

A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica

Antenor Pereira Madruga Filho

Sumário

1. *Common law*. 2. O ambiente em que se formou o direito inglês. 3. A estruturação do *common law* – A organização das cortes. 4. O sistema de *writs*. 5. A formação do direito contratual por meio do sistema de *writs*. 6. Conclusões.

Aprender a noção de contrato no direito inglês é, em princípio, uma tarefa árdua para o jurista que construiu o seu raciocínio jurídico com base no direito romano-germânico, sob a influência da moral canônica e por meio das lições de perfeitas construções teóricas.

O direito inglês se distanciou e se manteve razoavelmente protegido da evolução mais ou menos comum dos países do continente europeu, apresentando, hoje, um direito material e processual bastante peculiar.

A forma mais fácil de penetrar nos meandros do raciocínio jurídico do direito inglês é voltar-se à sua história e conhecer as suas razões, investigando a origem dos seus institutos e desenvolvendo, junto com os acontecimentos, uma capacidade de ver o contrato com os olhos de um jurista inglês.

A proposta deste trabalho é ser um guia nessa viagem pela história do contrato no direito inglês, cujo fim não é chegar ao presente, mas à noção que os países de origem anglo-americana têm de contrato.

1. “*Common law*”

Mesmo após a conquista normanda, não havia na Inglaterra uma jurisdição una, mas

Antenor Pereira Madruga Filho é Consultor da União, responsável pela área internacional da Advocacia-Geral da União. Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

repartida entre diversas jurisdições locais, feudais, eclesiásticas e mercantis, o que levava, em consequência, à inexistência de um direito comum a toda a Inglaterra. É somente a partir do avanço da atuação jurisdicional do rei, por meio de suas cortes reais, que os conflitos em todo o reino passam a ser decididos por uma *common law*.

“Common law” x “civil law”

É usual nos referirmos ao direito vigente na Inglaterra e nos países de origem anglo-americana designando-os pela expressão genérica *common law*. Nesse sentido, fazemos uma classificação distinguindo os países de *common law* dos países de *civil law*, que são os de tradição romano-germânica ou, considerados a partir de uma análise histórico-geográfica, os países do continente europeu e os que receberam a sua influência (diz-se, então, *direito continental* em oposição a *common law*). Todavia, a expressão *common law* pode assumir outros sentidos.

“Common law” x “statutory law”

Em oposição a *statutory law*. A tradução da palavra *law* poderia ser tanto *direito* como *lei*. Mas, quando nos referimos à lei no seu sentido formal, como ato do Poder Legislativo, melhor a traduziríamos para o idioma inglês pelas expressões *statute* ou *act*. O direito legislado pelo parlamento ou pelo executivo, por meio de leis (*acts* ou *statutes*), é diferenciado do direito criado pelos tribunais a partir de decisões de casos concretos e que vem a constituir a *common law*. Portanto, nessa acepção, a *common law* é o resultado das decisões dos tribunais, ou seja, é o *judge made law* ou *case law*, um direito eminentemente jurisprudencial, em que o juiz deve decidir obrigatoriamente pelos precedentes judiciais emanados das cortes superiores.

Como lembra Gilissen¹,

“o precedente judiciário não é uma verdadeira fonte de direito porque o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar

algures os elementos de sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz ‘dizer o direito’, declarar o que é direito; é a *declaration theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão”.

Para ser bem compreendida a colocação de Gilissen, vale trazer as observações de Kempin² sobre a relação da *legislation* e da *case law* como fontes do direito:

“*legislation is a new rule or norm of law which takes effect only from the time of passage. It tells us WHAT THE LAW WILL BE from now on. Case law, however, tell us WHAT THE LAW IS*”.

Por essa razão, a *case law* fixada em uma decisão judicial pode ter um efeito retroativo, uma vez que a corte pode reconhecer a pré-existência do direito mesmo se ele nunca houvesse sido notado anteriormente.

“Common law” x “equity”

Por fim, compreende-se *common law* como antônimo de *equity*. Os tribunais que aplicavam a *common law*, embora originários da Corte do Rei (daí a expressão *corte* como sinônimo de tribunal), tornaram, com o passar do tempo, apenas formalmente vinculados à figura do Rei, na medida em que adquiriram, por diversas razões histórico-políticas, independência da Coroa. Como veremos mais adiante, no Título IV, essas cortes reais e a sua *common law*, que nascera como uma alternativa de proteção jurisdicional mais justa e eficaz para os indivíduos que a oferecida pelas demais jurisdições existentes na Inglaterra, vão-se tornar uma justiça lenta, extremamente formalista e ineficaz. Gilissen³ resume bem o declínio da prestação jurisdicional das cortes reais que aplicavam a *common law*:

“O *common law* tornou-se cada vez mais técnico no decurso dos séculos

XIV e XV; limitado no quadro estrito e rígido do processo dos *writs*⁴ e pela rotina dos juizes, não podia dar solução satisfatória a numerosos litígios, sobretudo em novos domínios nascidos da evolução económica e social. Os juizes dos tribunais de *common law*, embora nomeados pelo rei, tinham-se tornado relativamente independentes”.

