

ESTUDOS JURIDICOS (*)



TRANSCRIPÇÃO

Antes de proseguir no exame de algumas questões sobre a transcrição, conforme promettemos na Revista de 1895, parece-nos opportuno e conveniente expôr a organização dada a esse importante instituto juridico pelo projecto do Cod. Civil, já approvedo pela Camara dos Deputados. Teremos assim oppor-tunidade de vêr até que ponto as regras consignadas no projecto afastam-se da legislação vigente, ou a adoptam reforçando-a e explicando-a.

Não visamos neste estudo o merito da originalidade, e sim applicar ao nosso direito as soluções propostas por eminentes escriptores, nacionaes e ex-trangeiros, que têm discutido amplamente esta im-portante e intrincada materia.

O primeiro codificador brasileiro, o nosso grande jurisconsulto Teixeira de Freitas, no seu Esboço de Codigo Civil, propoz expressamente que, em relação

(*) V. Rev. de 1895, pags. 27 e seguintes.

a immoveis, a tradição consistiria na inscripção ou transcripção dos respectivos titulos no Registro Conservatorio (nota ao art. 901).

O illustre dr. Coelho Rodrigues, no seu Projecto de Codigo, valioso trabalho que serviu de base ao projecto do dr. Clovis Bevilacqua, no art. 296, declara que a tradição da cousa, mediante justo titulo de alienação, transfere ao adquirente a propriedade.

Accrescenta no art. 302 que a transmissão de direitos reaes sobre bens immoveis só terá effeito contra terceiros depois de inscripto o titulo de transferencia, no respectivo registro.

Destas disposições parece resultar a consagração do direito vigente, introduzido no Brasil pela Lei de 24 de setembro de 1864; sendo, porém, em outros artigos, prescriptas regras que o modificam.

No titulo onde trata da propriedade immovel, referindo os modos de sua aquisição, consigna expressamente que ella se transmite, entre vivos, pela transcripção do acto ou contracto habil para transferil-a, (art. 1.381, § 1), accrescentando no art. 1.388 que a transmissão começa da data do registro do titulo, salvo si este fixa expressamente outra data posterior. — Por esta disposição parece claro que, mesmo entre as partes, a transmissão da propriedade fica dependente da transcripção, intelligencia corroborada pela expressa declaração do art. 1.802, quando diz que « até á transcripção do titulo da transmissão todas as acções reaes são competentes contra o proprietario anterior, e exequiveis contra qualquer possuidor ou detendor. » E' o conseqüente do art. 1.801 que firma a regra de induzir a transcripção do titulo de transmissão a presumpção do dominio do respectivo titular, emquanto não fôr destruida pela acção competente. Estas disposições limitam evidentemente o alcance do art. 302 que parecia conservar a transcripção como se acha organizada em nossa legislação hypothecaria, como faz Felicio dos Santos nos arts. 2.668 e seguintes de seu projecto. Este, fazendo da transcripção simples modo

de publicidade dos actos, não ligava a esse instituto outros efeitos que não fossem os da Lei de 1864 e Decr. de janeiro de 1890, resolvendo em alguns artigos questões e duvidas suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência. Declara que « a transcrição deve ser a indicação fiel do que consta do titulo; não dá nem tira direitos em relação ao alienante e adquirente. Não vem supprir a tradição, como por engano dizem alguns escriptores. A transmissão de immovel se opera por simples effeito do contracto, independente de tradição e de transcrição (art. 1.878). » (Commentario ao Projecto — art. 2.678). Como se vê, o insigne jurisconsulto adopta as regras do Cod. Napoleão e do Cod. italiano sobre effeitos dos contractos, afastando-se das doutrinas modernas que firmam a necessidade de formalidades para garantia de terceiros e solidez do credito real.

O illustre e eminente jurisconsulto dr. Clovis Bevilacqua, a quem coube a gloria de formular o projecto que serviu de base ao primeiro pronunciamiento do legislador brasileiro sobre codificação civil, acompanhando a evolução do direito entre nós e nas nações cultas, consignou disposições mais completas do que as existentes no direito vigente. Assim é que o art. 619 do Proj. declara que se adquire a propriedade immovel « pela inscripção no registro predial, do titulo de transferencia ». A esta disposição a Commissão do Governo, revisora do Projecto, accrescentou o seguinte paragrapho: « A inscripção de que trata a letra — a — não induz prová de dominio, que fica salvo a quem de direito ». E' a disposição existente no art. 8 § 4 da Lei de 24 de setembro de 1864 e Decr. n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 8 § 4.º.

A regra firmada no art. foi censurada pela Faculdade Livre do Rio de Janeiro nos seguintes termos: « Não é da inscripção no registro judicial do titulo de transferencias que se deve fazer derivar a aquisição da propriedade immovel, uma vez que o texto exige o referido titulo. — Segundo a lei actual

(Decreto 169 A, de 19 de janeiro de 1890), só em relação a terceiro é que a transmissão *inter-vivos* por titulo oneroso ou gratuito, dos bens susceptíveis de hypothecas ou a instituição de onus reaes depende da transcrição para operar os seus efeitos. O dominio adquire-se, isto é, é cedido pelo antigo proprietario por escriptura publica ou particular nos casos em que esta é permittida ».

O auctor do projecto respondeu ser errada a censura no modo de encarar o direito vigente, (no que discordamos), e mais que tratando-se *de jure constituendo*, nada o impedia de dar mais amplos efeitos á transcrição.

Conforme procuramos demonstrar no artigo publicado na Rev. de 1895, a opinião do conselheiro Lafayette, mais tarde abraçada pelo dr. Didimo da Veiga, não se coaduna com a indole da transcrição como foi comprehendida pelo nosso legislador. O illustrado relator da parte do projecto referente ao assumpto, o dr. Luiz Domingues, sustentou no seu parecer a doutrina que acceitamos e foi brilhantemente demonstrada pelo dr. A. Figueira na discussão travada perante a Commissão da Camara, que elaborou o projecto definitivo. — Diz o parecer do dr. L. Domingues : « De nosso direito é que o titulo por si só opera transferencia de dominio, independentemente de inscripção ; contra terceiro é que a transferencia só produz effeito depois dessa formalidade, que, seja dito de passagem, não julgo que se possa bem dizer uma tradição, quando é feita só por uma das partes, independentemente do concurso da outra. As leis citadas a respeito não contradizem esse direito. Assim, a lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 8.º. Assim, o decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865, art. 256. Assim, o decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 8.º. E assim, o decreto n. 370, de 2 de maio do mesmo anno, art. 233.

A escriptura faz dono o adquirente ; apenas não poderá este oppol-a a terceiro sinão depois de inscrevel-a. Cumpre, porém, indagar ; convém manter o

direito assim, ou substituí-lo pelo que consagra o projecto? Segundo este, só a inscrição transfere o dominio, mesmo entre as proprias partes contractantes, de sorte que a escriptura habilita apenas á transferencia, por sua inscrição no registro predial ».

O proprio dr. Didimo afasta-se por completo da opinião que sustenta á pag. 326 de sua obra quando diz, tratando dos effeitos da nullidade da transcrição: « O direito de atacar a transcrição por essas nullidades cabe aos terceiros interessados em que a transcrição seja rescindida; as partes contractantes, o transferente e o adquirente não podem allegar as nullidades? Não; a razão fundamental é que a transcrição é feita *no interesse dos terceiros e não dos contractantes*; sómente áquelles é licito promover a sua annullação; *em referencia a estes, segundo o systema da nossa legislação e de todos os que adoptaram o regimen belga-francez, a transferencia produz os seus effeitos, subsiste em estado de perfeição, ainda quando não transcripta.* (Laurent, vol. 29, n. 185) ».

O mesmo conceito encontra-se ainda em outra nota que se lê á pag. 227.

Da mesma sorte Lafayette afasta-se da regra firmada, quando diz que entre adquirentes successivos, embora alguns não transcrevam, basta que o ultimo o faça para proteger o seu direito de propriedade contra outro adquirente do vendedor primitivo que transcreveu seu titulo em data posterior á transcrição realizada pelo tal adquirente. Si a propriedade não se transferiu para o comprador, que não transcreveu, como é que algum dos adquirentes posteriores, transcrevendo titulo havido de quem não tinha o dominio, pôde adquiril-o, e oppô-lo a quem o obteve do vendedor primitivo?

O projecto de Cod. do dr. Felicio dos Santos firma a regra consagrada pelos melhores tratadistas e pela jurisprudencia da França e da Belgica, cuja legislação serviu de modelo á nossa lei hypothecaria

de 1864. Diz o art. 2.672: «No caso de mais de uma transmissões successivas, o ultimo adquirente deve transcrever as anteriores, sujeitas á transcripção, e que não estejam transcriptas». Os inconvenientes apontados pelo dr. Luiz Domingues e que foram rigorosamente desenvolvidos na lucida argumentação do dr. Figueira, não nos parecem sufficientes para rejeitar a ampliação que a reforma vai trazer ao instituto da transcripção.

O systema da nossa Lei de 1864 e Decr. de 19 de Janeiro de 1890, que é o da Lei belga de 1851 e franceza de 1855, como reconhecem todos os escriptores nacionaes, funda um systema hybrido, na phrase de Luzatti, em que a propriedade immovel se transmite entre as partes pelo unico effeito da escriptura e da tradição, e ao mesmo tempo fica dependente da bôa fé do vendedor, que a pôde transferir a outrem validamente, emquanto o primeiro comprador não transcreve o seu titulo. Si o caracteristico fundamental do dominio é o de ser um direito *erga omnes*, o instituto da transcripção é manco e incompleto, desde que não torne essa formalidade essencial para que o acto de transferencia produza todos os seus effeitos.

