

A COMMON LAW E A EQUITY DO DIREITO ANGLO-SAXÔNICO

Peter Walter Ashton¹

RESUMO

O artigo trata dos temas: *common law*, *equity* (equidade), os efeitos das leis de judicatura (*judicature acts*), outras cortes (jurisdições) inglesas, *probate* e administração, casamento e divórcio, *admiralty*.

Descritores: *Common law*. Equidade. Decisão judicial. Tribunal: decisões. Regulamentos Administrativos. Suprema Corte: Estados Unidos da América. Direito anglo-saxônico: história. John Forrest Dillon. Edward Coke (*Lord Coke*).

1 INTRODUÇÃO

John Forrest Dillon, advogado americano nascido em Montgomery County, Estado de New York, em 1831, formou-se primeiramente médico pela Universidade de Iowa. Não desejando seguir a carreira de médico, passou a estudar Direito. Foi admitido à *Bar Association* em 1852, foi eleito promotor público em 1855 e em 1858 foi eleito juiz do Sétimo Distrito Judicial da Corte de Justiça do Estado de Iowa. Promovido, passou a integrar o Tribunal de Justiça de Iowa, presidindo a Corte Máxima daquele

1 Professor Titular e Coordenador de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Voluntário na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), tendo sido Professor Catedrático nessa Universidade até 1997, Diretor e Vice-Diretor da Faculdade de Direito. Advogado. Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4794811Z5>. Endereço profissional: Av. Ipiranga, 6681, Partenon, Porto Alegre, RS, Brasil, CEP 90.619-900. Endereço eletrônico: peter.ashton@pucrs.br.

Estado da federação americana pouco depois, até 1869, ano em que foi nomeado Juiz Federal do Oitavo Circuito Judicial Federal. Em 1879 deixou a magistratura federal e aceitou convite da Columbia University para lecionar Direito. A partir de 1882, passou a advogar em New York até a sua morte em 1914.

Publicou um tratado sobre “Municipal Corporations” e uma biografia do Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos “Chief Justice Marshall”.

Também pesquisou as origens da *common law* inglesa, tendo escrito interessante artigo, no qual registra o que a seguir tomamos a liberdade de resumir.

2 COMMON LAW

Logo no início da sua pesquisa, John F. Dillon afirma que a *common law*, bem como as instituições que desenvolveu e outras que já existiam quando se formou, apresenta-se tomada pelo espírito da LIBERDADE, ca-

racterística que a distingue de todos os outros sistemas jurídicos e que transfere, de maneira peculiar, às instituições de um povo que se autogoverna.

Assinala Dillon que pesquisas várias, com resultados firmemente estabelecidos, comprovaram que os germes e elementos básicos da *common law* e das instituições políticas inglesas são de origem germânica. Os conquistadores e invasores da Grã-Bretanha, os saxões, certamente não eram apenas exércitos de homens armados, invasores. Eles migraram para a Inglaterra durante séculos, trazendo as suas famílias e formando as suas comunidades. Que tipo de homens eram eles? O historiador francês Guizot² registra o fato que o traço característico, fundamental, destes saxões, frísios e anglo-germânicos, era seu sentimento pessoal poderoso de independência e individualidade. Afirma Guizot que foram esses povos, principalmente os saxões, que introduziram esse sentimento de independência pessoal, esse amor à liberdade individual na civilização europeia. Contrasta

2 FRANÇOIS PIERRE GUILLAUME GUIZOT (1787-1874). Historiador e político francês. Nascido em Nîmes Huguenote. Professor de História Moderna na Sorbonne 1812. Livros: *Mémoires relatifs à l'histoire de France jusqu'au 13^e siècle* (31 vols) e *Mémoires relatifs à la Révolution d'Angleterre* (25 vols). Ministro de Educação da França. 1832. Embaixador em Londres. Pesquisador histórico. Traduziu Shakespeare para o Francês.

esse sentimento libertário com o posicionamento dos romanos e com a antiga igreja Cristã, pré-medieval, e das demais civilizações da Antiguidade que desconheciam e não cultivavam esse sentimento de liberdade individual. Afirma Guizot, ainda, que a liberdade encontrada nas antigas civilizações, é uma liberdade política, a liberdade do cidadão, mas não a liberdade pessoal, do homem ele próprio, cultivada pelos antigos saxões e anglos.

Invadindo a Inglaterra, conquistando territórios e os colonizando, fundando comunidades esses povos germânicos, vindos de terras onde as águias das legiões romanas nunca tinham sido vistas, ou apenas passageiramente, com as incursões pontuais e momentâneas de *Drusus* e *Germânicus*, trouxeram sua língua, sua religião, seus costumes, suas leis e suas organizações e instituições, todas elas indígenas, tribais, sem traços ou resquícios do direito romano e das instituições romanas. Nada tomaram de empréstimo da Antiguidade ou de povos circundantes. Fundaram e construíram, através dos séculos por intermédio dos seus

sucessores e descendentes as suas próprias instituições baseadas em modelos próprios.

Macaulay,³ jurista, político e historiador inglês, afirma que os fundamentos da constituição inglesa foram lançados por homens que, à época, nada sabiam dos gregos, tampouco do papa e da religião católica.

Os que vieram após os fundadores, se contentaram com melhorias no plano original. Construíram e elaboraram modelos jurídicos autóctones e, portanto, não procuraram modelos no estrangeiro.

O autor da obra *The Spirit of the Laws* analisando o sistema de travas e balanceamentos da constituição inglesa, afirma: “este belo sistema foi encontrado nas florestas germânicas”.

Esse amor e dedicação à liberdade e à independência pessoal passou a ser superposto às instituições que esses povos germânicos fundaram e elaboraram.

Há divergências acadêmicas sobre e até que ponto o direito romano existente à época da invasão e colonização germânica na Inglaterra, teria sido adotado ou incorporado em leis, usos, costumes e instituições

3 THOMAS BABINGTON MACAULAY (1800-1859). 1º st. Baron of Rothley Temple, Leistershire. Político Escritor. Admitido: Bar 1826 legal carcer “Milton” (obra). Edinburgh Review MP = Member of Parliament. Legal adviser to The Supreme Council of India. Obra: History of England from the accession of James II.

inglesas. Mas há concordância geral que o espírito libertário anglo-saxão estava embutido nas diversas cortes locais e que era nesses tribunais populares que os princípios de direito germânico e de governança local eram cultivados e disseminados.

Os saxões insuflaram o governo e instituições públicas inglesas de um espírito de equidade e liberdade que jamais deixou de caracterizar essas instituições.

Ao longo dos séculos a *common law* penetrou com as suas raízes e fibras a constituição, o corpo político, as instituições locais e municipais, a jurisprudência civil e criminal, as relações familiares, os direitos das pessoas e das coisas.

Sir Edward Coke⁴ (1552-1634) é considerado o oráculo da *common law*. Advogou e foi juiz durante o longo reino da Rainha Elisabete I e do Rei Jaime I. Seus muitos escritos incluem os *Reports* e as *Institutes*.

Os seus *Reports* em 13 volumes retrataram com fidelidade a *common law* civil e criminal inglesa do século XVI e do início do século XVII.

As suas *Institutes* abrangem 4 volumes e são doutrina e comentários sobre *tenures*,⁵ Magna Carta, direito penal e jurisdição das cortes inglesas.

Com a sua imensa autoridade de exímio jurista assegurou e garantiu a continuidade da aplicação da *common law* através de todas as mudanças da reforma, e recepção positiva do direito romano.

Seu maior rival intelectual e político, Sir Francis Bacon, reconheceu que, se Coke não tivesse escrito os *Reports*, o direito inglês teria passado a ser um navio sem *ballast* v.g. equilíbrio.

Coke também liderou por 7 anos e meio como político a *House of Commons*, contra a prepotência do Rei Jaime I e é famoso o que proclamou a respeito da independência do Parlamento Inglês frente à prepotência do Rei.

