

ESTUDOS JURÍDICOS *

AFONSO PENA

Ex-Presidente da República; ex-diretor da Faculdade de Direito e ex-professor de Ciências das Finanças da UFMG

Na marcha progressiva do nosso direito civil, depois da independência nacional, occupa lugar proeminente a Reforma hypothecaria operada pela Lei n. 1.237 de 24 de Setembro de 1864, pelos importantes efeitos que trouxe em relação á constituição e movimento da propriedade immovel, lançando ao mesmo tempo as bases do credito real, entre nós.

Iniciada a reforma por um projecto apresentado pelo eminente jurisconsulto Nabuco, então ministro da justiça, em 1854 e votada na Camara dos Deputados na sessão de 1856, só foi convertida em lei no anno de 1864. Durante enorme espaço de tempo dormiu na pasta das commissões do Senado, e ainda em 1862 foi o projecto arredado da discussão, a requerimento de um senador, pela razão de já se achar o grande jurisconsulto Teixeira de Freitas encarregado de organizar o Codigo Civil, lugar e occasião apropriada para se tratar do assumpto.

São decorridos mais de 30 annos depois disto e ainda não temos o Codigo Civil, uma das promessas da Constituição de 1824!

Felizmente, no tocante á instituição das hypothecas e onus reaes, á transmissão da propriedade e sua publicidade, a nossa legislação não ficou paralizada á espera da suspirada codificação,

* Artigo publicado na «Revista da Faculdade de Direito» quando o Conselheiro Afonso Pena era professor nesta mesma Faculdade — Ano de 1894.

e tem sido adoptados os progressos consagrados na legislação dos povos cultos, como se póde verificar da leitura e estudo da citada Lei de 1864 e seu Regulamento n. 3.453 de 26 de Abril de 1865, e dos novissimos Decretos de 17 de Janeiro e 2 de Maio de 1890, sobre hypothecas e credito real, e Decretos ns. 4.513 de 31 de Maio e 955 A de 5 de Novembro de 1890, que crearam o Registro Torrens, cuja execução acha-se apenas iniciada em nosso Estado, de accôrdo com as providencias constantes da Lei estadual n. 27 de 25 de Junho de 1892 e seu Regulamento, sob n. 608 de 27 de Fevereiro de 1893.

Uma boa lei hypothecaria exige como condição preliminar um regimen de propriedade territorial onde as surpresas, os enganos e as fraudes encontrem limitado campo de acção. D'ahi a necessidade imprescindivel da adopção de medidas, que tornem manifesto e ao alcance de todos o movimento da propriedade.

Inquestionavelmente nada ha mais imperfeito, obscuro e complicado do que os titulos da propriedade no Brasil, e em geral entre os povos do novo e novissimo Continente, graças á sua origem, firmados como são em concessões extensissimas e indeterminadas, posses imperfeitas, compras de sesmarias sem as devidas discriminações e delimitações, o que torna bastante difficil e incerta a posição dos adquirentes de terras, ou de quem empresta sobre ellas.

O regimen hypothecario, sob o ponto de vista juridico, segundo Th. Huc (Recueil de l'Academie de legislat. Tom. 15) deve offerecer plena segurança e garantia a quem quer collocar seus capitaes sobre hypothecas, sem visar tornar mais numerosos e faceis os emprestimos hypothecarios; dar plena segurança aos adquirentes de immoveis, sem procurar accelerar as transmissões destes.

Não se póde negar, porém, que garantidos os credores e os adquirentes de immoveis e o resultado será facilitar os emprestimos sobre os mesmos, correndo os capitaes para fomentar a industria agricola. E' a acção das instituições juridicas, fazendo-se sentir beneficemente nas relações economicas da sociedade. O jurisconsulto legislador não deve perder de vista a acção do economista. Tanto assim é que as commissões reunidas de legis-

lação e fazenda, do senado, em seu parecer sobre o projecto de Reforma hypothecaria de 19 de Maio de 1864 declaram que «assentaram as duas commissões que a reforma hypothecaria não póde preencher a longa expectativa do paiz se não fôr acompanhada das bases necessarias para a organização do credito territorial, e para este fim vêm as mesmas commissões propôr ao Senado no art. 17, que julgam o mais proprio, a autorisação para a emissão de letras hypothecarias, sobre as hypothecas constituídas conforme o systema da proposição da camara dos deputados». (Annaes do Senado brasileiro. 1864. Sessão de 23 de Maio.)

O legislador brasileiro para fundar o credito real tinha de prover não só ás condições de uma boa legislação hypothecaria, definindo os casos de hypotheca legal, privilegios e onus reaes, determinando como e quando poderiam primar as hypothecas convencionaes e prescrevendo a maxima publicidade para os actos que importassem ou constituissem hypotheca, como tambem lançar as bases de um bom regimen de publicidade na transmissão da propriedade, em tudo quanto pudesse affectar e interessar aos creditos hypothecarios. E' essa a razão da adopção entre nós da transcripção, aceitas muitas das regras vigentes na França e na Belgica, sobre tão importante assumpto.