Cumprе tornal-a obrigatoria, como é actualmente a escriptura publica para a venda de immovéis cujo valor exceda de 200\$000, em vez de ser facultativa, induzindo os compradores em erro que lhes pôde ser fatal, sobre o direito que adquirem, passada a escriptura de venda.

O projecto de Cod. Civ. no art. 139, § 2.º, exige o instrumento publico para transferencia de bens de raiz de qualquer valor, extinguindo a limitação ora existente de só ser necessaria quando o preço exceda de 200\$000.

Ha verdadeiro interesse pratico em tornar necessaria a transcripção para que a escriptura produza seus effeitos, substituindo a tradição, não só para que o direito seja efficaз contra terceiros, porém ainda entre os contractantes e seus herdeiros. E' o meio

seguro de evitar o perigo para aquelles contractantes que actualmente se contentam com a assignatura das escripturas de compra e venda, deixando de cumprir uma formalidade facultativa, de cuja omissão, entretanto, decorrem tão graves consequencias. Neste ponto o projecto do Cod. acompanha as reformas legislativas dos povos cultos, e adopta o pensamento do projecto apresentado ao parlamento brasileiro pelo insigne estadista e jurisconsulto Cons.^o Nabuco, e que, emendado e refundido pelo Senado do Imperio, se converteu na Lei de 24 de setembro de 1864. Os §§ 2, 3, 4 e 5, do art. 9 do projecto, que foram eliminados por emendas da Camara e do Senado, no intuito de tornar facultativa e não obrigatoria a transcripção, demonstram o nosso asserto. Desse artigo do projecto foram conservados sem alteração na Lei de 1864, (art. 8), o texto da 1.^a parte e os §§ 1.^o, 6.^o, 7.^o e 8.^o, accrescentando-se a disposição do § 3.^a da lei, relativa á transcripção de titulos particulares. As regras que não mereceram a approvação das Camaras legislativas do Imperio, são as dos §§ 2.^o, 3.^o, 4.^o e 5.^o, do theor seguinte : § 2.^o « A transmissão dos immoveis só terá logar por escriptura publica, sob pena de nullidade. » § 3.^o « Esta escriptura só pôde ser feita por tabellião, pena de nullidade. » § 4.^o « *E' nulla a escriptura, em a qual não fôr inserta a nota da transcripção, como se pratica a respeito dos conhecimentos da siza.* » § 5.^o « Para esse fim o tabellião antes de escrever a escriptura dará ás partes para ser levada ao conservatorio das hypothecas uma minuta, contendo os nomes e domicilio dos contractantes, a situação e caracteristicos do immovel, titulo do dominio e condições substanciaes do contracto ; feita a transcripção e devolvida pelo conservador a nota della, o tabellião lavrará o contracto, e nelle lançará de verbo ad verbum a referida nota. »

E' digna de nota a organização dada á transcripção pelo Cons. Nabuco, por não se afastar das praticas admittidas no tocante ás escripturas de venda. A nota da transcripção, calcada sobre a minuta for-

mada pelo Tabellião que tivesse de lavrar o contracto seria transcripta no corpo da escriptura, á semelhança do que se faz actualmente com o conhecimento do pagamento das sizas. Desta arte ficariam abreviadas as objecções daquelles que só querem vêr na escriptura o titulo bastante para transferencia da propriedade, e seriam afastados os inconvenientes notados pelo Dr. L. Domingues.

Estas disposições, ou outras equivalentes, poderiam ser incluídas no Cod. Civil, pondo o instituto da transcripção mais de accordo com a pratica já conhecida de se passarem escripturas de venda e outras nas quaes são transcriptos alguns documentos exigidos para a sua validade.

O systema do registro dos titulos para transmissão da propriedade immovel obedece á tendencia moderna do direito de dar a maior seguração ao credito, e que se manifesta igualmente em diversos outros institutos juridicos, como sejam titulos ao portador, lettras de cambio, etc., firmando regras tendentes a deixar de lado as causas dos contractos, para só attender á sua fôrma, de modo a valerem por si — *per se stantes*.

O fim collimado é collocar fóra de litigio a propriedade matriculada. O systema allemão e o registro Torrens constituem a manifestação mais aperfeiçoada dessa tendencia. Attenta a incerteza do dominio e sobretudo a difficuldade de encontrar pessoal habilitado que pudesse exercer as melindrosas funcções de officiaes de registro, torna se perigosa a adopção dessa organização entre nós.

Com muito raras excepções, a torrente dos jurisconsultos nacionaes é contraria a semelhante innovação.

Para demonstrar a difficuldade da introducção desse systema, no nosso meio, basta vêr como se acha elle organizado na Prussia. Assim, a lei prussiana de 5 de maio de 1872 contém disposições completas a respeito da matricula dos immoveis e das formalidades essenciaes á sua transmissão. Segundo

expõe P. Gide, (Annuaire de Legislation, 1872), a inscripção applica-se no direito prussiano ás mutações da propriedade como ás constituições de hypotheca. A' transcripção, isto é, à copia *in extenso* do contracto, a lei prussiana substituiu em tudo a inscripção, que separa das clausulas superfluas, as informações uteis a terceiros, tornando assim as pesquisas mais commo- das e seguras. (Como se vê, neste ponto a nossa lei de 1864 precedeu á lei prussiana).

Em direito francez, prosegue Gide, (e no brasi- leiro, accrescentamos), a inscripção ou a transcripção operam-se na ausencia do alienante e só intervêm de- pois que a alienação se consummou; não são mais do que simples copias; não conferem direitos novos, limitando-se a conservar direitos já adquiridos. Muito differente é o que se dá sob a lei prussiana; a alie- nação só se effectua pela inscripção. Até á effectua- ção desta, o contracto tendente a transferir a proprie- dade apenas pôde produzir um direito de credito. « Só pela inscripção feita no livro territorial, em seguida a um *acto de investidura* se effectua a transferencia da propriedade, no caso de alienação voluntaria (art. 1.º da Lei de 5 de maio cit.), achando-se explicado o que sejam investidura e inscripção no art. 2.º da mesma lei e na exposição de motivos desta; « A investidura, e a inscripção que a segue, são duas operações insepara- veis uma da outra, e constituem em seu conjuncto um só acto juridico que, como a tradição outr'ora, ope- ra a transferencia da propriedade. Na investidura, são as duas partes que exprimem solemnemente sua vontade reciproca de alienar e de adquirir; na inscri- pção, é a auctoridade judiciaria que consagra e torna valido o consentimento das partes. Uma investidura não seguida de inscripção, da mesma forma que uma inscripção não precedida de investidura, seria impo- tente para transferir a propriedade. » Na Allemanha prevalece o regimen da grande propriedade e man- têm-se muitos fundos, de sorte que o dominio se acha perfeitamente discriminado e liquido, o que não acon- tece no Brasil. Em innumerados casos, a segurança

dos direitos dos proprietarios só encontra apoio na prescripção, instituto que a Lei prussiana repelle em materia de immoveis.

Dentre os Codigos modernos, o da Republica Argentina não firmou o instituto do registro pelas razões que seu illustre auctor, o dr. Velez Larsfield, concretiza nas seguintes palavras : « Um acto de alienação não constitue a prova do direito do que aliena, nem por conseguinte do que adquire, pois que ninguém transmite mais direitos do que os que têm. Os titulos inscriptos, pois, pôdem ser annullados, já por vicios intrinsecos, como falta de capacidade dos contrahentes, ou por falta de verdadeiro consentimento, ou por vicios de fôrma. »... « A inscripção não é mais do que um extracto dos titulos e pôde ser inexacta e causar erros de graves consequencias. A inscripção nada garante nem tem força de verdadeiro titulo, nem augmenta o valor do titulo existente. Apenas fixa na pessoa do adquirente os direitos que tinha seu antecessor ; não designa, nem assegura quem seja o proprietario, a quem verdadeiramente pertença a cousa. Si fosse possivel por esse systema a legitimação da propriedade, o exame justificativo deveria confiar-se a uma magistradura que conhecesse da verdade dos actos e suas fôrmas necessarias ; porém, então se transformaria sua jurisdicção voluntaria em contenciosa, submettendo-se a vontade livre das partes a uma auctoridade que ellas não haviam reclamado. O que prescrevem as leis dos Estados, que crearam os registros das propriedades para salvar a illegitimidade dos titulos, ataca em seus fundamentos o direito mesmo de propriedade. Si o official publico se nega a registrar um titulo por achal-o incompleto, pôde o interessado recorrer ao juiz ordinario, e promover ante elle uma verdadeira acção sobre a propriedade ? Porém, com quem litiga o proprietario em posse pacifica de seu direito, ainda que seja por um titulo que não preencha as formalidades devidas, ou que appareça com um vicio, por exemplo a incapacidade para adquirir ou transmittir direitos reaes ? Que ge-

nero de pleito será este que não tem contradictor algum á propriedade ? Como obrará o Poder Judicial, sem que o interesse das partes venha a solicitar sua intervenção ?

Entretanto, o titulo não poderá registrar-se, nem se poderá impôr uma hypotheca sobre essa propriedade, ainda quando o queiram o credor e o devedor. Em um paiz como o nosso, onde o dominio dos immoveis não tem na maior parte dos casos titulos incontestaveis, a necessidade do registro publico crearia um embaraço mais ao credito hypothecario. O maior valor que vão tomando os bens territoriaes, irá regularizando os titulos de propriedade, e pôde chegar um dia em que possamos acceitar a criação dos registros publicos. Hoje nas diversas Provincias da Republica seria difficil encontrar pessoas capazes de organizar esses registros, e construir o cadastro das propriedades, e suas mil limitações pela divisão continua dos bens de raiz que causam os bens da successão, sem sujeitar a propriedade a gravames que não correspondem a seu valor para satisfazer os honorarios devidos pela inscripção ou transcripção dos titulos de propriedade.»