As liberdades, franquias, privilégios e jurisdições do Parlamento são os direitos de nascença, antigos e indubitáveis e a herança dos cidadãos da Inglaterra... e todo e qualquer membro da casa tem e deve ter a liberdade de falar (*freedom of speech*) (Coke,).

Acusado de traição, foi aprisionado e trancado no *Tower* por nove meses.

Sem provas de qualquer traição cometida, foi liberado e continuou sua vida de político e jurista.

4 EDWARD COKE. (Lord Coke). Bar 1578. Speaker Of The House Of Commons 1593. Attorney General 1594. Chief Justice of the Court of Common Pleas 1606. Chief Justice of the King's Bench (1613). Privy Councillor.

5 Tenures: direitos sobre a propriedade de bens ou posse de cargos.

Segundo pesquisa realizada por Ben W. Palmer (advogado, autor e professor universitário) publicada no *American Bar Association Journal* (ABAJ) em março de 1946, Sir Edward Coke recusou-se a colocar os reis ingleses Jaime I e Carlos I (1625) acima da lei, bem como declarou a independência dos juízes ingleses do arbítrio real (Palmer, 1946, p. 135). Seu raciocínio jurídico e sua coragem foram fundamentais para garantir que a *common law* continuasse sendo uma fonte da liberdade.

– Coke negou ao rei o direito de julgar processos pessoalmente e negou também ao rei o direito de outorgar jurisdição às cortes eclesiásticas em prejuízo das cortes de *common law*.

– Coke combateu o absolutismo administrativo, ou seja, o estabelecimento de cortes administrativas que passariam a superar as cortes ordinárias da *common law*, despojando os cidadãos da proteção da *common law* conhecida e estabelecida.

– Coke protestou contra as leis feitas por pessoas estranhas/leigas ao ofício jurídico, bem como contra “cortes populares”, insistindo no treino profissional jurídico e especialização em direito.

– Coke decidiu que em tempos de paz não pode ser aplicada a lei marcial e que enforcar um oficial em tempos de paz, com base em lei marcial é assassinato (*murder*).

– Coke, defendendo a *common law* e fazendo uso da sua vasta experiência jurídica, frustrou um projeto de lei de Sir Francis Bacon que propunha

codificar o direito inglês, como era usual no continente, mantendo assim a supremacia da *common law*.

– Coke decidiu no processo Peacham (1615) que é ilegal consultar os juízes individual e separadamente, antes do julgamento de um caso sobre qual seria a sua opinião a respeito da culpabilidade do réu. Sentenciou que tal tomada de opinião particular e auricular dos juízes não estava conforme os costumes do reino.

– Coke, como único juiz inglês, diante do rancor do rei, manteve seu posicionamento no sentido de que o rei não tem o direito de procrastinar ou mandar parar qualquer processo em andamento nas cortes da *common law*.

– Coke negou-se de, por ordem do rei, revisar os seus *Reports* no sentido de eliminar a sua negativa da existência de prerrogativas reais. Mantida a negativa, Coke foi afastado da Corte pelo rei (1617).

– Coke negou que o rei inglês possuísse o poder de fazer leis por proclamação.

– Coke estabeleceu que ministros do gabinete do rei têm responsabilidade perante o Parlamento e não podem invocar imunidade alegando que apenas estavam cumprindo ordens do rei.

– Coke conseguiu propor e obter a aprovação do documento intitulado *The Petition of Right*, segundo o qual: o rei não pode aquartelar soldados em casas particulares sem a concordância do dono da casa. O rei não pode cobrar impostos ou impor empréstimos compulsórios sem a aprovação do parlamento. O rei não pode mandar alguém à prisão

e, se o faz, os prisioneiros podem ser liberados mediante fiança e os juízes devem ignorar as ordens do rei no sentido de não relaxar a prisão.

Ben W. Palmer sumariza os feitos judiciários de Coke dessa forma: Coke, sem dúvida alguma, fixou a forma da *common Law* por três séculos e estabeleceu sua supremacia sobre a Igreja, o Almirantado, o *Star Chamber* e sobre um sistema de Códigos e prerrogativas reais.

Coke condenou e repeliu a criação de tribunais especiais e executivos, que teriam suplantado as cortes e a lei ordinárias, além de submeter a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos ao capricho executivo; evitou a aplicação da lei marcial em tempos de paz e condenou a proclamação de leis pelo executivo também em tempos de paz; e afastou o sistema processual criminal continental, no qual os direitos do acusado estão à mercê de juízes inquisitoriais e acusatórios, mantendo o júri da *common law*.

Coke assegurou a liberdade dos cidadãos acusados em processos criminais garantindo:

- indiciamento por um grande júri;
- julgamento sempre por júri em processos criminais;
- proteção contra buscas e apreensões ilegais;
- proteção contra *double jeopardy* (ser condenado duas vezes pelo mesmo crime);
- direito ao *habeas corpus*;

- sustentou que nem o Parlamento nem o Executivo são onipotentes;
- que a Constituição é a lei maior a qual até mesmo assembleias legislativas devem obediência;
- que o judiciário deveria ser composto de homens treinados na lei e independentes do poder legislativo e executivo;
- que é da competência e função do judiciário dar a interpretação final e autorizada da constituição e das leis;
- que devemos ter um governo de leis e não de homens.

Os professores de direito André Tunc e Suzanne Tunc publicaram no México, em 1957, pela Imprensa Universitária da Universidade Nacional Autônoma do México, alentada pesquisa intitulada *O Direito dos Estados Unidos da América — Instituições judiciais, fontes e técnicas* na qual analisam na seção I, pág. 152-211 a História da *Common Law* e, na seção II, A Natureza da *Common Law*, p. 2 12-231 (Tunc; Tunc, 1957).

Iniciam os autores dando uma definição negativa.

A *common law* é aquela parte do direito que não tem a sua fonte/nascedouro nas leis ou regulamentos emanados dos poderes legislativos ou executivos da Federação ou dos Estados dos Estados Unidos da América.

Em sua origem, a *common law* era uma síntese mais ou menos arbitrária daqueles princípios consuetudinários

que pareciam como os mais razoáveis ao juiz julgador (Plucknett, 1948).

O surgimento da *common law* não tem uma data precisa. Um corpo de normas que se formaram, passo a passo, através dos séculos, até tomar forma separados dos usos e costumes que lhe deram origem. Se há uma data aproximada que pode ser tomada como marco referencial, há certa concordância entre os diversos autores que essa data deveria ser 1066 AD (século XI) quando Guilherme, o Bastardo, Duque da Normandia (William, *the Conqueror*), derrota o rei inglês Harold que fora eleito Rei da Inglaterra após a morte de Eduardo, o confessor — e coroado em Westminster. Registra André Tunc que o normando invasor introduziu o feudalismo na Inglaterra, mas decidiu manter em vigor o direito anterior à sua conquista (Tunc; Tunc, 1957).

Esse direito anterior, base da futura *common law*, era um conjunto de usos e costumes locais, ou seja, todo o direito comum da Inglaterra saxônica.

Antes da invasão normanda, havia as antigas jurisdições populares e as jurisdições senhoriais, todas aplicando em seus julgamentos os usos e costumes locais.

O Rei Guilherme passou então a também julgar litígios através da sua *Curia Regis* e através de cortes reais judiciais que criava, todas derivadas da *Curia Regis*, mas que igualmente aplicavam o direito comum, ou seja,

aquele conjunto de usos e costumes locais, o todo do direito comum da Inglaterra.

Ao aplicar esse direito costumeiro inglês para resolver litígios nascidos sob o império de costumes diversos, as cortes reais deixaram de considerar e buscar as particularidades desses mesmos usos e costumes passando a extrair e destilar dos mesmos, de certa forma involuntariamente, o direito comum a toda Inglaterra.

