

FERNANDO EULER BUENO

Efeitos da

TRANSCRIPÇÃO

no regime do Código Civil Brasileiro

*

1941

EMPRESA GRAPHICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAES" LTDA.
Rua Conde de Sarzedas, 38 - São Paulo

O ARTIGO 860 DO CODIGO CIVIL

A latitude com que está concebido o texto do artigo 860 do Código Civil, dando ao prejudicado, genericamente, a faculdade de promover a rectificação do registro imobiliário, tem levado a jurisprudência pátria, reiteradamente e até hoje, a negar efeitos ás transmissões de imóveis feitas "a non domino".

Vem se afirmando em nossos tribunales a interpretação que reconhece no inciso focalizado a virtude de confirmar que a presumpção do artigo 859 do Código é sempre "juris tantum"; o legitimo proprietario vem sendo protegido pela Justiça, contra os assaltos dos "grilleiros".

Depois de um consideravel período de vigencia do Código Civil, a Segunda Camara do Tribunal de Appellação de São Paulo sustentou ser absoluta a presumpção do citado artigo 859, para os terceiros de boa fé, que "adquiriram" a titulo oneroso da pessoa que o registro apontava como proprietaria. Ficaram amparados os terceiros, muito embora "adquirissem" de quem não era dono do imóvel, e os proprietarios verdadeiros foram espoliados pelas machinações criminosas dos "grilleiros".

Será propria ao regime do nosso Código essa consequencia invulgar entre nós? Ou a presumpção em apreço admittirá sempre prova em contrario, salvo o dominio a quem de direito?

E' o que se procurará versar, a largos passos.

II

TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE.

A transmissão da propriedade se fazia, no direito romano, pela tradição: "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur".

A esse systema se contrapõe o actual systema francez, no qual a translação do dominio é fructo directo da convenção. Os juristas francezes divergem apenas quanto aos contractos a termo: fundados no principio da transferencia pelo consentimento, entendem uns que a propriedade se transfere desde a convenção, muito embora fique a execução — obrigação de entregar — sujeita ao termo suspensivo. Entendem outros que o artigo 1.138 do Código Napoleónico sitúa a transferencia da propriedade no momento em que a entrega é exigível. Em qualquer caso, entretanto, a transferencia do dominio resulta do contracto, e não da tradição. (1)

O principio geral da transferencia da propriedade pela tradição foi preferido no Brasil. Antes do Código Civil, affirmavam os autores que, de um modo geral, a translação do dominio se operava pela tradição, tanto para os moveis como para os immoveis, pois a trans-

(1) Cf. Planiol, "Traité", I, ns. 2.589 e segtes.

cripção, no regime da lei 1.237 e do decreto 169-A, era, em substancia, a tradição solemne dos immoveis. (2)

Apesar disso, a tradição perdeu o prestigio implacavel que podia ter no direito romano, cedendo aos imperativos que, para o direito moderno, decorrem do desenvolvimento tomado pelo credito e pela protecção aos interesses de terceiros.

Já vimos que na França encerrou-se o cyclo da tradição; no Brasil, quanto aos moveis, está ella delimitada pelo constituto possessorio, e quanto aos immoveis "não deixa de causar arrepios á logica", como adverte Sá Pereira, considerar-se a transcripção como uma verdadeira tradição: esta é a manifestação de duas vontades accordes — a do tradente e a do adquirente —, emquanto aquella é entre nós acto do adquirente. (3)

Diremos assim que a transmissão da propriedade, no Brasil, se opera, de um modo geral, pela tradição effectiva ou subentendida, quanto aos moveis, e pela transcripção, quanto aos immoveis.

III

A TRANSCRIPÇÃO SEGUNDO O REGIME PRECURSOR DO CODIGO CIVIL.

A lei 1.237, de 24 de Setembro de 1864 (4), e o decreto 169-A, de 19 de Janeiro de 1890 (5), disciplinaram o regime commum, para a transmissão da propriedade immovel, antes do Codigo Civil, segundo um systema eclecticico.

Tanto a primeira, como o segundo, cumpriam o objectivo de prover o regime hypothecario nacional; por isso é que sujeitaram á transcripção, as transmissões "inter vivos", dos "*bens susceptiveis de hypotheca*" (6). Todavia, essas mesmas leis declararam susceptiveis de hypotheca, todos os immoveis, em geral; ficaram pois attingidas pelos effeitos da transcripção, ou pelas consequencias de sua falta, todas as translações immobiliarias, que se processassem "inter vivos".

Tanto para o legislador de 1864, quanto para o de 1890, a transmissão de immoveis não operava os seus effeitos "a respeito de terceiros" senão pela transcripção e depois della. Essa expressão — "a respeito de

(2) Cf. Lafayette, "Direito das Cousas", § 48.

(3) Cf. "Man. Cod. Civ.", P. Lacerda, VIII, pg. 122; e art. 862 Cod. Civ.

(4) Regulamentada pelos decretos 3.453, de 26 de Abril de 1865, e 3.471, de 3 de Junho de 1865.

(5) Regulamentado pelo decreto 370, de 2 de Maio de 1890.