Ao contrario do Cod. Argentino, o do Chile deu grande desenvolvimento ao registro. O art. 686 dispõe que «se effectua a tradição do dominio dos bens de raiz, pela inscripção do titulo no Registro Conservatorio» ; o art. 702, tratando da posse regular, estabelece ser tal a que procede de um justo titulo e boa fê, acrescentando : «si o titulo é translaticio de dominio, è tambem necessaria a tradição», e declarando, para definir o que esta significa e determinar seus effeitos legaes, que «si a cousa é daquellas cuja tradição deva fazer-se pela inscripção no Registro Conservatorio, ninguem poderá adquirir a posse della sinão por este meio». Para que cesse a posse inscripta, diz o art. 728, è necessario o cancellamento da inscripção, quer por vontade das partes, ou por uma nova inscripção, pela qual o possuidor inscripto transfira o seu direito a outrem, òu porde creto judicial.

Emquanto subsiste a inscripção, quem se apoderar da cousa a que se refere o titulo inscripto, não adquire a posse da mesma, nem põe fim á posse existente. Tratando-se de titulos não inscriptos no Registro, perde-se a posse dos bens no caso de despejo violento ou clandestino por quem quer que se pretenda dono delles (art. 729). O rigor desta disposição, (diz o autor donde tomamos este resumo), adoptados no intuito de obrigar os proprietarios a inscrever seus titulos nos Registros, é moderado pela reposição das cousas, ordenada pelo art. 928, ao estado que tinham antes de verificado o espolio violento, concedendo o direito de pedir tal restabelecimento, não só ao dono e ao possuidor legal, como mesmo ao que fôr despojado da mera detenção da cousa (Enrique Tocornal — Discurso proferido perante a Faculdade de Direito do Chile — Collecção de Memorias e Discursos Universitarios sobre o Cod. Civ. do Chile). O Cod. chileno consagrou, em parte, algumas disposições do austriaco, mas não chegou ao extremo de dar ao titulo registrado a força probante absoluta, constituindo a presumpção *juris et de jure* do regimen allemão. A exposição de motivos do governo ao Proj. de Cod. Civ. chileno declara expressamente não attribuir á inscripção conservatoria outro caracter além do de uma simples tradição; a posse conferida por ella deixa subsistentes os direitos do verdadeiro proprietario, que sómente poderiam extinguirse pela prescripção competente. O Proj. do nosso Cod. Civ. acceitou esta doutrina, e pensamos que acertadamente. Para aquelles que julgam preferivel o Registro com o effeito de dar aos titulos a força de prova irrecusavel, temos a lei que faculta a matricula dos immoveis no Registro Torrens. Convém não perder de vista que no estado actual do nosso direito pôde-se dizer que vigora o systema espiritalista do Cod. Nap., no tocante á transmissão de immoveis, pelo uso constante da *clausula constituti*, segundo o fez sentir T. de Freitas.

Sendo pouco usada a transcripção, complemento

necessario do acto para valer contra terceiros, o resultado è termos a nossa propriedade fundada em titulos por assim dizer clandestinos, o que permite facilmente a fraude. E' certo que taes titulos não valem contra terceiros, mas os inconvenientes de tal estado de cousas são obvios e devem ser removidos. O meio seguro é tornar necessaria a formalidade da transcripção, de par com a da escriptura publica, para a transmissão de immoveis. Não poucas vezes, pela lei vigente, dão-se factos que parecem ferir o sentimento innato de justiça pela falta de escriptura publica em casos de venda de immoveis, sendo sacrificados compradores de boa fê, que porventura se contentaram com titulos particulares, excedendo o preço do contracto a 200\$000. O mesmo pôde acontecer e acontece frequentemente com a falta da transcripção. Ao legislador, porém, cumpre attender aos interesses sociaes, maximé quando se harmonizam perfeitamente com os particulares. Quem sofre prejuizo por não se ter conformado com uma disposição legal, que exige determinada fôrma para validade do contracto, é culpado de negligencia e portanto só de si pode queixar-se.

A disposição contida no art. 619 do projecto, que declara importar a transcripção em uma presumpção de dominio, e por cuja suppressão pugnaram alguns illustres membros da Comissão da Camara dos Deputados, revisora do mesmo projecto de Cod. Civil, não nos parece contradictoria com o principio da transcripção, tal qual se acha adoptado em grande numero de nações civilizadas. Não é mais do que a consagração da antiga regra de Direito Romano, firmada na lei 20 do Dig., Liv. 41, Tit. 1.º, que diz : *« Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit id tradendo transfert; si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert. »*

Um acto de alienação não constitue prova do direito do alienante, nem do adquirente, pondera T. de

Freitas corroborando as palavras do commentador argentino já citado. De facto, accrescenta elle, como saber si o vendedor do immovel é seu legitimo e verdadeiro proprietario ? Investigando-se a genealogia da propriedade, sua filiação de titulo em titulo, pôde se chegar a grande probabilidade, e raras vezes á certeza completa.

Poder-se-ia, talvez, julgar superflua a limitação do § unico do citado art. 619, visto como não existindo disposição alguma que dê força probante absoluta ao titulo inscripto, o effeito seria que os direitos cedidos ou transferidos não podiam ir além dos que tivesse o transmittente, pela regra : «*nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (frg. 54, D. de Reg. juris), regra que Godofredo assim interpreta : «*Sed idem tantum, puta idem dominium, e adem servitutes, eadem jura, easdem causas, eadem vitia et onera.*»

Assim é que, sob o imperio da antiga legislação em que se exigia a escriptura publica para validade da venda de bens de raiz de certo valor, antes da Lei de 1864, jamais se questionou sobre o alcance dos direitos transmittidos pelo vendedor. Nada obsta, portanto, que se exiga a transcripção como uma formalidade essencial para que o contracto tenha validade não só contra terceiros, como mesmo entre as partes. Deixará de ser medida de simples publicidade, á qual são ligados importantes effeitos em relação a terceiros, como é actualmente, para converter-se em formalidade essencial—*forma dat esse rei*.

Todavia parece-nos conveniente a expressa inclusão da clausula do § unico cit. ou outra equivalente, como a do art. 860 do projecto approvado pela Camara dos Deputados, afim de evitar que a doutrina e a jurisprudencia sejam induzidas em erro, acreditando na introduccção do systema germanico entre nós. E' certo que nos paizes que o adoptam existem disposições claras e taxativas marcando os effeitos da inscripção, á qual é dado o valor de presumpção *juris et de jure*, o que não acontece no Projecto do

Código ; mas tratando-se de instituto conhecido, a ausencia da limitação do valor do título inscripto faria surgir duvidas e gerar pleitos, que o legislador deve evitar.

Sendo graves os efeitos da falta de transcripção, ou da que fôr nullamente feita, parece-nos que o Código Civil deve mencionar taxativamente quaes os requisitos essenciaes para que possa produzir effeito, sob pena de nullidade.

Em casos como este não é de bom conselho deixar á doutrina e á jurisprudencia a tarefa de fixar regras, de cuja inobservancia pôdem resultar prejuizos serios aos particulares, compromettendo o intuito de dar ampla e segura base ao credito real.

*
* *

Examinando os efeitos da transcripção, ou da sua falta, vamos ainda insistir na opinião dos que affirmam effectuar-se a transferencia do dominio entre as partes e seus herdeiros, desde que haja a tradição.

Que dominio é esse que não vale contra todos, ao qual falta, portanto, o principal caracteristico desse direito fundamental da sociedade? — pergunta-se. Para garantir o interesse dos contractantes, basta o vinculo pessoal da obrigação. Teremos que o dominio transferido pelo contracto acompanhado de tradição do immovel, vale alguma cousa mais do que a simples obrigação do vendedor.

Antes de tudo, cumpre notar que, por direito, muitas vezes o acto valido entre as partes, não pôde produzir todos os seus efeitos em relação a terceiros, por falta de publicidade.

A negligencia dos contractantes em tomar cautellas assecuratorias de seu direito os expõe a prejuizos

zos. E' um dos effeitos da culpa, instituição que, no dizer de Ihering, domina todas as instituições juridicas.

Na propria Lei de 24 de setembro de 1864 temos exemplo frizante do que acabamos de dizer. O art. 9 declara que as hypothecas legaes especializadas, assim como as convencionaes, sòmente valem contra terceiros desde a data da inscripção, e acrescenta : «são subsistentes entre os contraentes quaesquer hypothecas não inscriptas» (§ 1.º).

Identica disposição se encontra no art. 9 do Dec. 169 A, de 19 de janeiro de 1890.

Sendo o primeiro caracteristico da hypotheca dar ao credor hypothecario o direito de sequela para seu pagamento, — pôde-se perguntar : que hypotheca é esta que não vale contra credores chirographarios e terceiros adquirentes ?, e, entretanto, a lei reconhece a existencia da hypotheca entre as partes contractantes, e seus herdeiros, e ella produz effeitos apreciaveis.

O mesmo acontece com a transmissão do dominio, em virtude de contracto não transcripto. Na França, Belgica e Italia, cujas legislações são quasi identicas á nossa, que nellas se inspirou evidentemente, a questão versa sobre a applicação do principio de que o simples contracto importa transferencia da propriedade entre as partes, e todos ou quasi todos os commentadores da lei affirmam que a exigencia da transcripção só affecta esse direito perante terceiros, que tenham adquirido a propriedade do mesmo vendedor. Troplong, Murlon, Verdier, Flandin, Luzzati, Gabba, Dalloz, Mirabelli, Lomonaco, Borsari, Georgi, Larombière, etc., sustentam dar-se essa transferencia e indicam alguns dos seus effeitos.