Este “novo direito comum”, assim extraído e destilado, toma corpo muito lentamente formando-se apenas no início do século XIII, quando a Magna Carta de 1215 separa da *Curia Regis* (que continua seguindo o rei em seus deslocamentos) a corte de causas comuns, a *common bench* e depois a *common pleas* e a fixa em Westminster, passando a julgar litígios sem a presença do rei.

A corte de causas comuns não é, no entanto, a única corte inglesa que cria *common law*. Desde 1118 AD, a Corte da Tesouraria (*Exchequer*) separa-se da *Curia Regis* com uma competência, no entanto, bastante limitada (Tunc; Tunc, 1957, p. 153).

Posteriormente institui-se a *King's Bench* e depois, acima dessas três instituições, a *House of Lords*.

É certo que, no fim do século XIII (1295) há três grandes Cortes, definitivamente estabelecidas, a saber: *King's Bench*, *Common Pleas* e *Exchequer*. Todas as três são tribunais

reais. Além dessas três cortes reais, havia ainda as Cortes Comunaes (*Communal courts*) dos *counties*, e centenas de *Lord's Courts* e, ainda, Cortes Eclesiásticas. Todas usavam e julgavam, essencialmente, com as mesmas normas legais que, ao tempo do rei Edward I, são oficialmente conhecidas como *Common Law*, por ser um corpo de normas, um direito comum a toda Inglaterra.

A *common law* a essa altura já estava se tornando um conjunto de normas, um direito razoavelmente definido, capaz de crescer e se expandir em várias direções, mas que ainda estava sujeito a determinados limites que não podia ultrapassar. Essas cortes continuaram funcionando até o ano de 1875 e eram conhecidas como as *Common Law Courts* (Geldart, 1975).

A corte de causas comuns não era, pois, como visto, a única que criava *common law*. Convém repisar que, desde o ano de 1118 (início do século XII), a Corte da Tesouraria (*Exchequer*) havia sido separada da *Curia Regis* com uma competência limitada. Posteriormente se instituiu a Corte Banco do Rei (*King's Bench*) e, ainda mais tarde, acima das cortes citadas a Câmara dos Lordes (*House of Lords*).

Insiste André Tunc em frisar que em sua origem a *common law* não era propriamente dita o direito da Inglaterra, mas o direito dos tribunais reais do qual surge uma síntese mais

ou menos artificial que os ditos tribunais elaboravam partindo dos costumes que encontravam e usavam (Tunc; Tunc, 1957).

Para que a *common law* se convertesse no elemento fundamental do direito inglês, apenas faltava que as jurisdições reais aumentassem e expandissem para a sua competência algo que estava dentro da ordem natural das coisas.

Começa então o declínio das Cortes Populares a partir do século XII. O declínio do Rei Henrique II prossegue no século XIII e cessam de serem importantes no século XIV, desaparecendo no século XV.

Também as cortes locais diminuem de importância. Os cidadãos livres que poderiam ser juizes se desinteressam pela função judicante e o *Sheriff* agente do Rei, ou seu substituto o *Bailli* (*Bailiff*) passam a exercer sua autoridade sobre as ditas cortes.

Com a lei de *Gloucester* de 1278 que proíbe às Cortes Reais apreciar e julgar litígios de valor inferior a 40 (*shillings telins*), as Cortes Locais passam a ser consideradas despidiendas pela população.

Temos então que, no princípio, o juiz medieval inglês deduz livremente dos costumes que encontra a regra de direito aplicável ao caso. A *common law* vive, portanto, na consciência do juiz, que somente é o seu oráculo. Entende André Tunc que as antigas compilações de decisões parecem

confirmar que o juiz medieval não buscava escrupulosamente uma regra admitida em todos os costumes. Buscava somente as regras que eram normalmente admitidas e se inspirava fortemente no que lhe parecia ser razoável. A partir do século XII e XIII, passa a inspirar-se também, em parte, no direito romano e canônico.

Pode então afirmar-se que a formação da *common law* se processava de maneira arbitrária, pois o juiz gozava de um amplo poder de apreciação e de formação da sua convicção, embora lhe fosse vedado resolver o litígio caprichosamente ou segundo a equidade. Podia o juiz prescindir de uma particularidade de um costume local ou até mesmo de uma regra bastante difundida, mas que fosse pouco satisfatória. Era obrigado, no entanto, a respeitar as regras costumeiras bem estabelecidas e ater-se sempre à razão.

Sumamente interessante é também a Origem Medieval do *Writ*, hoje considerado o germe ou precursor do mandado de segurança.

Baseado no princípio medieval que o rei soberano é o “justiceiro do reino” e responsável pela paz pública, os tribunais do rei passaram a aceitar, desde o fim do século XII (+- 1190), petições de qualquer pessoa nas quais ela alegava que a conduta de outra pessoa perturbava a paz do reino.

Encaminhado o pedido à chancelaria do rei, esta, após exame do

pedido, expedia um *writ*, no qual, dirigindo-se ao *sheriff*, em nome do rei, encarregava-o da missão de ordenar ao adversário do requerente fazer justiça com base no pedido ou, em caso de negativa do réu, exigir que ele se apresentasse diante dos juízes reais e explicasse as razões da sua negativa. Como cada pedido de expedição de *writ* tinha que ser antecipadamente pago (custas), havia natural interesse da chancelaria de aumentar a arrecadação de custas passando a ocorrer com o tempo um excesso de expedição de *writs*, fenômeno que também gozava da complacência dos juízes reais. A partir de 1258, houve uma acentuada limitação às excessivas expedições de *writs* por força das Provisões de Oxford.

Registra André Tunc que a ampliação contínua da competência das jurisdições reais, na baixa Idade Média, na Inglaterra produziu uma transformação muito importante na natureza da *common law* (Tunc; Tunc, 1957).

Embora, na verdade, como já constatado antes, a *common law* não fosse de início o direito da Inglaterra, nem dos saxões, pois somente os costumes eram a sua base, chegou um dia o momento em que, aplicada continuamente pelas jurisdições reais, a *common law* passou a ser considerada o direito geral do reino. Já a partir do reinado de Henrique III

(1216-1272), portanto, no século XIII, a *common law* passa a ser aplicada a todos os litígios, salvo se as partes apresentassem razões convincentes pelas quais ficasse evidente que outro direito deveria ser aplicado, por exemplo, apenas o costume local.

A *common law* passou a exibir um conteúdo mais preciso quando o número de sentenças prolatadas com base nele torna-se maior, mais numeroso e denso e o juiz passou a considerar-se mais ou menos vinculado ao corpo precedente de sentenças. Somente no fim do século XIX passa a impor-se o precedente ao juiz como uma regra jurídica rigorosa. Antes, as sentenças prolatadas com base na *common law* não gozavam de nenhuma força obrigatória, direta.

Afirma então André Tunc que pouco a pouco as decisões judiciais deixam de ser declarações/sentenças separadas de *common law* para formar um sistema de direito mais ou menos perfeito e coerente. A *common law* deixa de ser uma abstração e passa a tomar corpo (Tunc; Tunc, 1957, p. 153).

Esta encarnação ou corporificação da *common law* é acelerada e facilitada por obras doutrinárias, arquivos de tribunais e coleções de jurisprudência. As mais importantes são as seguintes: de 1187 a 1189 o jurista medieval Glanville escreve o *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* consagrado exclusivamente à *common law*. Melhor ainda é a obra

do jurista Bracton ao redor do ano de 1256. Henry de Bracton era um juiz das cortes assizes itinerantes, o título da sua obra é: *De Legibus et Consuetudinibus Angliae Libri Quinque*. Bracton comenta as ações que os tribunais reais conheciam e, tomando por base ou modelo a ordem/sistema do direito romano (as Institutas de Justiniano do século VI), organiza mais de 450 decisões da *common law* e além disso estuda e comenta mais de duas mil sentenças, todas baseadas na *common law*. Bracton conhecia o direito romano, mas desse apenas utiliza a sistemática e metodologia, pois o caráter da obra é *common law* pura. Essa característica inglesa da obra de Bracton manifesta-se pelo espaço dedicado na obra às ações e ao processo, a sua inteira fundamentação nas decisões judiciais ao declararem a lei e a análise de sentenças que limitam o poder real absoluto. Para os seus estudos e comentários, Bracton utilizou registros judiciais: *Plea Rolls*, desde o ano de 1189 até meados do século XIII.