Cumpra attender que o termo mais adequado seria antes **inscripção** do que **transcripção**, pois esta constitue entre nós excepção, desde que para os effeitos principaes do registro os adquirentes de immoveis deverão apresentar notas contendo extractos das escripturas ou titulos de transmissão, e só fazendo-se a transcripção completa destes, isto é, **verbo ad verbum**, quando as partes o queiram (Reg. de 1865, art. 273 — Reg. de 2 de Maio de 1890, art. 248). A nossa lei não adoptou, neste ponto, a legislação franceza e belga que exigem a transcripção completa dos titulos, o que entre nós é facultativo.

* * *

Em materia de transmissão da propriedade vigorava no Brazil o systema do direito homano na sua ultima phase, a tradição, systema aceito na Hespanha (5ª Partida, Tit. 5º, Lei 50) e em

Portugal desde as Ordenações Affonsinas (Liv. 4º, Tit. 42), Ordenações Manoelinas (Liv. 4º, Tit. 28), Cod. Philippino (Liv. 4º, Tit. 7º) e Alvará de 4 de Setembro de 1810.

Nessa legislação se consagrava o principio romano — «**non pactionibus, sed traditionibus dominia rerum transferuntur**».

O Codigo Civil francez consagrou a regra de bastar a simples convenção ou contracto para transferir o dominio (arts. 711, 1.138 e 1.583), sem dependencia da tradição, ou qualquer outro requisito de publicidade, adoptando o principio já indicado nas Institutas do Imperador Justiniano (de rerum div. § 40) «**nihil tam conveniens naturali œquitati quam voluntatem domini volentis rem suam transferre ratam haberi**», doutrina ensinada por Grotius, Puffendorf, Heinecio, S. Coccei, Burlamaque, Ahrens e outros escriptores de direito natural.

Comprehende-se á primeira vista as difficuldades que isto acarretará para a constituição de hypothecas com segurança, pois os credores ficavam sujeitos ás maiores incertezas e perigos, vendo desaparecer as garantias que estipulavam, quando surgiam adquirentes dos immoveis hypothecados, armados de titulo anterior ao da hypotheca, e de que os credores não podiam ter conhecimento. D'ahi as repetidas criticas ao Codigo francez, tanto mais procedentes, pois que seus autores deixaram á margem a lei de 11 Brumaire, anno VII, em que se instituia a publicidade da transmissão de immoveis, por actos **inter vivos**, pela transcrição dos respectivos titulos no Registro das hypothecas, afim de produzirem effeito contra terceiros.

E' certo que a tradição havia perdido quasi todo o seu valor, graças ás subtilezas e ficções, permittidas pelo direito romano, e geralmente aceitas na Europa, pelas quaes a tradição nenhuma publicidade trazia á transmissão do dominio.

Martou (Privilèges et Hypothèques) resume o estado das cousas nas seguintes palavras :

«Nas antiguidades do Direito Romano (diz elle) a alienação dos direitos reaes era acompanhada de formulas proprias para impressionar o espirito dos contrahentes e do publico. Tal era a **mancipatio**, especie de processo solemne, que constituia o modo,

por excellencia, de adquirir o dominio quirritario; tal era também a **in jure cessio**, que consistia em uma reivindicação ficticia, intentada contra o vendedor pelo comprador, como unico e verdadeiro proprietario do objecto do simulado litigio.

«Estas formalidades tinham a vantagem de patentear a transmissão dos direitos reaes; mas traziam embaraços muito incommodos ás relações da vida civil. E por isso foram pouco e pouco abandonadas e substituidas por uma instituição do Direito Pretorio, a **tradição** ou immissão do requerente na posse.

«A tradição é sem duvida o modo mais natural de renunciar a propriedade e investir nella outrem, mas não consegue senão uma publicidade mui imperfeita. Para que se operasse a tradição, bastava que o adquirente puzesse o pé no predio com a intenção de o possuir. Podia este facto esclarecer terceiro? A posse do adquirente não póde instruir o publico no mesmo momento da transferencia da propriedade; para que produza este effeito, é preciso que se prolongue por um certo espaço de tempo. A tradição Pretoria não valia pois, no ponto de vista da publicidade, o systema que os Romanos haviam organizado no primitivo estado da sua legislação. E menos valiosa se tornou ainda, quando no periodo imperial se admittiu que no acto de alienação se podesse convenccionar a tradição da propriedade; por outros termos: quando a tradição verdadeira e material foi substituida por uma tradição ficticia. Desde esse momento, as transferencias tornaram-se completamente occultas, á excepção das doações que deviam ser insinuadas, isto é, transcriptas nos registros publicos. (L. 25, Cod. de Donat.)»

Como se vê, o principio adoptado pelo Codigo Civil francez, e que figura nos modernos Codigos do Chile, de Portugal, da Italia e outros, era a consagração do que se praticava, mediante os expedientes permitidos pelo direito romano. «Com a inserção da clausula **constituti**, diz T. de Freitas (introd. á Consolid. nota 393), em todas as nossas escripturas póde-se dizer, que está sem applicação quanto aos immoveis a regra do art. 534 da Consolidação; póde se dizer, que temos o systema espiritualista do Cod. Civil da França.» Em virtude dessa clausula passando o vendedor a possuir o immovel em nome do comprador, sem

fazer a entrega real do mesmo, a transmissão do dominio era effeito directo e immediato do contracto, independente de qualquer outra formalidade externa.

Por esta fórma tomava-se a propriedade no seu elemento individual sómente, sem attender ao outro elemento de que ella se compõe, o social, que não é de pouca importancia, segundo ensina Ahrens.