Conforme vimos atrás, em sentido contrario se pronunciam entre nós Lafayette, Didimo e Bevilacqua, sendo que os dous primeiros afastam-se desta opinião adoptando soluções incompativeis com ella, quando descem a casos concretos.

Ainda em nota ao § 227 de sua obra, diz o dr. Didimo :

«Nenhum adquirente é obrigado á transcripção ; a sancção desta é não valer, sem ella, a *acquisição de dominio* contra terceiros.» Logo, houve *acquisição de dominio*, embora com a limitação de não valer contra terceiros, que possam contractar com o vendedor.

Applicando ao nosso direito o que ensinam eminentes jurisconsultos estrangeiros, que commentaram disposições legislativas semelhantes, sinão identicas ás nossas, devemos reconhecer dous modos de transmissão da propriedade entre vivos, segundo a actual legislação brasileira : um, entre as partes e seus herdeiros e successores a titulo universal, mediante titulo e tradição do immovel ; e outro, relativo a certos terceiros, pela publicação do titulo no Registro de hypothecas. De entre muitos escriptores italianos, francezes e belgas, citaremos as seguintes palavras de Mirabelli, na sua monographia sobre a transcripção, : «segundo o Cod. civil italiano, dous são os modos de transmittir por acto entre vivos a propriedade immovel ; um modo, com o simples consentimento entre os contrahentes, e seus herdeiros ; e o outro relativamente a determinados terceiros com o consentimento publicado mediante a transcripção ; o adquirente torna-se, por consequente, proprietario a *respeito de todos* só depois de ter transcripto, antes da transcripção tem uma propriedade *relativa*, não *absoluta erga omnes* ; quando revende, não transfere ao sub-adquirente, nem póde transferir, sinão a mesma propriedade *relativa*, não absoluta *erga omnes*... , donde resulta, como consequencia, que o sub-adquirente, que transcreve o seu contracto de aquisição, adquire com relação ao seu immediato auctor e aos que derivam delle seu direito, a propriedade relativa que lhe foi transmittida ; mas, si quizer que desta, que é *relativa*, em relação áquelles que derivam seu direito do auctor, se torne *absoluta*, deve transcrever o acto intervindo entre o auctor do seu auctor e este,

porque a transcripção do seu contracto, emquanto elle não adquirir a propriedade por prescripção, não expurga o vicio de sua aquisição, que é o de tirar o seu direito de um proprietario *clandestino*; e este vicio só se pôde expurgar publicando o precedente ou os precedentes contractos.»

A differença característica entre a publicidade dos contractos, acceita pela nossa legislação, e a publicidade do regimen allemão, segundo ensinam os escriptores, é que a primeira não representa papel algum na formação do contracto entre as partes, havendo a tradição do immovel, constitue uma formalidade extrinseca, destinada a tornal-o apto a poder ser oposto a terceiros. Não se deve esquecer que a transcripção não é formalidade que dê valor absoluto ao titulo, e sim meio de dirimir contestações e preferencias entre adquirentes ou credores, que tenham obtido titulo do mesmo auctor.

A jurisprudencia tem variado nos Tribunaes brasileiros.

Contra a opinião que sustentamos, cita o dr. Didimo um accordam da Relação do Rio de Janeiro, em uma causa de Revista, divergindo da doutrina do Supremo Tribunal do Imperio, que firmava a intelligencia que damos á Lei de 1864.

Em um luminoso accordam de 6 de março de 1895, (Forum, Anno 3.^o—Vol. V, pag. 145), a Relação do Estado de Minas, resolvendo questão de preferencia entre adquirentes successivos, dos quaes um deixou de transcrever seu titulo, sustenta a bôa doutrina, nos seguintes considerandos:

«Considerando, porém, que Feliciano Bastos não transcreveu o seu titulo de compra, de fl. 68; Considerando que a transcripção é indispensavel para que a transmissão de immoveis susceptiveis de hypotheca opere os seus effeitos em relação a terceiros (art. 8 do Dec. de 19 de janeiro de 1890 e 233 a 234, do Dec. de 2 de maio do mesmo anno); Considerando que antes da transcripção, prescripta pela lei para garantir os interesses de terceiros, que são tambem

os da sociedade, e consolidar os seus direitos, o comprador é apenas *proprietario em frente do vendedor*, não o é relativamente a terceiros; Considerando que a propriedade assim adquirida é uma propriedade relativa e não absoluta (Laurent, vol. 29, ns. 159, 163 e 182); Considerando que, nestas condições, está a propriedade adquirida por Feliciano Bastos, que, com o mesmo vicio, a transmittiu ao appellado; Considerando que este, embora fizesse transcrever o seu titulo de compra, de fl. 2, não o pôde oppôr a terceiro, porque a transcrição não lhe dá um direito novo e simplesmente torna publico o direito que resulta de seu titulo (Laurent citado, ns. 163 a 182; Landouzy, Tratado dos privilegios e hypothecas, n. 566), não podendo o vendedor transmittir ao adquirente mais direitos do que os que tinha;

Considerando que, como diz Merlin, Questões de Direito, L. 2.º, «a transcrição não dá ao adquirente mais direitos do que os que resultam do contracto da venda, porque não é um titulo novo, não muda ou altera o contracto e apenas o confirma, sem nada accrescentar-lhe e não tem força para purgar-lhe os vicios;»

Si entre vendedor e comprador, apesar da tradição do immovel, existe apenas simples contracto e não transmissão de dominio, seguem-se consequencias juridicas de character differente, e complicadas questões surgiriam no campo da jurisprudencia, pois, tratando-se de formalidade facultativa, innumerossão os contractos que não a tem preenchido, contentando-se as partes com a bôa fê dos alienantes, para não irem de encontro aos titulos firmados.

Nem se diga que a simples existencia do contracto basta ás partes para haverem os interesses correspondentes ao seu direito, independentemente de transmissão de dominio.

Mencionaremos alguns effeitos uteis e que não se dariam sem que se desse a transmissão do dominio, entre os contractantes. Feita a tradição, pela clausula *constituti*, ainda antes da transcrição, pôde o com-

prador usar da acção *in rem* para haver o immovel, em vez da acção pessoal ex-empto, resultando da applicação de uma ou de outra effeitos apreciaveis em nosso direito.

Assim não procede a observação de Georgi, (Teoria delle obrigazione — v. 4 ns. 225 e 226), quando chama de mesquinho e puramente nominal o beneficio resultante de poder o comprador, que não transcreveu, usar da reivindicação em vez da acção pessoal contra o vendedor, desde que não pôde exercer seu direito *adversus omnes*, o que constitue a essencia do direito de propriedade.

Pelo Cod. italiano, transferindo-se a propriedade pelo simples consentimento entre as partes, fica a transferencia dependente, entretanto, da formalidade da transcripção para valer contra terceiros (art. 1.942).

Georgi, estudando, em face do direito italiano, o contrato de transmissão de immoveis, não transcripto, assignala-lhe os seguintes effeitos, alguns dos quaes com inteira applicação entre nós, e igualmente accet- tos por notaveis juriconsultos :

a) No caso de venda successiva a dous, que não transcreveram, prefere o primeiro comprador. —Entre nós preferirá o que tiver obtido tradição da coisa (Ord. L. 4, T. 7), e só na falta de tradição prevalecerá a regra firmada pelo juriconsulto italiano.

b) O comprador pôde reivindicar o predio do possuidor sem titulo.—(Daremos adeante mais ampla demonstração desta affirmação.)

c) Supposta a hypothese de fallecer o vendedor do predio, pôde o comprador reivindicar-o e subtra- hil-o ao concurso dos credores da herança.—Entre nós dada a fallencia do vendedor, o comprador que não transcreveu terá de concorrer com os credores da massa (Dec. 859 de 16 de agosto, 902, art. 350 f).

d) Si o comprador revende o predio ao proprio vendedor, tendo-o gravado antes com uma hypotheca,

este onus continuará a gravar o immovel, não sendo licito ao adquirente, (1.º vendedor), allegar a falta de transcripção da primeira venda que elle proprio havia feito ao, agora, devedor hypothecante. (Lomonaco).

Sob o ponto de vista fiscal, podemos accrescentar que ao passar a escriptura ficam as partes obrigadas ao pagamento da siza, pois o conhecimento do imposto deve ser transcripto no corpo da escriptura. E' sabido tambem que pela transcripção no Registro de hypothecas é o titulo sujeito a novo imposto (1/10 %, segundo o Reg. n.º 5.581 do imposto de transmissão de propriedade, de 31 de março 1884, e hoje em Minas de 1/2 % de conformidade com a Lei n.º 246 de 1898, art. 13).

Do emprego da acção de reivindicação (acção real) ou da pessoal, ex-empto, decorrem tambem effeitos praticos, e não puramente nominaes, como quer Georgi : Assim o fôro competente em uma é *rei sitæ*, ao passo que na outra é o do domicilio do rêu.— Na reivindicação basta a citação para tornar a cousa litigiosa (Ord. L. 4 T. 10 — Ramalho — Praxe § 121 nota b — Pereira e Souza § 112 — Consol. art. 344.)

Na acção pessoal sobre cousa certa só se torna litigiosa a cousa pela contestação da lide (Ramalho e P. e Souza cit.).