Também Littleton (1475) deve ser mencionado, pois escreveu sobre *Tenures*.

Outro autor daquele tempo era Fortescue (1470) que baseado na *common law* escreveu *De Laudibus Legum Angliae*.

Muito importantes também são os *Year Books* e recompilações de decisões judiciais baseadas na

common law escritas em francês, pois o idioma das jurisdições reais, desde a conquista normanda era o francês. Por 246 anos, de 1290 a 1536, os *Year Books* ou recompilações apresentam as sentenças fundadas na *common law* bem como notas e comentários de advogados.

3 EQUITY (Equidade)

Considerando que normas legais da *common law* não podem ser formuladas com tal precisão que resolvam adequadamente toda e qualquer contingência ou hipótese legal possível, pode acontecer que ocorram injustiças pela aplicação inadequada da norma da *common law*. Para resolver e remediar tais injustiças da *common law*, é que se desenvolveu o direito de equidade (*equity*). Na Idade Média, em vez de usar a expressão *law of equity*, era muitas vezes usada a expressão direito da consciência, ou *law of conscience*. Fundamentalmente a *law of equity* é tão antiga quanto a *common law* escrita, mas a lei de equidade não era ainda necessária ser aplicada ou utilizada pois a *common law* ainda era bastante flexível, fluida e informal. No entanto, na medida em que a *common law* se tornava mais rígida e consolidada, as suas regras estritas quanto à produção de provas começaram a criar problemas e injustiças. A posse aberta e direta

da terra e o uso visível do lacre em documentos eram reconhecidos e apoiados, enquanto que a constituição secreta de trustes e contratos informais não eram reconhecidos legalmente pela *common law*.

O poder de auxiliar (*grant relief*) em tais situações, talvez injustas, estava nas mãos do Rei e era inicialmente exercido pelo Conselho Real pleno.

Quem presidia o Conselho Real era um bispo, ou um arcebispo, com o título *Lord Chancellor*. Já em 1474, esse chanceler atendia pessoalmente as petições que demandavam ajuda (*relief*) contra decisões da *common law* consideradas injustas. O resultado do acúmulo de serviço foi a criação de uma Corte Superior especializada da chancelaria para administrar/decidir questões de *equity*. Inicialmente a maioria dos problemas levantados dizia respeito a questões processuais, principalmente demoras no julgamento das cortes locais, sendo que o poder de modificar as regras da *common law* apenas se afirmou lentamente. O Chanceler decidia de caso em caso, estudando o mérito e podia atender ou não atender ao pedido (*in equity*) sem justificar a sua decisão. No decorrer do tempo, cristalizaram-se os fundamentos mais comuns dos pedidos *in equity* tais como: fraude, quebra da boa-fé, tentativas de cobrar a mesma dívida duas vezes, retenção injustificada de propriedade. O

processo iniciava com uma petição do autor no idioma corrente, não em Latim, e o réu, convocado a comparecer pessoalmente perante o chanceler para ser interrogado, recebia como intimação um *Writ of Subpoena*. A recusa de comparecer ou de atender uma decisão do chanceler era punida com prisão.

O procedimento permitia ao réu contestar o pedido e, assim, aos poucos desenvolveu-se um sistema contencioso por escrito.

Como visto, o chanceler, inicialmente, não era um juiz, nem presidia uma corte de justiça. Era o Chefe de secretaria do Rei, para atender todos os departamentos e, quando houvesse necessidade de qualquer redação, ou documento a ser redigido, tal ocorria no gabinete do chanceler, que redigia o documento pessoalmente ou por intermédio de um dos seus subordinados.

Embora em contato com a administração da Justiça no Reino, o chanceler não tinha o poder de modificar as decisões da *common law* a seu bel-prazer.

Os *writs*, ou seja, as ordens do Rei no sentido de que determinada pessoa devesse apresentar-se em uma das cortes do Rei para responder ao *writ* e justificar-se, eram emitidos em nome do Rei e provinham da Secretaria Geral do Rei. Aliás, esta prática não mudou. Ocorre assim também hoje em dia e muitos *writs* estão padronizados

de acordo com os fatos/casos que se apresentam. Pagando as custas, qualquer cidadão pode ainda hoje em dia obter um *writ*.

Procede hoje em dia, ainda, a pergunta: pode uma pessoa que se considera prejudicada obter um *writ*, se esse não for do tipo padronizado? A Chancelaria do Rei tinha e tem ainda desde o *Statute of Westminster II*, de 1285, o poder de emitir *writs* não padronizados *in consimili casu*, isto é, para atender casos novos suficientemente parecidos com casos para os quais já existem *writs*.

Mas, nesse caso, as Cortes da *common law* desde o século XV tem o poder de decidir se o *writ* novo, formulado especialmente, é bom ou não. Se a decisão for contrária ao *writ* este não terá utilidade para o apresentante. Para decidir se um *writ* é bom ou não, as cortes da *common law* guiam-se pelos princípios já aceitos da *common law*.

Às vezes ocorre que as decisões das cortes da *common law* e suas normas processuais criam ou resultam em determinados casos em injustiças ou prejuízo acentuado.

Surge então a possibilidade de se pensar assim: bom, é uma pena, mas esta é a lei (a *common law*). Não é bom nem aconselhado interferir na aplicação da justiça (sentença da *common law*), pois tal interferência seria um mal maior, uma vez que causaria incerteza na aplicação da

justiça. Não seria, pois, conveniente modificar, retificar, abrandar a decisão da *common law*, porque tal ato seria um mal maior do que deixar válida uma injustiça singular.

Mas não pensavam assim os antigos juristas ingleses. Uma espécie de reserva de justiça permanecia nas mãos do Rei (Rei, o Justiceiro do reino) e, portanto, aquelas pessoas que não tinham conseguido “Justiça” nas cortes ordinárias da *common law* do Rei podiam, com alguma esperança, peticionar, pedindo justiça ao Rei e ao seu conselho (chancelaria). Se o pedido não se baseava em aspectos do direito, era ao menos um pedido de favor real. Assim, como já foi visto acima, as petições chegavam à chancelaria, e aos poucos o próprio chanceler passava a receber as petições de justiça.

Inicialmente é possível constatar que essa outorga de justiça em equidade era peticionada e concedida em duas hipóteses fundamentais:

a) Motivos: o peticionário era pobre e o seu opositor era rico e poderoso. O júri era tímido ou corrupto. Esses tipos de casos eram às vezes atendidos na Idade Média pelo Conselho do Rei e outras vezes pelo Chanceler. No século XVI e no início do século XVII, essa jurisdição foi abandonada

pelo chanceler e a competência de apreciar tais problemas passou à Corte *Star Chamber*. Com a abolição desta Corte em 1641, as cortes da *common law* tinham-se tornado suficientemente fortes para atender e resolver estes casos.

b) Motivo: nas hipóteses em que houve algum negócio do qual surge um direito para uma das partes, mas que as Cortes da *common law* não podem ou não querem proteger. Eram casos de *Uses or Trusts*, transações através das quais uma pessoa transfere legalmente terras a outrem, mas com o acordo interno de gaveta que o cessionário vai manter as terras para o benefício do cedente ou para pessoas que o cedente indicará no seu testamento. A *common law* naquele tempo já tinha posicionamentos muito firmes quanto aos tipos de direitos em relação a terras que reconhecia e protegeria as formas de transferência de imóveis que sancionava. Certo, porém, era que a *common law* não protegeria e reconheceria *Uses or Trusts* tampouco testamentos⁶ que implicavam transferência de terras. Portanto, todas estas transações/negócios eram considerados ineficazes.