(6) Art. 8.º

terceiros" —, usada nos artigos 8 da lei e do decreto apontados, entendiam-n'a os commentadores com uma significação mais ampla do que a puramente grammatical; Lafayette argumentava que o dominio é um direito absoluto, "erga omnes", e que, portanto, repugnaria á razão admittil-o entre as partes se elle não existisse em face de terceiros. (7)

Didimo da Veiga acrescentava que, sendo a transcripção a tradição solemne dos immoveis, não era de extranhar que em falta della não se processasse a transferencia do dominio, nem entre as partes nem a respeito de terceiros; observava que o artigo 234 do decreto 370 equiparava os effeitos do titulo, emquanto não transcripto, aos de "simples contractos que só obrigam as partes", e lembrava ainda o § 1.º do artigo 29 do decreto 917, que remettia o comprador sem transcripção á acção pessoal para haver o preço até o producto do immovel.

A conclusão é, que no regime commum precedente ao do Codigo Civil, a transcripção já era mais do que simples meio de publicidade: era a "tradição solemne" dos immoveis, era *modo de adquirir*, já que sem ella o dominio não se transmittia, quer entre as partes, quer relativamente a terceiros.

Por outro lado, nesse regime, vigorava, indiscutivelmente, a maxima romana: "nemo ad alium plus juris transferre potest quam ipse haberet"; a transcripção, muito embora considerada tradição solemne, não attri-

(7) Lafayette, "op. cit.", 2ª ed., pg. 116.

buia ao adquirente senão a propriedade tal como a tinha o tradente, com a permanencia de todos os seus vicios.

Além disso, não importava a transcripção em presumpção de qualquer natureza: na reivindicação, por exemplo, a prova do dominio derivado era mister fosse feita até o ponto em que houvesse posse apta para gerar o usucapião. (8)

Em paralelo, e facultativamente, o decreto 451-B instituiu entre nós um regime semelhante ao do systema ideado para a Australia, por Sir Robert Torrens, em 1858. Esse decreto, entretanto, afastou-se sensivelmente do seu modelo australiano, sobretudo no que diz respeito á transferencia dos titulos immobiliarios por endosso e á reparação, pelo Estado, dos proprietarios que fossem prejudicados por matriculas indevidas.

A transcripção, simples modo de adquirir no regime commum, passou, no regime facultativo do decreto 451-B a ser presumpção da propriedade em favor do proprietario inscripto e com posse: nenhuma acção de reivindicação é recebivel contra o proprietario matriculado, cujo titulo constitúe obstaculo absoluto a qualquer litigio que vise alterar o respectivo conteúdo, salvo se o autor exhibir titulo anterior devidamente transcripto, ou se provar alterações indevidas na matricula, e nesse caso, depois do competente julgamento penal. (9)

Essa presumpção cede, pois, ante uma anterior e melhor matricula e ainda ante a prova de que foi o resultado de crime judicialmente reconhecido. O terceiro

(8) Lafayette, "op. cit.", § 82, n.º 6.

(9) Decr. 451-B, de 31 de Maio de 1890, arts. 70, 73 e 75.

adquirente, de boa fé, fica, entretanto, plenamente protegido pelo registro, desde que tenha posse. (10)

A transcrição por esse regime facultativo não mereceu a preferéncia do mercado de immoveis, mantendo-se em relativo desuso. Faz-se nos mesmos livros do registro *commum*, ficando anotado na columna propria que está sujeita ao "Systema Torrens". Dependé de formalidades especiais, entre as quaes se destacam o despacho do juiz togado, a publicação de editaes pela imprensa e o decurso de prazo para reclamações de terceiros.

Houve quem entendesse revogado esse regime facultativo, pelo advento do Codigo Civil; entretanto, predominou a opinião opposta, pela subsistencia do regime em paralelo com o do Codigo. O Dr. Afranio de Mello Franco (11) e o Dr. Glycerio Alves (12) fornecem disso argumentos decisivos. O art. 1.º n.º 90 da lei 3.746, de 31 de Dezembro de 1917, é expresso e o recente Codigo de Processo do Brasil, nos seus artigos 457 a 464, cuida "Do processo do registo Torrens", agora *circumscripto* aos immoveis ruraes.

(10) Decr. 451-B, art. 76 § 2.º.

(11) "Rev. Supr. Trib.", 11/313.

(12) "A Justiça", Pto. Alegre, 9/103.

IV

A TRANSCRIÇÃO NA FRANÇA.

Confirmando o principio geral da transferencia da propriedade mediante o simples consentimento, o direito francez não subordinou a transmissão dos immoveis á transcrição. Por isso é que em França esse registro é facultativo e simples meio de publicidade.

Se a propriedade se transfere, pela convenção, poderia á primeira vista parecer que a transcrição não geraria efeitos practicos. Entretanto, muito embora se opere a translação do dominio "ex vi" do proprio contracto, antes da transcrição, determinados terceiros têm o direito de desconhecer a mutação real: são os titulares de direitos, relativos ao imovel e sujeitos ao registro, que seriam prejudicados pela transferencia. E' a primazia, a segurança attribuida ao que promptamente accode aos reclamos da publicidade. (13)

Esse systema é forte e justamente criticado; a transcrição facultativa e mero meio de publicidade é causa da lamentavel e evidente insegurança de que falla Charles Gide. (14)

(13) Planiol, "op. cit.", I, ns. 2.615 e segtes.

(14) Idem, nota ao n. 2.634, "in verbis": "Vous voulez savoir la situation de tel domaine. Vous demandez au conservateur s'il est hypothéqué. Il vous répond: Je ne connais pas les immeubles;

A INSCRIÇÃO NA ALLEMANHA.

