

Parecer sobre a Comarca do S. Francisco (Pernambuco versus Bahia)

Do copioso Memorial elaborado pelo Dr. Ulysses de Carvalho Soares Brandão, que desinteressadamente se tem esforçado pelo legitimo interesse de Pernambuco, constam as seguintes declarações feitas pelo Dr. Eduardo Espinola na petição de contra-protesto que apresentou ao Supremo Tribunal Federal: "Não ignoram os defensores da reclamação pernambucana, que a Bahia sustenta desassombradamente os seus direitos nos seguintes pontos que desafiam qualquer contestação seria:

1 — A resolução legislativa de 15 de outubro de 1827, que é um acto legitimo, emanado do poder competente, e auctorisado pelo artigo 2, da constituição monarchica, annexou ou incorporou a antiga comarca do S. Francisco á provincia da Bahia, constituindo o titulo unico de seu dominio actual.

2 — Esse acto ficou subordinado a uma condição resolutiva: A incorporação devia durar até quando a assembléa legislativa fizesse a organização das provincias do imperio.

3 — A organização prevista como facto que resolveria o direito da Bahia, era possível no tempo do imperio, porque entrava nas attribuições da mesma assembléa legislativa; tornou-se, porem, absolutamente impossível, em face da constituição da Republica, porquanto a nenhum poder compete hoje semelhante organização.

4 — Verificada a impossibilidade do acontecimento apposto como condição resolutive, o acto, que era provisorio e condicional, se tornou definitivo, puro e simples, como se a nenhuma condição tivesse sido subordinado.

Taes são os pontos claros e simples da defesa bahiana! Quem se proponha a combatel-os, deverá provar, ou que o acto não é legitimo, não contem condição resolutive, não se tornou impossível o acontecimento previsto, ou então que não são esses os efeitos da impossibilidade de se realizar a condição resolutive”.

N'esta passagem, que acabo de transcrever, são reproduzidos syntheticamente, pelo Dr. Espinola os argumentos que desenvolveu em outros escriptos, espcealmente no parecer que inseriu á pag. 58, not. 23, de seu tratado das modalidades dos actos juridicos, parte do Manual do Código Civil que está sendo editado pelo livreiro Jacintho Ribeiro dos Santos, do Rio de Janeiro, com o concurso de vinte juriconsultos, nos termos do annuncio.

Não me parece, porem, que o caso da Comarca do Rio S. Francisco deva ser decidido com os principios do direito privado que regulam as modalidades dos actos juridicos.

Trata-se de uma medida de ordem publica, determinada por motivos que desapareceram e no presuppsto de uma reorganização das provincias

que se tornou impossível com a proclamação da Republica.

Digo *reorganização das provincias*, porque estas já se achavam organizadas, na conformidade do art. 2 da Constituição do Imperio, que, entretanto, permittia a subdivisão das mesmas, se assim o exigisse o interesse nacional.

Era uma reforma que se tinha de realizar, annunciada pelo Imperador e pela Assembléa Geral, não com a duvida ou incerteza essencial á condição, mas com a segurança que deriva dos actos legislativos.

Os acontecimentos de 1889 tornaram, porem, a reforma inexecuavel; o que se tinha como certo ou seguro transformou-se em impossível, porque só ha estabilidade absoluta nas leis da natureza.

Com a impossibilidade da idéa principal deve, necessariamente, cessar o que era preparatorio ou simplesmente provisional, e d'esta qualidade era, incontestavelmente, a incorporação da Comarca do Rio S. Francisco á provincia da Bahia, como o fôra a anteriormente feita á de Minas Geraes.

Se a reorganização das provincias não foi effectuada é intuitivo que deve prevalecer a organização originaria, que não foi; definitivamente, modificada.

Dado, porem, que tenhamos de fazer applicação ao caso dos principios que regem as modalidades dos actos juridicos, como o pretende o Dr. Espinola, sou ainda assim levado a conclusão inteiramente diversa da que elle proclama.

