

CAUÇÃO JUDICATUM SOLVI. REGIMEN DAS CAPITULA-
ÇÕES NO ORIENTE. TRIBUNAES MIXTOS DO EGYPTO

(DESENVOLVIMENTO DE PROGRAMMA)

A situação do estrangeiro em face do direito privado não é dessas que se fixam em phrases breves e incisivas como desejariam as nobres aspirações das consciencias depuradas, no crisol do estudo, das pequices de um chauvinismo ruivinhoso que pretende revestir-se com as roupagens rutilas e a couraça adamantina do patriotismo. E' que o preceito juridico não apresenta nuances somente na concessão dos direitos civis aos estrangeiros; a prevenção nativista se revela egualmente nos meios assecuratorios dos direitos concedidos aos alienigenas.

A questão de saber si o estrangeiro tem a faculdade de solicitar a intervenção dos tribunaes para a protecção e garantia de seus direitos civis, respondem as legislações por formas differentes, revelando assim que o direito actual dos povos cultos ainda se acha bem longe de encontrar uma regra, um principio que seja a expressão pura da justiça, neste dominio, e que tenha a energia sufficiente para eliminar a acção dos interesses divergentes.

De um lado, mesmo no circulo das nações occidentaes, vê-se a imposição da caução *judicatum solvi*,

tornando a condição jurídica dos estrangeiros inferior á dos nacionaes, pois que faz a protecção jurídica dependente de uma condição muitas vezes gravosa. e, em todo o caso, perturbadora da integridade crystallina da justiça. Por outro, é a desconfiança (justificada ou não, que importa?) de grandes potencias europeas impondo tribunaes total ou parcialmente seus, á nações mais fracas e menos cultas, para que os seus subditos, estrangeiros ali, gozem de garantias jurídicas tam largas quanto gozariam em sua patria. Mas desta situação resulta, além de uma certa degradação na soberania de um Estado estrangeiro, uma injusta distincção entre estrangeiros privilegiados e não privilegiados.

Bastam estes traços geraes para que se reconheça quam lentamente vae marchando a humanidade no desdobramento de principios que todos julgavam definitivamente adquiridos, como é esse da egualdade entre indigenas e alienigenas no tocante ao gozo dos direitos privados. Curiosa pagina de psychologia humana reguma dessa lenta conquista dos direitos civis pelos estrangeiros. Curiosa e suggestiva !...

Neste momento devo me circumscrever ao direito adjectivo. Mas não tem, por certo, menor interesse nem se presta menos á meditação esta facc do assumpto do que a concernente ao direito substantivo. Penetrarei directamente na questão, e ver-se-á, desde já, que é perfeitamente exacto o que afirmo.

Caução *judicatum solvi* é a segurança prestada em garantia do pagamento das despesas do processo. E' normalmente pignoratícia, por meio de deposito de valores, mas não repugna que seja acceita a fide-jussoria. Poderá abranger somente a indemnisação dos gastos impostos ao demandado (*cautio pro expensis* do direito justiniano); ou tambem os prejuizos resultantes do processo; ou, ainda, se extenderá tambem ao pagamento das despesas judiciais.

A Allemanha exige uma caução dupla ao extran-

geiro que se apresenta perante os seus tribunaes : quer a garantia das custas em favor do Estado, e a dos gastos impostos ao demandado (1).

Não se refere, porém, a lei allemã á indemnisação por perdas e damnos que outras legislações não olvidaram. Si, pois, achamo-nos em frente a uma singularidade anomala, segundo nol-o diz Drucker, *Rechtanwalt* em Leipzig (2), essa anomalia tem uma compensação que não é para ser desprezada.

Assim, na França (cod. civil, art. 16) e em Genebra (cod. do processo, art. 67), a garantia deve abranger o pagamento dos prejuizos occasionados pelo processo quer sejam por cessação de lucro, quer por damno emergente.

Mas, por outro lado, o direito allemão se eriga em novos rigorismos, exigindo a caução quer o estrangeiro seja ou não domiciliado na Allemanha, possua ou não immoveis ou outros valores no territorio do imperio tedesco, demande um nacional ou outro estrangeiro. Basta ser estrangeiro para dever caucionar seu direito de pedir justiça. Todas as circumstancias que modifiquem ou apenas envolvam esse poncto essencial, são secundarias. Uma tal inflexibilidade somente se abranda mediante a reciprocidade. Somente os subditos dos Estados que tractam os allemães como si fossem nacionaes estão dispensados dessa estorvante difficuldade.