Antes do Código Civil alemão, promulgado em 18 de Agosto de 1896, por Guilherme II, para ter efficacia a partir de 1.º de Janeiro de 1900, vigia na Allemanha toda uma gamma de systemas immobiliarios, que variavam de um para outro Estado confederado, e frequentemente dentro de um mesmo Estado. Desde o systema da pura tradição, adoptado em Raterburgo, e em parte de Homburgo e de Mecklemburgo, chegava-se até ao systema da intransigente efficacia juridica formal e absoluta do registro, em funcionamento na Saxonia, em Hamburgo, em Lübeck e na outra parte de Mecklemburgo.

Encontrou, pois, o legislador alemão, além de outros intermediarios: 1.º) o systema da pura tradição, que, por sua clandestinidade seria fatalmente regeitado; 2.º) o systema da simples publicidade formal, qual o francez, em que a inscrição cumpria apenas o designio de tornar visiveis para os terceiros as transacções sobre immoveis; 3.º) o systema da publicidade material do registro, quer sob a forma intransigente da efficacia juridica formal, quer sob a da fé publica do registro immobiliario, na qual, da publicidade que se lhe

je ne connais que les propriétaires. Vous citez alors le nom du propriétaire actuel: Jean Bernard. Le conservateur trouve une demi-douzaine de Jean Bernard, qui sont tous grevés d'ypothèques. Il vous délivre un état portant toutes les hypothèques de ces homonymes. Par contre, si vous omettez ou si vous désignez mal les noms des précédents propriétaires, le conservateur ne fait pas de recherches au nom de ces personnes et vous risquez d'ignorer les hypothèques qu'ils ont établies."

empresta decorre uma presumpção absoluta apenas em relação ao terceiro de boa fé.

Tendo conseguido elaborar um systema de disposições substantivas, e outro de disposições adjectivas capazes de assegurar uma perfeita correspondencia entre a situação immobiliaria effectiva e a situação conforme ao registro, preferiu o legislador allemão, com louvores generalizados, o systema da publicidade material, sob a forma da fé publica. (15)

O DIREITO SUBSTANTIVO ALLEMÃO concernente á propriedade immobiliaria, está condensado nos §§ 873 a 902 do Codigo Civil.

São quatro os principios capitaes que o caracterizam: o principio da inscripção, o principio da presumpção do registro, o principio da legitimidade material, e o principio basico da publicidade material, sob a forma da fé publica.

Do *principio da inscripção* resulta que o registro na Allemanha é modo de adquirir; com effecto, o § 873 do Codigo Civil germanico exige a inscripção da modificação real no registro fundiario, para a transferencia da propriedade immovel. Logo, sem o registro, a propriedade não se transfere.

O *principio da presumpção* do registro é posto pelo § 891 do Codigo, nos seguintes termos: "Se um direito estiver inscripto em favor de alguém no registro fundiario, presume-se que esse direito lhe pertence. Se um direito inscripto no registro fundiario fôr dahi cancellado, presume-se que esse direito não

(15) Soriano Netto, "Public. Mat. do Reg. Immob.", n.º 45.

existe mais." Tal presumpção é "juris tantum" porque o registro vale enquanto não fôr rectificado; tem uma significação puramente processual, regendo o onus da prova, e, pois, não serve ao commercio. (16)

O *principio da legitimidade material* esteia-se num desdobraimento do accordo de vontades, para a translação do dominio: as partes firmam um primeiro accordo de vontades, para o negocio obrigacional (venda, permuta, etc.), que vae funcionar como causa juridica da transformação real; em seguida, integram-se ellas num segundo accordo de vontades, tomado deante do officio do registro fundiario e comprehendendo o simples consentimento do alienante e a pura acquiescencia do adquirente para operar-se a modificação real, cujos effectos, assim, independem da causa obrigacional (venda, permuta, etc.). (17)

O que, na verdade, opera a translação do dominio, é a inscripção, apoiada num contracto real abstracto que se perfaz deante do officio do registro; esse contracto real é abstracto porque a sua efficacia independe da causa juridica que o gerou (venda, permuta, etc.). Entretanto, sendo essa causa juridica o seu presupposto, segue-se que, vindo este a desaparecer, tem o alienante, contra o adquirente, uma simples acção pessoal calcada nos moldes do enriquecimento injusto. A modificação real continúa efficaz. (18)

(16) Wolff, "apud" Soriano Netto, "op. cit.", pg. 130, "in verbis": "Die Vermutungen des § 891 B. G. dienen dem Prozess. Dem Verkehr genügen sie nicht."

(17) Cod. Civ. all., §§ 873 e 925.

(18) Cf. Soriano Netto, "op. cit.", pgs. 75 e segtes.

Fica portanto reforçada a presumpção do registro, cuja causa jurídica (venda, permuta, etc.) se presume absolutamente legítima, sendo por isso inhabil o seu vício, para obstar os efeitos dessa presumpção. A legitimidade material, v. g., a legitimidade do negócio jurídico causal das mutações reais, é portanto presumida, de forma absoluta.

O princípio da publicidade material afirmou-se na confederação dos Estados germânicos, antes do Código, quer no systema da efficacia formal do registro fundiário, quer no systema da fé pública ou da protecção do commercio.

O regime da efficacia jurídica formal era absoluto, pois fazia da inscripção uma presumpção “*juris et de jure*”, opponível a quem quer que fosse, entre as partes ou contra terceiros. O registro obtido licita ou illicitamente valia sempre: “*Was im Buche Steht is richtig weil es darin steht.*” Exner defendeu-a ardorosamente, mas a efficacia formal precisou ceder ante os objectivos da lei, empenhada tanto na protecção do commercio immobiliario quanto na manutenção da segurança jurídica da propriedade.

