ele ter uma abrangência maior em comparação com o direito alemão e de exercer uma importante função social de distribuição de riquezas (p. 172-183).

2.5. No quarto capítulo, a A. faz uma breve análise do regulamento da compra e venda a duas pessoas nos direitos português e brasileiro. Tendo esses dois ordenamentos seguido o princípio da unidade (o primeiro combinado com o do consenso; o segundo, com o da tradição), é de esperar diferenças relevantes. No direito alemão, os princípios da separação e da tradição fazem com que o adquirente não se torne proprietário sem a tradição (em sentido amplo, ou seja, a conclusão do negócio jurídico de disposição que engloba a efetiva entrega ou um dos meios substitutivos, § 929 I BGB) ou o registro do negócio jurídico de disposição (*Auflassung*, §§ 873 e 925 BGB) (p. 184-185). O direito português tenta levar o princípio do consenso até as suas últimas consequências e acaba indo mais longe que a França, considerada o “país do consenso”. Tendo “A” vendido

11. Sobre o art. 879, cf. interessantes considerações de Harke, Jan Dirk. Op. cit. (nt. 9 supra), p. 133 e Michelon Jr., Cláudio. *Direito restituidório*. Enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 130 ss. e Com. art. 879, p. 156 ss.

12. Exatamente essa foi, aliás, a intenção do legislador, como se pode depreender da audiência pública de Ebert Vianna Chamoun (responsável pelo livro de Direitos Reais) na Câmara dos Deputados, realizada em 6 de agosto de 1975 – Cf. Mascarenhas Menck, José Theodoro. *Código Civil brasileiro no debate parlamentar*. Elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. V. I. Audiências públicas e relatórios (1975-1983). Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. t. I. p. 188 ss.

uma coisa móvel não submetida à obrigatoriedade do registro a “B” e, pouco mais tarde, vendido novamente a mesma coisa a “C”, o qual estava de boa-fé, “B” tem uma ação reivindicatória contra “C” (art. 1311 CCPort). Em se tratando, porém, de coisa móvel sujeita a registro ou de imóvel, “C” adquire a propriedade, se ele registrar seu contrato antes de “B” (art. 5 CódRPPort). Por outras palavras, “B” se torna proprietário no momento da conclusão de seu contrato, mas a perde quando “C” registra seu contrato (p. 185-192). Em contrapartida, no direito brasileiro torna-se proprietário o comprador que primeiro registrar seu contrato no Cartório de Registro competente (coisas imóveis) ou receber a posse da coisa, seja pela efetiva entrega ou por um de seus meios substitutivos (coisas móveis). A única exceção a essa regra é a interferência ilícita, ou seja, quando o segundo comprador celebra o contrato com a intenção de causar o inadimplemento do primeiro contrato. A conclusão desse segundo contrato é tratada como um ato ilícito (art. 186 CC), e o segundo comprador não adquire a propriedade (p. 193-196).

2.6. Apresentados os princípios, os modelos e as especificidades dos direitos português e brasileiro, a A. passa a uma minuciosa comparação dos sistemas e combinações possíveis. Tendo como referência os pares de princípios (item 2.2, supra), ela analisa primeiro os princípios do consenso e da tradição, depois os princípios da unidade e da separação/abstração para, por último, fazer uma sugestão sobre os modelos.

O princípio do consenso tem como característica principal – faz parte de sua essência – não poder ser levado às últimas consequências. Nas obrigações de dar coisa incerta, de coisa futura e alternativas ele é rompido, porque somente coisas determinadas podem ser transferidas para o patrimônio do adquirente (princípio da especialidade); no caso de obrigações de dinheiro, ele nunca é respeitado. Como o pressuposto implícito da transmissão da propriedade no momento da conclusão do contrato é a obrigação ser de dar coisa certa, no dia a dia a importância prática do princípio do consenso acaba se reduzindo, a ponto de a relação regra-exceção se inverter. Em se tratando de coisas móveis registráveis e imóveis, o princípio do consenso não é *de fato* mantido devido à possibilidade de terceiro adquirir a propriedade, caso registre primeiro seu título aquisitivo. Quando se adota regra *res perit domino* (por exemplo, art. 796 n. 1 CCPort), a transferência do risco junto com a propriedade é problemática, quando o adquirente não detém a coisa sob seu controle (p. 197-199). Já o princípio da tradição tem como objetivo a publicização dos direitos, que é posta em dúvida pelos rompimentos da necessidade de entrega com os meios substitutivos da tradição e pelo fato de a entrega também ocorrer em outros casos além da transferência de propriedade. Para a A., embora os rompimentos do princípio da tradição o aproximem do consenso, isso não significaria que ele seja supérfluo. Quanto às coisas móveis, o princípio da tradição evitaria uma indesejada separação entre propriedade e posse, alertaria o alienante da seriedade da

perda da coisa e manteria a paridade entre credores de obrigação de dar coisa certa e incerta em caso de insolvência (não há, segundo a A., motivo para tratar melhor os primeiros em face dos segundos). No resultado, o princípio da tradição seria o mais apropriado (a alienação definitiva da coisa deveria ocorrer simultaneamente com a aquisição total da posição jurídica pelo adquirente) e deveria ser defendido em sua forma atual. Quanto às coisas imóveis, o princípio da tradição permitira manter a função de publicização em sua integralidade, garantindo, dessa forma, a segurança jurídica (p. 199-204).

Já o princípio da unidade encontra dificuldades para instrumentalizar o caso de as partes não quererem transferir a propriedade no momento da conclusão do contrato, objetivo esse que pode ser facilmente alcançado com o princípio da separação, pois aqui o negócio jurídico de disposição pode ser celebrado ou em um momento posterior ou sob uma condição suspensiva. Os exemplos de Portugal e Brasil demonstram, porém, que essa dificuldade pode ser superada por meio do contrato preliminar de compra e venda, o qual assume nesses dois sistemas a mesma função do contrato de compra e venda puramente obrigacional do direito alemão. Para a A., o aspecto decisivo é que o princípio da unidade seria especialmente desvantajoso para a aquisição de não legitimados, porquanto ele aumentaria o número de aquisições malsucedidas e a proteção do terceiro adquirente não seria suficiente. A seu ver, somente o princípio da abstração tutelaria de modo adequado os credores do adquirente, pois eles mereceriam ser mais bem tratados por confiarem na posse do último. Além disso, o princípio da unidade dificultaria a construção da compra e venda *a non domino*, dificuldade essa facilmente superada pelo princípio da separação, pois neste o negócio obrigacional é válido/eficaz independentemente da existência de outro contrato. Apesar das críticas ao princípio da abstração, a A. o defende, porque somente ele forneceria a adequada proteção aos credores do adquirente (p. 204-212).

À luz dessas considerações, a A. entende que os modelos adotados pelo Brasil (princípio da unidade com o da tradição) e por Portugal (princípio da unidade com o do consenso) não deveriam ser seguidos pelas desvantagens acima apontadas. A seu ver, o melhor sistema seria a combinação dos princípios da separação, tradição e abstração, embora reconheça uma tendência internacional de os princípios da unidade e da tradição se imporem e considere irrealista uma maior acolhida do princípio da abstração (p. 212-213).

2.7. Em termos conclusivos, após fazer um resumo dos resultados de sua pesquisa (p. 214-223), a A. responde às duas perguntas do título de sua dissertação negativamente: nem o princípio do consenso deve ser considerado acima do princípio da tradição, nem há consenso internacional sobre a necessidade da entrega, embora a entrega (e, conseqüentemente, o princípio da tradição) pareça cada vez mais passível de se impor (p. 223).

3. MÉRITO

3.1. Os resultados obtidos pela A. são notáveis sob diversos aspectos. Apesar de ocupar uma posição central no direito civil, a transferência de propriedade é um dos temas tratados de maneira mais desarmônica na literatura brasileira. Nesse contexto, embora esse não tenha sido o objetivo da A., sua maior contribuição para o direito brasileiro é ter feito uma análise objetiva do direito positivo vigente a partir de sólidos princípios fixados no primeiro capítulo de sua tese. Por um lado, a A. demonstrou que o Brasil segue o *princípio da unidade com o da tradição*, e não o princípio da separação com o da causalidade ou com o da abstração. O mero fato de o modelo adotado pelo legislador nacional não ser perfeito e sofrer derrogações para atender a necessidades da prática não legitima a doutrina a ignorá-lo *de lege lata* em prol de um “sistema perfeito” ou “ideal”, mas significa apenas que a escolha legislativa pode não ter sido a mais feliz e que no futuro a lei deva ser mudada. Ao contrário do que afirma parte da literatura nacional,¹³ a mera semelhança entre o art. 481 CC e o § 433 I BGB não é suficiente para alinhar o direito brasileiro com o alemão. Em verdade, a função sistemática desempenhada pelo contrato de compra e venda puramente obrigacional do direito alemão é no direito brasileiro em grande parte assumida pelo contrato preliminar de compra e venda. Por outro lado, a minuciosa análise da A. revelou o quão específico o direito brasileiro em relação ao alemão, ao português e, por tabela, aos demais ordenamentos europeus.¹⁴ Curiosamente – e isso surpreende o jurista brasileiro – o modelo seguido pela lei brasileira é difundido no estrangeiro e tem ampla expectativa de espriar-se pelo mundo nas próximas décadas.