Mais benigno, o direito francez excusa da necessidade de *fournir caution*, além dos estrangeiros privilegiados por tractados de reciprocidade relativa a este assumpto ; 1.º os que demandam no foro commercial (cod. civ. arts. 16 e 423) ; 2.º os que possuem, na França, immobiliarios sufficientes para fazerem face tanto aos gastos judiciaes do auctor e do réo quanto ás perdas e damnos ; 3.º aquelles que agem por vias diplomaticas.

A posse de immoveis é tambem base para dis-

(1) Lei das custas judiciarias, art. 86 ; cod. do processo civil, arts. 102 e seguintes.

(2) *Journal du droit int. privé*, 1893 p. 310 e seg.

pensa da caução *judicatum solvi* na Hollanda, na Russia, na Grecia (3). Algumas outras legislações não distinguem entre bens de raiz e moveis, contentando-se com a posse de valores sufficientes situados nos limites territoriaes de sua soberania. Assim estatue o cod. do processo de Genebra, art. 68; assim o decreta egualmente a lei peruana.

A isempção em materia commercial é mantida egualmente pelo direito genebrez (cod. civ. art. 16); pelo belga (cod. proc. art. 435); pelo romano, pelo grego e pelo russo.

Na Inglaterra, a dispensa de qualquer garantia é concedida a todos os estrangeiros domiciliados no reino-unido; em compensação, ainda que se tracte de um soberano estrangeiro, uma vez que seu domicilio é situado fóra da Inglaterra, a necessidade de prestar caução é rigorosamente mantida, qualquer que seja a natureza da causa.

Esta doutrina que isempta da caução os estrangeiros residentes é, incontestavelmente, a mais liberal de quantas tenho até o momento considerado, *maxime* quando ella toma uma posição mais franca em relação ás demandas commerciaes.

Nos Estados-Unidos da America do Norte (4), no Canadá, no Mexico (cod. proc. civ., art. 547), na Venezuela (art. 250) na Republica Argentina, e em varios cantões suissos prevaleceu a doutrina ingleza que apenas exige seguranças ao demandista estrangeiro, quando está fóra do paiz cujos tribunaes vem solicitar em apoio de seu direito.

Mas os principios de uma justiça elevada se não podem quebrar de encontro ás fronteiras das nações. São elles alguma cousa de superior aos agrupamentos em que se fracciona a humanidade, e devem, como um ideal de pureza e de serenidade, desconhecer a distincção entre o indigenato e o alienigenato. Não é a irrealisavel universalisação do di-

(3) *Journal* cit. p. 312. Na Belgica, foi abolida a *cautio pro expensis*.

(4) Wharton, *Int. priv. law*, §§ 722 e segs.

reito a que alludo, pois seria desconhecer que a variedade na constituição mental dos povos, postula uma variedade nas legislações respectivas. Não, o que eu affirmo é que a justiça, embora diversamente objectivada nas legislações, se deve manter sempre a mesma quando tiver de ferir ou proteger a nacionaes e a estrangeiros. Inconsiderado seria ir além; mas propellir as legislações, por todos os meios dignos, a galgar esse planalto onde se abringuem irmanados todos os povos em contacto, é um nobre dever dos que cultivam o direito e dos que se esforçam pelo aperfeiçoamento moral da humanidade.

E já algumas legislações, proseguindo em avancada além do marco plantado pelo grupo a que em ultimo logar me referi, entraram desassombradas por esse caminho (5). Na Dinamarca, na Noruega, em Portugal, na Hungria, na Italia e no Brazil se desconhecem essas disposições excepçionaes que adstringem os estrangeiros auctores em uma demanda á prestações de garantias *pro expensis*, ou outras congeneres.

Em relação á Dinamarca, ha declaração official de que o estrangeiro que propõe uma acção perante os tribunaes dinamarquezes, não está submettido á condição de prestar garantias pelas despesas judiciais nem pelo pagamento eventual dos gastos do processo. Em Portugal, a doutrina é a mesma, deante do silencio da lei, que nada exige de especial do estrangeiro que comparece perante os tribunaes do reino. O mesmo se dá na Hungria. O direito austriaco illude com uma egualdade que, em rigor, não é completa. Na Austria, si o estrangeiro tem de prestar caução mediante pedido da parte adversa, isso acontece exclusivamente nos casos em que tambem um nacional seria coagido a presta-la, isto é, quando não é notoriamente conhecido no logar da demanda como possuidor de meios sufficientes. Nestas condições, não é a caução uma excepção odiosa ferindo somente os estrangeiros. Indigenas e

(5) *Journal cit.* p. 315.

alienigenas se equiparam. Mas, como a notoriedade da sufficiencia é a base da isempção, é claro que a condição dos estrangeiros não residentes é inferior.