O Código allemão adoptou o princípio da publicidade material sob a forma da *fé pública*. É o que vem expresso no seu § 892: “*Reputa-se exacto o conteúdo do registro fundiario em favor daquelle que adquire por acto juridico um direito sobre um immovel ou um direito sobre tal direito, salvo se estivesse inscripta uma contradicta contra essa exactidão ou se a inexactidão fosse conhecida do adquirente. ...*”

O systema baseia a efficacia da inscripção no accordo das vontades do verdadeiro titular e do adquirente, manifestado perante o officio do registro; na falta ou em virtude de defeito nesse requisito é claro que surge uma divergencia entre a situação immobiliaria effectiva e a situação conforme ao registro, pois a mutação inscripta não é valida. Logo, deve-se promover a necessaria rectificação. Entretanto, emquanto perdura a divergencia, se o interessado não promove a inserção da contradicta, vige uma apparencia jurídica reforçada pelos principios da inscripção, da presumpção e da legitimidade material. Para evitar prejuizos ao commercio honesto, que confiar nas affirmações do registro fundiario, intervém ahi o princípio da fé pública do citado § 892 acobertando definitivamente a transacção que se effectuar sob os auspícios de tão convincentes principios. Cumpre aqui observar que os quatro principios que vimos estudando, são progressivamente as bases uns dos outros: do princípio da inscripção, que faz do registro o modo de adquirir, passa-se ao princípio da presumpção, que o eleva á categoria de prova da propriedade; reforçando tal presumpção, adianta o princípio da legitimidade material que a causa do registro é reputada legítima em qualquer caso; coroando o edificio, afirma o princípio da fé pública que além da legitimidade da causa jurídica, o registro offerece a quem nelle confiar, de boa fé, a garantia de sua efficacia plena.

O systema, como se viu, visa a segurança do commercio, para o que chega mesmo ao ponto de arrebat

o immovel do proprietario que para isso não contribuiu, mantendo o terceiro adquirente, se de boa fé.

Tamanha desenvoltura emprestada á protecção do commercio immobiliario põe em risco a segurança juridica; é preciso, assim, cercar-se o systema de cautelas que impeçam o seu proprio aniquilamento. De que servirá a segurança de uma aquisição indiscutivel se se lhe seguir um immediato e ameaçador perigo de perda da propriedade havida, por amor á boa fé de outros terceiros?

Bem por isso foi que o legislador allemão prescreveu as medidas constantes da Ordenança do Registro Immobiliario, de 24 de Março de 1897, fazendo deste systema adjectivo a base sem a qual não seria susceptivel de applicação o direito immobiliario substantivo que estudamos. Reconhecendo-o tambem foi que esse legislador, no artigo 186 da Lei de Introducção ao Código Civil suspendeu a vigencia do registro fundiario, até que, em cada Estado confederado, se effectivassem as condições propicias para recebê-lo.

AO DIREITO IMMOBILIARIO ADJECTIVO, coube, consequentemente, a tarefa de tornar possível a instauração e o funcionamento do registro fundiario allemão. Era preciso que esse direito considerasse cada um dos principios do direito material, para lhes regular o funcionamento, tendo em vista o objectivo indiscutivel da segurança do commercio, mas suffocando, ao mesmo tempo, no systema, as severas e congenitas ameaças á segurança juridica da propriedade.

Para dar forma aos principios substantivos da inscripção e da presumpção, outra medida não seria necessaria senão centralizar, nos officios privativos de cada redondeza, as inscripções relativas aos immoveis nella comprehendidos, sujeitando-as a uma ordem determinada, capaz de uma facil publicidade formal.

Para dar vida ao principio da legitimidade material, foi preciso que o direito adjectivo instituisse a cautela do pre-exame simplificado, incumbindo delle um magistrado, a cujo cargo ficou o officio do registro fundiario. Na verdade, se do principio da legitimidade material resulta reputar-se sempre valida a causa material (venda, permuta, etc.) do registro, é preciso ao menos que o contracto real abstracto soffra um cuidadoso exame por pessoa responsavel e habilitada, que afira a qualidade do alienante e a vontade das partes; descurar disso seria permittir a fraude, a granel. Ademais, foi preciso admittir-se o consentimento puramente formal, mediante o qual o transferente, a pedido do adquirente, se limita a autorizar a operação que o prejudica, visto como o pre-exame simplificado não abranje a causa material da transformação, em obediencia ao principio substantivo da legitimidade material presumida.

Já para a applicação do principio da publicidade material, sob a forma da fé publica, cautelas mais energicas são indispensaveis e foram por isso adoptadas na Allemanha. Em resummo, a adopção do principio requer um aparelho capaz de afirmar, com a maxima

certeza possível, que o imóvel “tal” não está inscripto senão em nome do proprietario “Tal”.

A possibilidade de espoliação do verdadeiro proprietario só deve ser supportada se o aparelhamento do registro for apto a reduzi-la ao minimo compativel com os beneficios advindos da segurança do commercio.