Os inconvenientes que tal estado de cousas acarretava para segurança dos creditos hypothecarios e transmissão da propriedade immovel, não podiam escapar á attenção do legislador brasileiro, que tinha além d'isso diante dos olhos o exemplo das legislações européas. Era portanto natural a adopção da instituição da transcripção dos actos de transmissão da propriedade e criação de **onus reaes**, como meio de resguardar os direitos e interesses dos credores hypothecarios, e de quem quizesse adquirir immoveis com segurança.

* * *

A lei hypothecaria de 1864 seguiu o systema francez e belga, aliás modificando-o, em vez do systema allemão, apregoado por distinctos jurisconsultos e pela propria commissão da Camara dos Deputados no parecer que apresentou em 1854 sobre o projecto do conselheiro Nabuco. Pelo systema allemão a transcripção induz prova do dominio, o que não acontece no direito francez e belga, que foi aceito entre nós.

«A transcripção, diz o parecer, deve importar a prova da propriedade e não uma presumpção, **logo que ella é recommendada e obrigatoria**. Parece de logica rigorosa, e ao mesmo tempo conveniente, para afastar meios de fraude, que sempre a má fé procura, e consegue descobrir, que se lhe dê a importancia de verdadeiro titulo.»

Esta idéa, porém, não prevaleceu e com razão. Para que se desse á transcripção effeito de tamanho alcance juridico fôra mister organisal-a de modo absolutamente diverso, instituindo como preliminar, verdadeiro debate contradictorio em juizo, afim de que todos os interessados podessem fazer valer o seu direito. Mesmo

assim, em paiz de territorio vastissimo como o Brazil, onde reinam inextricaveis duvidas e incertezas sobre os titulos de propriedade, que na sua maxima parte deve acolher-se ao manto garantidor da prescripção; com um pessoal limitado que disponha das aptidões necessarias para a melindrosa funcção que lhe seria commetida, quantas injustiças se praticariam, quantos direitos seriam sacrificados!

O systema allemão serviu de origem ao systema Torrens, que foi adoptado entre nós pelos decretos acima citados de 31 de Maio e de 5 de Novembro de 1890, mas com o character facultativo e não obrigatório, nem como condição indeclinavel de importantes effeitos juridicos, como acontece com a transcripção, no tocante á transmissão do dominio. Com o andar do tempo e á proporção que a propriedade immovel for tomando maior valor, ir-se-ha discriminando completamente o dominio entre os particulares e o interesse individual desenvolverá a execução da lei Torrens, seguramente destinada a dar impulso fecundo á organização da propriedade immovel, pela segurança que offerece e facilidade para transmissão d'esta e constituição de hypothecas.

Segundo expõe um moderno escriptor, A. Dain (*Le système Torrens*), a tres principios cardeaes póde reduzir-se toda a economia da Lei Torrens: 1º — instituição de um processo expurgativo, destinado a precisar a propriedade, a delimital-a, e fixar de modo irrevogavel, para com todos, os direitos do proprietario, authenticando-os em um titulo publico; 2º — Creação de um systema de publicidade hypothecaria, adequado a patentear exactamente a condição juridica do solo, com os direitos e gravames, que o onerarem; 3º — Mobilisação da propriedade territorial mediante um conjuncto de medidas, tendentes a assegurar a transmissão prompta dos immoveis, a constituição facil de hypothecas e a cessão d'ellas por via de endosso. (Vide Ruy Barbosa — Exposição de motivos do Dec. de 31 de Maio de 1890).

Ninguem contestará as immensas vantagens de uma organização da propriedade immobiliaria de accordo com as bases indicadas; mas é força convir que entre nós será de difficil execução, embora devamos contar que com a benefica acção do tempo o systema ha de triumphar.

A nossa lei excluiu da necessidade da transcrição as transmissões **causa mortis**, seguindo a lei belga, a franceza, a italiana e de outros paizes, onde vigora o principio de direito que o dominio e posse de bens da herança passam á cabeça de herdeiro, desde o momento do fallecimento do **de cujus** independente de qualquer formalidade (Alvará de 9 de Novembro de 1754). Acresce ainda que em tal caso não podem dar-se as fraudes que a transcrição preserva, que realizam-se pelo concurso de dois actos **inter vivos** contendo a alienação total ou parcial da mesma cousa, pelo mesmo proprietario. Dá-se aqui um facto unico — o do fallecimento —, donde nascem os direitos successorios.

Escretores de boa nota criticam essa exclusão, que torna incompleto o registro da propriedade, sendo a successão um dos principaes modos de transmissão, e apontam inconvenientes bastante ponderosos que essa falta póde determinar em relação a terceiros, que ficarão ignorando como são distribuidos os immoveis da herança entre os herdeiros, pela partilha, ou pelas adjudicações effectuadas no inventario.

Algumas legislações, entre as quaes as do Chile (Codigo Civil arts. 687-691) exigem a transcrição de testamentos, partilhas e outros actos semelhantes. Para o fim de tornar patente o estado da prosperidade aos olhos de todos, difficultando os casos de fraude na sua transmissão e doação em garantia de divida, inquestionavelmente é preferivel esta legislação.