Pelo nosso direito o casamento, não havendo pactos ante-nupciaes, imputa communhão de bens entre os esposos e assim os bens de raiz não pôdem ser alienados sem consentimento da mulher. Si, por ventura, os immoveis alienados antes do casamento, pelo marido, e não transcriptos, permanecem no dominio deste segundo, ensinam os escriptores que combatemos, a consequencia seria tornar nulla a transcripção do titulo depois do casamento ou fazel-a dependente do consentimento da mulher. Entretanto, não temos conhecimento de caso algum neste sentido : sempre foi admitida a transcripção do titulo em qualquer tempo sem dependencia desse consentimento da mulher.

Assim também, fallecendo o vendedor de um immovel, antes de effectuada a transcripção do titulo havendo herdeiros menores, seria preciso expressa licença do juiz para realisar esta formalidade si, por ventura, entre as partes contractantes e seus herdeiros não houvesse transmissão de dominio em virtude do contracto, dada a tradição. Não raro se realiza a venda de immoveis de valor superior a taxa da lei por escripto particular, havendo pagamento do preço e tradição, e para se regularizar o contracto, havendo menores interessados, se faz precisa a auctorização judicial para que o inventariante dos bens do vendedor possa regularizar o negocio, passando escriptura publica. Tal auctorização judicial jamais foi exigida para a transcripção no caso figurado.

Quando se attende que innumerados são os titulos de transmissão entre nós, que deixam de ser transcriptos, comprehendem-se as gravissimas consequencias que resultariam da intelligencia da Lei de 1864 e Dec. de 1890, contraria á que sustentamos com a torrente dos escriptores patrios e estrangeiros, felizmente.

O Cons. Lafayette (§ 53) entende que o proprio alienante pôde invocar a seu favor a nullidade da transcripção. Pelas razões adduzidas é claro que não admittimos esta consequencia, que não parece accetavel, mesmo quando a transcripção seja formalidade essencial para transferir o dominio entre as partes; pois, qualquer interesse que o alienante pudesse auferir dahi, teria de restituir ao comprador pela acção ex-empto.

Para nós o alienante seria repellido pela excepção *rei venditæ et traditæ*. Escuda-se o Cons. Lafayette no art. 280 do Reg. de 26 de Abril de 1865 mantido no Reg. de 2 de Maio de 1890, mas este artigo refere-se expresamente a terceiros nos seguintes termos: «Feita a transcripção, si ella contiver nullidades o Official não pôde reparal-as, *mas os terceiros têm o direito de invocal-as a seu favor*. Acresce ainda que o art. 64 do Dec. de 2 de Maio de 1890 ex-

clue do numero de terceiros, as partes ou seus herdeiros.

O vendedor, sendo obrigado a garantir a entrega da cousa, não póde allegar a falta ou nullidade da transcripção nem tampouco o adquirente, porque não póde deduzir da sua negligencia uma razão para deixar de cumprir a obrigação que contrahi. O mesmo se deve dizer dos herdeiros e successores a titulo universal, porque o character de universalidade da successão envolve o conceito de completa representação do *de cuius*. E' esta a doutrina corrente entre os civilistas (Luzzati n. 129, Aubry et Rau, Marcadé, Troplong, Didimo § 236 pg. 328).

Alguns escriptores têm mesmo sustentado que os herdeiros a beneficio de inventario não podem invocar a falta de transcripção para defeza de direitos que alcançaram do auctor a que succedem (Flandrin-Transcript. n. 842) parecendo-nos, porém, mais juridica a doutrina contraria. Desde que se dá a separação de patrimonios pela acceitação da herança a beneficio de inventario, o principio da representação é bastante limitado e o herdeiro póde fazer valer seus direitos em relação á herança como qualquer terceiro. E' certo que ficará obrigado a prestar a garantia ao comprador que fôr privado do immovel; essa prestação, porém, é limitada ás forças da herança.

A solução contraria poderia conduzir á consequencia de ser prejudicado o herdeiro beneficiario, si por acaso o valor da herança não fosse sufficiente para compor-lhe a importancia do predio questionado.

Na apreciação do instituto da transcripção cumpre não esquecer (Luzzati t. 2 n. 170), que se trata de uma lei de excepção, accrescentando aos contractos aos quaes é imposta uma formalidade externa, cuja falta não póde infirmar sua intrinseca validade, mas limitalhes a efficacia. Sendo o fim da transcripção dar publicidade aos actos que podem prejudicar a terceiros em beneficio do credito real, não devemos estender seus effeitos além do seu objectivo, confessado e reconhecido pelo legislador no conjuncto das disposições legaes na

exposição de motivos e discussão da Lei de 1864. O rigor com que o eminente jurisconsulto, de cuja opinião vemo-nos forçados a discordar, tratando dos adquirentes que não transcreveram seus títulos, parece-nos em desacordo com a luminosissima exposição que se encontra na sua grande obra, (Direito das Cousas, § 49 nota 2), explicando as razões por que o Direito Germanico não foi adoptado entre nós, pretensão aventada pelo parecer da C. dos Deputados de 14 de Agosto de 1854, que é acoimada de temeraria. As soluções que impugnamos nascem da accepção amplissima dada á palavra — terceiros — empregada pela lei, em desacordo com a doutrina dos escriptores e jurisprudencia dos Tribunaes dos paizes de onde fomos copiar o instituto da transcripção. Limitamo-nos, por enquanto, a citar as palavras de Besson, no seu excellente estudo sobre a legislação comparada (La Reforme hypothecaire).

«Si é verdade que em principio a transcripção torna o titulo do adquirente apto para ser opposto aos terceiros, este resultado não se produz sinão quando *o conflicto se levanta entre pessoas que derivam o seu direito do mesmo auctor (transmittente)*. A transcripção deixa de ter efficacia quando a collisão se dá entre adquirentes que tiram seu direito de auctores diferentes».

Que valor terá a disposição do art. 854 da Lei de 1864 conservada no Reg. de 19 de Janeiro de 1890 si o usurpador que não tem direito algum sobre a coisa por titulo transcripto ou não pôde paralyzar o direito de quem a adquiriu do verdadeiro proprietario por titulo legitimo, mas que não foi transcripto? Por Direito Germanico o usurpador não venceria a questão, pois lá só se admite o valor do titulo escripto, e elle não o tem.

Tendo a transcripção por fim prevenir as fraudes do alienante em prejuizo do adquirente, (Lafayette, § 50 not. 4), torna-se preciso que o terceiro de que falla a lei tenha seu direito fundado em acto ou contracto em que figure o alienante do immovel e o usurpador não se acha nesse caso, como veremos a dea-

te. — Valerá o legado do immovel alienado, não estando transcripto o titulo de alineação? ou por outra, o legatario deve ser considerado terceiro em frente do adquirente que não transcreveu seu titulo?

Pela affirmativa opiniam Laurent (V. 29 n. 188) e Martou contra Troplong (n. 157), Mourlon(435—436) Lomonaco e outros escriptores, pois o legatario não é representante do defunto, não interveiu no contracto; é, pois, um terceiro e como tal pôde oppôr a falta de transcripção. A seu respeito o testador é sempre proprietario e pôde dispôr da cousa; si tivesse doado, o donatario poderia prevalecer-se da falta de transcripção. Si o donatario é preferido ao comprador que não transcreveu, porque o não será o legatario? por não haver contracto? porém, o donatario recebe e não se obriga.—Esta opinião parece ser perfilhada pelo dr. Didimo (n. 236), embora se espraiando em considerações deduzidas de Aubry et Rau, Demolombe e outros que a combatem, apoiados na doutrina espiritualista do Cod. francez sobre effeitos dos contractos.

Parece-nos perfeitamente cabida a opinião de Mirabelli (1) em sentido contrario, applicando os principios que regem o legado de cousa alheia. Com effeito, o testador que lega a cousa alheia, sabendo que o é, obriga o herdeiro a adquiril-a ou a pagar a sua estimação ao legatario (C. Telles, Dig. Port. art. 1.707) quando o proprietario não queira vendel-a. Si ignorava que a cousa era alheia, é nullo o legado (C. Telles, art. 1.708, § 4, Inst. de Legat.). Si o legado consta de testamento feito antes da alienação, esta revoga o legado (art. 1.762). O testador, não podendo ignorar a alienação que fizera do objecto legado, segue-se que ao herdeiro corria a obrigação de rehavel-o para cumprir o legado ou pagar ao legatario a estimação respectiva. Além disso, è brocardo juridico *nemo li-*

(1) Mirabelli — Dei principii fondamentali dell'Instituto della Transcrizione.

beralis nisi liberatus, que se vê consagrado no frg. 66 § 1. Dig. Ad Leg. Falcid. Sicuti legata non debentur, nisi deducto ære alieno aliquid supersit: nec mortis causa donationes debebuntur, sed infirmantur per æs alienum».

Sendo a transcripção destinada a garantir direitos de terceiros, uma limitação do effeito dos contractos em beneficio destes, segue-se que podem elles abrir mão do favor da lei, renunciando-o: «*cuique licet renuntiare jure in favorem suum introducto*», (Sentença da Côrte de Turim, de 27 de dezembro de 1872—Giurisprudenza—an. X).

E nem os juizes podem *ex-officio* apurar a falta de transcripção, para applicar os effeitos de tal omisão, como não o podem fazer relativamente á prescripção que não foi allegada. Ambas as instituições, embora fundadas no interesse geral, constituem uma razão de indole privada dependente exclusivamente da vontade dos interessados. (Luzzati V. 2, n. 96—Larombière, etc.)

*
* *

E' em torno da questão do que sejam *terceiros* que surgem graves questões no instituto que estudamos: «Ma questi benedetti terzi, pergunta Borsari (Comment. del Cod. Civ. § 4.134), che sono sempre in giuoco, e sembrano portare una certa confusione, chi sono veramente?»