No entanto, a prática de criar tais *Uses or Trusts* era grande naquele tempo e bastante popular. A ausência de qualquer proteção, fora da *common law*, era considerada extremamente prejudicial. Por conseguinte, ao final

6 Somente em 1540 foi baixada uma lei (*statute*) que autorizava/permitia passar a propriedade de imóveis por testamento.

do século XIV (1390) muitas pessoas estavam peticionando o chanceler, clamando por justiça e alegando que ao menos tinham um direito moral a usufruir e gozar tais *Uses or Trusts* implorando ao chanceler que os protegesse contra o proprietário legal que estava assestando contra eles seus direitos de proprietário protegido pela *common law*.

O chanceler, que à época era considerado o guardião da consciência do rei (*Keeper of the King's Conscience*) e, além disso, era um bispo ou arcebispo e, portanto, considerado um bom juiz de questões de moralidade ou consciência, diante dos pedidos dos suplicantes estava em situação delicada. Como poderia ajudar os pobres suplicantes? Não podia interferir diretamente nos processos das cortes da *common law*. Não podia emitir um novo *writ* que poderia ser julgado inválido pelas Cortes da *common law*. No entanto, podia fazer o seguinte, se considerasse o pedido formulado como sendo fundamentado: poderia emitir um *writ* que exigisse que a pessoa (ré) contra a qual fora apresentada a queixa, se apresentasse perante ele, chanceler, e depusesse a respeito da queixa sob juramento. Tal *writ* era conhecido como *Subpoena*, pois o não comparecimento resultava na aplicação de multa pecuniária. A prestação de juramento do acusado (réu) perante o chanceler, era algo bem diferente do procedimento de

acordo com a *common law*, a qual naquele tempo jamais obrigaria uma das partes do processo a testemunhar ou depor. A prestação do juramento era então o único procedimento viável nesses casos de *Uses or Trusts* em virtude da inexistência de provas/documentos formais ou atos públicos confirmatórios.

Passou então o chanceler, ele próprio, a julgar o caso, não recorrendo à apreciação do processo pelo júri, embora mais tarde o chanceler, em determinadas situações, também fizesse uso da instituição do júri.

Supondo que o chanceler decida a favor do suplicante, decida que as terras, as quais em conformidade com a *common law*, pertencem ao réu deveriam moralmente, de acordo com a equidade, em conformidade com a consciência, pertencer ao suplicante. O que pode fazer o chanceler? Nesse caso não pode interferir, ao menos diretamente, no processo e na decisão da Corte de *common law*.

Não pode reverter a regra da *common law*. Também não pode afirmar que o proprietário legal das terras NÃO é o proprietário legal das terras. O que o chanceler pode afirmar é que, de acordo com a consciência, de acordo com a equidade, o proprietário legal, de acordo com a *common law*, não pode fazer uso dos seus direitos sobre as terras em proveito próprio. Que o réu apenas pode e deve usar das terras para o benefício daquele (autor)

no interesse de quem mantém as terras em *Trust*. O chanceler pode ainda determinar a prisão do réu, se esse não age de acordo com os ditames da equidade e da consciência.

O chanceler pode até interferir indiretamente nas tentativas do réu de implementar seus direitos conforme a *common law* nas cortes de *common law*. Ele não pode impedir/proibir as Cortes de *common law* a julgar um processo, mas pode proibir ao réu de propor uma ação nas Cortes da *common law*, ou de prosseguir com a ação se ela já iniciou ou, ainda, de fazer uso das vantagens/benefícios eventualmente obtidos numa ação julgada pelas Cortes de *common law*. Pode novamente decidir decretar a prisão do réu se não cumpre o estabelecido em corte de *Equity*.

Um raciocínio que era empregado pelo chanceler quando suas determinações atrapalhavam o exercício pelo réu dos seus direitos segundo a *common law* era o seguinte: na verdade as ordens dele consultavam os mais altos interesses do réu, pois obedecer às ordens (*in equity*) do chanceler era não somente moralmente certo como também de acordo com a consciência. Se o réu agisse conforme a *common law* estaria ferindo o bem maior que tinha: a alma. Portanto, atender às ordens dadas *in equity* pelo chanceler significava proteger o réu e evitar que ele se autoferisse.

Esse tipo de interferência na jurisdição da *common law* pelo chanceler iniciara como uma espécie de favor especial em casos especiais; mas gradualmente converteu-se em prática corriqueira. Tornou-se popular. E a repetida interferência do chanceler, pouco a pouco, converte-se na corte da Chancelaria: *Court of Chancery*. E o princípio geral da *Equity* que, iniciando como uma mera aplicação do sentido moral a casos especiais, aos poucos, transforma-se em regras definidas.

As decisões similares, reiteradas diante de fatos idênticos, ocasionam (como na *common law*) a formação de um conjunto de regras que passariam a ser aplicadas uniformemente. Surge, assim, um novo conjunto de regras de direito *in equity* que podem ser reivindicadas nas Cortes de Chancelaria e que correm paralelas às regras da *common law* que, por sua vez, são exequíveis, nas Cortes da *common law*. E, além disso, é possível afirmar-se que nas áreas apropriadas em que se aplica a *Equity*, essa, na prática, se sobrepõe à *common law*, embora em teoria esse não seja o caso. É possível até pensar em dois tipos de propriedade: *in equity and in common law*.

Dizendo ou afirmando que uma determinada coisa deveria pertencer a uma pessoa ou que deveria ser usada ou empregada em seu benefício passa a equivaler a dizer que a coisa é de fato sua *in equity* ou de acordo com a consciência.

Em 1535, Henrique VIII golpeia a prática dos *uses and trusts* por força do sancionamento do *Statute of Uses*; o Rei querendo aumentar ou recuperar a sua renda sobre propriedades em mãos de nobres feudais que arrecadavam dinheiro, pago por posseiros ou locatários.

No período de 1550 até 1610, a *Equity* aumenta sua jurisdição e agrega novas áreas de competência. *Fraud and Accident*, por exemplo, especialmente a perda de documentos valiosos. Hipotecas (*mortgages*) passam a ser integradas à *Equity*.

É interessante registrar que no direito inglês foi a *Equity* que estabeleceu a regra que uma hipoteca é mera garantia de dinheiro mutuado e nada tem a ver com uma transferência de propriedade imobiliária, como entendia, erroneamente a *common law* da Idade Média, pois segundo essa, o mutuário transferia ao mutuante uma propriedade imobiliária, que lhe era devolvida pelo mutuante se o empréstimo fosse pago. E claro que tal acerto podia resultar em injustiça, pois não pagando/amortizando pontualmente o empréstimo, o mutuário perdia a sua chance de recuperar o seu imóvel. Já pela *Equity* que, como visto, entendia que não existia nenhuma transferência de imóvel, mas mera garantia real, tinha o devedor mutuário ainda o direito de purgar a mora e pagar seu débito hipotecário. Tal ato era conhecido como *Equity of Redemption*.

No século XVII, a chancelaria (*Equity Court*) passou a ser combatida pelas Cortes de *common law* que lhe queriam tirar a jurisdição, pois a forma prática pela qual ela (*Court of Equity*) frustrava a execução das sentenças das Cortes de *common law* começava a incomodar. Principalmente o bloqueio que a *Court of Equity* podia fazer a execução/implementação dos direitos obtidas pelo réu no sistema da *common law*, bloqueio esse representado por sentenças (*in equity*) que proibiam ao réu fazer uso dos direitos obtidos em decorrência de uma sentença dada de acordo com a *common law*.