3.2. Apesar desse resultado positivo, cabem algumas considerações críticas. O título e a tese induzem o leitor à conclusão de que todos os ordenamentos jurídicos analisados seguiriam um único modelo de transferência de propriedade. Essa assunção é verdadeira para o BGB, cujo legislador teve a deliberada preocupação de adotar um único modelo, como pode ser percebido no fato de os princípios da separação e da abstração terem sido seguidos tanto para a transferência

13. Por exemplo, Villaça Azevedo, Álvaro. *Comentários ao novo Código Civil*. Arts. 481 a 532. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de compra e venda. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VII. Com. Art. 481, n. 5, p. 36; Silva Pereira, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Direitos reais. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. IV. p. 146.

14. Quanto à especificidade do contrato preliminar de compra e venda brasileiro em relação aos demais sistemas, cf. interessante contribuição de Harke, Jan Dirk. *Vertragsversprechen und Übereignungsmodus. Zur Rolle der Vorverträge in den romanischen Rechtsordnungen*. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, v. 72, p. 326-353, 2008. p. 326 ss.

de propriedade de direitos reais de coisas móveis e imóveis quanto para a cessão de crédito.¹⁵ Entretanto, o mesmo pressuposto não vale para o direito brasileiro. Aqui é difícil encontrar uma diretriz única em toda a legislação. Nos trabalhos do CC/1916, o debate a respeito da transferência de propriedade de coisas imóveis é bastante confuso e não permite extrair uma diretriz própria.¹⁶ Apenas o legislador da LRP tomou uma posição mais clara no sentido de exigir o título aquisitivo para o registro, mas mesmo ele não parecia estar ciente das minúcias teóricas do tema.¹⁷ A situação é ainda menos clara nas exposições de motivo do CC/2002, deixando transparecer que um tema cardinal como a transmissão da propriedade não foi propriamente discutido, apesar de toda a evolução da doutrina a respeito durante todo o século XX. Em vista dessa situação, cumpre perguntar se o direito brasileiro realmente segue um único modelo ou se para cada contrato ou mesmo tipo de transação admite-se, por exemplo, o princípio da separação.¹⁸ Essa possível

15. Stadler, Astrid. *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*. Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. p. 46 ss., 57 ss., 66 ss.

16. Sá Pereira, Virgílio. Op. cit. (nt. 10 supra), n. 27 ss., p. 108 ss.

17. Cf. Diário do Congresso Nacional (Seção I) de Setembro de 1970. p. 4409, n. 6: “No Título I, que trata das disposições gerais, existem no Decreto-Lei n. 1.000 dispositivos que dizem respeito exclusivamente ao registro de imóveis e estão confundidos com disposições relativas aos demais serviços regulamentados. É o caso, por exemplo, da obrigatoriedade da petição escrita, consignada no artigo 15. Pretendeu-se, no caso, estabelecer tal obrigatoriedade apenas no setor de registro de imóveis, mas ocorreu lamentável generalização da medida. A obrigatoriedade da petição escrita, contudo, não tem aplicação nem mesmo no caso do registro de imóveis, e só se justifica quando o regime imobiliário copia ou se confunde com o germânico, onde o registro vale independentemente do título. Na Alemanha, para que se proceda ao registro, não é necessário que exista um título translativo. Basta que o proprietário do imóvel, em nome do qual está matriculado, requeira sua transferência para que o registro se faça. O requerimento é instrumento formal de transferência, decorrendo daí a sua importância e a necessidade de que o petitorio se revista de formalidades especiais, que o transformam em verdadeiro acordo formal transferência. Deve ele consignar a descrição exata do imóvel, seu número de matrícula, identificação das partes, valor da transação, condições desta etc. *No regime brasileiro, onde o título tem importância vital e sem ele o registro não se processa, a exigência do requerimento escrito não tem razão de ser*. Qualquer um pode apresentar o título para o registro sem que ao oficial caiba indagar de seu interesse na transação. Daí a dispensa de requerimento escrito” (grifo nosso). Nesse trecho, o legislador parece ter confundido a petição escrita com o negócio jurídico de disposição (§ 873 BGB).

18. No caso de cessão de crédito, a qual, como ressaltado, não constitui objeto do trabalho da A., o direito brasileiro segue o princípio da separação por força do art. 288 CC (cf. n. 3.5, infra).

peculiaridade não foi vislumbrada pela A., que se concentrou, no direito brasileiro,¹⁹ exclusivamente na hipótese específica da compra e venda; a delicada pergunta de saber se outros contratos seguem princípio diverso (por exemplo, o contrato de doação, art. 538 CC²⁰) não é abordada. Daí decorre que, ao menos no direito brasileiro, a pesquisa da A. não tinha em vista o modelo de transferência de propriedade adotado pelo ordenamento jurídico como um todo, mas apenas e tão somente a hipótese do contrato de compra e venda de coisa.

3.3. O primeiro capítulo sobre os princípios é, como já dito acima, muito esclarecedor e preciso. No entanto, em outras partes do trabalho há referências à teoria do *titulus e modus*, sem que o leitor saiba seu exato conteúdo dentro dos parâmetros estabelecidos no início. Ao tratar do direito brasileiro, a A. afirma que no direito brasileiro valeria a teoria do *titulus e modus acquirendi*, que significaria a irradiação de efeitos meramente obrigacionais antes da entrega ou registro (p. 81, 84, 102). Nessa parte, o leitor pergunta-se se a teoria do *titulus e modus* é o mesmo que o princípio da unidade combinado com o da tradição, ou se haveria outras

19. No direito português, a A. refere-se à doação (p. 53).

20. A respeito, ver, entre outros, Alvim, Agostinho. *Da doação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1980. Com. art. 1168 [CC/1916], n. 23, p. 65 ss.; Villela, João Baptista. Contrato de doação: pouca luz e muita sombra. In: Pereira Jr., Antonio Jorge/Jabur, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 249-283. p. 261 ss., especialmente 263 ss.: “No direito brasileiro, a propriedade se transfere em consonância com o princípio da tradição (*Traditionsprinzip*) e não de acordo com o princípio do consenso (*Konsensprinzip*). Está filiado, portanto, à estirpe romana, segundo a qual *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (C., 2, 3, 20). Esta regra em nada sofre pelo fato de que o contrato de doação, ao contrário do de compra e venda, importe, *ele mesmo*, transferência da propriedade” (p. 263, último grifo nosso). À luz dos conceitos acima expostos (cf. n. 2.2 supra), há aqui uma contradição, afinal o princípio do consenso significa exatamente a transferência da propriedade pelo próprio contrato independentemente de um ato de publicidade adicional. Essa proximidade do contrato de doação com o princípio do consenso já era apontada em 1900 (!) por Antonio José Rodrigues Torres Neto em suas observações ao Projeto de *Bevilaqua*: “(...) Doação, diz o projecto, é o acto entre vivos em virtude do qual uma pessoa gratuitamente *desloca* do seu patrimonio *uma vantagem* para com ella augmentar o de outra que concorda em aceita-la (art. 1.304). Basta transcrever a definição para se conhecer os seus defeitos, sendo o menor delles o não se poder bem saber o que seja doação. Esqueceu-se o Projecto que a doação é um contracto consensual, e que por ella, assim como pela compra e venda, uma das partes obriga-se, para transferir o dominio, a entregar a outra uma cousa” (grifos no original) – Cf. Torres Neto, Antonio Jose Rodrigues. Observações ao Projecto do Codigo Civil do Sr. Dr. Clovis Bevilaqua. In: *Revista de Jurisprudencia*, v. 10, p. 321-327, 1900. p. 325. Por último, é interessante observar que também no direito alemão o contrato de doação foi motivo de discórdia, como se pode ver em Jauernig, Othmar. *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*. In: *Juristische Schulung* (JuS), a. 9, p. 721-727, 1994. p. 722 ss.

possibilidades, como o princípio da separação. Um breve olhar na literatura revela que essa teoria era muito difundida no direito comum para indicar a transmissão de propriedade, sendo que *titulus* designava a *iusta causa* para a transferência do domínio e *modus* o acontecimento concreto que a desencadeava (por exemplo, a tradição ou qualquer de seus modos substitutivos).²¹ Por detrás dessa aparente harmonia escondia-se, porém, uma enorme divergência sobre o significado de *titulus*, a qual pode ser resumida em basicamente três teorias. Segundo a *teoria da causa vera*, a transferência somente ocorria se houvesse um título válido; se ele fosse, em contrapartida, inválido ou inexistente, o alienante permanecia proprietário (assim, por exemplo, *Cujacius* e *Voet*). Em perspectiva diversa, a *teoria do animus* (ou *do animus dominii transferendi*) exigia apenas um acordo das partes sobre a transmissão da propriedade, de modo que o adquirente se tornava proprietário mesmo se o título jurídico fosse nulo ou inexistente. Isso ocorria quando o título fosse inválido por motivo não relacionado com a vontade das partes, por exemplo, por ilegalidade (nesse sentido, *Accursius* e *Baldus*). Por último, a *teoria abstracta* fazia depender a transferência da propriedade apenas do acordo das partes; outros vícios não teriam qualquer relevância (assim, por exemplo, *Rogierius*).²² Ora, se a teoria do *titulus* e *modus* pode ser associada tanto ao princípio da unidade quanto ao princípio da separação com o da causalidade mitigada ou ainda com o da abstração, ela é imprecisa e o mais aconselhável abandoná-la. No caso do direito brasileiro em especial, afirmar que valeria a teoria do *titulus* e *modus* não traz nenhum ganho, mas apenas acaba por levantar dúvidas e turvar o fato de ele seguir, ao menos para a compra e venda, o princípio da unidade com o da tradição.