O Reg. de 26 de Abril de 1865, expedido para a execução da Lei hypothecaria, ainda mais restringiu o campo de acção da transcrição, excluindo não só as transmissões **causa mortis**, como também os actos judiciais. Como bem observa o illustre conselheiro Lafayette, a exclusão dos actos judiciais não estava na Lei, é mera criação do Decreto, contraria ao texto da mesma lei, e incompativel com a razão d'ella. A arrematação, a adjudicação são actos entre vivos, nos quaes o juiz representa o alienante. Se a carta de arrematação, ou adjudicação não é transcripta, o executado póde illudir a boa fé de terceiro, e fraudulentamente vender o predio já arrematado ou adjudical-o; fraude que o registro é destinado a prevenir (Direito das Cousas § 50 — nota 4).

A adjudicação de bens de raiz em inventario, a herdeiros ou inventariantes, para pagamento de dividas e de custas, é cousa muito commum no foro, de modo que uma parte importante do movimento da propriedade não figura no Registro. Assim ficará este bem longe de satisfazer seus fins.

Mesmo na legislação franceza, italiana, belga e outras em que a nossa lei procurou inspirar-se, a exclusão da transmissão **causa mortis** não se estende aos diversos casos de adjudicação em inventario a que nos referimos e outros minuciosamente relatados nos civilistas.

O Decreto de 2 de Maio de 1890 expedido pelo Governo Provisorio para regular as hypothecas e transmissão de immoveis no art. 237 reproduz o Reg. de 1865 nesta parte, em vez de melhoral-o e corrigil-o como fez em alguns pontos.

* * *

A' vista do disposto na Lei hypothecaria de 1864 e respectivo regulamento de 1865, hoje substituidos pelos Decretos de 17 de Janeiro a 2 de Maio de 1890, é a transcripção o unico meio de tradição, reconhecido em nosso direito para transmissão do dominio sobre immoveis? ou subsiste ainda a tradição, como era organizada na antiga legislação, para effectuar a transmissão, embora limitada em seus effectos ás proprias partes contratantes e seus herdeiros? Não é questão esta meramente scientifica; pois da sua solução em um ou outro sentido dependem effectos praticos apreciaveis.

O eminente jurisconsulto conselheiro Lafayette entende «que entre nós a transcripção é hoje o modo legal de transferencia de dominio sobre os immoveis. A tradição continúa a subsistir; mas tão sómente para a transmissão do dominio que tem por objecto os moveis (Direito das cousas § 43). S. Ex. sustenta sua opinião em uma nota extensa ao § 48 do seu precioso tratado, que pedimos venia para citar textualmente, attenta a relevancia da materia.

Diz a nota:

«O principio firmado se acha consagrado naquelles artigos de uma maneira que exclue toda duvida.

«A lei se exprime assim: «a transmissão... não opera seus efeitos a **respeito de terceiro**, senão pela transcrição e desde a data della» (art. 8 Decr. 47).

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

«O domínio é um direito absoluto, **erga omnes**:

«Se não existe em relação a terceiro, também não póde existir entre as proprias partes contractantes. Um dominio que só é dominio entre os contractantes, mas que não é em relação a terceiro, 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 efeitos do dominio, antes do registro do titulo, não em relação a terceiro 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 necessariamente a consequencia que, independentemente de transcrição, 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 n. 151 e 152.)

«A nossa lei, porém é absoluta; declara o dominio insubsistente, em relação a quaesquer terceiros, antes do registro. Se não ha dominio contra terceiros, também o não ha entre os contractantes.

«Para admittir-se um tal presupposto, fôra mister desnaturar e perverter a noção de domínio: a lei não o fez nem expressa, nem virtualmente; portanto a noção do domínio ha de ser acceita, como ella o é perante a sciencia e o Direito.

«Cortam todas duvidas a respeito o Decreto n. 3.453, art. 257 e o Parecer das commisões de legislação e fazenda do Senado.

«Até a transcrição, os referidos actos são **simples contractos que só obrigam as partes contractantes**» diz o cit. Decr. art. 257.

«O contracto por si não importa transferencia de dominio (§ 44 n. 3 acima). Se pois, o acto de transmissão do immovel emquanto não é transcripto, se considera um simples contracto, é evidente que tal acto não importa a transferencia de dominio, mesmo entre os proprios contractantes, mas produz tão sómente **direitos** e obrigações pessoaes.

«No parecer alludido leem-se as palavras seguintes:

«As duas commissões adoptam a transcrição estabelecida na proposição dá camara dos deputados, visto como lhes parece evidente a sua utilidade.»

1º **Essa transcrição** não é senão a perfeição da **tradição** que entre nós é necessária para operar-se a transmissão do dominio (Ord. 4, 7 pr.)

(Parecer das commissões reunidas de legislação e fazenda do Senado, de 19 de Maio de 1864. Annaes do Senado, de 1844, Ses. de 23 de Maio, vol. 1º; pag. 48) Veja Consolid, das Leis Civis, art. 532 nota e 534 nota.

«A este respeito a nossa lei adoptou a doutrina dos Codigos da Austria, Prussia, Baviera e do Chile, art. 686, e sabiamente se afastou do systema da lei franceza de 23 de Março de 1859, art. 3º.