Esse aparelhamento, portanto, outra base não pode ter senão o *cadastro*. (19)

O cadastro produz como que uma segunda via da superficie nacional, que se recorta em função da propriedade territorial, para, colleccionados os recortes pelas regiões do paiz, constituir-se o registro *fundiarío*; a registros nos quaes cada porção do terreno tem a sua e unica folha, em que se inscreve o nome do proprietario respectivo, é propria a affirmação tão segura quanto possível, de que o imóvel “tal” não está inscripto senão em nome do proprietario “Tal”. Sem o cadastro e sem os folios reaes nenhum registro estará em condições de lançar essa affirmação, pois um mesmo imóvel poderá facilmente constar diversas vezes dos seus assentos, sem que o responsavel pelo registro disponha de elementos para impedil-o ou para denunciá-lo; ante uma tal multiplicidade de situações juridicas apparentes correspondendo a uma só situação imobiliaria verdadeira, será possível manter-se a protecção da fé publica para todos os terceiros que confiarem na desordem? E' claro que não, pois se o imóvel é um só,

(19) Cf. Planiol, “op. cit.”, I, n. 2.642, “in verbis”: “Son trait principal est l'existence d'un registre *foncier* (Grundbuch), dans lequel chaque feuillet est attribué non à un propriétaire, mais à un fonds de terre, ce qui constitue le point de départ de toute publicité *réelle*”.

apenas um desses terceiros poderá beneficiar-se da fé publica. E os demais? São sufficientes apenas para provar que sem o cadastro, e sem os folios reaes, não se pode instituir o principio da fé publica; esses dois elementos indispensaveis “. . . constituent le point de départ de toute publicité *réelle*.”

O legislador suíço de 1907, inspirando-se no allemão, dotou o direito imobiliario do seu paiz desse sistema, integrado pelo principio da fé publica (20); reconhecendo, entretanto, a exemplo do seu modelo allemão, que a publicidade material não pode assentar senão no cadastro, advertiu, no titulo final do seu Codigo, que muito embora as disposições relativas ao direito imobiliario entrassem a vigorar quando vigorasse este, todavia, os effeitos do registro relativamente aos terceiros de boa fé não se produziram enquanto não o permittisse o cadastro. (21)

Percebemos, atravez do que ficou dito, os traços característicos do direito material e do direito formal com que os allemães disciplinam as translações da propriedade imóvel; verificamos mais que o direito formal allemão, com base especialmente no cadastro e nos folios reaes, é o fundamento sem o qual não pode ter efficacia o respectivo direito material, inspirado pelo principio da fé publica. (22)

(20) Cod. Civ. suíço, art. 973.

(21) Cod. Civ. suíço, tit. fin., art. 48, “in verbis”: “. . . D'autre part, les effets du registre en face des tiers de bonne foi ne sont reconnus aussi longtemps que le registre *foncier* n'est pas introduit dans un canton, ou qu'il n'y est pas supplé par quelqu'autre institution en tenant lieu”.

(22) Cf. Heilfron e Pick, “apud” Soriano Netto, “op. cit.”, pg. 59.

VI

A ELABORAÇÃO DO CODIGO CIVIL.

O elemento historico vem perdendo terreno na interpretação do direito. As leis não se devem curvar ante o pensamento do legislador, porque ellas, muito mais sabias do que elle, encerram uma civilização infinita, de seculos e milenios. E' o que ensina Kohler, pelo qual afinam o proprio Clovis e a torrente dos escriptores.

Quanto ao registro immobiliario do Codigo Civil, em particular, acresce que o elemento historico, ao envez de elucidar, antes serve de embaraço ao hermeneuta. Com razão, Sá Pereira aconselha o abandono da discussão travada para a sua elaboração, pois que esta, "em vez de phanal, pode ser antes fogo fátuo que transvie o interprete." (23)

Sem embargo, auscultemos esse elemento historico, de vez que elle é o fundamento das opiniões emitidas por Lysippo Garcia (24) e pelos que o acompanham.

Impressionado pela critica dos escriptores francezes ao seu regime immobiliario, e sentindo a procedencia dessa critica no systema então vigente na Republica,

(23) "Man. Cod. Civ.", P. Lacerda, VIII, n. 30, pg. 126.

(24) Lysippo Garcia, "Reg. de Imms.", I, pgs. 99 e segtes.

o eminente autor do Projecto do Codigo Civil brasileiro julgou "...a occasião propicia, senão de introduzir entre nós, porque parecia impossivel, o systema germanico em sua plenitude, porque esse depende da propriedade cadastrada, ao menos no que elle tem de essencial e de applicavel sem dependencia da organização do cadastro" (25). Nas "Observações para o Esclarecimento do Projecto do Codigo Civil", acrescentou o mestre que não se propunha "uma dessas reformas radicaes, que subvertem, nos seus fundamentos, um systema preexistente, mas um simples reforçamento, no intuito de obter-se mais firme consolidação da propriedade immovel." Em carta ao Dr. Lysippo Garcia, mostra-se Clovis convencido de que as idéas do Projecto, "que neste particular passaram para o Codigo Civil, são, precisamente, as que nos convém, pois o systema anterior era insufficiente e falho, e o germanico, em sua pureza, não podia ser applicado entre nós." (26)

Quaes as idéas do Projecto?

O artigo 605 (530 do Codigo) prescrevia: "Adquire-se a propriedade immovel inter vivos: I — Pela inscripção no registro predial, do titulo habil para transferil-a."

O artigo 996 (856 do Codigo) era o seguinte: "O registro de immoveis comprehende: I — A inscripção dos titulos de transmissão da propriedade sobre immoveis; ... IV — A descripção dos immoveis cuja aquisição ainda não conste do mesmo registro."

(25) "Trabs. da Comm. Esp.", V, pg. 277.

(26) Cf. Lysippo Garcia, "op. cit.", pg. 7.