3.4. Para o jurista acostumado com as peculiaridades da literatura brasileira em direito civil, chama a atenção o fato de a A. ter não apenas atribuído um peso talvez excessivo a manuais e comentários, mas principalmente de não ela ter localizado nem ao menos mencionado obras sobre a transferência de propriedade consideradas paradigmáticas no Brasil. Como contribuições relevantes podem ser citados

-
21. Coing, Helmut. *Europäisches Privatrecht*. Band I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München: Beck, 1985. § 30. p. 178 ss., § 56. p. 303 ss.; Stagl, Jakob Fortunat. Der Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen. Gedanken über die Methode der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel der Study Group on a European Civil Code. In: Tietze, Andrea u.a. (Org.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004*. Europäisches Privatrecht. Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht. Stuttgart/München/Hannover: Richard Boorberg, 2005. p. 369-397. p. 373.
 22. Em detalhes, com a citação das fontes, Vliet, Lars Peter Wunibald von. *Transfer of movables in German, French, English and Dutch Law*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2000. p. 171 ss.; Idem. *Iusta causa traditionis and its History in European Private Law*. In: *European Review of Private Law (ERPL)*, v. 11, p. 342-378, 2003. p. 346 ss.

os trabalhos de *Vilobaldo Bastos de Magalhães*,²³ ao menos um artigo de *Orlando Gomes*²⁴ e especialmente as inúmeras contribuições de *Darcy Bessone* sobre o contrato de compra e venda, a promessa de compra e venda e os efeitos do contrato de compra e venda no direito brasileiro.²⁵⁻²⁶ A lacuna mais grave encontra-se, no entanto, em não ter tratado do entendimento de *Clóvis do Couto e Silva*, que, sob forte influência da doutrina alemã, sustentou na década de 1960 a tese do *sistema da separação relativa dos planos dos direitos obrigacionais e dos direitos reais* em sua famosa monografia *A obrigação como processo*.²⁷ Por mais questionável que ela seja (cf. logo a seguir nossa opinião a respeito), essa teoria foi aos poucos ganhando adeptos entre os juristas nacionais²⁸ e hoje pode ser considerada uma das mais importantes do direito brasileiro vigente. O simples fato de muitos manuais não mencionarem expressamente a teoria de *Couto e Silva* não pode servir de escusa, pois grande parte dos manuais disponíveis no mercado brasileiro não reflete o estado da literatura específica.²⁹ Não bastasse isso, especialmente incômoda ao leitor brasileiro é a falta

-
23. MAGALHÃES. Vilobaldo Bastos de. *Compra e venda e sistemas de transmissão da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; MAGALHÃES. Vilobaldo Bastos de. *Compra e venda a non domino e evicção*. In: *Bahia Forense* (BF), a. 17, v. 11, p. 25-40, 1978.
 24. GOMES, Orlando. *Venda real e venda obrigacional*. In: *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 110-164.
 25. BESSONE, Darcy. *Pesquisa sobre o conceito e os efeitos da compra e venda*. In: *Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto*. Recife: Ministério da Educação e Cultura, 1959. v. I. p. 289-298; BESSONE, Darcy. *Promessa de compra e venda de imóveis*. Belo Horizonte: Santa Maria, 1952; BESSONE, Darcy. *Transmissão de domínio e relações patrimoniais dos entes públicos*. Belo Horizonte: s.e., 1953.
 26. Sobre a transferência de propriedade, há ainda um extenso (mas pouco conhecido) trabalho de Almeida Prado, Francisco Bertino de. *Transmissão de propriedade imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1934. Sobre a compra e venda *a non domino*, cf. detalhado estudo de Garcez de Azevedo, Ana Carolina. *Contrato de compra e venda. Venda de coisa alheia*. In: *Ciência Jurídica*, a. 21, v. 133, p. 211-281, 2007. p. 257 ss.
 27. SILVA. Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2006. p. 52 ss. et passim.
 28. Moreira Alves, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 53 ss.; Martins-Costa, Judith. *Comentários ao novo Código Civil (artigos 304 a 388)*. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. t. I. p. 62 ss.; Vanzella, Rafael Domingos Faiardo. *O contrato e os direitos reais*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 227 ss.; Couto e Silva, Almiro do. *Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro*. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57, p. 295-313, 2003. p. 311. Ele também exerceu alguma influência sobre manuais, por exemplo em Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de Direito Civil. Obrigações*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2015. v. II. p. 146 ss. et passim.
 29. Também é notória a dificuldade dos docentes de direito civil de indicar manuais aos alunos da graduação para seguir o curso. Muitas vezes se recorre a manuais estrangeiros (por

de referências à vontade do legislador contida em inúmeras exposições de motivos e debates parlamentares sobre o assunto, seja do CC/1916³⁰, seja do CC/2002³¹. Esse rico e vasto material poderia ter sido mais bem aproveitado.

Além de descurar de algumas obras tidas como fundamentais sobre o tema de transferência de propriedade, a A. também peca ao analisar a opinião de um dos maiores juristas brasileiros do século XX, *Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda*. Em parágrafo pouco elucidativo, a A. faz breve referência a ela para logo em seguida descrevê-la como uma “concepção ideal” (*Idealvorstellung*) completamente desvinculada da lei e sem qualquer fundamento jurídico (p. 100). A nosso ver, a A. tem razão ao rechaçar o entendimento *Pontes de Miranda*, mas seria necessária uma análise mais apurada dos motivos levantados por esse jurista. Isso porque *Pontes de Miranda* elabora um sistema “diferenciado” ou “dualístico” de transferência de propriedade. Para bens imóveis, vigoraria o princípio da separação com o da abstração da seguinte forma: comprador e vendedor celebrariam uma escritura pública de compra e venda na qual concluiriam simultaneamente tanto o contrato de compra e venda puramente obrigacional quanto o negócio jurídico de disposição. No momento de levar essa escritura a registro, apenas o segundo seria transcrito na matrícula do imóvel, o que seria comprovado, na prática, pelo fato de a escritura pública somente ser registrada quando ela contivesse formulações como “(...) transferindo, neste ato, o domínio (...)”.³² Para bens móveis, em contrapartida, o direito brasileiro seguiria o

vezes, os portugueses como Menezes Cordeiro ou Antunes Varela), a algumas obras consideradas fundamentais (entre elas, a monografia de Clóvis do Couto e Silva), a uma série de artigos espalhados ou ainda a extratos de autores importantes, como do famoso tratado de Pontes de Miranda. As queixas feitas por Alcides Tomasetti Jr. em comentário à jurisprudência de meados da década de 1990 continuam, infelizmente, atuais – Cf. Comentário a: TJSP, 8º Cam. Civ. Ap. Civ. n. 212.726-1/8, rel. José Osório, j. 16.12.1994. In: *Revista dos Tribunais* (RT), a. 85, v. 723, p. 208-223, 1996.

30. Por exemplo, COUTO E SILVA, Clóvis. *Código Civil brasileiro*. Trabalhos relativos a sua elaboração. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917-1919. v. 1 a 3; COUTO E SILVA, Clóvis. *Projecto do Código Civil brasileiro*. Trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. v. 1 a 8 (material valiosíssimo, mas infelizmente pouco utilizado em nossos dias).
31. Branco Rangel, Leyla Castello (Org.). *Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 1975. v. 1 a 5; Menck, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar*. Elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. Audiências públicas e relatórios (1975-1983). Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. v. I. t. 1 a 4; Menck, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar*. Elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. O projeto de Código Civil no Senado Federal (1984-1997). Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. v. II. t. 1 a 4.
32. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Direito das coisas. Propriedade. Aquisição de propriedade imobiliária. São Paulo: Ed. RT, 2012. § 1243. n. 1.

princípio da separação com o da causalidade, porquanto a eficácia do negócio jurídico de disposição dependeria da eficácia do negócio jurídico obrigacional (art. 622, parágrafo único, CC/1916, correspondente ao art. 1268 § 2º CC/2002).³³

Essa posição de *Pontes de Miranda* de fato não encontra correspondência na literalidade nem do CC/2002 nem do CC/1916, constituindo-se, nesse sentido, em uma “concepção ideal”. No entanto, esse entendimento explica-se por dois motivos: um referente à prática dos tabeliões e outro ao método de interpretação e aplicação da lei. Para os imóveis, a praxe de exigir uma formulação como “(...) transferindo, neste ato, o domínio (...)”³⁴ na escritura pública não derroga o direito escrito, mas apenas demonstra um descompasso entre a prática jurídica e a lei. Cabe à doutrina e à jurisprudência reagir e criticar energicamente qualquer exigência além da prescrita pelo legislador. Para os móveis, o mero fato de a lei não exigir, como o faz o BGB, um negócio jurídico de disposição já é mais do que suficiente para excluir sua existência ao menos quanto ao contrato de compra e venda, como bem destacou a A. Exatamente aqui surge, porém, uma das características mais marcantes do direito brasileiro: o “método” de interpretar o direito brasileiro a partir de conceitos e estruturas de direitos alienígenas, identificado, entre nós, com as palavras-chaves “bartolismo” e “direito comum atual”.³⁵ Em verdade, o entendi-

p. 417 ss.; § 1244, n. 1, p. 420 ss.; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Direito das obrigações. Compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. São Paulo: Ed. RT, 2012. § 4287. n. 3. p. 217. Em vista de um caso prático, cf. Parecer n. 73, sobre negócio jurídico consensual de promessa de alienação de bem imóvel e falta de adimplemento pelo promissário para que se fizesse a escritura pública dita definitiva (escritura pública com o acordo de transmissão). In: *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974. p. 275-289. p. 284 ss.

33. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Direito das coisas. Propriedade mobiliária (bens corpóreos). São Paulo: Ed. RT, 2012. § 1749. n. 1. p. 383 ss., n. 3, p. 384; § 1750, n. 2, p. 388; § 1751, n. 7, p. 395 ss.; § 1753, n. 1, p. 403 ss.
34. Ver outro exemplo em modelo formulado por Ceneviva, Walter. Escritura pública de compra e venda. In: *Revista do Advogado*. Publicação trimestral da Associação dos Advogados de São Paulo, a. 3, n. 9, p. 64-66, 1982. p. 66 (“[...] transferindo-lhe toda posse, domínio, direito e ação [...]”).
35. Medina, Francisco Sabadin. Resenha de: Benjamin Herzog, Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive. Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering, 2014. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo* (RDCC), a. 3, v. 7, p. 393-412, 2016. p. 408 ss.; Schmidt, Jan Peter. The ‘Principles of Latin American Contract Law’ Against the Background of Latin American Legal Culture: A European Perspective. In: Momberg, Rodrigo; Vogenauer, Stefan (Org.). *The Future of Contract Law in Latin America*. Oxford: Hart, p. 57-95, 2017. p. 75 ss. Utilizamos aqui “método” entre aspas não para indicar que o uso da literatura estrangeira por si só seria incorreto, mas apenas que a

mento de *Pontes de Miranda* é exemplo perfeito da consequência danosa de utilizar de maneira pouco criteriosa a literatura estrangeira. Ao invés de analisar as normas (principalmente o direito positivo) e daí tentar extrair um sistema, a maioria dos juristas nacionais tende a estudar um tema (no caso, transmissão de propriedade) em livros estrangeiros e, convencida de sua “superioridade” ou impressionada com sua lógica, ou simplesmente ignora o direito brasileiro positivo para sustentar as regras de direito estrangeiro, ou, como fez *Pontes de Miranda*, procura fundamentos na lei brasileira para ancorar as estruturas de pensamento alienígenas e transplanter, na medida do possível, as regras estrangeiras para o Brasil.

O caso específico da transferência da propriedade, que pode ser visto como um exemplo paradigmático, evidencia ao menos duas graves consequências e um perigo desse “método”. A primeira consequência é a desconsideração da vontade do legislador, a qual nunca é respeitada por si mesma, mas acaba sendo paulatinamente minada pela atitude do intérprete, que, muitas vezes negando o “malévolo positivismo” ou uma “atitude liberal”, sente-se legitimado a ignorar decisões “equivocadas” do legislador. Nesse procedimento já se chegou mesmo a sustentar a possibilidade do princípio do consenso no direito brasileiro,³⁶ apesar de, ao menos no caso da compra e venda, nenhum dispositivo possibilitar essa interpretação.³⁷ Intrinsecamente ligada a essa consequência vem a segunda: o direito brasileiro acaba ficando, na prática, completamente desvinculado da legislação, a qual deixa de ser vinculante para se tornar um “mero conselho”³⁸. Afinal, que importância tem uma decisão do legislador assentada em uma norma, se o intérprete pode invocar a seu bel-prazer princípios constitucionais e infraconstitucionais ou doutrinas estrangeiras para afastar a aplicação de uma norma sempre que o resultado lhe pareça injusto? Em um sistema codificado, lacunas e contradições são tratadas pelo intérprete por meio da interpretação da lei conforme os métodos da analogia e interpretação

doutrina tende a empregá-la sem se preocupar com os perigos de seu uso excessivo (por exemplo, o desrespeito da literalidade da lei e, por tabela, da vontade do legislador) e com a necessidade de formular um método para evitá-los. Sobre o uso de literatura estrangeira para interpretar o próprio direito, cf. Zweigert, Konrad. *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ), v. 15, p. 5-21, 1949/1950. p. 5 ss., especialmente 10 ss.; e, propondo um método, Coendet, Thomas. *Rechtsvergleichende Argumentation*. Phänomenologie der Veränderung im rechtlichen Diskurs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

36. Assim, Barbosa da Silva, Alexandre. *A propriedade sem registro: o contrato e a aquisição da propriedade imóvel na perspectiva civil-constitucional*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014. p. 226 ss.

37. Sobre o caso da doação, cf. nt. 20, supra.

38. Expressão do Dr. Jan Peter Schmidt em conversa particular.

sistemática, mas mesmo esses obedecem a certos limites, especialmente a literalidade da lei. Diante da forma como a lei é interpretada e aplicada no Brasil, pode-se mesmo questionar se o direito brasileiro é, na prática, um direito codificado ou antes um direito não codificado com um código civil (poder-se-ia falar então de um “direito formalmente codificado”, mas “materialmente não codificado”).

Um dos principais perigos desse “método” reside no risco de má compreensão da fonte de inspiração, ou seja, de um autor nacional ler no original algo diverso do realmente querido pelo autor estrangeiro e, assim, modificar o direito recebido. Fala-se aqui de uma transformação no processo de recepção. Esse foi *provavelmente* o caso de *Couto e Silva*. Ao defender o “sistema de separação relativa dos planos”, ele afirma que *Karl Larenz* “aceita[ria] (...) a codeclaração da vontade de adimplemento”, mas “erra[ria] (...) ao não distinguir suficientemente os planos em que repercutem ambos os negócios [obrigacional e de disposição]”.³⁹ A leitura do manual do *Larenz* revela, porém, uma perspectiva um tanto diversa. Em verdade, o jurista alemão aponta, *de lege lata*, inconvenientes do sistema alemão (do princípio da separação com o da abstração) e sustenta, *de lege ferenda*, um sistema que combine o princípio da unidade com o da tradição, no qual as declarações de vontade do negócio jurídico obrigacional e do de disposição *seriam – como se fossem – codeclaradas*.⁴⁰ Por outras palavras, *Larenz* não admite a codeclaração, como

39. COUTO E SILVA, Clóvis. Op. cit. (nt. 27 supra), p. 57.

40. “Man wird daher rechtspolitisch am ehesten einer Gestaltung den Vorzug geben müssen, die zwar an dem Erfordernis eines realen Vollzugsaktes (Übergabe oder Eintragung) festhält, nicht aber an der Zerlegung des rechtsgeschäftlichen Akts in einen obligatorischen und einen besonderen dinglichen Vertrag. Bei einer solchen Gestaltung bedürfte es also im Falle des Kaufs nur eines einzigen Vertrages, des Kaufvertrages, der dann, mit Rücksicht auf seine sowohl obligatorisch wie dinglichen Rechtsfolgen, anders als heute zugleich Verpflichtung und Verfügungsgeschäft wäre, beide (gedanklich auch dann zu unterscheidenden) Momente in sich vereinte. Die Erklärung des Verkäufers müßte dann sinngemäß so interpretiert werden: Ich verpflichte mich, Dir das Eigentum zu verschaffen (Verpflichtungsmoment) und übertrage es Dir hiermit (Verfügungsmoment) – vorbehaltlich der Übergabe (oder Eintragung)”. Tradução: “Do ponto de vista de política legislativa, deve-se dar preferência para a construção de que de fato mantém a exigência de um ato de execução real (entrega ou registro), mas não na decomposição do ato jurídico em um contrato obrigacional e um contrato de direito real. Em uma configuração como essa seria necessário, no caso de compra e venda, apenas um único contrato, o contrato de compra e venda, que então, tendo em vista tanto os efeitos obrigacionais quanto reais, diferentemente de hoje seria ao mesmo tempo negócio jurídico obrigacional e negócio de disposição e unificaria os dois elementos (que ainda assim teriam de ser diferenciados no pensamento). A declaração do vendedor deveria ser interpretada da seguinte forma: eu me obrigo a te transferir a propriedade (elemento obrigacional) e te transfiro dessa forma a propriedade (elemento de disposição) – ressalvada a entrega (ou o registro)”. Com isso, *Larenz* não queria, porém, dizer que se deveria interpretar na única declaração do

quer *Couto e Silva*, mas apenas traça um paralelo entre os sistemas do princípio da separação com o da abstração e do princípio da unidade com o da tradição para dizer que neste último as duas declarações de vontade seriam substituídas por *apenas uma em um único negócio jurídico*. Tanto é assim que, anos mais tarde, em livro em homenagem a *Larenz, Franz Bydlinsky* escreveu um importante artigo sobre transferência da propriedade no direito austríaco, defendendo a visão de *Larenz*. Nessa contribuição, ele rechaça a tese (surgida no direito austríaco) da existência de um negócio jurídico de disposição “codeclarado” no negócio jurídico obrigacional afirmando que essa construção seria uma “monstruosidade” (“Monstruosität”), porquanto por esse modelo as partes concluiriam inconscientemente e mesmo contra sua vontade um contrato de direito real ao lado do contrato obrigacional, o que infringiria o princípio da liberdade de contratar.⁴¹

vendedor dois negócios jurídicos, mas apenas que um único negócio jurídico conteria, em si mesmo, os negócios jurídicos obrigacional e de disposição do direito alemão. Isso fica bastante claro em nota de rodapé (nt. 25), na qual ele esclarece que, no caso da compra e venda com reserva de domínio, a diferenciação entre negócio jurídico obrigacional e de disposição seria realizada pela aposição de uma condição suspensiva que tivesse por objeto não todos os efeitos do contrato (unitário), mas apenas os efeitos reais: “Die gedankliche Unterscheidung der obligatorischen und der dinglichen Rechtsfolgen des (einheitlichen) Vertrages würde es m.E. auch erlauben, nur die letzteren durch Parteiabrede von einer Bedingung abhängig zu machen, also die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts im Kaufvertrage. A.A. Weitnauer in Festschr. f. K. Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 708 f. Er hält die Trennung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages für ‘denknotwendig’, weil im Falle des Eigentumsvorbehalts nur das letztere bedingt geschlossen würde. Nimmt man aber einmal einen Vertrag an, der ein schuldrechtliches und ein dingliches Element in sich vereint, dann halte ich auch eine Bedingung für denkbar, die sich nur auf das letztere bezieht”. Tradução: “A diferenciação mental dos efeitos obrigacionais e reais do contrato (unitário) permitira, na minha opinião, apor apenas aos últimos uma condição e, portanto, o acordo de uma reserva de domínio em um contrato de compra e venda. Em sentido diverso, *Weitnauer* na Festschr. f. K. Larenz, 1983, p. 708 ss. Ele entende que a separação do contrato obrigacional e do contrato de direito real seria necessária do ponto de vista mental, porque no caso de reserva de domínio apenas o último [= contrato de direito real] seria concluído sob condição [suspensiva]. Admitindo-se, porém, um [único] contrato, que reúne o elemento obrigacional-real em si, então considero que uma condição [suspensiva] possível que se refira apenas ao último [= elemento real]”. Cf. *Larenz, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil 1. Halbband. 13. ed. München: Beck, 1986. § 39 II d. p. 20 ss. e nt. 25. Na edição consultada por Couto e Silva não havia essa nota de rodapé. Cf. Larenz, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil. 5. ed., Beck: München, 1962. § 35 II d. p. 19.*