«O systema da lei franceza, evidentemente determinado por nimio respeito ao principio do Cod. Civil — que o consentimento dos contractantes por si só é sufficiente para transferir o dominio — mutila e desnatura a essencia do dominio e dá logar a grandes e emaranhadas difficuldades sobre saber, em differentes hypotheses, quaes os terceiros a quem o dominio póde ser opposto, com ou sem transcrição. (Vej. Trolong., Rivière et Huguet.)

«A doutrina da nossa lei conserva a noção scientifica e legal do dominio, satisfaz a necessidade de sujeitar a transmissão de dominio a uma forma publica e solemne e evita as difficuldades da lei franceza, estabelecendo um principio simples e claro — que antes da transcrição não ha dominio — principio diante do qual se esvaem as questões entre adquirentes e terceiros, que tanto que fazer dão aos escriptores francezes.

O sabio autor da Consolidação das leis civis em diversos logares de sua obra emite, fugitivamente, sua opinião, parecendo

inclinarse ora para um ora para outro lado. Tendo firmado no art. 531 da Consolid. a regra estabelecida no Alvará de 4 de Setembro de 1810 de que na renda feita á credito o vendedor tem sómente acção pessoal contra o comprador para pedir-lhe o preço e acção real para haver a cousa vendida, diz em nota: «Está claro que esta disposição presuppõe a entrega da cousa ao comprador, visto que sem a tradição não ha transferencia de dominio, e acrescenta: A disposição deste artigo, assim como a dos antecedentes 528, 529 e 530, estão alterados se a venda fôr de immoveis, pelo art. 8º da novíssima lei hypothecaria. **Transcripta no Registro Geral a escriptura de venda de immoveis, a tradição de reputa feita para o comprador, produzindo a venda seus efeitos a respeito de terceiros, desde a data da transcripção.»**

Esta solução é verdadeira e não é incompativel com a affirmativa á segunda das questões acima postas. Sem duvida alguma feita a transcripção, o comprador tem o dominio, que póde valer contra terceiros — á **fortiori** contra o proprio vendedor.

Em nota aos arts. 534 e 909 diz que estamos hoje, quanto á transmissão de immoveis no caso dos paizes, onde o registro dos titulos translativos da propriedade **immoel é a sua tradição legal**; mas, como se refere, aos paizes onde se faz a publicidade para evitar fraudes em relação a terceiros, o que não impede o valor da tradição entre as proprias partes, nada de decisivo se póde colher das citadas notas.

Entretanto referindo-se ao trecho do parecer da Commissão da Camara dos deputados, que acima transcrevemos, na parte que declara ser a transcripção obrigatoria, diz, «Houve nisto um engano que foi depois sanado em Projecto Substitutivo apresentado na sessão de 9 de Julho de 1856. A transcripção não é, nem podia ser, obrigatoria no systema, que se adoptou; **mas só por ella, e desde a sua data, os titulos translativos de domínio produzem efeitos em relação a terceiros.** O proprio interesse particular assegura neste caso a desejada publicidade.» (Consolid. Introd. nota 370).

Pelas formaes palavras desta nota, se colhe que T. de Freitas não suffraga a opinião do Conselheiro Lafayette.

Vamos expender algumas duvidas que temos e nos levam a não aceitar esta opinião, apesar do immenso respeito que votamos ao illustre jurisconsulto que a sustenta.

Em primeiro logar a leitura do art. 8 da Lei não nos parece autorizar a interpretação que lhe foi dada; pelo contrario. Se a lei quizesse excluir de modo absoluto e terminante a tradição, segundo era usado em nosso direito e que vigorava desde tempos immemoriaes, naturalmente empregaria termos claros e peremptorios, e nada justificava a simples referencia a terceiros — «A **transmissão...** não opera **seus efeitos a respeito de terceiro** senão pela transcrição e desde a data desta. —» É claro que a **contrario senso** a transmissão opera seus efeitos, havendo tradição na fórmula do direito vigente, independente da transcrição. É esta a illação natural que se deduz dos termos da lei, tanto mais que se tratava de estabelecer um regimen de publicidade para os contractos sobre immoveis, afim de evitar alheações em fraude de terceiro, e esta razão deixa de existir entre as proprias partes contractantes.

Sem duvida alguma o principal caracteristico do dominio é prevalecer contra todos, como direito absoluto que é; mas nada obsta que sem produzir seus principaes efeitos deixe entretanto de produzir alguns, limitados embora aos contractantes e seus herdeiros. É este o direito vigente na França, Belgica, Italia e outros paizes, e o confronto da nossa Lei de 1864 com a lei belga de 16 de Dezembro de 1851 e franceza de 23 de Março de 1855, demonstra o laço de união que as liga.

Se o legislador brasileiro tivesse em vista efeito mais amplo do que o determinado pela necessidade da publicidade dos contractos sobre immoveis, para evitar fraudes e prejuizos em relação a terceiros, teria seguramente usado de outra linguagem.

O Codigo Chileno é expresso e positivo, só admitindo a transcrição como unico meio de tradição para transmissão de immoveis, sem distinguir entre terceiros, ou as proprias partes — Art. 686 — «Se efectuará la tradicion del dominio de los bienes raices por la inscripcion del titulo en el Registro del Conservador.

«De la misma manera se efectuará la tradicion de los derechos de usufructo e de uso constituidos en bienes raices, de los

derechos de habitacion o de censo, i del derecho de hipoteca.»

