

A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico

Peter Walter Ashton*

Resumo: O Artigo explica as origens da *common law* e da *Equity* e de outros ramos do Direito Inglês.

Abstract: The article explains the origins of common law and equity and of other branches of English law.

John F. Dillon, advogado americano nascido em Montgomery County, Estado de Nova 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 Estado da federação americana pouco depois, até o ano de 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 Nova 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:

* Professor de Direito.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 64	out. 2009 – dez. 2009	p. 163-187
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

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 tomado pelo espírito da LIBERDADE, característica que a distingue de todos os outros sistemas jurídicos e que transfere, de maneira peculiar, às instituições de um povo que se auto-governa.

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. Migraram para a Inglaterra durante séculos, trazendo as suas famílias e formando as suas comunidades. Que tipo de homens eram eles? O historiador francês Guizot¹ registra o fato que o traço característico, fundamental, destes saxões, frísios e anglos germânicos, era seu sentimento pessoal poderoso de independência e individualidade. Afirma Guizot que foram estes povos, principalmente os saxões, que introduziram este sentimento de independência pessoal, este amor à liberdade individual na civilização europeia. Contrasta este 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 este sentimento de liberdade individual. Afirma Guizot ainda, que a liberdade que encontramos 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 colonizando, fundando comunidades, estes 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.

¹ FRANÇOIS PIERRE GUILLAUME GUIZOT, *1787, †1874. Historiador e político francês. Nascido em NIMES Huguenote. Professor de História Moderna na Sorbonne 1812. Livros: *Mémoires relatifs à l'histoire de France jusqu'au 13^e siècle* (31 vols). *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.

Macauly,² jurista, político e historiador inglês, afirma que os fundamentos da constituição inglesa foram lançados por homens que, à época, nada sabiam dos gregos, nem tão pouco 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 LAWS” Charles de Secondat, Baron de Montesquieu analisando o sistema de travas e balanceamentos da constituição inglesa afirma: “este belo sistema foi encontrado nas florestas germânicas”.

Este amor e dedicação à liberdade e à independência pessoal passou a ser superposto às instituições que estes 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 e costumes e instituições inglesas. Mas há concordância geral que o espírito libertário anglo-saxão estava embutido nas diversas cortes locais e que era nestes tribunais populares que os princípios de direito germânicos 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 estas 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 COKE³ (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”,⁴ 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.

² THOMAS BABINGTON MACAULEY, 1º st Baron of Rothley Temple Leistershire. Político Escritor *1800, †1859. Admitido: Bar 1826 legal career “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*

³ COKE, EDWARD. (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

⁴ Tenures: direitos sobre a propriedade de bens ou posse de cargos.

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 7½ anos como político a HOUSE OF COMMONS contra a prepotência do Rei Jaime e é famoso o que proclamou a respeito da independência do Parlamento Inglês frente à prepotência do Rei Jaime I.

“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*).”

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.

Segundo pesquisa realizada por BEN W. PALMER (advogado, autor, professor universitário) publicada no AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL em março de 1946 – 32 ABAJ 135. 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. Seu raciocínio jurídico e sua coragem foram fundamentais para garantir que a *common law* continuasse sendo uma fonte da liberdade.

1 – 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*.

2 – 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.

3 – 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.

4 – 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”).

5 – 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*.

6 – 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.

7 – 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*.

8 – 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)

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

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

11 – 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 judiciais de COKE desta 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 as 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.

Coke evitou a aplicação da lei marcial em tempos de paz e condenou a proclamação de leis pelo executivo também em tempos de paz.

Coke 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*.

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 à 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 SUSANNA 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. 212-231.

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.⁵

O surgimento da *common law* não tem uma data precisa. É um corpo de normas que se formaram, passo a passo, através dos séculos, até tomar corpo e 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 esta data deveria ser 1066 A. D. (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.

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

⁵ T. PLUCKNETT. *A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW*. 4ª ed. Rochester Lawyers Cooperative Publishing Co. 1948

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 este direito costumeiro inglês, para resolver litígios nascidos sob o império de costumes diversos, as cortes reais deixaram de considerar e buscar as particularidades destes mesmos usos e costumes passando a extrair e destilar dos mesmos, de certa forma involuntariamente, o direito comum à 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.⁶

Posteriormente institui-se a KING’S BENCH e depois, acima destas 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 cortes são tribunais reais, Além destas três cortes reais, havia ainda as Cortes Comunsais (*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.