O artigo 999 (859 do Código) dispunha: “Quando um direito real é inscripto no registro predial em favor de uma pessoa, presume-se que esse direito lhe pertence.”

O artigo 1.000 (860 do Código) era o seguinte: “Se o teor do registro predial em relação a um direito real não traduz a verdade da situação jurídica existente, a pessoa prejudicada por elle pode reclamar a sua rectificação por acção competente.”

E' evidente que os textos transcriptos do Projecto Clovis representam um passo adiante do systema da lei 1.237 e do decreto 169-A; esse passo se deu no sentido do direito immobiliario germanico, que, como advertiu o autor do Projecto, não sendo aconselhavel ás condições da epoca, em sua pureza, todavia o era no que não dependesse da organização do cadastro. Confrontem-se os textos transcriptos com os já citados dos §§ 873, 891 e 892 do Código allemão, e dos artigos 792 a 975 do Código Civil suiso; ver-se-á, para logo, a differença. O principio da inscripção, é consagrado no artigo 605 do Projecto, no § 873 do Código allemão e no artigo 972 do Código suiso; o principio da presumpção, susceptivel de rectificar-se, vem expresso nos artigos 999 e 1.000 do Projecto, no § 891 do Código allemão e nos artigos 973 e 975 do Código suiso, sendo quasi litteral a correspondencia entre os textos do artigo 999 do Projecto e do § 891 do Código allemão; o principio da legitimidade material do registro, disciplinado pelos §§ 873 e 925 do Código allemão não passou para o Projecto e nem está no Código brasileiro, pois,

para estes o registro — inscripção lá e transcripção cá — se effectua “in concreto”, isto é, registra-se o titulo da compra e venda, da permuta, etc., de cuja validade depende a transcripção; o principio da fé publica, estabelecendo a efficacia plena do registro relativamente ao terceiro de boa fé, expresso no § 892 do Código allemão e no artigo 975, alinea 2.ª, do Código suiso, não consta de nenhuma das disposições do Projecto! O Código allemão institue o “registro fundiario” e suspende a sua vigencia até que cada redondeza se encontre apta a recebê-lo, por força de uma Ordenança do Soberano (27). O Código suiso ordena o levantamento do cadastro (28), e subordina a elle a vigencia do principio da fé publica. O Projecto Clovis e o Projecto Camara fallaram em “registro predial” e o Código falla em “registro de immoveis”; nenhum dos tres contempla o principio da fé publica em alguma de suas disposições, nenhum delles prescreve as cautelas de que depende sempre a vigencia do principio, antes, todos esquecem-se até do cadastro. Certo que este é o ponto de partida de toda a publicidade material e que o eminente Clovis quiz adoptar para nós o systema germanico em tudo o que não depender do cadastro, segue-se ainda por isso que nem o Projecto adoptou e nem o seu autor pretendeu adoptar o systema da publicidade material.

Os que se apegam ao elemento historico querem inferir o seu argumento maximo da emenda proposta pela Comissão Revisora, para enxertar-se, no artigo

(27) Lei de Intr. ao Cod. allem., art. 186.

(28) Cod. suiso, tit. final, arts. 38 e 40.

605 do Projecto, um paragrapho copiando o artigo 8 § 4 do decreto 169-A, "in verbis": "A inscrição não induz prova de dominio que fica salvo a quem de direito."

A queda desse paragrapho, por proposta de Luiz Domingues — dizem — demonstra que foi preferido o systema germanico, passando a transcrição a induzir prova de dominio. O argumento é fraco, porque conclúe demais: da exclusão do paragrapho transcripto é licito tirar apenas que se teve em mira manter o principio da *presumpção* que integrava o Projecto, sendo evidentemente excessivo concluir-se pela adopção do systema germanico, comprehensivo, além do principio da *presumpção*, tambem dos principios da legitimidade material e da fé publica, aos quaes o paragrapho não se refere. O proprio Clovis se encarrega de demonstrar-o: "Muito acertadamente andou o Sr. Luiz Domingues pedindo a suppressão do § unico do Projecto Revisto, porque declarando o art. 860 do Projecto actual que a inscrição de um direito real em favor de uma pessoa faz presumir que esse direito lhe pertence, o menos que se poderia pensar, confrontando os dois preceitos, era que entre eles havia antinomia." (29)

Por outro lado, além de brigar com o artigo 860 do Projecto Camara (859 do Codigo), que fazia da inscrição uma *presumpção* do dominio, o debatido paragrapho era, em sua oração subordinada, uma redundancia inutil, de vez que o artigo 861 do Projecto Camara (860 do Codigo) já se encarregara de facultar a

(29) Lysippo Garcia, "op. cit.", pg. 108.

rectificação do registro quando este não exprimisse a verdade, o que quer dizer que o dominio já se considerava "salvo a quem de direito".

Nas discussões havidas para a elaboração do Codigo, muito se fallou, é verdade, sobre o systema germanico; muito embora se fizessem ouvir as "excellentes reflexões do Dr. Didimo", ellas não passaram para o Codigo. O autor do Projecto, que se nos releve a ousadia, abriu um parenthesis na excellencia inegalavel das suas theses, e claudicou, afirmando, ora que "o Projecto visava um simples reforçamento" do systema pre-existente que se não pretendia subverter em seus fundamentos, ora que a tarefa emprehendida tinha em mira pura e simplesmente fazer da transcrição a tradição dos immoveis, e, ao depois, que as observações de Lysippo Garcia "interpretam fielmente o systema do Codigo Civil" (30). São affirmações inconciliaveis, que não cabem no mesmo systema.