Reconheço que o *dies incertus an* é geralmente condição.

Combinada a questão do *an* (se) com a questão do *quando* temos as seguintes hypotheses:

1 — *Dies incertus an, certus quando*.

2 — *Dies incertus an, incertus quando*, ou em formula abreviada, *dies incertus an et quando*.

Na primeira hypothese é incerto *se* ocorrerá o facto previsto; mas é certo *quando* poderia ocorrer, como no exemplo: quando A. completar 21 annos de idade

Na segunda hypothese ha incerteza, não só quanto á realização do facto, como tambem quanto ao tempo em que se poderia realizar, como n'este outro exemplo: quando A. fôr eleito deputado.

No *quando* dos exemplos figurados está latente uma verdadeira condição que tanto pode ser suspensiva, se a aquisição do direito está dependente do implemento da mesma, como resolutiva, se um direito já adquirido vem a cessar por semelhante implemento, o que não implica de maneira alguma com a theoria que descobre na condição resolutiva uma condição suspensiva da resolução do acto juridico.

Se, porem, tal implemento não se deu, ou se tornou impossivel, nem o direito foi adquirido, no caso de condição suspensiva, nem cessará jamais o direito adquirido, sendo a condição resolutiva.

E é precisamente aqui que se colloca o Dr. Eduardo Espinola para enfrentar os defensores da reclamação pernambucana.

Affirmando no citado parecer que a phrase — até que se faça a reorganização das provincias do Imperio — traduz uma condição resolutiva, porque se refere a *dies incertus an*, tira a conclusão que, pela impossibilidade do acontecimento, a incorporação, que era provisoria, se tornou definitiva.

Mas a regra, que também reconheço, de que o *dies incertus an* importa condição, não é absoluta, porque se deve ter em vista a vontade, a intenção do disponente.

Assim é que muitas disposições, que pela regra seriam condicionaes, são tratadas como a termo, mesmo em materia de testamento, onde havia maior rigor, onde, note-se bem, até um acontecimento certissimo, qual a morte, era interpretado como condição, por ser incerto o dia em que se teria de verificar, resalvada ainda n'este caso a intenção do testador.

E que em certas occasiões o *dies incertus an* não assume a função de condição é reconhecido pelo Dr. Eduardo Espinola, quando á pag. 60 de seu tratado das modalidades transcreve, com approvação, as seguintes palavras de Giorgi:

“O acontecimento incerto no *se*, mas certo no *quando* pode alguma vez ser considerado pelas partes como termo e não como condição. E' o que succede, quando o pensamento d'ellas se dirige simplesmente á data, para a qual remetem o cumprimento do contracto. A difficuldade se restringe a interpretar com acerto a vontade das partes contrahentes”.

E não será também assim no *dies incertus an, incertus quando*, em que o Dr. Espinola quer enquadrar a phrase: até que se faça a organização das provincias?

Quero perguntar, não pode a intenção das partes se dirigir a um termo, mesmo no *dies incertus an et quando*?

E eu respondo que sim, no que é por natureza temporario, no que é simplesmente provisorio.

Mas, como no temporario e no provisorio ha a

limitação necessária ao seu conceito, se o acontecimento previsto vem a falhar, desde logo se extingue a relação jurídica, ao inverso do que acontece no que é condicionalmente resolúvel.

A razão d'esta diversidade está em que, tendo de cessar necessariamente o que é temporário ou provisorio, não pode continuar o mesmo estado de cousas á espera de um acontecimento que nunca mais se realizará.

Queixa-se um collega da falta de um livro que deixou com a sua livraria no Estado de Matto Grosso.

Entrego-lhe o meu exemplar, dizendo na occasião: Fique com o volume até que se remetta a sua livraria.

Esta, mezes depois, foi completamente destruída por um incendio, tornando-se impossivel a remessa.

Posso desde logo exigir o meu volume?

Se o posso, como acredito, está justificada a distincção e demonstrado claramente que o *dies incertus an et quando* não importa sempre condição.