É verdade que o Regulamento de 26 de Abril de 1865 no art. 257 citado diz que até a transcrição, os referidos actos **são simples contractos** que só obrigam as partes contractantes.

No artigo seguinte, porém, torna de novo a declarar que são sujeitos á transcrição **«para que possam valer contra terceiros,»** os diversos actos de que trata a lei.

Parece á primeira vista que pelo simples nexos da obrigação contractual ficam attendidos os legitimos interesses do comprador e do vendedor; mas na pratica se notam algumas diferenças atendeveis, segundo se adopta ou não a opinião que combatemos.

No que toca á evicção, á lezão enorme, etc., inquestionavelmente os resultados que terá de alcançar o comprador soffrem modificações palpaveis, caso a simples tradição lhe tenha ou não transferido o dominio, independente da transcrição. Igualmente no caso de usurpação figurado pelo illustre jurisconsulto, Sr. Lafayette, o adquirente não ficará sem meio algum de defender-se, desde que tenha obtido a posse pela tradição. Os terceiros, a quem se refere a lei, são os que tenham obtido titulo do mesmo transmittente, e o façam transcrever, e não os usurpadores.

Isto posto, tratando-se de relações juridicas tão importantes, como são as do direito privado, não nos parece admissivel que o Regulamento pudesse estender a acção da lei muito além da comprehensão dos seus termos, e de mais a mais de encontro á razão da mesma lei e seu elemento historico.

O Conselheiro Lafayette cita um dos **considerandos** do parecer das commissões reunidas de justiça e fazenda, do Senado, para demonstrar que foi abolida a tradição, asseverando S. Ex. que o legislador brasileiro abandonou o systema belga e francez como illogico e porque mutila o dominio, dando logar a emaranhadas difficuldades, adoptando a doutrina dos Codigos da Austria, Prussia, Baviera e Chile.

Para desvanecer este argumento passamos a citar a integra do dito parecer das commissões reunidas, na parte referente á transcrição.

Referindo-se aos artigos que consignam a transcrição, diz o parecer:

«Delles resulta:

«1º Que a transcripção somente se limita a transmissão dos immoveis **inter vivos** por titulo oneroso ou gratuito e por consequencia não comprehende a transmissão **causa mortis**.

«2º **Que a transcripção é facultativa, mas só por meio della e desde a sua data** póde a transcripção operar os seus effeitos a respeito dos terceiros.

«3º Que a transcripção não induz a prova do dominio, que fica salva a quem for, por consequencia não diz ella aos terceiros que o contracto é valido, mas somente que o contracto existio.

«Assim que a transcripção que a proposição da camara dos deputados estabelece **differe essencialmente do systema allemão**, segundo o qual a transcripção importa a presumpção **juris et de jure** do dominio, aquelle que é inscripto é o verdadeiro proprietário; e a transcripção precede o exame dos titulos.

As duas commissões adoptam a transcripção estabelecida na proposição da camara dos deputados, visto como lhes parece evidente a sua utilidade.

«Porquanto:

«1º Essa transcripção não é senão a **perfeição de tradição que entre nós é necessária para operar se a transmissão do dominio**. (Ord. Liv. 4º Tit. 7º princ.). Com effeito se o dominio deve ser respeitado pelos terceiros é **preciso que esse dominio lhes conste**.

«2º Essa transcripção previne a hypotheca de bens já alheados.

«3º Essa transcripção vem a ser complemento do registro das hypothecas, creado pelo decreto de 1846, o qual é imperfeito e illogico, porque previne uma especie de estellionato que consiste na hypotheca do immovel já hypothecado, mas não previne outra especie de estellionato mais fatal como é a hypotheca do immovel já alheado.

«4º Essa transcripção, com o andar dos tempos, em razão da frequencia das mutações, tende a realizar approximadamente o registro e a certeza da propriedade.

«5º Essa transcrição tem por si a autoridade da legislação da França (lei de 23 de Março de 1855); da Belgica (lei de 16 de Dezembro de 1851); e de outros paizes civilisados.

«A transcrição, diz o sabio Troplong, é o unico resultado verdadeiramente importante sobre o qual houve accordo no longo trabalho da reforma hypothecaria».

Parece ás duas commissões que a reforma hypothecaria seria incompleta e defectiva se o Senado não **admitisse a publicidade de transmissão dos immoveis** susceptiveis de hypotheca.

«A idéa da publicidade das hypothecas, diz um jurisconsulto distincto, determina naturalmente a publicidade da propriedade, são dous principios que tendem ao mesmo fim e se prestam um apoio mutuo e indispensavel».

Das textuaes palavras do parecer se vê que o legislador brasileiro longe de adoptar o chamado systema allemão, procurou inspirar-se nas leis belga e franceza de 1851 e 1855. Como acima ficou dito, Teixeira de Freitas pensa do mesmo modo, e refere-se á modificação que soffreo o projecto apresentado em 1854, na sessão da camara dos deputados de Julho de 1856.

O projecto primitivo art. 9 § 4 tornara obrigatoria a transcrição, exigindo até a inserção da nota passada pelo official do Registro nas escripturas de venda e outras semelhantes, sob pena de nullidade.

Não prevaleceo, porém, este systema que foi abandonado no projecto substitutivo que vingou na sessão de 1856, na camara dos deputados, e mais tarde foi convertido em lei com emendas do Senado em 1864.