Por causa dessa rivalidade existente entre as Cortes de *common law* e a Corte de *Equity*, eclodiu uma grande briga entre o Presidente (*chief justice*) das Cortes de *common law* Justice Coke e o Chanceler da Corte de *Equity* Lord Ellesmere. O Rei James I (Jaime) decidiu o desentendimento a favor do seu chanceler.

Houve até propostas no sentido de abolir a Chancelaria e a Corte de *Equity*. Também houve proposta de reforma no sentido de submeter a chancelaria ao controle das Cortes de *common law*. Todas essas propostas redundaram em absolutamente nada. Houve nova tentativa de submeter a Chancelaria ao controle das Cortes da *common law*, por ocasião da Revolução de 1688, mas também essa tentativa não logrou êxito. Já tinha se

firmado a opinião generalizada que a chancelaria ao aplicar, de caso em caso, a *Equity* estava resolvendo problemas legais que as Cortes de *common law* não podiam ou não queriam resolver e que não havendo Corte de *Equity* (Chancelaria) os direitos dos cidadãos ingleses não podiam ser considerados suficientemente protegidos. Havia um consenso geral que a Equidade tinha que ficar como parte integrante da *law* inglesa.

A partir desse ponto, a importância dos julgamentos por equidade aumenta significativamente (final do século XVII). No início do século XIX, a Chancelaria (do Rei) passa a nomear Vice-Chanceleres para acelerar o atendimento dos pedidos de julgamento por *Equity*.

Finalmente, em 1873-75, são abolidas as antigas Cortes da chancelaria, bem como as Cortes da *common law*, organiza e estabelece-se, pelas leis da judicatura, uma nova Corte Superior: a Alta Corte de Justiça que passa a exercer e abranger todos os poderes e competências das Cortes abolidas, tanto as da *common law* quanto as da chancelaria para julgamentos de *Equity*.

Nessa *High Court Of Justice* são administradas e prolatadas tanto as normas da *common law*, quanto as normas da *Equity*, sendo que ocorrendo conflito decisivo entre os dois ramos do direito inglês, ou

apenas discordância, deveriam sempre prevalecer as normas da *Equity*.

Essa alta corte de justiça passa a ter três divisões:

- *King's Bench Division*;
- *Chancery Division*;
- *Family Division* (antigamente *Probate Divorce and Admiralty Division*).

Atualmente, *King's Bench Division* e *Chancery Division* não são mais Cortes distintas, embora por razões administrativas *King's Bench* receba principalmente casos que envolvem *common law* enquanto que a *Chancery Division* recebe e julga casos de *Equity*. Mas essa linha divisória não é absoluta, podendo ocorrer inversões.

Sempre pautando nossa pesquisa pelas aulas e escritas do Prof. William Geldart, que datam do ano de 1911 e que foram atualizadas até a 8ª edição, no ano de 1975, serão passadas em sumária revista as principais novas áreas de aplicação da *Equity* nas décadas do século XX.

Na área da *Law of Property* (propriedade), continua existindo e funcionando o *Trust* e continua a jurisdição da *Equity* em relação às hipotecas. Até 1926 não era possível na Inglaterra hipotecar uma propriedade sem criar “um interesse em equidade”, ou seja, *equitable interest*. O devedor hipotecário (*Mortgagor*) ou transmitia ao credor (*Mortgagee*) a plena propriedade do

bem dado em garantia, retendo para si apenas um interesse em equidade, com o direito de resgatar o domínio sobre a coisa dada em hipoteca pagando a dívida, ou então fazendo o contrário, isto é, retendo o pleno domínio sobre a coisa hipotecada outorgando ao credor hipotecário apenas um *equitable interest* no bem. Essa última fórmula ainda é praticada hoje em dia, embora desde o advento dos *Property Acts* haja uma regulamentação para as hipotecas (*Law of Property Act*, 1969, *Land Charges Act*, 1972, *Land Registration Act*, 1966 e *Land Registration and Land Charges Act*, 1971).

Outro aspecto da *Equity*, em relação aos *equitable interests* acima mencionados e outros similares, é a doutrina do aviso prévio *Doctrine of Notice*.

Enquanto que de acordo com a *common law* alguém tem direitos sobre determinada coisa ou não tem, não importa se houve algum aviso prévio ou não (a *common law* ignora ou desconhece a *doctrine of notice*), na *Equity* essa doutrina é importante.

De acordo com essa doutrina, tem-se o seguinte: um interesse em equidade – *equitable interest* tem validade, ou é implementável contra qualquer pessoa que tem a posse de um bem imóvel, salvo se essa pessoa tiver o domínio sobre a propriedade e a tenha adquirido por justo valor e sem aviso prévio, ou seja, sem o conhecimento de e sem

motivo de sujeitar-se à existência de um interesse em equidade, isto é, *equitable interest*” que pese sobre ou grave o bem.

Ensina Geldart que: sempre que alguém tem direitos (em equidade) que dependem de prévia notificação, pode-se ter certeza que é aplicável a equidade e que o caso está na sua esfera de jurisdição.

Na área dos contratos, é importante a doutrina da “influência indevida”, ou seja, *doctrine of undue influence*.

A *common law* levava e leva em conta, em matéria de contratos, a coação (*duress*), as ameaças de violência física à vida. No entanto, ela não considera, ou não leva em conta formas mais sutis de pressão sobre uma das partes do contrato, como, por exemplo, tirar vantagem injustificada de uma pessoa que se encontra em dificuldades ou o exercício de influência em certos relacionamentos especiais como, por exemplo, na tutela do tutor em relação ao tutelado ou no relacionamento entre advogado e cliente.

A *Equity*, todavia, considerava tal pressão, embora fosse sutil, como motivo suficiente para anular a transação ou contrato. Se tivesse havido uma transferência de propriedade imóvel, o cessionário passava a ser considerado como uma pessoa com o dever (*trust*) de manter a propriedade em benefício daquele que a cedera, com o dever de devolvê-la no futuro.

Havendo fraude ou simulação, a equidade interferia e garantia uma proteção especial para a parte que sofrera dano ou prejuízo.

Enquanto a *common law*, nesses casos de fraude, tinha força e capacidade de proteger a parte fraudada, dando-lhe defesas em uma ação judicial que fosse movida com base no contrato (evitado de fraude) a *Equity* podia ir mais longe: podia ordenar que o documento (fraudado) fosse apresentado e entregue em juízo para ser destruído ou cancelado. Era, por exemplo, a proteção necessária, dada em equidade, no sentido de que um cheque fraudado fosse apresentado e cancelado para evitar sua posterior circulação em prejuízo de terceiros de boa-fé. A equidade podia e pode também retificar documentos elaborados com erros. Já a *common law* no máximo poderá declarar o documento nulo ou ineficaz.

Há também aspectos interessantes em equidade relativamente a prazos, multas e cláusulas penais.

A *common law*, ao tratar e analisar aspectos de prazos e penalidades em um contrato, trata tais cláusulas como sendo da “essência do contrato”. Não obedecido um prazo contratual previsto para a prática de determinado ato, a parte interessada, perde, pela *common law*, seu direito em decorrência da estipulação contratual. Já pela *Equity* isso não aconteceria, pois tais cláusulas não seriam consideradas “da essência

do contrato”, e a não observância do prazo resultaria em mera indenização.

Quanto às cláusulas penais: estipulado em contrato que determinada pessoa deva pagar 100 libras no dia 10 de janeiro e que não pagando haverá multa de 100%, é válida a cláusula pela *common law*. Já pela *Equity* não seria lícito cobrar as duzentas libras, sendo que as 100 libras de multa seriam apenas consideradas uma garantia das outras cem libras, permitindo, porém, a cobrança de juros.

Na área da cessão de direitos por contrato, temos também soluções divergentes.