41. *Bydlinsky, Franz. Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht. In: Paulus, Gotthard; Diederichsen, Uwe; Canaris, Claus-Wilhelm (Org.). Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag. München: Beck, p. 1027-1042, 1973. p. 1031 ss.*

No direito brasileiro em particular, a incoerência do modelo da codeclaração torna-se evidente diante da prática jurídica. Quando as partes querem se vincular a uma compra e venda de imóvel, impedindo, porém, a transferência da propriedade até o pagamento do preço, elas não podem – como seria de esperar se existissem dois negócios jurídicos – celebrar um contrato de compra e venda ressaltando a conclusão do negócio de disposição para momento posterior. A alternativa amplamente empregada é o contrato preliminar de compra e venda, o qual, como corretamente enfatizou a A., exerce a mesma função do contrato de compra e venda (puramente obrigacional) do direito alemão e apresenta-se como instrumento típico para evitar a transmissão da propriedade em ordenamentos jurídicos que adotam o princípio da unidade (independentemente se combinado com o do consenso ou com o da tradição). Seguisse o direito brasileiro o modelo da codeclaração, as partes poderiam, por decorrência lógica, celebrar apenas um dos negócios jurídicos (no caso, apenas o contrato de compra e venda). No entanto, é exatamente porque elas não podem fazer isso que elas são forçadas a recorrer a outro instrumento jurídico, nomeadamente o contrato preliminar de compra e venda.

3.5. Um dos pontos de divergência mais notáveis e, sob a perspectiva do direito comparado, mais produtivos entre o direito alemão e o brasileiro é a importância atribuída pela doutrina nacional à tricotomia existência-validade-eficácia e à teoria dos planos dos fatos jurídicos. Mesmo na literatura alemã encontram-se aqui ou ali breves referências a essa peculiaridade do direito brasileiro.⁴² Ao longo do século XX, juristas brasileiros não se cansaram de citar a tricotomia como um exemplo de “vanguardismo” do direito civil brasileiro, censurando a literatura alemã, em cujo direito a mesma divisão ainda se encontraria “em forma embrionária”.⁴³ O ponto alto desse debate somente ocorreu, porém, em nossa década. Após ser criticado por *Thiago Reis* por não ter dado a devida atenção à tricotomia em sua monografia sobre a codificação de direito civil no Brasil,⁴⁴ *Jan Peter Schmidt* elaborou interessante

42. Por exemplo, Geiben, Nikolaus. *Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht*. Unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienerwerbs im portugiesischen und brasilianischen Recht. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2005. p. 223. Recentemente, Wolf, Burkard J. Die Übersetzung des brasilianischen Zivilgesetzbuchs von 2002 ins Deutsche. Erfahrungen und Schlussfolgerungen. In: Meyer, Cord; Schmidt, Jan Peter; Wolf, Burkard J. (Org.). *Das brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002 und die Realitäten des Grundstücksrechts. Beiträge zur XXXIII. Jahrestagung der DBJV vom 20. bis 23. November 2014 in Hannover*. Aachen: Schaker, 2016. p. 75-127. p. 83 e nt. 25.

43. COUTO e SILVA, Clóvis do. Op. cit. (nt. 27 supra), p. 67, nt. 121; Discurso de Canuto Mendes de Almeida em Outorgado o título de Professor Honorário ao Dr. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (RFDUSP)*, v. 62, n. 2, p. 381-392, 1962. p. 386 ss.

44. REIS, Thiago. Apologie des Pandektensystems. Rezension zu: Jan Peter Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien, 2009*. In: *Rechtsgeschichte (Rg)*, v. 18, p. 246-249, 2011. p. 249.

artigo a respeito sob a perspectiva de um jurista alemão.⁴⁵ Nele foram defendidos, entre outros, dois pontos essenciais. Primeiro, todos os subsídios para o desenvolvimento da tricotomia encontravam-se, em maior ou maior medida, na literatura alemã do final do século XIX e início do século XX, na qual *Pontes de Miranda* poderia ter se abeberado. Segundo, a tricotomia não é, como parece reinar entre nós, uma “lei natural”,⁴⁶ mas pode ser contestada sob diversos aspectos (em especial, os perigos de desvinculação da lei) e ser substituída por modelos mais adequados para aplicação da lei, como o desenvolvido por *Detlef Leenen*.⁴⁷ Há poucos meses, *Marcos Bernardes de Mello* respondeu do lado brasileiro. Em apaixonada defesa de *Pontes de Miranda*, ele alegou não haver no direito alemão qualquer referência à categoria da inexistência ou à tricotomia no direito alemão e repetiu alguns pontos de sua obra sobre a teoria dos fatos jurídicos.⁴⁸

À primeira vista gritante, essa disparidade entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão é muito menor do que parece, porque uma tricotomia muito próxima da brasileira já é conhecida na doutrina alemã da década de 1930⁴⁹ e há referências esparsas à categoria da existência do negócio jurídico pelo menos desde

-
45. Schmidt, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã. Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. In: *Revista Fórum de Direito Civil* (RFDC), a. 3, v. 5, p. 135-158, 2014. p. 142 ss.
46. O fato de a tricotomia não ser adequadamente seguida nem mesmo nos manuais que a ela fazem referência não consiste em um argumento contra o fato de ela ser vista como uma “lei natural”, mas a favor, porquanto todos os autores das gerações mais novas se sentem obrigados a se referir a ela, mesmo se não estejam dispostos a levá-la a suas últimas consequências.
47. LEENEN, Detlef. Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Dissens. In: *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), v. 188, p. 381-418, 1988. p. 381 ss.; LEENEN, Detlef. Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Dogmatik und Methodik der Fallbearbeitung. In: *Juristische Ausbildung* (Jura), a. 29, p. 721-728, 2007. p. 721 ss.; LEENEN, Detlef. Die Anfechtung von Verträgen. Zur Abstimmung zwischen § 142 Abs. 1 und §§ 119 ff. BGB. In: *Juristische Ausbildung* (Jura), a. 13, p. 393-399, 1991. p. 393 ss. Essa perspectiva ganhou espaço e é seguida, entre outros, por Moussa, Awaalom Daniel. *Das Dogma vom formgerechten Zugang*. Zugleich ein Plädoyer für die Trennung von Fragen des Zustandekommens und der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
48. MELLO, Marcos Bernardes de. Breves considerações acerca da crítica de Jan Peter Schmidt à concepção de Pontes de Miranda dos planos do mundo jurídico. In: *Revista Fórum de Direito Civil* (RFDC), a. 5, n. 12, p. 189-195, 2016. p. 189 ss.
49. Zauderer, Max. *Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften*. Tese (Doutorado). Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Philipps-Universität, Marburg, 1931. p. 15 ss., que diferencia entre “Errichtungsvoraussetzungen” (requisitos de formação), “Geltungsvoraussetzungen” (requisitos de validade) e “Wirksamkeitsvoraussetzungen” e (requisitos de eficácia) do negócio jurídico. No mesmo sentido, Kuhlmann, Fritz. *Relative (einseitige) Unwirksamkeit*. Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Phillips-Universität, Marburg, 1936. p. 5 ss.