Sem duvida parece uma anomalia que alguém seja proprietario perante o vendedor e não o seja em relação a terceiros, sendo da natureza do dominio ser absoluto e prevalecer contra todos.

Cumprе ponderar, porém, que se diz que não é proprietario em relação a terceiros, antes da transcrição, porque estes podem haver o objecto do mesmo vendedor e, transcrevendo seu título, primam o primeiro comprador. Não quer dizer que qualquer terceiro, sem titulo, possa excluir o comprador, que obteve a tradição da cousa.

Como ensinam os civilistas, das relações jurídicas oriundas do domínio ou dos contractos, deriva a grande divisão das acções entre os romanos; acções **in personam** e acções **in rem**.

Nas primeiras a unica pessoa que pôde violar o direito, o réu, é determinada e conhecida antes da violação; ao passo que nas acções **in rem**, qualquer pessoa podendo commetter a violação que gera a acção, o indeterminado só desaparece quando o direito é effectivamente violado (Savigny — *Trat. do Dir. rom.* § 208).

Em regra, o adquirente que não transcreveu o titulo só tem acção contra o transmittente, de sorte que a acção confunde-se com as acções **in personam**, nascidas do contracto. Mas se lhe foi feita a tradição da cousa e por ventura o vendedor, ou seus herdeiros, tornou a haver a posse, não lhe será licito intentar a reivindicação?

Poderá o vendedor allegar a falta de transcrição? Negativamente respondemos á segunda questão e é essa a expressa disposição da Lei 1ª § 5º **Dig. de except. rei vendit** — «**Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem.**»

O conselheiro Lafayette responde affirmativamente permitindo mesmo ao vendedor prevalecer-se dos defeitos ou nullidades da transcrição (§ 53 — *Direito das cousas*) e cita o art. 280 do Reg. de 1865.

Pela tradição em virtude do contracto ou acto validamente praticado, o transmittente passa o dominio ao adquirente, embora este não o possa fazer valer contra terceiro que por ventura o obtenha por titulo oriundo do mesmo vendedor, e que tenha sido transcripto. O art. 280 do Regulamento declara que feita a transcrição, se ella contiver nullidades, os terceiros têm direito de invocal-as a seu favor. No art. 67 define o que sejam terceiros pelo modo seguinte: «**Consideram-se terceiros no sentido da lei todos os que não forem partes no contracto, ou seus herdeiros.**»

Esta definição traz grande luz para o debate e ao nosso ver resolve a questão, excluindo peremptoriamente as partes contractantes, ou seus herdeiros, do direito de fundar sua intenção no facto da transcrição. Seriam repellidos pela conhecida regra: **quem de evictione tenet actio eum agentum repellit exceptio.**

A prevalecer a opinião que combatemos hão de surgir numerosas questões e demandas, com perturbação de importantes interesses e economias da sociedade, attentos os habitos enraizados do nosso povo. Póde-se affirmar affoitamente que cifram-se por centenas de milhares os contractos não transcriptos, quer por ignorancia dos adquirentes, quer pela fundada confiança que têm na boa fé e seriedade dos transmittentes.

Em relação ao nosso paiz tem inteira applicação as apreciações do sabio Laurent no tocante á apparente anomalia de ser alguem proprietario somente em relação a quem lhe vendeu ou transmittiu o immovel, e perante seus herdeiros.

Diz elle:

«Sous l'empire de notre nouvelle législation, il n'y a plus de doute possible; le texte même porte que la transcription ne concerne que les tiers, elle est étrangère aux parties. C'est en cela que consiste l'anomalie que nous venons de signaler. Je suis propriétaire à l'égard du vendeur, je ne le suis pas à l'égard des tiers. De son côté, le vendeur a cessé d'être propriétaire a mon égard, il ne peut plus disposer de la chose; et il est toujours propriétaire à l'égard des tiers tant que la transcription n'a pas été faite; il peut donc l'aliéner, l'hypothéquer la graver de droits réels, et ces actes seront valables; ils pourront m'être opposés si les tiers ont remplis les formalités prescrites par la loi.

«Neût-il pas été plus logique de faire de la transcription une condition nécessaire pour la translation de la propriété?

«C'est le système allemand que l'on avait proposé d'introduire en Belgique ainsi qu'en France. Ces projets n'ont pas trouvé faveur. (2)

En Belgique, la transcription est une tradition nationale, et, d'après ce que nous venons de dire, les fraudes qu'elle a pour objet de prévenir sont une rare exception. Il eût été contraire à la volonté des parties contractantes de subordonner la transmission de la propriété à l'accomplissement d'une formalité qui ne concerne pas les parties, cela aussi eût été illogique et en opposition avec l'intérêt des parties contractantes et avec la réalité des choses. La contradiction que nous signalons n'existe qu'en théorie; en fait, le contrat transporte la propriété; l'acquireur

n'est évincé que dans les cas très-rares où il y a fraude; et, pour ces cas très-rares, il eût été peu logique d'exiger comme condition générale de la translation de la propriété une condition qui n'a d'utilité que dans des cas exceptionnels».