A cessão de direitos conforme contrato: “A” deve dinheiro a “B”. A *common law* considera esse negócio como uma relação jurídica meramente entre “A” e “B”. “B” contrata com “C”, concordando/contratando que “C” terá o direito de cobrar a dívida de “A”. A *common law* ignora este contrato de cessão de direitos. Conforme a *common law*, “C” não pode cobrar a dívida de “A”. O máximo que a *common law* permitiria seria que “C” fizesse a cobrança do crédito de “A” em nome e por conta de “B”. Contrariamente, a *Equity* aceita a transferência e a cessão da dívida. Segundo a *Equity* “C” poderá fazer a cobrança da dívida de “A” em seu próprio nome. “B” passa a ser obrigado a deixar “C” efetuar a cobrança. Segundo a *Equity*, *debts and choses in action are assignable*. Segundo a

antiga *common law*, a posição legal da mulher casada era muito subordinada ao marido no que dizia respeito a direitos e responsabilidades.

Foi através e por força da *Equity*, que a mulher casada adquiriu uma capacidade especial, porém limitada, de ser proprietária de bens e de contrair obrigações através de contratos.

De outra parte, a *common law*, consideradas algumas exceções, apenas pode dar ao autor (*Relief*) uma compensação em dinheiro, ou seja, uma indenização. Existe a regra de *common law* que para toda quebra de contrato ou prejuízo causado cabe indenização em dinheiro (*damages*). A única exceção em *common law* é a seguinte: a parte (autora) que foi expulsa das suas terras, nelas será reintegrado, em vez de ser indenizado em dinheiro.

A razão pela qual (motivo) a *common law* sempre autorizou para qualquer quebra de contrato ou prejuízo causado o pagamento de uma indenização em dinheiro é que essa é uma ordem (judicial) de implementação mais fácil.

A *Equity* inventou também as ações de: *Specific Performance* e *Injunction*.

A *Specific Performance* é uma ação *equity* pela qual o autor pode obrigar, compelir alguém, o réu, a fazer o que prometeu ou o que contratualmente se obrigou a fazer. Exemplos: entregar a terra ou terreno

pelo preço pago conforme acordado. Ou o contrário, pagar o preço (dinheiro) pela terra adquirida. A *Injunction* pela *Equity* serve para proibir o réu de fazer o que prometera não fazer. A *Injunction* é uma ação, pela *Equity* que serve para obter a proibição de algum ato. Exemplos: abrir um restaurante ou uma escola de música barulhentos; proibir construir de forma a bloquear o acesso à luz; obrigar o réu a demolir um imóvel ilegal etc. A *Injunction* mais forte é a *Mandatory Injunction in Equity*.

4 OS EFEITOS DAS LEIS DE JUDICATURA (*JUDICATURE ACTS*)

Essas Leis datam de 1873 e 1875. Determinavam a organização e o estabelecimento de uma nova Corte que passou a reunir os poderes de uma Corte de *common law* e de uma de equidade. A distribuição dos processos entre as divisões dessa nova Corte passou a ser meramente uma questão de conveniência organizacional. Destarte a *King's Bench Division* não podia mais recusar julgar uma questão de natureza *Equity* nem a *Chancery Division* deixar de julgar um processo por ser de natureza *common law*. Se o autor distribuía seu processo na Corte errada o pior que podia acontecer era uma redistribuição para a outra corte e pagamento de novas custas.

As novas leis de Judicatura passaram a introduzir novas normas

processuais incorporando as melhores normas de natureza *common law* e de natureza *equity*.

O Capítulo 25 (*section 25*) da Lei da Judicatura de 1873 enfrenta questões de diferenças entre a *common law* e a *equity* em relação a problemas específicos em matéria de hipotecas e cessão e transferência de créditos. O capítulo 25 referido contém uma norma mandamental, de caráter geral, estipulando que sempre que ocorrer conflito de normas entre a *common law* e a *equity*, as normas desse direito (*Equity*) deverão sempre prevalecer sobre as normas da *common law*.

O resultado final da fusão moderna entre a *common law* e a *Equity* não tinha a intenção de alterar o direito substantivo, mas, sim, simplificar normas processuais, tanto da *common law* como da *Equity*.

Havendo o desejo de descobrir a natureza da atual norma substantiva, ainda é necessário voltar no tempo, adentrar no passado, quando a *common law* e a *Equity* ainda eram administradas e aplicadas por cortes diferentes. Mas tudo indica que esse esforço mental de se descobrir pela pesquisa da origem, se esta ou aquela norma se originou na *common law* ou na *Equity*, vai se tornar cada vez mais difícil, na medida em que a memória da antiga existência de um corpo distinto de normas, elaboradas e aplicadas em cortes distintas, vai se apagando a ponto de, no futuro, desaparecer

definitivamente. Nesse sentido, a unificação da jurisdição e a codificação gradual de partes substanciais da antiga *common law* e da antiga *Equity* foi de importância decisiva e produziu resultados práticos, que dificilmente teriam se produzido tão rapidamente se ocorresse apenas uma gradativa combinação de normas processuais de cortes diferentes, ou se se aguardasse a natural formação de jurisprudência pela sequência interativa de casos julgados.

5 OUTRAS CORTES (JURISDIÇÕES) INGLESAS

Além da *common law* e da *Equity*, há mais três outros ramos/cortes no direito inglês, a saber *Probate*, *Divorce* e *Admiralty*. Ramos esses que se desenvolveram nos séculos passados com jurisdições distintas das cortes da *common law* e da corte da Chancelaria (*Equity*).

Além desses três ramos adicionais do direito inglês, há que se mencionar ainda, as cortes eclesiásticas.

Em todos esses ramos do direito e cortes diferenciadas da *common law* e da *equity*, há nítida influência de direito estrangeiro, o que não ocorre na *common law* e na *equity*.

As cortes eclesiásticas foram separadas das cortes leigas a partir de Guilherme, o Conquistador (1066 AD). Assim, um bispo tinha a sua corte

e um Arcebispo uma corte superior. Desta havia a possibilidade de recurso ao Papa em Roma. O direito de todas essas cortes eclesiásticas era e é ainda o direito canônico, fortemente influenciado pelo direito romano. O direito canônico foi pela primeira vez sistematizado no século XII por Graciano de Bolonha.

As cortes eclesiásticas não eram consideradas subordinadas às cortes do rei, mas para evitar conflitos de jurisdição e delimitar a área, elas proibiam as cortes eclesiásticas de julgar assuntos que não lhe competiam. Mesmo assim era extensa a jurisdição das cortes eclesiásticas: julgavam assuntos internos com os clérigos e sua punição, podiam punir leigos por imoralidade, julgavam heresias. Quanto às propriedades da Igreja, houve longo atrito com as cortes do rei quanto à jurisdição, sendo que as cortes do Rei, nesse aspecto conseguiram sobrepujar as Cortes Eclesiásticas. Em relação a questões de casamento e divórcio, as cortes eclesiásticas por muito tempo conseguiram manter seu poder de jurisdição, que hoje, no entanto, não existe mais.

6 PROBATE E ADMINISTRAÇÃO

Sempre seguindo as aulas do professor William Geldart, informa

a sua pesquisa que, ao fim do século XVIII, fica estabelecido que em relação aos imóveis não é permitido fazer testamento, a não ser que um costume local o permita. Quanto a bens móveis e arrendamentos admitia-se que a pessoa podia dispor, por testamento resguardados, dos direitos da esposa e dos filhos cuja legítima era protegida. Essas restrições de testar tinham desaparecido na Inglaterra já no início do século XIV, mas persistiram, por exemplo, em Londres, até 1724.

Na verdade a *common law* pouco interesse tinha nos bens móveis, tinha, sim, interesse nos bens imóveis, que valiam muito mais e envolviam interesse público.