1877⁵⁰. Em verdade, a peculiaridade do direito alemão vigente reside apenas em a tricotomia e a inexistência não terem adquirido a grande importância.⁵¹ A nosso ver, essa discrepância não reflete uma suposta diferença de capacidade criativa da doutrina de qualquer um desses países; antes, ela decorre de *condicionantes sistêmicas* de cada ordenamento. No caso específico da tricotomia (deixamos aqui o

-
50. Karlowa, Otto. *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. Berlin: Weidmann, 1877. p. 5: “(...) die rechtliche Existenz des Rechtsgeschäfts”, “(...) a existência jurídica do negócio jurídico”; 6 “(...) Existenz oder den Bestand des Rechtsgeschäfts”, “(...) existência do negócio jurídico”; 7 “(...) ein existentes Rechtsgeschäft (...)”, “(...) um negócio jurídico existente (...)” et passim. Na literatura posterior, não poucos autores fazem referência ao “não negócio jurídico” (Nichtrechtsgeschäft). A respeito, com ampla indicação bibliográfica, Medina, Francisco Sabadin. *Das Nichtrechtsgeschäft im deutschen Zivilrecht*. Ein Beitrag zu den Tatbeständen des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung. Hamburg: Igel, 2015. Entre nós, o pioneirismo de Karlowa já é reconhecido desde o início da década de 1980 por Couto e Silva, Clóvis do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (A atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (BFDUC), v. 58, p. 311-372, 1982. p. 358 ss. et passim. In: *Revista de Processo* (RePro), v. 10, n. 37, p. 238-270, 1985 = Contribution a une Historie des Concepts dans le Droit Civil et dans la Procedure Civile (L’actualité de la pensée d’Otto Karlowa et d’Oskar Bülow). In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (Quad. Fior.), v. 14, p. 243-299, 1985.
51. Sob esse aspecto, é equivocada a crítica de Bernardes de Mello de que teria faltado “rigor científico” a Jan Peter Schmidt. A existência de obras alemãs do final do século XIX e início do século XX com referência a um esquema muito próximo à tricotomia e ao negócio jurídico inexistente comprovam exatamente o contrário (...). Quanto à inexistência, cf. nt. 50 supra e 52 infra. No que tange à teoria dos fatos jurídicos, ainda falta um estudo comparado entre o direito brasileiro e o alemão. Mesmo assim, recomenda-se cautela diante dos inúmeros estudos sobre atos jurídicos (*Rechtshandlungen*) e efeitos jurídicos (*Rechtswirkungen*) de Alfred Manigk. Ver, por exemplo, S.v. *Rechtshandlungen*. In: *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*. Viertes Band. Mädchenhandel. Reichsexekution. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1927. p. 664-671; S.v. *Rechtswirkung*. In: *Handwörterbuch IV* cit., p. 753-758. Entre os manuais alemães mais recentes, Reinhard Bork dedica um parágrafo inteiro aos fatos jurídicos (*Rechtstatsachen*), indicando como fonte a literatura do início do século XX, especialmente as obras de Alfred Manigk – Cf. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 3. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. § 8, Rdnr. 272 ss., p. 117 ss. (infelizmente não tivemos acesso à última edição, de 2016). Com essas considerações não queremos – de forma alguma – negar qualquer mérito de Pontes de Miranda nem dizer que ele teria se restringido a copiar a literatura alemã do período, mas apenas apontar que ele provavelmente se inspirou na literatura alemã do período. Em todo caso, crítico quanto ao esforço dos juristas brasileiros em alcançar um esquema geral dos fatos jurídicos, pois aparentemente não há um ganho real de conhecimento com isso, e à equivocada equiparação dos atos-fatos com os *Realakten* do direito alemão, Schmidt, Jan Peter, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 348 ss., nt. 344.

negócio jurídico inexistente de lado⁵²), um dos fatores mais importantes encontra-se na *distinção entre direito obrigacional e direito real* e manifesta-se com especial intensidade exatamente no tema da transferência de propriedade. Todo sistema jurídico tem, pela própria natureza das coisas, de dispor de algum instrumento para separar os direitos reais (por definição “mais fortes” e oponíveis contra todos) dos direitos obrigacionais (“mais fracos”, por vincular apenas um número tendencialmente mais restrito de pessoas).⁵³ O direito alemão realiza essa separação dos direitos reais e obrigacionais por meio do princípio da separação combinado com o da abstração, ou seja, em regra efeitos obrigacionais são irradiados apenas por negócios jurídicos obrigacionais (por exemplo, compra e venda, mandato e empreitada) e efeitos reais são produzidos por negócios jurídicos de disposição (assim, o contrato de direito real para transferência de propriedade e constituição de direito real, e a cessão de crédito). Dessa forma, segundo o esquema delineado pelos “pais do BGB”, em caso de compra e venda *a non domino* no qual a coisa vendida seja entregue ao comprador, o contrato de compra e venda (negócio jurídico obrigacional) é *plenamente eficaz*, ou seja, ele irradia *todos os seus efeitos*, enquanto o contrato de direito real (negócio jurídico de disposição) é ineficaz (*unwirksam*) por ausência de poder de disposição (*Verfügungsmacht*) do vendedor. Como resultado, o vendedor não adimpliu seu dever de prestação com a entrega da coisa e o comprador pode acioná-lo judicialmente para exigir a transferência da propriedade.

Por sua vez, o direito brasileiro lida com a necessidade de separar os efeitos reais dos obrigacionais de maneira ligeiramente diversa. Não tendo o legislador optado pelo princípio da separação e, portanto, não podendo o jurista brasileiro, via de regra, recorrer aos negócios jurídicos obrigacionais e negócios jurídicos de disposição, era necessário criar um expediente diverso para separar os efeitos obrigacionais dos reais. A solução foi encontrada na estrutura do negócio jurídico: em vez de reservar um negócio jurídico para os efeitos obrigacionais e outro para os efeitos reais, a doutrina brasileira optou por conferir maior importância à categoria da eficácia, a qual ganhou *maior autonomia* frente a outros defeitos do negócio jurídico que passaram a ser compreendidos como requisitos de validade do negócio jurídico. Dito de outra forma, a distinção entre validade e eficácia, e o maior

52. Ao contrário do que afirma *Bernardes de Mello*, o direito alemão conhece sim uma concepção muito semelhante ao “negócio jurídico inexistente” e ao “plano da existência”, mas não utiliza essas categorias, porque elas designam diversas situações diversas da formação de um contrato e, nesse sentido, são imprecisas. Ver nossa opinião, com ampla indicação bibliográfica, em Medina, Francisco Sabadin. O negócio jurídico inexistente e o plano na existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? In: *Revista de Direito Privado* (RDPriv), a. 17, v. 71, p. 179-222, 2016. p. 179 ss.; e, em vista apenas do direito alemão, *Das Nichtrechtsgeschäft* cit. (nt. 50 supra).

53. Habermaier, Stefan. *Das Trennungsgedanken*. In: *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), v. 195, p. 283-294, 1995. p. 283 ss.

refinamento da categoria da eficácia não são próprios do direito brasileiro, mas *adquiriram maior importância e especial desenvolvimento*, porque nele seu papel não se restringe a determinar se o negócio produz seus efeitos típicos (especialmente nos casos de erro, dolo, coação, condição e o termo) e a quem eles são oponíveis (por exemplo, a terceiro de boa-fé em caso de simulação, art. 167 § 2º CC). No sistema jurídico brasileiro, a categoria da eficácia foi refinada para exercer uma *terceira função*, qual seja a de *separar os efeitos obrigacionais dos reais*.⁵⁴ Isso pode ser visualizado de modo claro exatamente no exemplo da compra e venda *a non domino* com entrega da coisa ao comprador. Tendo o direito brasileiro seguido o princípio da unidade com o da tradição, o próprio negócio jurídico irradia o efeito de transmitir a propriedade junto com a efetiva entrega. Logo, antes da entrega o negócio jurídico produz efeitos obrigacionais (gera o dever do vendedor de entregar a coisa ao comprador e o dever deste efetuar o pagamento do preço àquele), mas não o efeito translativo da propriedade. No caso de falta de poder de disposição do vendedor, a entrega por si só não desencadeia a transferência da propriedade, a qual fica condicionada à posterior aquisição da propriedade pelo vendedor (art. 1268 § 2º). Em termos claros, entre a conclusão do contrato e seu efetivo adimplemento, a compra e venda é parcialmente eficaz (irradia apenas efeitos obrigacionais), com a entrega sem poder de disposição pelo alienante ela permanece parcialmente eficaz; apenas com a entrega com poder de disposição o negócio torna-se totalmente eficaz ao irradiar também o efeito real de transferir a propriedade.⁵⁵

54. Nos países que optaram pelo princípio da unidade e cuja doutrina ou a lei não foram capazes de adaptar o sistema de nulidade/eficácia para separar os efeitos reais dos obrigacionais, há extrema dificuldade em acomodar a hipótese de impossibilidade de o negócio jurídico produzir efeitos reais, a necessidade de ele irradiar efeitos obrigacionais e o rígido esquema de nulidade. No direito português, por ex., um dos efeitos essenciais da compra e venda é a transferência da propriedade ou da titularidade do direito no caso de venda de crédito (art. 879 a CCPort). Quando a compra e venda é realizada *a non domino*, o negócio jurídico é nulo, mas a nulidade não pode ser oposta contra o comprador de boa-fé (art. 892 CCPort) e, nessa hipótese, o vendedor tem o *dever* (“é obrigado”) de sanar a nulidade adquirindo a coisa ou direito vendido (art. 897 CCPort). Por outras palavras, há um dever de convalidação do negócio jurídico que, na verdade, não é nada diverso do dever de transmitir a propriedade inerente ao próprio contrato de compra e venda. No resultado, a compra e venda *a non domino* com dever de convalidação do vendedor é equivalente, *quanto a seus efeitos*, a uma compra e venda meramente obrigacional. O que o legislador acabou por fazer foi, no final das contas, *romper ou pelo menos obscurecer o sistema de nulidades* do código para admitir a produção de efeitos obrigacionais quando a irradiação de efeitos reais é impossível por falta de poder de disposição do vendedor.