Aos artigos 605, 996, 999 e 1.000 do Projecto Clovis, correspondem os artigos 530, 856, 859 e 860 do Codigo, que nestes manteve o mesmo conteúdo daquelles; apenas o artigo 856 soffreu uma restricção, pois deixou de comprehendêr-se no registro imobiliario a "descripção" dos immoveis que delle ainda não constassem. Essa restricção certamente não visou attender aos reclamos do principio da fé publica, antes afastou-o ainda mais.

Ficou, portanto, sem correspondencia no Codigo brasileiro, o texto do § 892 do Codigo allemão, que insti-

(30) Clovis, "Cod. Civ. Comm.", 1938, obs. 2 ao art. 531.

túe o principio da fé publica; o professor José Augusto Cesar acrescenta que "...cumpre interpretar sem restricções o art. 860, isto é, o prejudicado terá acção de rectificação do registro, ainda que o immovel tenha sido alienado a terceiro de boa fé, por quem figurava indevidamente como dono na transcripção. "Omissis". Em summa, si o legislador queria garantir os terceiros de boa fé contra as pretenções dos prejudicados pelo registro, devia ter consignado essa protecção em disposição expressa. Não o tendo feito, applica-se á materia o art. 860 combinado com os principios geraes, do que decorrem consequencias diversas do que teriam tido em mira os autores do Codigo Civil." (31)

Wolff, Dernburg, Heymann, Biermann, Crome e a unanimidade dos juristas tudescos referem que quem quer que leia attentamente os textos dos §§ 891 e 892 do Codigo promulgado por Guilherme II, capacitar-se-ha de que aquelle, modelo do artigo 859 do Codigo brasileiro, limitou-se a fazer da inscripção uma simples presumpção, destructivel por prova contraria, deixando para o § 892 o principio da fé publica. (32)

Prescrevendo que "presume-se pertencer o direito real á pessoa, em cujo nome se inscrever, ou transcrever", é patente que o legislador brasileiro inspirou-se no § 891 do Codigo allemão, trazendo-nos d'elle a simples presumpção de effeito processual que é todo o seu conteúdo. Pretender ampliar a comprehensão do texto é

(31) "Rev. Fac. Dir. S. Paulo", 31/425, fasc. de Set. 1935.

(32) Soriano Netto, "op. cit.", pgs. 100 e segtes.

forçar a realidade. Pretender inferir apenas das discussões que caldearam o Codigo, que o principio da fé publica foi nelle introduzido, é esquecer que o elemento historico não merece grande relevo na interpretação do direito, é examinal-o inexactamente, expandir dois erros até ao ponto de corromper a propria lei.

VII

A SYSTEMATICA DO NOSSO DIREITO.

O professor Arnaldo Medeiros da Fonseca, visando reforçar a these de Lysippo Garcia, estuda o comportamento do Codigo Civil ante a bôa fé; analysa os textos dos respectivos artigos 106, 107, 109 e 968 § unico, para mostrar que se dispensa sempre, aos actos a titulo gratuito, um tratamento mais severo do que aos a titulo oneroso. (33)

Dos principios adoptados pelo legislador para a fraude de credores e para o pagamento indevido, infere o commentador o principio da fé publica para o registro immobiliario do Codigo, perguntando com o professor Philadelpho de Azevedo: "E si esse é o principio dictado pelo respeito á bôa fé do terceiro adquirente, que, pelo menos, em igualdade de condições com o prejudicado, deve ter a preferencia, de accordo com a maxima que domina a applicação da acção pauliana "in pari causa melior est conditio possidentis", porque não erigil-o em regra geral?"

Conclúe então o profêssor Arnaldo, não pela vigencia do principio da fé publica como o defende Lysippo Garcia, pois para este o terceiro de bôa fé é sempre resguardado, seja o acto a titulo oneroso, ou seja a titu-

(33) "Rev. Tribs.", 107/441.

lo gratuito, mas, pela efficacia da transcripção em favor apenas do terceiro de bôa fé, que adquiriu a titulo oneroso.

Todavia, a extensão apregoada pelos professores citados envolve consequencias muito mais serias do que as dos preceitos expressos do Codigo; assim é que no caso da fraude contra credores, a protecção ao terceiro de bôa fé não pode senão prejudicar o pagamento ao credor, que continúa sempre credor; no caso do pagamento indevido de immovel, o alienante expressou a sua vontade de o transferir, e, pois, se posteriormente constata que obrou por erro, o seu direito consiste em recobrar o que pagou, indevidamente é certo, mas com o concurso do seu discernimento, da sua vontade. A extensão do principio ao adquirente de immovel, de bôa fé, envolve a espoliação daquelle cuja vontade não se manifestou, e que, sem ter contribuido para isso, perde a sua qualidade de proprietario! Para consequencias tão mais severas, não satisfaz a extensão dos principios postos para a fraude de credores e para o pagamento indevido. Seria necessario texto expresso, qual o do § 892 do Codigo allemão e qual o do artigo 975 do Codigo suiso, consoante a licção do professor José Augusto Cesar, adoptada pelo Tribunal Paulista em accordams de 2 de Junho e de 9 de Outubro de 1939 (34).

Por outro lado, a systematica em exame fornece argumentos vehementes contra o principio da fé publica:

(34) "Rev. Tribs.", 123/179 e 126/188.

o do usucapião, o da evicção, e especialmente o do registro Torrens.