E' o que vamos procurar indicar, tendo em vista a nossa lei e a opinião dos seus commentadores.

Segundo com muita razão faz observar Dalloz, (Repert. v. tiers) n. 3, é impossivel em direito determinar de modo absoluto quaes as pessoas que são ou não terceiros, devendo o sentido desta palavra

interpretar-se sempre conforme a disposição especial que se tem de applicar.

Assim, no instituto de que se trata, são consideradas—terceiros—muitas daquellas pessoas que em outras relações de direito são tidas como successores ou representantes (*causam habentes*) do alienante, e, portanto, como tendo o mesmo direito, a mesma utilidade e a mesma condição que este, pela regra da Lei 67, Dig. De contrah. empt. : «*Sic enim sua causa res-transferri, dicitur, id est, cum suo onere, vel quo jure, quaque conditione est: alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus quæ esset futura si apud nos ea res mansisset.*» Dahi resulta que muitas vezes quem foi extranho ao acto e nelle não figurou pessoalmente não pôde, entretanto, ser considerado—terceiro.

Conforme muito bem nota Luzzati (V. 1.º § 126), terceiros, na accepção litteral da palavra, são aquelles que não participam de um acto que se dá entre duas pessoas, e que são a tal acto naturalmente extranhos. Em sentido juridico tem significação mais restricta. Em virtude das relações que nascem entre individuo e individuo, pelos factos das obrigações e das successões, surgem casos em que uma pessoa é reputada representar uma outra nos direitos e obrigações, e para estes casos a palavra terceiros limita-se a referir-se áquelles que, não só são materialmente extranhos a um acto, mas que delle não participam em virtude de representação das partes. E' este o significado geralmente attribuido pela lei áquella palavra. Nestas condições não podem ser considerados terceiros aquelles que derivam seu direito de acto ou facto, proveniente do transmittente do mesmo direito. Taes são: 1.º Os herdeiros, propriamente ditos, isto é, aquelles que em direito são continuadores ou representantes da pessoa do defuncto, *qui personam defuncti sustinent*; 2.º Aquelles que, sem continuar a pessoa, são successores nos bens universaes ou a titulo universal, como o legatario universal ou a titulo universal; 3.º Aquelles

que são chamados a receber objectos particulares, como o donatario, o comprador (Fuzier Herman—Repost. du Droit franc. vol.—Ayant-cause).

E' o corollario da regra: *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.*

Na materia que estudamos não é esta a acção da palavra—terceiros—; pois a duvida surge exactamente entre os adquirentes de direitos conferidos pelo mesmo auctor, pelo mesmo transmittente.

Podem ser reduzidos a tres os systemas sustentados entre nós sobre o alcance da palavra—terceiros—no instituto da transcripção, que se acha intimamente ligado ao da inscripção de hypothecas no mecanismo da nossa legislação, bem como no da legislação estrangeira.

Em primeiro logar mencionaremos o systema ensinado pelo conselheiro Lafayette, que attribue á palavra—terceiros—significação absoluta, sem restricção alguma, e que não encontra simile em nenhum outro instituto juridico nacional, ou estrangeiro.

«A lei diz, *a respeito de terceiro*, em sentido absoluto, sem restricção ou condição,—quem quer que seja o terceiro. Assim, antes da transcripção, o adquirente não pôde reivindicar o immovel de terceiro, ou esse—terceiro—possua por justo titulo, ou seja um mero usurpador.

«O dominio é um direito absoluto, *erga omnes*: Si não existe em relação a terceiro, tambem não pôde existir entre as proprias partes contractantes. «Um dominio que só é dominio entre os contractantes, mas que não o é em relação a terceiros, é uma monstruosidade que repugna á razão.

«A lei franceza de 23 de março de 1855 é a este respeito diversa da nossa: Ella nega os effeitos do dominio, antes do registro do titulo, não em relação a terceiros em absoluto, mas tão somente em relação «a terceiros que têm *direitos* sobre o immovel, e que os hão conservado de conformidade com as leis» (art. 3), limitação da qual deriva logica e necessaria-

mente a consequencia de que, independentemente de transcripção, o dominio se transfere em relação a terceiros, «que não têm direitos sobre o immovel, conservados conforme a lei» como são os usurpadores, os credores chirographarios do alienante, os que não registraram seus titulos (Troplong, ns. 151 e 152)».

A noção de—terceiro—envolve sempre, segundo ensinam todos os civilistas, a idéa de conflicto entre portadores de titulos que confirmam direitos, e não se trata de firmar preferencia entre pessoas que nenhum titulo possam apresentar. Parece, portanto, que para se admittir uma significação que vem destruir as noções geralmente acceitas fôra mister disposição clara e expressa da lei, e não simples deducção da letra desta, tomada separadamente, e sem attender além disso a seus fins, a seus motivos, e à sua origem declarada na exposição de motivos e discussão no parlamento brasileiro.

Inquestionavelmente repugna aos sentimentos de justiça e equidade que o usurpador possa repellir o comprador que adquiriu direito sobre o immovel, mediante titulo legitimo, sómente por faltar a este uma formalidade externa e facultativa, como é a da transcripção.

E' preciso, pois, limitar o sentido do texto da lei aos casos de que ella trata, e não emprestar-lhe o sentido absoluto, que conduz ao resultado que acabamos de mencionar: «*Si ex literali interpretatione, non quidem illiciti quid, sed tamen aliquid grave atque intolerabilis sequitur, æquitas jubet adhiberi interpretationem restrictivam*, diz Heinetius (ad Grot. De Jure bell. et pace. Liv. 2, Cap. 16 § 27).

A principal razão invocada é que nosso legislador affastou-se da lei franceza de 1855; pois esta refere-se «a terceiros que têm direitos sobre o immovel e que os hão conservado de conformidade com as leis», e esta limitação não se encontra na lei brasileira.

Recorrendo-se á exposição de motivos e discussão da lei franceza de 1855, verifica-se que as men-

cionadas palavras tiveram por fim unicamente affastar os credores chirographarios. Vamos transcrever as palavras de De Belleyme (Adolphe), relator da Commissão encarregada pelo corpo legislativo de examinar o projecto que foi convertido na lei de 1855: « L'art. 4 a été dans son principe, sauf un changement de rédaction qui en précise le sens. Par ces mots: « *aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble* », on a voulu écarter la pretention des créanciers chirographaires, qui auraient pu vouloir opposer le défaut de transcription. Ce droit leur est refusé par le project de loi ». Por conseguinte, da falta de restricção em nossa lei, o que se poderá sustentar é que os credores chirographarios, embora só tendo direitos pessoas a fazer valer contra o alienante, poderão oppôr a falta de transcripção aos adquirentes, e considerar o immovel alienado como continuando a fazer parte do patrimonio do devedor. Mais de espaço examinaremos esta questão.

Esqueceu-se ainda o illustre jurisconsulto, cuja opinião deixamos de acceitar, apesar do grande respeito que lhe tributamos, que a nossa lei traz uma limitação muito mais importante do que a consignada nas leis belga e franceza, que lhe serviram de modelo. E' a disposição do art. 8, § 4 que diz: « *A transcripção não induz a prova de dominio, que fica salvo a quem fôr* ».

E' preceito que não se compadece com a theoria que confere ao usurpador o direito de repellir a reivindicção do verdadeiro proprietario, embora este não transcrevesse o seu titulo. E' limitação clara e manifesta da regra do mesmo artigo em relação a terceiros: é preciso que estes tenham direito sobre o immovel, e direito que prefira o do adquirente que não transcreveu. Exigir titulo transcripto em frente do usurpador, é ligar á transcripção o valor absoluto do Direito Germanico, e tornar sem effeito o dispositivo do art. 8, § 4 da nossa lei hypothecaria.

Investigado o que se deva entender por—terceiro, a proposito do dispositivo do Cod. francez sobre va-

lor de instrumento particular, sem data certa, diz Zacharice (§ 756): « On doit considerer comme tiers tous ceux qui n'ont pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de la loi soit en vertu d'une convention ou d'une disposition faite par l'une des parties signataires, investis en leur propre nom, de droits réels ou personels, dont l'existence ou les effets seraient compromis, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvaient leur être opposé ». Esta é a doutrina ensinada pela torrente dos civilistas: por sua natureza a relação jurídica que estudamos presuppõe a concessão de um direito pela mesma pessoa a adquirentes diversos, vindo mais tarde a collidirem os respectivos direitos. Ou então o direito que seria sacrificado nasce da propria lei. Encontraremos sempre a collisão de direitos, resolvendo-se qual deva ser preferido.

Em opposição á doutrina ampla do conselheiro Laffayette, está a opinião de Perdigão Malheiros, illustre jurisconsulto brasileiro, e ainda ultimamente defendida com argumentação vigorosa e brilhante pelo eminente dr. Andrade Figueira, perante a Comissão da Camara dos Deputados, revisora do Projecto de Codigo Civil. Para estes jurisconsultos a palavra — terceiro — só abrange os credores hypothecarios. Em parecer publicado na Gazeta Juridica (1873, pag. 116), diz Perdigão Malheiros: « E' minha opinião que o *terceiro* a que se refere o art. 8 da Lei da Ref. Hypoth. de 1864, não é todo e qualquer, e sim aquelle que tenha um direito real ou uma hypotheca — seja esta *legal, convencional ou judicial*, como consequencia do direito de sequéla inherente á hypotheca devidamente constituida e registrada. Esse mesmo art. da lei refere-se aos *bens susceptiveis de hypotheca*; e equipara os effeitos da transcripção da transmissão aos dos onus reaes: — ora o art. 6 §§ 1.º, 2.º e 6.º só fazem menção dos credores hypothecarios. O art. 10, § 1.º não deixa duvida,

quando define os efeitos da hypotheca. O proprio art. 8 § 4.º ainda o confirma, quando deixa salvo a quem pertencer o dominio, não obstante a transcripção.