Esta particularidade passa ordinariamente despercebida aos escriptores que, preocupados com outras relações, ensinam que é sempre condição.

Aquelles, porem, que cogitam do assumpto, confirmam em absoluto as minhas asserções.

Windscheid não se refere expressamente a este caso, mas, depois de ter declarado no § 96^a de seu "Lehrbuch des Pandektenrechts" que a determinação de tempo por um acontecimento incerto é condição, acrescenta: "Este principio não é todavia absoluto; depende da interpretação da vontade".

Refere-se, entretanto, ao *dies incertus an, cer-*

tus quando, em a not. 6. que termina com uma remissão a diversos auctores, entre os quaes figura, em primeiro logar, Waechter, Wurttemb, Privatr., 2. pag. 731.

E que nos ensina á pag. indicada este notavel professor?

Que “pode acontecer queiram as partes tratar um acontecimento incerto apenas como termo, isto é. tenham em vista que em qualquer caso se realize aquillo que reportaram áquelle acontecimento, o qual apenas deve determinar o momento da realização.

Se, constando esta intenção, se verifica mais tarde que o acontecimento não se dará, o momento em que ha certeza d’isto deve ser considerado como vencimento do termo”.

E logo em nota apresenta Waechter o seguinte exemplo: “A. arrenda a sua propriedade a B... até o fim do anno em que seu filho voltar da America; o filho morre em 1855 na America; o arrendamento termina com o anno de 1855”.

Trata-se, como se vê, de um *dies incertus an et quando* que não é condição, porque o arrendamento, como o provisorio, é por natureza temporario.

Não assim o resolvel sob condição, que se pode tornar irresolvel, sem necessidade de um novo titulo, fundado no titulo que já tem.

Abstenho-me de outras citações, porque a questão não é de numero, senão de principios que são intuitivos.

Haveria, porem, grave lacuna se a proposito omittisse a lição de Joseph Unger.

Escreve este jurisconsulto á pag. 96 do 2.º vol. do seu "System des oest. Privatrechts": "Pode todavia constar que as partes somente queiram estabelecer uma relação temporaria (temporaeres) e tornar dependente do acontecimento incerto, não a relação jurídica, mas quando deva esta terminar; falhando neste caso o mesmo acontecimento termina a relação, e desde o momento em que se verifica que o acontecimento não se realizará".

Unger dá dois exemplos que não reproduzo, porque são semelhantes aos precedentes, e, como elles, de *dies incertus an et quando*.

O Dr. Eduardo Espinola tambem escreve á pag. 516 de seu tratado das modalidades que "co-nhecem ainda os autores a possibilidade de ser um *dies incertus an et quando*, que é por natureza uma verdadeira condição apposta pelas partes como termo".

Mas o exemplo de Coviello, que ajunta, revela claramente o seu engano, que o Dr. Espinola considera *dies incertus an et incertus quando*, o que na realidade é *dies incertus an, certus quando*.

Vejamos o exemplo: "Se alguem concede o usufructo de um immovel a Ticio até que complete Caio oitenta annos de idade, pode ser sua intenção fixar por equipolente a duração do usufructo, em vez de indicar o anno preciso, em que deve terminar".

Nem pela fórmula, nem mesmo pela intenção do disponente, se poderia dizer que ha n'este exemplo um *dies incertus an et incertus quando*, porque está determinado indirectamente o dia do calendario em que o referido Caio completará ou poderia completar oitenta annos.

O Dr. Espinola enganou-se aqui com Coviello,

como acertou á pag. 60 com Ludwig Ennecerus, considerando *dies incertus an, certus quando*, o vigesimo primeiro anniversario de uma pessôa.

Ora, a incorporação da comarca do S. Francisco não era temporaria?

Como provisoria que era, não tinha necessariamente de cessar?

Devem, portanto, ser applicados os principios que acabo de expor, havendo-se por terminada a incorporação desde o dia em que se tornou certo que não se dará mais a organização das provincias.

Recife, 5 de Julho de 1928.

Dr. Gondim Filho