Usucapião: a adopção do principio da fé publica é incompativel com o usucapião ordinario do artigo 551 do Codigo; com effeito, se apenas com a transcripção (justo titulo) acompanhada de boa fé se adquirisse a propriedade immovel sob os auspicios da fé publica, seria inocuo o preceito do artigo 551, a mandar ainda que se guarde o prazo de 10 annos entre presentes, ou de 20 entre ausentes! A resposta do professor Arnoldo, para quem o usucapião continuaria a reger o caso do terceiro adquirente a titulo gratuito e o da efficacia da transcripção entre as partes, precisa ser amputada: para a efficacia plena da transcripção entre as partes, depois de 10 annos entre presentes ou de 20 entre ausentes, basta o artigo 177 do Codigo, que declara prescriptas as acções reaes após o decurso desses prazos! Restaria o caso do terceiro adquirente a titulo gratuito, que não comporta um preceito da amplitude do que se examina.

Evicção: o artigo 1.117, II, do Codigo Civil, tira o direito de demandar pela evicção áquelle que "sabia que a coisa era alheia ou litigiosa". Logo, o direito a demandar pela evicção fica circumscripto ao terceiro de boa fé. Fosse vigente o principio da fé publica e perderia muito da sua expressão o texto commentado. Com effeito, se o terceiro de boa fé se considerar ao abrigo da reivindicación, não chegará o dia em que possa servir-se da demanda á evicção, pois será sempre mantido como proprietario.

Muito acertadamente andou o legislador allemão omitindo no seu Codigo o usucapião ordinario, e restringindo a responsabilidade pela evicção ás coisas moveis. (35)

O registro Torrens: instituido no Brasil pelo decreto 451-B, de 1890, adoptou esse systema o principio da fé publica, para o terceiro de boa fé no exercicio da posse. E' o que já vimos anteriormente. O Codigo Civil não revogou o citado decreto, sendo vigentes entre nós o regime commum do Codigo, e ao lado, o regime facultativo pelo systema Torrens.

Procurando diminuir as ameaças que a segurança do commercio, visada pela fé publica, representa para a segurança juridica da propriedade, a nossa lei Torrens, pela presumpção absoluta do registro em favor do terceiro de boa fé e no exercicio da posse, reclama:

- 1.º — o ordenamento do processo para o registro, pelo juiz de direito, com intervenção do ministerio publico;
- 2.º — a publicação de editaes pela imprensa;
- 3.º — o decurso de prazo nunca inferior a dois mezes, para reclamações dos interessados. (36)

Pergunta-se: seria curial viesse o recentissimo Codigo de Processo, mantendo a orientação do decreto

(35) Cod. Civ. all., §§ 900 e 433.

(36) Cod. Proc. Civ. bras., arts. 461 e segtes.

451-B, prescrever formalidades da importancia das que apontamos, para conceder efficacia absoluta do registro ao terceiro de boa fé na posse do immovel, se, pelo simples registro commum, esse terceiro já tivesse alcançado a mesma efficacia, ainda quando não contasse com a posse?

VIII

CONCLUSÃO.

Do elemento historico relativo ao nosso Codigo não se pode inferir a adopção do regime fundiario allemão, "em sua pureza", e nem a efficacia do respectivo principio da fé publica, que depende fundamentalmente do cadastro. Da exegese comparada dos textos dos Codigos allemão, suiso e brasileiro, resulta que a fé publica expressa no § 892 do primeiro e no artigo 975 do segundo, não passou para o ultimo. A analyse systematica do direito brasileiro evidencia afinal que os preceitos do Codigo patrio não se harmonizam com a publicidade material do registro fundiario.

A conclusão a tirar, outra não pode ser senão que a presumpção decorrente do artigo 859 do Codigo Civil é sempre "juris tantum". Nesse sentido opinam ainda Sá Pereira (37), Orozimbo Nonato (38), o Dr. A. Gonçalves de Oliveira (39), o desembargador Cunha Barreto (40), Octavio Moreira Guimarães (41), V. A.

(37) "Man. Cod. Civ.", P. Lacerda, VIII, pgs. 100 e segtes.

(38) Cf. "Rev. For.", 19/301.

(39) Cf. "Arch. Jud.", 52/27 suppl.

(40) Cf. "Rev. Tribs.", 127/383.

(41) Octavio Moreira Guimarães, "A boa fé no dir. civ. bras."

(42), e especialmente o professor Soriano Netto (43), cuja leitura é proveitosíssima. A esse mesmo presuppuesto se filia a messe de julgados nacionaes, que, nas acções de reivindicação, vigente o Codigo Civil, admittem a investigação do dominio derivado, até tempo habil para gerar-se o usucapião. (44)

No regime do Codigo Civil brasileiro, são, portanto dois os efeitos da transcrição: o de operar a translação do dominio e o de gerar a presumpção "juris tantum" da propriedade.

São Paulo, Setembro de 1941.

(42) Cf. "Rev. Tribs.", 81/413.

(43) Soriano Netto, "Publ. mat. do reg. immob."

(44) "Rev. Tribs.", 66/632, 78/322, 85/681, 76/371, etc.

I N D I C E

I — O artigo 860 do Codigo Civil	5
II — Transmissão da propriedade	7
III — A transcrição segundo o regime precursor do Codigo Civil	9
IV — A transcrição na França	13
V — A inscripção na Allemanha	15
VI — A elaboração do Codigo Civil	24
VII — A systematica do nosso direito	32
VIII — Conclusão	37

Nota: Observou-se uniformemente a orthographia etymologica.