55. Ver, por exemplo, Junqueira de Azevedo, Antônio. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed., 6. tir., Saraiva: São Paulo, 2008. p. 60, referindo-se à venda *a non domino*: “Os negócios nessa situação são válidos e, até mesmo, *têm eficácia entre as partes* (podem ser rescindidos e dão origem a perdas e danos por inadimplemento); falta-lhes,

Em contrapartida, quando o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o princípio da separação, não é necessário recorrer à categoria jurídica da eficácia para separar os efeitos obrigacionais e dos reais. O exemplo paradigmático é a compra e venda de crédito. Nesse caso, o vendedor se obriga a transferir ao comprador a titularidade de um direito, mas não pode fazê-lo pela mera tradição ou registro, salvo quando ele estiver corporificado em título de crédito (art. 291). Pelo contrário, as partes são obrigadas a celebrar um negócio jurídico de disposição mediante instrumento público ou instrumento particular conforme as solenidades do art. 654 § 1º, sob pena de ineficácia frente a terceiros (art. 288). Ora, porque aqui o negócio jurídico de cessão refere-se sempre a efeitos reais, não há necessidade de empregar a categoria da eficácia como instrumento para separar esses efeitos dos obrigacionais, afinal estes últimos são regulamentados pelo negócio jurídico base, a própria compra e venda. Por esse motivo, o regulamento da cessão de crédito apenas trata da eficácia real da cessão frente ao devedor não notificado da disposição do crédito (art. 290), da hipótese de diversas cessões (art. 291) e do pagamento por credor não devidamente notificado (art. 292). A eficácia é empregada aqui apenas para estabelecer de modo

porém, a *eficácia diretamente visada*, que, como se percebe, implica os efeitos do negócio se projetarem também na esfera jurídica de terceiro. O *poder*, resultante da relação jurídica legitimante, é, pois, aí, fator de atribuição de eficácia diretamente visada; sem ele, o negócio é *ineficaz em relação aos terceiros*” (grifos nossos). Note-se, pois, que nessa concepção de negócio jurídico o poder de disposição (na linguagem de *Junqueira de Azevedo*, “legitimidade fator de eficácia”) é incorporado na própria compra e venda, e não deslocado para um segundo negócio jurídico de disposição, como nos ordenamentos que seguem o princípio da separação. No mesmo sentido, Bernardes de Mello, Marcos. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte, 6. ed., Saraiva: São Paulo, 2010. § 10. p. 77: “A compra e venda de bem imóvel “*a non domino*”, assim como a de bem móvel, não tendo havido tradição é ineficaz em relação ao dono, não transmitindo a propriedade, mas produz seus efeitos obrigacionais entre os contratantes (e.g. responder o vendedor pela restituição do que haja recebido pela venda e por perdas e danos]”, primeiro grifo nosso) e § 11, p. 78: “O ato ineficaz pode tornar-se eficaz em decorrência de fato jurídico posterior. Como já mencionado, é ineficaz em relação ao dono a venda feita por quem não seja o proprietário (*a non domino*). No entanto, se o vendedor vier a adquirir, posteriormente, a propriedade do bem vendido, a venda se tornará plenamente eficaz, independentemente da celebração de novo negócio jurídico. A pós-eficacização da transmissão opera *ex tunc*”, grifos nossos; Marquezini, Fernando Silva. *Compra e venda a non domino*. In: *Direito ao Avesso* (DAv), a. 3, n. 4, p. 30-35, 1998. p. 34: “(...) a aquisição da propriedade do bem móvel pelo *tradens* não é requisito para que se torne válido o negócio jurídico, nem ao menos requisito de eficácia obrigacional, é requisito de eficácia real, pois é impositivo que isto aconteça para que a entrega-tomada tenha eficácia de transmissão da propriedade”; Conferência com José Carlos Moreira Alves realizada na Câmara dos Deputados em 19 de agosto de 1975, in: Mascarenhas Menck, José Theodoro (Org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar*. Elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. Audiências públicas e relatórios (1975-1983). Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. p. 438 ss.

claro contra quem a cessão de crédito é oponível; eventualmente a eficácia pode ser empregada para apor um termo ou uma condição, mas *por causa do princípio da separação* ela nunca será relevante para separar os efeitos obrigacionais dos reais, porque o negócio de disposição trata apenas de efeitos reais.

Que essa conclusão é correta pode ser vislumbrado no peso dado pelo ensino jurídico de cada um desses países ao princípio da separação e à tricotomia. Na Alemanha, os princípios da separação e da abstração são talvez os dois temas mais importantes da graduação em direito, a ponto de ser objeto logo das primeiras aulas. Já a diferença entre validade/eficácia ou outros detalhes do sistema de ineficácia são deixados em segundo plano, inclusive na literatura.⁵⁶ No Brasil, em contrapartida, um dos temas mais caros a qualquer civilista é exatamente o conhecimento detalhado da tricotomia. Como bem afirmou *Thiago Reis*, “quem fala sobre a parte geral do Brasil, pensa desde Pontes de Miranda (1892-1979) em um esquema teórico que divide o mundo jurídico nos planos na existência, validade e eficácia, e com isso tenta resolver todas as questões envolvendo a teoria do negócio jurídico”.⁵⁷ Dito de forma mais clara, a tricotomia tem, no Brasil, a mesma importância dos princípios da separação e da abstração na Alemanha. Quanto à transferência de propriedade, a pergunta sobre qual combinação de princípios é, no resultado, a melhor, continua, a nosso ver, em aberto. Ao contrário do que entende a A., diante das críticas surgidas contra o princípio da abstração e o modelo alemão, pode-se duvidar se ele deve realmente servir de paradigma. *Larenz*, por exemplo, defendia um sistema dos princípios da unidade com o da tradição, exatamente o seguido pelo Brasil. Isso não significa, porém, que o modelo brasileiro seja perfeito, como bem demonstrou a A. Ao menos à primeira vista, o princípio da separação (independentemente do princípio da causalidade ou da abstração) tem pelo menos duas vantagens: ele (i) permite uma separação mais clara dos efeitos obrigacionais dos reais e (ii) admite um negócio jurídico puramente obrigacional, conferindo ao vendedor um papel de barganha até o pagamento integral do preço. A experiência brasileira em particular revela, por sua vez, uma enorme dificuldade de operar com os detalhes teóricos da eficácia, o que milita contra o seu uso.

Por último, note-se que a influência do modelo de transferência de propriedade sobre o sistema de eficácia não se restringe ao maior ou menor refinamento do segundo. No caso do direito brasileiro, ela também pode ser exemplificada na evolução do regulamento do erro de atos jurídicos.⁵⁸ A literalidade do CC/1916

56. Ressalve-se, porém, que outros fatores além dos princípios da separação e da abstração podem ter contribuído para tanto.

57. REIS, Thiago. Op. cit. (nt. 44 supra), p. 249.

58. A respeito da maior fragilidade do negócio jurídico obrigacional nos sistemas que adotam os princípios da separação e abstração, cf. Stagl, Jakob Fortunat. Op. cit. (nt. 21 supra), p. 395 ss.

estabelecia como requisito de anulabilidade do ato jurídico por erro apenas a substancialidade, ou seja, bastaria que o erro recaísse sobre a natureza do ato, o objeto principal da declaração ou alguma das qualidades essenciais para que qualquer dos declarantes pudesse desfazer o negócio (arts. 86 e ss.). Mas como essa interpretação conferiria excessivo valor à vontade das partes e geraria insegurança jurídica, a doutrina e a jurisprudência da época julgavam essa interpretação “inadmissível” e passaram a reconhecer um segundo requisito, o da escusabilidade, como “implícito no conceito de erro”.⁵⁹ Posteriormente, nos trabalhos do CC/2002, o legislador considerou necessário restringir ainda mais a possibilidade de anular atos jurídicos por erro para torná-la mais difícil e menos prejudicial a terceiros.⁶⁰ Discutiu-se, então, se, além de substancial, o erro deveria ser escusável e reconhecível da outra parte para o autor da declaração poder desfazer o ato.⁶¹ Após intenso debate, decidiu-se por seguir o critério adotado no art. 1428 do *Codice Civile*, estabelecendo que o erro somente é anulável quando, além de substancial, possa ser percebido “por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (art. 138). Para a transmissão da propriedade, essa guinada no sentido de dificultar a anulação por erro significou conferir maior segurança ao adquirente, o qual não se verá mais destituído da propriedade quando o erro não possa de alguma forma ser percebido por pessoa de diligência normal. Dessa forma, o legislador brasileiro compensou a maior insegurança resultante do modelo de transferência de propriedade adotado.

3.6. Além do impacto do modelo de transferência de propriedade sobre o sistema de nulidade/eficácia, o direito brasileiro pode ainda ser objeto de reflexão quanto a uma das maiores dificuldades dogmáticas dos países do princípio do consenso, nomeadamente a existência de uma propriedade *inter partes* entre a conclusão do contrato de coisas imóveis ou móveis registráveis e o efetivo registro no cartório competente. Apesar de não seguir o princípio do consenso salvo em raríssimas exceções, o direito brasileiro também conhece uma propriedade *inter partes* no caso de transferência de propriedade de automóveis: tendo as partes celebrado um contrato de compra e venda e tendo o veículo sido entregue ao comprador, este de fato adquire a propriedade, mas, enquanto o contrato não for transcrito no Registro de Títulos e Documentos, sua aquisição não pode ser oposta a terceiros de boa-fé.⁶² Essa regra tem dois significados. Por um lado, se o vendedor vier a alienar o mesmo

59. Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1974. n. 86. p. 164 ss.

60. Moreira Alves, José Carlos. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro (Subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro)*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

61. Ver debate entre Moreira Alves e Couto e Silva em Moreira Alves, José Carlos. Op. cit. (nt. 60 supra), p. 50 ss. e nt. 14.