Esta *common law*, a esta 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. Estas cortes continuaram funcionando até o ano de 1875 e eram conhecidas como as COMMON LAW COURTS.⁷

⁶ ANDRÉ TUNC, ob. citada p. 153.

⁷ GELDART, WILLIAM. *Elements of English Law* 8ª ed. Oxford University Press 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 dito o direito da Inglaterra mas o direito dos tribunais reais do qual surge uma síntese mais ou menos artificial que ditos tribunais elaboravam partindo dos costumes que encontravam e usavam.

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

Começa então o declínio das Cortes Populares a partir do século XII. Sendo Rei Henrique II, seu declínio 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 juízes se desinteressam pela função judicante e o SHERIFF agente do Rei ou seu substituto O BAILLI (BAILIFF) passam a exercer sua autoridade sobre 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 a mesma 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 mesmo da missão de ordenar ao adversário do requerente fazer justiça com base no pedido ou, em caso de negativa do réu, exigir que este 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 A. 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*.

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, aplicado 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 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 (19) 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.

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 CONSUEUDINIBUS REGNI ANGLIAE consagrado exclusivamente à *common law*. Melhor ainda é a obra do jurista BRACTON ao redor do ano de 1256. HENRY DE BRACTON (H. BRATTON) era um juiz itinerante das cortes assizes itinerantes. O título da sua obra é: DE LEGIBUS ET CONSUEUDINIBUS 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 6), 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 deste apenas utiliza a sistemática e metodologia, pois o caráter da obra é *common law* pura. Esta 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.

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 *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 CHANCELOR. Já em 1474 este 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 diziam 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 o pedido (*in equity*) sem justificar a sua decisão. No decorrer do tempo se cristalizaram 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 redação 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 este 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 neste 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, pois causaria incerteza na aplicação da justiça. Não seria pois conveniente modificar, retificar, abrandar a decisão da *common law*, pois 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 esta outorga de justiça em equidade era peticionada e concedida em duas hipóteses fundamentais:

1 – Motivos: o peticionário era pobre e o seu opositor era rico e poderoso. O júri era tímido ou corrupto.

Estes tipos de casos eram às vezes atendidos na Idade Média pelo Conselho do Rei e outras vezes pelo Chanceler. No século 16 e no início do século 17 esta 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 tornadas suficientemente fortes para atender e resolver estes casos.

2 – 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 e as formas de transferência de imóveis que sancionava. Certo porém era que a *common law* não protegeria e reconheceria USES OR TRUSTS nem tão pouco testamentos⁸ que implicavam em 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 e a ausência de qualquer proteção, fora da *common law*, era considerada extremamente prejudicial. Por conseguinte ao final do século 14 (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 considerada 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 nestes casos de USES OR TRUSTS em virtude da inexistência de provas/documentos formais ou atos públicos confirmatórios.

⁸ Somente em 1540 foi baixada uma lei (*statute*) que autorizava/permitia passar a propriedade de imóveis por testamento.

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, que decida que as terras, que 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? Neste 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 conforme a *common law* 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 o mesmo 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*. O Chanceler não pode impedir/proibir às Cortes de *common law* a julgar um processo, mas o Chanceler 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 do Chanceler 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 (réu) se auto-ferisse.

Este 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 aos poucos converte-se na corte da Chancelaria: COURT OF CHANCERY. É o princípio geral da *Equity* que, iniciando como uma mera aplicação do sentido moral a casos especiais, transforma-se, aos poucos, 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*. É além disso possível afirmar-se que nas áreas apropriadas em que se aplica a Equity, esta na prática, se sobrepõe à *common law*, embora em teoria isto 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 pagos 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 esta, o mutuário transferia ao mutuante uma propriedade imobiliária, que lhe era devolvida pelo mutuante se o empréstimo fosse pago. É 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 (17) 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 a Chancelaria (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 à execução/implementação dos direitos obtidos pelo réu no sistema da *common law*, bloqueio este, 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 desta rivalidade existente entre as Cortes de *common law* e à 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 (Jaime) I 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 estas 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 esta tentativa não logrou êxito. Já tinha se firmada 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 deste ponto a importância dos julgamentos por equidade aumenta significativamente (final do século 17). No início do século 19, 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 assim as Cortes da *common law* e 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.