O proprio conselheiro Lafayette no § 264 de sua obra, dando solução a uma questão de transcrição, affasta-se do systema que adoptou. Diz elle que o adquirente não é obrigado a fazer transcrever os titulos de aquisição dos proprietarios precedentes, que deixam de preencher essa formalidade, bastando que transcreva o seu e apoia-se na autoridade de Zacariæ — Dirt. civ. § 294 nota e Martou vol. IV n. 1.419.

Se o dominio não tinha sido transferido, não existindo tradição por falta da transcrição, como é que a observancia desta formalidade pelo ultimo adquirente suppre a tradição relativamente aos transmittentes anteriores? cada um destes não era proprietario, e assim não podiam transferir o dominio que não tinham. O illustrado jurisconsulto reconhece entretanto, a transferencia do dominio, mesmo em relação a terceiros (e nisto discordamos), sem a tradição legal, isto é, a transcrição, dispensando o ultimo adquirente de registrar os titulos de seus predecessores.

Cumpra attender que a questão só póde referir-se aos titulos passados, depois que entrou em execução a lei de 1864, pela installação dos Registros. Os de data anterior não estão sujeitos a essa formalidade.

Pensamos que opinião mais segura nesta questão de transcrição de titulos de proprietarios precedentes é a de Laurent (t. 29 cit. §§ 163 e 164), Mourtou (De transcription vol. 2 n. 448), Martou e outros que exigem a transcrição de todos os titulos anteriores, que não o tenham sido, afim de evitar a possibilidade do primeiro transmittente passar segundo titulo a alguém, que o transcreva, tendo por isso preferencia sobre o primeiro titulo, embora de data anterior e não transcripto.

Sendo o repertorio dos registros hypothecarios organizados por nomes de pessoas e não por designação de immoveis (Troplong — Transcript — n. 170) a transcrição do titulo do ultimo adquirente não é meio de publicidade sufficiente em relação a

terceiros, pois não menciona senão o nome do ultimo transmitente e nunca os de seus antecessores, de sorte que o primeiro destes poderia ter vendido o immovel (embora fraudulentamente) a duas pessoas e aquella que transcrever preferirá a qualquer possuidor que tenha havido objecto do ante-possuidor, que não registrou o seu titulo, embora esse possuidor tenha preenchido a formalidade da transcripção do seu.

Os Decretos de 17 de Janeiro e 2 de Maio de 1890 arts. 8 e 237, no tocante á transcripção, reproduzem os artigos da Lei e Regulamento hypothecario anterior no tocante á transcripção; não se colhe, portanto, desses actos do Governo Provisorio nenhuma luz para solver a questão que discutimos. Apenas se poderá questionar sobre o valor juridico do art. 237 do Reg. de 2 de Maio, expedido para regulamentar o Dec. de 17 de Janeiro de 1890. Parece que só o primeiro tem character de lei, sendo o segundo acto de natureza regulamentar e portanto não derogando o primeiro.

* * *

Não precisamos encarecer a importância da transcripção, pois basta attender aos effeitos valiosissimos que a lei ligou a essa formalidade. Nem mesmo a prescripção de dez ou vinte annos, não apoiando-se em titulo transcripto, será sufficiente para proteger o possuidor do immovel se porventura algum adquirente apresentar-se em juizo com titulo posterior, habil para transferir a propriedade e devidamente transcripto (Reg. de 1865 — art. 255 — Reg. de 2 de Maio — art. 232). A prescripção de trinta annos, na qual é dispensado justo titulo cuja existencia a lei presume (C. Telles — Dig. Part. L. 1 — art. 1.342) produzirá seus effeitos, independente de apoiar em titulo transcripto (Troplong — n. 182).

Multiplas e variadas são as questões que surgem da transcripção, já quanto aos casos em que deve ter logar, já quanto aos effeitos que produz, conflicto de titulos, formalidades essenciaes, nullidades, casos de prescripção, etc.

Escrevendo o presente artigo, o nosso principal intuito foi chamar para assumpto de tamanha gravidade a attenção dos juristas, dos praticos e dos proprios interessados.

Cumpra reconhecer que a materia tem sido pouco estudada, só existindo a respeito alguns Capitulos da excellente obra do conselheiro Lafayette, Direito das cousas, notas e referencias fugitivas em um ou outro civilista patrio.

Na pratica vemos completamente descurada a observancia dessa formalidade essencial do nosso direito, ficando em parte frustrada e expectativa dos autores da Reforma judiciaria, no tocante á publicidade das transacções immobiliarias, e correndo os adquirentes de immoveis o risco de perderem o seu direito quando algum transmittente fraudulento faça segunda venda da mesma cousa a comprador, que tenha a cautela de transcrever o seu titulo.

Embora os casos de alienação fraudulenta sejam, felizmente, raros, nada mais imprudente do que confiar a estabilidade das relações juridicas oriundas do dominio á boa ou a má fé dos transmittentes.

A lentidão com que tem sido adoptada na pratica a instituição da transcrição, aliás de execução simples e facil, mostra as difficuldades com que vae lutar a introducção do systema Torrens, destinado a facilitar as transacções sobre immoveis. O uso e emprego da transcrição servirá para desbravar e preparar o terreno para o novo progresso na constituição da propriedade immovel, que a lei Torrens é destinada a operar.

Para não alongar o presente estudo deixamos de discutir diversas questões de interesse pratico, deixando para examinal-as em outra occasião.

S. Barbara, 25 de Novembro de 1894.