Na Italia, o principio da isempção resulta claramente do artigo 3 do código civil que confere aos estrangeiros todos os direitos civis de que gozam os italianos, e mais de um attestado fornecido ao Dr. Drucker pelo ministerio da justiça.

Entre nós o mesmo principio liberal resulta de antiga tradição jurídica confirmada pelo art. 72 da Constituição federal que « assegura a brazileiros e a estrangeiros residentes no paiz, a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade. » E, si a constituição se refere aos estrangeiros residentes, é porque seu imperio tem os limites do territorio nacional; mas mesmo os não residentes não estão submettidos á condição de garantir os gastos do processo, pois que a caução *judicatum solvi* é uma entidade jurídica extranha ao systema de nosso direito privado.

Parecerá talvez, a um primeiro relancear de vista, que pouco adiantam as legislações para as quaes a caução *judicatum solvi* é desconhecida, em face d'aquellas que a exigem somente para os estrangeiros não residentes. Porém a differença é consideravel á luz dos principios de uma justiça pura, e mesmo em casos concretos de facil encontro.

Imagine-se, por exemplo, um auctor estrangeiro de qualquer obra artistica, litteraria ou scientifica, cujos direitos são conculcados n'um paiz dado. Visivelmente não é indifferente fazer depender a protecção jurídica, em tal hypothese, do facto da residencia, condição que, ultimamente, abandonava a jurisprudencia americana em relação ao direito auctoral. E, si assim é, torna-se claro que as doutrinas se não confundem, que uma concede mais franca segurança aos direitos do que a outra.

Volte-se agora a face do escudo. Si as nações cultas se mostram tam estorvantes, tam meticulosas em conceder a intervenção de seus tribunaes para a segurança dos direitos privados dos estrangeiros, sempre que lhes é possível, immiscuem-se na administração da justiça extranha, avocando uma parcella consideravel da auctoridade, que deve ser soberana para agir efficaçmente, embóra dentro da pauta que traçam os altos interesses da humanidade.

E' assim que o fazem subrepticamente, muitas vezes, com as nações asiaticas e sul-americanas, é assim que procedem abertamente onde impuzeram o regimen das capitulações e os tribunaes mixtos.

O *regimen das capitulações* consiste em tractados garantindo aos subditos de nações christãs que se acham nos paizes mussulmanos, especialmente nas chamadas escalas do levante, o direito de serem submettidos ás auctoridades diplomaticas e consulares de seus respectivos paizes, e, consequentemente, afastados da acção das auctoridades locaes. E' uma applicação especial do principio da extraterritorialidade, pois que se refere aos particulares, e não tem o character de quasi inflexibilidade attribuido ao principio pelo direito publico internacional, quando assegura as immunidades dos representantes das nações extranhas. Mas, por outro lado, esse regimen excepcional adquire um aspecto de intrusão humilhante, pois que são as auctoridades das nações europeas, representadas pelos agentes diplomaticos e consules, que funcçionam nas cidades orientaes, submettidas ao regimen das capitulações.

As capitulações, começaram a ser concedidas destacadamente ás cidades italianas, como Genova e Amalfi, depois a um paiz inteiro. Foi a França que primeiro as obteve, de um modo geral, ao tempo em que Francisco I, com escandalo para toda a christandade, fazia alliança com o celebre Soliman. Mais tarde foram os diversos Estados europeus entrando em relações com a porta ottomana e conseguindo posição analogá á da França.

E' facil de ver que essas primitivas capitulações originaram-se de concessões, podemos dizer de munificencias do imperio ottomano então prestigiado pelas victorias e pelas conquistas. Renault explica semelhantes concessões pela confusão entre os preceitos religiosos e os da justiça, que existe entre os mussulmanos. E, por mais que pareça extraordinario, é certo que o islamismo não se manifestou jamais tam rude e atrozmente intolerante quanto o christianismo na quadra de seus triumphos.

Mais tarde, enfraquecido o imperio turco, as concessões transformaram-se em verdadeiras e pesadas imposições.