O Reg. de 1865, arts. 256 e seguintes, egualmente concorre para essa intelligencia.

« E com effeito: A lei teve por fim especial a reforma do systema hypothecario, para cuja maior segurança introduziu a transcripção, no intuito de evitar quanto possivel reclamações de terceiros, que trouxessem embaraços aos credores hypothecarios, ou fizessem mesmo desaparecer o objecto da hypotheca; transcripção ou registro que ao mesmo tempo garantisse os adquirentes nos termos da lei; e devesse concorrer para cadastrar a propriedade immovel, e assim firmar em base mais segura o systema hypothecario e o credito predial.

« O art. 67 do Reg. Hyp. é muito claro; este art. prende-se ao antecedente 66, e se refere ás pessoas que podem requerer a inscripção ou a transcripção. »

Todos os documentos officiaes, antes e depois da apresentação do projecto que foi convertido na Lei Hypothecaria de 1864, são accordes em propugnar por medidas que garantissem os credores hypothecarios e permittissem a fundação do credito real, favorecendo a emissão de letras hypothecarias, de cujo auxilio auguraram-se os mais lisongeiros resultados para a lavoura. E' o que se lê no relatorio do conselheiro Nabuco, ministro da Justiça em 1854, apresentado á Assembléa Geral e no do conselheiro Paranaguá (marquez de Paranaguá) apresentado em 1860.

Baseado nesses documentos, nas discussões do parlamento, no contexto da propria reforma hypothecaria o illustre sr. A. Figueira sustentou sempre em questões forenses e ultimamente, com grande brilho, perante a commissão da Camara dos Deputados, que a palavra — terceiros — da lei, só se refere a credores hypothecarios. Julgamos prestar serviço aos leitores da Revista, que não possuem a collecção dos traba-

lhos da Commissão da Camara, transcrevendo parte da vigorosa argumentação do projecto jurisconsulto, que tão elevados serviços prestou ao paiz na discussão do Projecto do Código Civil.

— Diz S. Exc. :

« Primeiro que tudo a lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, declara no art. 1.º : « Não ha outras hypothecas sinão as que esta lei estabelece ».

« Assim o escopo do legislador é regular as hypothecas ; é, portanto, regular a aquisição dos immoveis naquillo que se refira á hypotheca ; não trata de constituir o direito civil sobre aquisição de propriedade, em relação a terceiros em geral, trata da aquisição do dominio entre quaesquer com relação ás hypothecas, que possam ser constituídas. Em segundo logarahi vem *en toutes lettres*, a seguinte disposição :

Art. 6.º Sómente se consideram onus reaes :

A servidão ;
O uso ;
A habitação ;
A antichrese ;
O usufructo ;
O fôro ;
O legado de prestação ou alimentos expressamente consignado no immovel.

§ 1.º Os outros onus que os proprietarios impuzerem aos seus predios, se haverão como pessoas e não podem prejudicar aos credores hypothecarios.

Veja v. exc. (*O orador dirige-se ao sr. Teixeira de Sá, mostrando-lhe o texto da lei*) si está aqui escripto isto mesmo ou não.

O sr. Teixeira de Sá — Ninguem contesta que seja essa a disposição da lei.

O sr. Andrade Figueira — Mas continua o art. no § 2.º : « Os referidos onus reaes não podem ser oppositos aos credores hypothecarios, si os titulos respectivos não tiverem sido transcriptos antes das hypothecas ».

Respeita ou não isto ao credor hypothecario ?

« Quando trata da transcripção, diz a mesma cousa : Art. 8 — A transmissão *inter-vivos* por titulo oneroso ou gratuito dos bens susceptiveis de hypotheca (art. 2.º § 1.º), assim como a instituição de onus reaes (art. 6.º) não operam seus effeitos a respeito de terceiro, sinão pela transcripção e desde a data della ».

A preocupação do legislador è sempre regular o direito hypothecario.

O sr. Teixeira de Sá — Diz o art. : « A respeito de terceiros ». Quaes são esses terceiros ?

O sr. Andrade Figueira — São os credores hypothecarios em favor de quem a lei creou estes onus como reaes, dando aos outros a natureza de pessoas.

Tratando-se de privilegios, sabem todos que, pela legislação portugueza, que ainda vigora entre nós, ha privilegios pessoases e reaes sobre a cousa.

Pois bem, que diz a lei ? Fez cessar os privilegios reaes, porque prejudicavam as hypothecas. Diz o art. 5.º : « Os privilegios não comprehendidos nesta lei, referem-se :

Aos moveis ;

Aos immoveis não hypothecados ;

Ao preço dos immoveis hypothecados, depois de pagar as dividas hypothecarias.

§ 1.º Exceptuam-se da disposição deste art. os creditos provenientes das despesas e custas judiciaes feitas para execução do immovel hypothecado, as quaes serão deduzidas precipuamente do producto do mesmo immovel.

E accrescenta, no § 2.º — « Continuam em vigor as preferencias estabelecidas pela legislação actual, tanto a respeito dos bens moveis, semoventes e immoveis não hypothecados como a respeito do preço dos immoveis hypothecados depois de pagas as dividas hypothecarias ».

Ora, si pela legislação actual, não se faz necessario, em relação a quaesquer terceiros, que não tenham direitos hypothecarios a fazer valer...

O sr. Teixeira de Sá — O regulamento diz — terceiros hypothecarios ?

O sr. Andrade Figueira — O art. 8.º diz apenas « *a respeito de terceiro* »... e cita o art 6.º cuja disposição já leu.

O sr. Teixeira de Sá dá outro aparte.

O sr. Andrade Figueira — Não precisava o art. 8 dizer — terceiros hypothecarios, desde que no art. 6 estavam as palavras... « e não podem prejudicar aos credores hypothecarios ».

Parece que si ha evidencia juridica, esta é uma dellas»..

No final do seu discurso, digno de ser lido, acrescenta ainda o dr. Andrade Figueira :

« Segundo a noção de direito — considera-se terceiro todo aquelle que não faz parte do contracto, menos os herdeiros das partes, porque elles representam as partes contractantes.

Na lei hypothecaria este não é o sentido, na lei hypothecaria, se comprehende — terceiro — aquelle que empresta seu capital sobre hypotheca do predio ; a palavra « terceiro » vem ahi no sentido restricto, só se refere ao credor hypothecario, em beneficio de quem o legislador fez restricção ao direito de propriedade, aos meios de adquirir, ao processo ; emfim toda aquella serie de providencias tendentes a restabelecer entre nós o credito real ».

(Trabalhos da Commissão — Vol V — pags. 251 e seguintes).

Ser-nos-ão desculpadas as constantes citações que fazemos de escriptores nacionaes e estrangeiros, e documentos officiaes, pois o nosso proposito nestes estudos é offerecer aos competentes os elementos para resolver questões graves, que se prendem ao direito de propriedade sobre immoveis, indagando até que ponto as soluções offerecidas podem ser adaptadas ao nosso direito.

O systema restrictivo do dr. A. Figueira, como S. Exa. o reconhece, não tem sido consagrado pela jurisprudencia dos Tribunaes. Sem contestar a força da argumentação deduzida, somos inclinados a crer que a jurisprudencia tem dado á lei a sua verdadeira interpretação, mesmo sob o ponto de vista da protecção ao credito hypothecario, a execução que tem sido dada á lei encontra plena justificação. Sem que se dê certeza de dominio, na pessoa do devedor que fez hypotheca, não pôde existir credito real.

Segundo confessam todos os estadistas e jurisconsultos brasileiros o é impossivel a introduccção do regimen germanico no Brasil, mas nada se oppunha a que fosse adoptado, como foi, o systema da lei belga de 1851 e franceza de 1855, que expurga do vicio de clandestinidade certas e determinadas transacções sobre immoveis. Em relação ao adquirente, a transcripção dá inteira garantia de não poder o predio ser alienado, hypothecado ou gravado de qualquer onus pelo vendedor, em data posterior ao cumprimento daquella formalidade.

Fica investido de todos os direitos que seu auctor tinha sobre o objecto: nem mais, nem menos, pois, segundo vimos, a transcripção é formalidade extrinseca, destinada a resguardar e proteger os direitos que foram adquiridos em virtude do acto de transmissão. Ahi está a segurança dos emprestadores de capitaes, sobre hypotheca de immoveis.

Para demonstrar que o conflicto de titulos de aquisição e dominio só pôde ser resolvido pelo instituto da transcripção, basta ponderar que as transmissões successivas *inter-vivos*, não transcriptas, exporiam os credores hypothecarios a surpresas perigosas, que a lei quiz evitar. Figuraremos uma hypothese para tornar claro o nosso pensamento.

Ticio vende um predio a Paulo, que não transcreve e o dá em hypotheca a Pedro, que inscreve sua hypotheca. Posteriormente Ticio torna a vender o predio a Secundus, que faz a transcripção e con-

stitue hypotheca em favor de Tertius, que tambem inscreve sua hypotheca.