62. Súmula n. 489 STF: “A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros, de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos”.

automóvel a um terceiro e este registrá-lo no Cartório de Títulos e Documentos, este segundo comprador se tornará proprietário e poderá exigir, por meio da ação reivindicatória, a entrega do veículo pelo primeiro comprador. Aqui a posse mostra-se incapaz de cumprir sua função de publicizar o deslocamento patrimonial, função essa assumida pelo registro. Por outro lado, essa propriedade *inter partes* não é levada tão longe a ponto de o vendedor ser responsabilizado por acidentes causados pelo comprador: nesse caso, embora o vendedor ainda conste do registro como proprietário do veículo, ele não pode ser chamado a responder por atos do comprador.⁶³ No fundo, isso significa que a propriedade é *inter partes* para os atos que terceiros não podem saber quem é o verdadeiro proprietário, mas, quando houver indícios para tanto, apesar de não haver o registro, a propriedade adquirida por mera tradição também é oponível frente a terceiros.⁶⁴

Para o tema dos sistemas de transferência de propriedade, essa situação *sui generis* dos automóveis no direito brasileiro demonstra que a desvantagem da propriedade *inter partes* não pode ser atribuída única e exclusivamente ao princípio do consenso; pelo contrário, mesmo quando um ordenamento adote o princípio da tradição, o mesmo problema surgirá sempre que a entrega por si só não for suficiente para publicizar quem é o verdadeiro proprietário do veículo. Em verdade, esse problema tem maior incidência no princípio do consenso, porque nele o déficit de publicização é muito maior do que no princípio da tradição. Ao mesmo tempo, a especificidade da transferência da propriedade de automóveis coloca em evidência o inconveniente de acoplar a transferência de propriedade com a transmissão do risco e a titularidade do poder de disposição sobre uma coisa. Tendo um veículo sido vendido e entregue ao comprador, mas não levado a registro, o vendedor, apesar de não ter mais poder fático sobre a coisa, retém o poder de disposição, o que apontaria para sua retenção da propriedade. No entanto, como o comprador já exerce efetivamente o poder fático sobre o veículo e pode inclusive causar danos a terceiros com ele, ele é responsável pelos danos causados na condução do automóvel e arca com os danos decorrentes de caso fortuito e força maior, o que milita em favor de sua aquisição da propriedade. Essa situação inusitada revela a necessidade de buscar um novo conceito, o que na doutrina alemã foi tentado por

63. Súmula n. 132 STJ: “A ausência de registro da transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado”.

64. Confirmando essa perspectiva, o STJ decidiu recentemente que o comprador pode interpor ação de usucapião para “formalizar” a aquisição do domínio – Cf. STJ, 3ª T., REsp. n. 1.582.177/RJ, rel. Nancy Andrighi, j. 25.10.2016. DJe 09.11.2016. p. 6 ss. Em verdade, como no caso a entrega do automóvel havia transferido para o comprador somente a propriedade *inter partes*, ele não adquiriu a propriedade frente a terceiros por meio derivado (ou seja, pela transcrição do título no Registro de Títulos e Documentos), mas pelo decurso do tempo com a usucapião extraordinária (art. 1261 CC).

meio da ideia de atribuição de coisa (*Sachzuordnung*)⁶⁵, e coloca em evidência um inconveniente de uma das normas mais consolidadas entre nós, nomeadamente a regra *res perit domino*.⁶⁶

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas essas observações sobre a literatura jurídica brasileira, o impacto do modelo de transferência de propriedade no sistema de eficácia e o caso específico dos automóveis apenas complementam os resultados obtidos pela A. O direito brasileiro segue, ao menos para a transferência de propriedade de coisas no caso de compra e venda, os princípios da unidade com o da tradição, com a consequência de que há apenas um negócio jurídico obrigacional-real. O sistema da separação relativa dos planos e o modelo dos princípios da separação e da abstração não encontram correspondência no direito positivo brasileiro nem podem ser sustentados com fundamento em considerações de ordem sistemática. Em verdade, essas teorias resultaram da confusão entre o direito nacional e o estrangeiro (“bartolismo” e “direito comum atual”) combinada com equívocos de compreensão (em especial da obra de *Karl Larenz*). Agora é de esperar não apenas uma absorção das conclusões da A. pela doutrina brasileira, mas principalmente uma renovação do debate sobre o tema no Brasil e um aprofundamento de análises sistemáticas pautadas no

65. Cf. Michaels, Ralf. *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht. Berlin: Duncker & Humblot, 2002; Wieacker, Franz. Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht. In: *Deutsche Rechtswissenschaft (DR)*, v. 6, p. 49-66, 1941. O fato de esse artigo de *Wieacker* ter sido escrito no contexto do debate sobre o projeto do Código Civil do Povo (*Volksgesetzbuch*) não significa que ele tenha um teor ideológico. Pelo contrário, hoje há consenso na literatura alemã de que a literatura do período sobre transferência de propriedade estava livre de qualquer ideologia.

66. Apesar de ocupar uma posição central no direito civil brasileiro, a regra *res perit domino* não é universalmente aceita (no direito alemão, por exemplo, o risco passa para o comprador com a efetiva entrega, § 446 I BGB) e pode causar enormes dificuldades práticas, como o caso da venda do automóvel sem o devido registro demonstra. Outro exemplo interessante é o da venda de imóvel em que há entrega das chaves, mas o comprador não efetua o registro: nesse caso, a observância da regra *res perit domino* significaria que qualquer dano decorrente de caso fortuito ou força maior teria de ser suportado pelo vendedor, o que, evidentemente, não está de acordo com os valores do próprio sistema. A respeito, ver interessante parecer de Alvim, Agostinho Neves de Arruda. Compromisso de compra e venda. In: *Revista dos Tribunais (RT)*, a. 51, v. 317, p. 30-38, 1962. p. 35 ss. Note-se, ainda, que o direito romano não seguia a regra *res perit domino* – Cf. Harke, Jan Dirk. Casum sentit domino. In: *Orbis Iuris Romani (OIR)*, v. 9, p. 33-53, 2004. p. 33 ss. Críticos sobre a regra *res perit domino*, Stadler, Astrid. Op. cit. (nt. 15 supra), p. 271 ss.; Hager, Günter. *Die Gefahrtragung beim Kauf*. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1982. p. 67 ss.

direito positivo brasileiro (e não na literatura estrangeira escrita tendo em vista regras de direito positivo em diversos aspectos bastante diversas das nossas).⁶⁷

67. A primeira consequência é que o direito brasileiro vigente não adota uma separação rígida entre direitos obrigacionais e direitos reais, o que, aliás, já se reflete claramente no fato de a formação dos contratos ser regulamentada no livro sobre direito das obrigações (arts. 427-435 CC), e não da parte geral, como faz o BGB (§§ 145 ss. BGB). Isso faz sentido do ponto de vista sistemático, pois, se ao menos como regra não há contrato de direito real, o mais adequado é situar as regras de formação de contratos no livro de obrigações (em contrapartida, admitir um contrato de direito real tem por consequência lógica de as regras sobre formação dos contratos não se restringirem ao direito das obrigações, mas também alcançarem os direitos reais, justificando, assim, seu deslocamento para a parte geral). Uma segunda consequência é a dificuldade de configurar dogmaticamente o negócio jurídico fiduciário, pois, não admitindo o direito brasileiro um deslocamento patrimonial independentemente de uma causa por meio de um negócio jurídico de disposição, torna-se impossível transferir a plena propriedade de uma coisa em que as relações entre as partes sejam regulamentadas apenas com base no *pactum fiduciae*. Na prática, esse problema foi superado com a criação da alienação fiduciária em garantia (a qual, ressalte-se, não é um negócio jurídico fiduciário). A respeito da relação entre princípio da abstração e a propriedade de negócio jurídico fiduciário, cf. Stadler, Astrid. Op. cit. (nt. 15 supra), p. 103 ss. Na jurisprudência brasileira encontram-se, porém, decisões sobre o negócio jurídico fiduciário as quais aparentemente contradiriam sua inadmissibilidade no ordenamento jurídico pátrio. O STJ, por exemplo, reconheceu essa figura jurídica no seguinte caso (STJ, 4ª T., REsp. n. 57.991-SP, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.08-1997. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça* (RSTJ), a. 10, v. 102, p. 284-286, 1998. p. 284 ss.): duas pessoas celebraram um contrato de mútuo, tendo o mutuário transferido ao mutuante a propriedade de um imóvel como forma de garantia da dívida por meio do registro de um contrato de compra e venda. Morto o mutuante, o mutuário exigiu da mulher do mutuante e de seus sucessores a devolução da coisa, mas eles se negaram. Em consequência, o mutuário ingressou com ação declaratória de negócio fiduciário, tendo o réu alegado em contestação que deveria ser negado provimento porque a pretensão de anulabilidade por simulação estaria prescrita (art. 178 § 9º V b CC/1916). O relator deu provimento à ação sob o argumento de que o “negócio fiduciário (...) se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente” (p. 286). Ora, no caso a transferência da propriedade não pode ter ocorrido de maneira abstrata, porque o ordenamento jurídico brasileiro não permite esse tipo de transação (o registro da transferência abstrata de propriedade não seria admitido pelo oficial do Cartório de Registro de Imóveis, cf. art. 167 LRP). Muito pelo contrário, a propriedade foi transmitida por meio do registro de um contrato de compra e venda, o qual, no entanto, não é real, porque ele tinha apenas a finalidade de assegurar o pagamento de um mútuo. Houve, em verdade, uma simulação relativa (o contrato de compra e venda encobriu a intenção das partes de garantir a dívida) em que o negócio jurídico dissimulado (ou latente) também era ineficaz, porque nosso ordenamento não permite a transferência de propriedade abstrata. O mais correto, portanto, seria o STJ ter ordenado a devolução do imóvel por ineficácia da transferência (faltou uma causa jurídica), e não por haver um negócio jurídico fiduciário. Provavelmente se está aqui diante de um caso de estipulação de um pacto comissório (arts. 1365 e 1428 CC) no qual houve adimplemento por parte do mutuário.