Nesta HIGH COURT OF JUSTICE são administradas e prolatadas tanto as normas da *common law* quanto as da Equity, sendo que ocorrendo conflito decisivo entre os dois ramos do direito inglês, ou apenas discordância, deveriam sempre prevalecer as normas da Equity.

- Esta 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 esta 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 passados em sumária revista as principais novas áreas de aplicação da Equity nas décadas do século 20.

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. Esta 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).

Um 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 os tem, não importa se houve algum aviso prévio ou não (a *common law* ignora ou desconhece a “doctrine of notice”), na Equity esta doutrina é importante .

De acordo com esta 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 esta pessoa tiver o domínio sobre a propriedade, e tenha adquirido o imóvel 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, i. 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 devolver a propriedade cedida 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*, nestes casos de fraude, tinha a 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 isto 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 1º de janeiro e que não pagando haverá multa de 100%, 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 este 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” faça a cobrança do crédito de “A” em nome e por conta de “B”. Contrariamente a Equity aceita a transferência e 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, como compensação (RELIEF) uma compensação em dinheiro, ou seja, uma indenização. Existe a seguinte regra de *common law*: 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) *common law* sempre autorizou para qualquer quebra de contrato ou prejuízo causado, o pagamento de uma indenização em dinheiro, é que esta 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 fazer 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 ao 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, 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.

Os efeitos das Leis de Judicatura (*Judicature Acts*)

Estas Leis datam de 1873 e 1875.

1 – 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 corte de equidade. A distribuição dos processos entre as divisões desta 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 que estipula que sempre que ocorrer conflito de normas entre a *common law* e a *equity*, as normas deste 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 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 este 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 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. Neste 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.

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 destes três ramos adicionais do direito inglês há que mencionar ainda as cortes eclesiásticas.

Em todos estes ramos do direito e cortes diferenciados 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 estas 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 estas, para evitar conflitos de jurisdição e delimitar a área, proibiam às 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, neste 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.

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 deles podia dispor por testamento resguardados os direitos da esposa e dos filhos cuja legítima era protegida. Estas restrições de testar tinham desaparecidas 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. Foi assim que a Igreja da Inglaterra e as suas cortes eclesiásticas assumiram 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 esta 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.

Esta situação perdurou até meados do século 19 (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.

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 esta 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 o processo do divórcio, inclusive abolindo a sistemática anterior, demorada, complexa e cara.

Admiralty

Na Idade Média existiam na Inglaterra algumas Cortes com jurisdição marítima . Entre estas ressalta a Corte dos Cinco Portos. COURT OF CINQUE PORTS. Além disso 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. Estas “cortes marítimas” eram locais e funcionavam em portos e feiras. Gradualmente, estas 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 17 e 18 a LAW MERCHANT, 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 13 (1290). Inicialmente sua jurisdição limita-se às questões jurídicas da frota. Mas ao longo do século 14 passa a assumir funções judicantes sobre crimes

praticados no mar, tais 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 à Corte do Almirantado a julgar qualquer caso que pudesse ser resolvido por uma Corte da *common law*. Esta luta por jurisdição e competência estendeu-se pelos séculos 16 e 17 até que por fim 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 estes três ramos do direito inglês acentuaram-se no século 20 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) passou a CHANCERY DIVISION e as questões de Almirantado passaram a ser de competência da KING'S BENCH DIVISION.

Referências

COKE, Edward. History of England from the accession of James II, 1578¹

GELDART, William. Elements of English Law 8. ed. Oxford University Press 1975.

GUIZOT, François Pierre Guillaume. Mémoires relatifs à histoire de France jusqu'au 13^o siecle, 1832.

_____. Mémoires relatifs à Revolution d'Angleterre, 1832.

MACAULEY, Thomas Babington. History of England from the Acession of James II, 1848.

TUNC, André. O Direito dos Estados Unidos da América – Instituições judiciais, fontes e técnicas, 1957.

T. PLUCKNETT. A concise history of the common law. 4. ed. Rochester Lawyers Cooperative Publishing Co. 1948.