Qual dos dous credores hypothecarios será preferido, havendo conflicto na successão da hypotheca? Será Pedro, credor hypothecario de Paulo, primeiro adquirente que obteve tradição do predio, mas não transcreveu o titulo de compra? ou será Tertius, credor hypothecario do segundo adquirente Secundus, que cumpriu a formalidade da transcripção? Seguramente a solução deve ser esta e no emtanto o conflicto de titulos entre credores, em ultima analyse, vem a resolver-se pela applicação das regras da transcripção ao conflicto de titulos entre adquirentes. Si estes pasos não estivessem comprehendidos na palavra—terceiro—devia resolver-se a duvida a favor do credor hypothecario do primeiro adquirente; pois este teria conseguido o dominio *erga-omnes*, nos termos da ordenação do Livr. 4, tit. 7. — Tal solução, porém, iria de encontro ao intuito confessado e por todos reconhecido de protecção ao credor hypothecario, pela Reforma hypothecaria.

No caso figurado, o credor hypothecario do primeiro adquirente (Paulo) tendo sido negligente em verificar a publicação do acto de transmissão do dominio para seu devedor, só pôde queixar-se de si, e portanto não pôde disputar preferencia a outro credor hypothecario que, recorrendo ao Registro dos immoveis, verificou pertencer a seu devedor o predio dado em garantia da divida.

Pelo que fica dito, vê-se que acceitamos a opinião intermediaria entre a do conselheiro Lafayette e a do dr. Andrade Figueira, a qual tem sido consagrada pela jurisprudencia dos Tribunaes, é ensinada por Teixeira de Freitas e outros escriptores nacionaes, acompanhando a torrente dos civilistas estrangeiros, de paizes onde fomos buscar o instituto da transcripção.

A palavra—terceiro—comprehende a todos que por lei, ou por contracto ou facto oriundo do mesmo transmittente, possam ser prejudicados pelo titulo não transcripto. O fim do instituto da transcripção é

evitar a clandestinidade dos contractos ou factos juridicos, dando segurança a quem adquire direitos sobre determinado immovel : dirime conflicto de titulos ou direitos emanados do mesmo auctor. Tratando-se de resolver questões fundadas em vicio intrinseco do titulo, seja este transcripto ou não, bem como sobre pretensões fundadas em titulos emanados de auctores diversos, o caso rege-se pelo art. 8 § 4 da Lei de 1864 e Dec. de 1890, que declara peremptoriamente que a taanscripção não prova o dominio, que fica salvo a quem fôr.

Na introduccção da Consolidação das Leis, obra que immortalizou a Teixeira de Freitas, o caracter da transcripção é bem determinado e ahi encontra-se positivado o alcance da palavra—terceiro.

Eis as palavras do grande jurisconsulto :

« O systema da transcripção como acto comitante das convenções, para operar a transmissão dos immoveis, e attribuir direitos reaes, si não purifica a propriedade, pelo menos a expõe á luz da publicidade no estado em que se acha, preenche completamente o fim da tradição, separa os direitos reaes dos pessoaes, e impede os estellionatos : isto é, as fraudes das *alienação e hypothecas duplicadas, da alienação do que já esta hypothecado, da hypotheca do que já está alienado ; e da alienação e da hypotheca de immoveis como livres, quando já estão onerados de direitos reaes, além de outros enganos no mesmo sentido.*

Quando houver esses artificios fraudulentos, preferirá aquelle, cujo direito real tiver por si a prioridade da inscripção, ou transcripção, nos registros publicos. Os adquirentes, e mutuantes, si nada constar desses registros, sabem que adquirem, e emprestam, com segurança *em relação ao alienador ou devedor hypothecario*, não sendo, porém, negligente em dar publicidade a seus titulos. Pelo que respeita a direitos de terceiros em razão dos vicios, e qualidade, dos titulos anteriores, a Lei não assegura nada, deixa a cada um o cuidado das investigações. » (Introduccção, pag. CCIX).

E' esta, com dissemos, a interpretação que os juristas francezes, belgas e italianos dão á palavra—terceiro—, como se pôde ver em Troplong, Mourlon, Laurent, Larombière, Mirabelli, Gabbu, Luzatti e outros.

Podemos, pois, definir—terceiro—como o illustre Professor da Universidade de Modena, Melucci (Il *systema hypoth.*): «São terceiros, em frente uns de outros, aquelles que adquiriram direitos sobre a causa de um mesmo transmittente (dante causa); direitos entre si incompatíveis na plenitude do proprio gozo e exercicio.

«Dous compradores, dous legatarios, dous donatarios; ou um comprador da propriedade plena e um adquirente do dominio util, de uma servidão pessoal ou real; dous adquirentes do mesmo dominio util, ou do mesmo direito de usufructo, de uso e de habitação; um adquirente da plena e livre propriedade, e um credor a cujo favor seja constituída *hypotheca*. . . todos estes são terceiros em frente uns de outros no tocante á relação juridica pela qual se achem em conflicto sobre o mesmo immovel, objecto de transmissão e constituição de diversos direitos reaes. Destes direitos, incompatíveis por natureza, e pela intenção dos interessados, só pôde se salvar um; e a lei dá preferencia, não ao direito primeiramente adquirido, mas ao direito que primeiro foi conservado pela publicidade .»

Quasi todos, sinão todos os casos mencionados neste resumo nitido e claro, encontram apoio no nosso direito.



O comprador que não transcreveu o titulo poderá reivindicar o immovel do poder de um usurpador? será permittido a este invocar a falta de transcrição? Coherentemente com a doutrina que ensinam o con-

selheiro Lafayette e dr. Clovis Bivilacqua (discurso proferido na discussão do Projecto do Cod. civil, vol. 5, pag. 239) negam ao adquirente o direito de reivindicar o immovel, mesmo das mãos do usurpador.

De accordo com os principios dominantes no instituto da transcripção, adoptamos solução contraria. O dr. Andrade Figueria, nos discursos que pronunciou sobre a transcripção, affirma peremptoriamente que a jurisprudencia nacional jamais contestou esse direito ao adquirente, na hypothese figurada. A' objecção deduzida da circumstancia de não poder o adquirente usar de seu direito *erga omnes*, isto é, por estar sujeito a ser repellido por quem tenha contracto posterior, mas transcripto, responde que nada impede que a lei dê á reivindicação um alcance limitado.

O usurpador, segundo dissemos acima, não é, nem pôde ser considerado o *terceiro*, a quem a lei concede protecção. O que importa a clandestinidade do contracto a quem nenhum direito adquiriu sobre o immovel? Não se dá conflicto entre titulos emanados do mesmo transmittente; portanto, a questão escapa ás regras da transcripção. E' regida pelo art. 8 § 4 da Lei de 1864 e Decreto de janeiro de 1890 que declaram não importar a transcripção á prova do dominio, que fica salvo a quem fôr.

O titulo havido a *non domino*, mesmo transcripto, pôde ser paralizado nos seus effeitos pelo verdadeiro proprietario; como admittir que o usurpador, que nenhum titulo tem, possa repellir a quem adquiriu o immovel, omittindo apenas uma formalidade facultativa por lei? e que interessa a quem nenhum direito tem sobre o immovel, o saber que este pertence a Pedro ou Paulo? A transcripção é instituto juridico que tem fins determinados, que na hypothese não existem.

Dependendo a transcripção da vontade do adquirente é claro que a pôde effectuar em qualquer tempo, e portanto durante a demanda, ou depois desta. Adoptada a regra de direito romano que exigia a

prova da aquisição do dominio antes da litis-contestação (Lafayette § 82 nota 7) o reivindicante seria repellido pelo usurpador, si a transcripção fosse feita depois desse acto do processo.

A sentença constituiria coisa julgada, afim de repellir nova acção intentada pelo adquirente, cumprida a formalidade da transcripção depois de findo o processo? Não se pode admittir a solução affirmativa. Seria attribuir ao usurpador o dominio sobre o objecto usurpado, sómente pelo facto de haver o adquirente legitimo deixado de praticar uma formalidade facultativa, destinada a publicar o contracto, de modo a evitar que terceiros contractassem com o transmitente. Tal solução iria de encontro aos principios de direito e sentimentos de justiça. Portanto, dar ganho de causa ao usurpador seria apenas tornar necessaria nova acção, sem razão alguma plausivel.

Laurent friza bem nas seguintes palavras o motivo por que o usurpador não póde allegar a falta de transcripção: «S'il ne peut se prévaloir du défaut de transcription, la raison en est que la transcription est hors de cause, dans l'espèce; elle est établie dans l'intérêt des tiers et dans un intérêt général; or l'intérêt général ne commande certes pas que l'usurpateur l'emporte sur le propriétaire; et quand le débat s'élève entre celui qui a un titre et celui qui n'en a pas, il va sans dire que celui qui a un droit doit l'emporter sur celui qui n'en a point.»

A transcripção não interessa á validade dos contractos, ella é um simples meio de publicidade, destinada a solver duvidas entre titulos passados pelo mesmo auctor, estabelecendo a prioridade para aquelle que primeiro registrou a aquisição do dominio. Não é uma simples formalidade material que não se ache ligada a algum pensamento logico de publicidade efficaz, na phrase de Luzatti. Além deste auctor, a solução que defendemos é ensinada por Troplong, Larombière, Murlon, Flandin, Lomonaco, Mirabelli

e muitos outros commentadores da lei franceza e do Codigo italiano.

Confôrme fizemos ver acima, o proprio conselheiro Lafayette admite virtualmente a transmissão do dominio, que não transcreveu seu titulo, quando reconhece esse direito no patrimonio de algum dos seus successores por acto *inter-vivos*, que tenha registado seu titulo de aquisição. E' claro que este successor não podia adquirir dominio si o seu auctor, que deixou de transcrever, não o tivesse obtido do primitivo vendedor.

Em outro artigo proseguiremos no estudo de mais algumas questões de interesse pratico, de que se têm occupado os civilistas estrangeiros, e que têm inteira applicação ao nosso direito.

Dr. Affonso Penna