Dado o regimen das capitulações, os estrangeiros dividem-se naturalmente em duas classes : Aquelles cujas nações celebraram tractados com a Turquia a esse respeito ; e aquelles que não podem invocar taes convenções. Os primeiros, estão fóra do alcance do direito ottomano tanto nas relações de character privado, quanto nas de character publico, achando-se até isemptos de imposições que se não estabeleçam de accordo com os representantes dos respectivos Estados. Dos segundos, uns ha, como os suissos, por exemplo, que, não tendo convenções liberatorias, se acolhem sob o protectorado de uma outra nação privilegiada. Por esse facto, chamam-se protegidos. Os que não pedirem tal protecção achar-se-ão expostos aos agraços proprios de quem habita entre povos semi-barbaros.

Como é muita commoda a posição dos estrangeiros abroquelados pelo regimen das capitulações, um grande numero de turcos, sem tomarem o incommodo de sahir de casa, naturalisaram-se francezes, allemães, ou o quer que fosse de alienigena, para em seguida invocarem, directamente ou por *protecção*, o amparo das auctoridades extranhas. Cortou o sultão os progressos dessa pratica abusiva, impedindo as naturalisações sem o seu consentimento.

Não contentes as nações européas com as vantagens de que se achavam colmados os seus subdi-

tos, quizeram que o direito ottomano se vergasse ainda uma vez e lhes concedesse a propriedade territorial. Depois de longa e calorosa disputa, uma lei de 1867 admittiu que os estrangeiros podessem ser proprietarios de immoveis na Turquia, mas com a condição de, sob esse ponto de vista, assimilarem-se completamente aos nacionaes, tanto em relação aos impostos quanto á jurisdicção.

A independencia dos estrangeiros em face dos tribunaes e auctoridades ottomanas, si se refere aos negocios civis, aos commerciaes, aos criminaes e mesmo, até certo ponto, ás taxas e impostos, é no presupposto de que os conflictos legaes levantam-se entre estrangeiros. Quando uma das partes é ottomana, a competencia da auctoridade turca é garantida, mas o estrangeiro tem o direito de ser assistido por um delegado de seu consul, por um drogman (*tourdjeman*, interprete) que acompanha os debates e fiscalisa a decretação da sentença.

Na China tambem a intervenção estrangeira se faz sentir na administração da justiça, mas antes por um modo indirecto, de fiscalisação e de coacção para que a lei se applique, do que pelo modo directo que constitue a essencia do regimen das capitulações.

No Egypto, encontram-se tres ordens de jurisdicções : a) tribunaes indigenas, ora religiosos e de estatuto pessoal (mussulmanos, christãos coptas e judeus) ora de nomeação do khediva e chamados de estatuto real; b) tribunaes consulares, equivalentes ás capitulações que tendem a desaparecer; c) tribunaes mixtos creados em 1875 por cinco annos e successivamente prorogados.

Estes tribunaes mixtos são compostos de juizes indigenas e estrangeiros nomeados pelo khediva, e, quanto aos estrangeiros, confirmados pelos respectivos governos.

Existem tres tribunaes mixtos de primeira instancia, compostos cada um de sete juizes estrangeiros e quatro egypcios. Além dos tribunaes de primeira instancia que estão localisados em Alexan-

dria, Cairo e Mansurah, existe uma delegação judiciária em Port-Said (6).

A competência dos tribunais mixtos, na esphera do direito privado, abrange as questões civis e commerciaes suscitadas entre indigenas e estrangeiros de nacionalidades differentes. Entrarão tambem no circulo de sua competencia as acções reaes immoveis, ainda que os contendores pertençam á mesma nacionalidade. Seis codigos diversos, de preceito e de processo, foram promulgados para a determinação dos direitos dos habitantes e das attribuições desses tribunais.

De tudo quanto acaba de ser dicto resalta a desconfiança com que se consideram entre si as nações, ainda as que pertencem ao grupo occidental. Resalta ainda mais fortemente a difficuldade com que os povos comprehendem os preceitos da justiça. Tal difficuldade justifica bem a parábola do grande poeta hollandez Multatuli, em que o bom Chresos, pretendendo applicar os dictames da lei, é condemnado a tocar cythara perpetuamente e... ás custas.

Mas não desanimemos. Dedilhemos o nosso alaúde e não recusemos o nosso esforço em prol do direito.

(6) Amiaud, — *Législations civiles ; Grande encyclopédie*, verb. Egypte.