Contrariamente, a Igreja da Inglaterra nos séculos XII e XIII tinha todo interesse que o cidadão de posses fizesse um testamento quanto aos seus bens móveis, deixando todos ou parte deles para a Igreja, salvando, assim, a sua alma e assegurando a realização de missas. Era praticamente pecaminoso morrer sem deixar um testamento. Deixando o *de cujus* bens móveis sem destinação, via testamento, era aceito que a Igreja fizesse as provisões necessárias que o *de cujus* deixara de fazer para salvar a alma do falecido. Era assim que a Igreja da Inglaterra e as suas cortes eclesiásticas assumiam o controle dos bens móveis de um cidadão falecido. Havendo ou não havendo testamento, bastavam declarações verbais. A Corte do Bispo

tomava as providências necessárias, inclusive supervisionando as funções de testamenteiro se houvesse. Não existindo testamento, o Bispo tomava conta dos bens deixados pelo morto e lhes dava destinação. O Bispo tinha amplo arbítrio, nem sempre bem exercido. Por isso, a partir de 1285, o superior eclesiástico que exercia a jurisdição sobre os bens tinha por lei o dever de ao menos pagar as dívidas do falecido antes deles dispor.

A partir de 1357, foi promulgada uma lei (*statute*) determinando que a administração dos bens do *de cujus* deveria ser entregue a um parente próximo do falecido. O próximo passo foi a criação da figura do *administrator*, que, não havendo testamenteiro, passa a administrar o espólio, pagar as dívidas, e partilhar os bens entre os legatários/herdeiros. A certidão de nomeação chamava-se *Letters of Administration Cum Testamento Annexo*.

Havia, portanto, desde o início, a necessidade de processar o testamento, daí *Probate*, o que hoje em dia corresponderia ao registro do testamento em juízo perante o Juiz da Vara de Família e Sucessões.

As cortes eclesiásticas tinham o poder de exercer as funções de *Probate* e de emitir as *Letters of Administration*. Sem essa documentação preliminar nem o testamenteiro/executor, nem o administrador do espólio podia

exercer as suas funções perante qualquer corte da Inglaterra.

Pode afirmar-se, portanto, que as Cortes eclesiásticas eram guardiãs da “chave” que abria qualquer processamento de uma sucessão/espólio.

Essa situação perdurou até meados do século XIX (1850).

Em 1857, toda jurisdição em matéria de *Probate* foi retirada das cortes eclesiásticas, criando-se uma nova corte civil: a *Court of Probate*. A razão principal desta reforma e inovação foi o desleixo em que funcionavam as cortes eclesiásticas.

7 CASAMENTO E DIVÓRCIO

Questões de casamento e divórcio desde a Idade Média eram de competência das Cortes Eclesiásticas.

O divórcio não era completo. Era uma separação judicial de corpos, um *Divorce a Mensa et Thoro*, nada mais. Para conseguir um divórcio completo, uma completa dissolução do casamento, era necessário conseguir uma lei especial do Parlamento Inglês. No entanto, antes de obter essa lei especial, era necessário obter a separação eclesiástica (antes referida) e uma sentença de uma Corte de *common law*, fixando a indenização (*damages*) que caberia a uma das partes divorciandas. O procedimento era tão demorado e complexo com

custos elevadíssimos, que o divórcio completo era algo para as pessoas muito ricas.

Finalmente, em 1857, uma lei do Parlamento Inglês retirou das Cortes Eclesiásticas toda jurisdição em matéria de divórcio, atribuindo-a uma Corte Civil, a Corte de Divórcios, que passou a exercer jurisdição completa sobre esse processo, inclusive abolindo a sistemática anterior, demorada, complexa e cara.

8 ADMIRALTY

Na Idade Média, existiam na Inglaterra algumas Cortes com juris-dição marítima. Entre essas ressalta a Corte dos Cinco Porto, *Court of Cinque Ports*. Essas cortes aplicavam o *Law Merchant*, ou seja, normas consuetudinárias marítimas, num conjunto de normas totalmente diferentes da *Common Law*, da *Equity* e das normas elaboradas pelas cortes eclesiásticas. O *Law Merchant* tinha caráter internacional e fundamentava-se nos costumes comerciais de mercantes marítimos e marinheiros de muitas nações. Essas “cortes marítimas” eram locais e funcionavam em portos e feiras. Gradualmente, essas cortes definharam e perderam jurisdição pela influência das cortes de *Common law*, as quais, invejosas, passaram a interferir, estendendo a sua própria jurisdição e absorvendo parte

da matéria. Durante os séculos XVII e XVIII, a *Law Marchant*, separada do direito marítimo propriamente dito e das normas de captura (*Prize Law*), foi absorvida pela *common law*. No direito continental, ao contrário, o direito mercantil é ainda considerado um ramo de direito separado da legislação comum.

Na Inglaterra, o posto de Almirante data do final do século XIII (1290). Inicialmente sua jurisdição limita-se às questões jurídicas da frota. Mas, ao longo do século XIV, passa a assumir funções judicantes sobre crimes praticados no mar, como pirataria, bem como questões civis relacionadas à navegação, navios e assuntos comerciais. As normas da *Admiralty Court* se caracterizam por sua natureza internacional não inglesa. Utiliza normas dos códigos marítimos medievais, tais como as *Roles d’Oléron*, as “Leis da Ilha de Rodes” e tem como suporte o direito romano. Todo processo é do direito romano. As partes prestam depoimento sob juramento. Todavia, também a *Admiralty Court* sofre as investidas das Cortes da *Common law*. Já no século XVI, as questões criminais são julgadas por magistrados (*commissioners*) que são na verdade juízes das Cortes da *common law*. Também a jurisdição civil da *Admiralty Court*, sobre contratos firmados e quebrados em alto mar ou no estrangeiro, passou a ser exercida

por Cortes da *Common law*, mediante o uso de artifícios jurídicos.

Não demorou e as Cortes da *common law* passaram a proibir a Corte do Almirantado a julgar qualquer caso que pudesse ser resolvido por uma Corte da *common law*. Essa luta por jurisdição e competência estendeu-se pelos séculos XVI e XVII até que a Corte do Almirantado passasse a dispor de uma jurisdição muito limitada, concentrada em questões exclusivamente marítimas, tais como avarias e indenizações por colisão no mar.

O direito marítimo, administrado pelo Almirantado, nos últimos 200 anos passou a ser de caráter mais inglês e menos internacional, embora mantivesse suas peculiaridades.

As leis de 1857 que, como antes visto, estabelecem as *Courts Probate and Divorce*, estabeleceram que o

juiz ordinário destas Cortes pudesse também ser juiz da *Admiralty Court*.

A partir de 1875, as jurisdições *Probate*, *Divorce* e *Admiralty* foram transferidas a uma única divisão (seção) da *High Court*. No entanto, as diferenças marcantes entre esses três ramos do direito inglês acentuaram-se no século XX, o que ocasionou uma reorganização pela Lei da Administração da Justiça, *Administration of Justice Act* em 1970. Extinguiu-se a divisão ou seção de *Probate*, *Divorce* and *Admiralty* na *High Court*. Criou-se, então, uma seção exclusiva para questões de família e divórcios, bem como questões de sucessões não contenciosas.

As questões de sucessão contenciosa (*Contentious Probate*) passaram a *Chancery Division* e as questões de Almirantado passaram a ser de competência da *King's Bench Division*.

REFERÊNCIAS

- GELDART, William [1870-1922]. *Elements of english law*. 8. ed. London: Oxford University Press, 1975. 194 p.
- PALMER, Ben W. Edward Coke: champion of liberty. *American Bar Association Journal*, Chicago, v. 32, p. 135-?, Mar. 1946.
- PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas [1897-1965]. *A concise history of the common law*. 4. ed. London: Butterworth; Rochester Lawyers Cooperative, 1948. 707 p.
- TUNC, André; TUNC, Suzanne Renée Fortin. *El derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. 2. ed. México: Imprensa Universitária, 1957. 674 p. (Universidad Nacional Autónoma de México. Serie B: Derecho comparado).