Esse desvio histórico das tradicionais cortes reais fez com que os indivíduos passassem a recorrer diretamente ao Rei em busca de uma solução justa para os seus conflitos.

“A idéia de recorrer de novo, como nos séculos XII-XIII, directamente ao rei (e ao seu Chanceler), fonte de toda a justiça, fez nascer no século XV uma nova jurisdição e um novo processo: o Chanceler decidia em equidade sem ter em conta as regras de processo e mesmo de fundo do *common law*. Aplicando um processo escrito inspirado pelo direito canónico, o Chanceler julgava segundo princípios muitas vezes extraídos do direito romano. Os reis de Inglaterra, no século XVI, alargaram as jurisdições de *equity*, mais favoráveis ao desenvolvimento do seu poder no sentido do absolutismo, em detrimento das jurisdições de *common law*, consideradas arcaicas e obsoletas”.

Na análise de David e Pugsley⁵,

“le conservatisme et l’esprit de routine des juges des Cours de Common Law ont conduit, au XVIe siècle, à chercher ailleurs que dans ces cours l’application d’un droit nouveau; on a eu recours à cette fin au chancelier; la cour de La Chancellerie a développé sous le couvert de l’équité, un certain nombre d’institutions, accordé un certain nombre de ‘remèdes’ qui constituent un complément aux règles de la common law”.

A equidade, como um sistema jurídico próprio, foi abolida na Inglaterra em 1875. Nos Estados Unidos, já independente nessa época, a divisão substancial entre equi-

dade e *common law* permanece, embora ali nunca tenha existido tribunais específicos para julgar matérias de *equidade*.

O direito contratual é fruto do *common law*, embora tenha recebido importante influência da equidade.

2. O ambiente em que se formou o direito inglês

O direito inglês, tal como hoje o conhecemos, é o resultado de uma evolução histórica ocorrida principalmente a partir da conquista da Inglaterra pelos normandos no século XI, em 1066. Porém, fatos históricos mais antigos contribuíram, também, para construir um ambiente em que o direito inglês pudesse desenvolver-se diferentemente do continente. Essa história pode ser dividida em quatro grandes períodos: 1) período romano: da conquista romana (43 d.C.) à invasão bárbara (407); 2) período bárbaro: da invasão bárbara à reintrodução do cristianismo (597); 3) Período anglo-saxão: da reintrodução do cristianismo à conquista normanda (1066); e 4) período normando: após a conquista normanda.

Período romano

Dois fatores devem ser primordialmente considerados quando se investiga o arquétipo de qualquer sistema jurídico ocidental, especialmente em relação ao direito contratual: a influência romana e o cristianismo. A Inglaterra foi conquistada pelos romanos em 43 d.C., que ali permaneceram por três séculos e meio, até pouco antes da queda de Roma e do Império do Ocidente. O cristianismo também fincou raízes na Inglaterra enquanto esta esteve sob o poder romano.

É interessante notar, a propósito, como a propagação do cristianismo foi facilitada pelas conquistas de Roma. Gibbon⁶, a esse respeito, escreve:

“Assinalou-se, com acerto e propriedade, que as conquistas de Roma prepararam e facilitaram as do cristianismo... As histórias autênticas dos atos de Cristo foram compostas em lín-

gua grega, a considerável distância de Jerusalém, e após os convertidos gentios se terem tornado extremamente numerosos. Tão logo foram traduzidas para a língua latina, essas histórias ficaram ao alcance do entendimento de todos os súditos de Roma, excetuando-se apenas os campônios da Síria e do Egito, para os quais se fizeram ulteriormente versões específicas. As estradas reais públicas, construídas para uso das legiões, ofereciam cômoda passagem aos missionários cristãos, de Damasco a Corinto, e da Itália aos confins da Espanha ou da Britânia; tampouco encontraram esses conquistadores espirituais qualquer dos obstáculos que habitualmente retardam ou impedem a introdução de uma religião estrangeira num país remoto”.

O ponto de partida para a nossa investigação acerca do ambiente em que se formou o direito inglês é, portanto, uma Inglaterra romana e cristã. Esses dados, se analisados isoladamente, poderiam levar à conclusão de que tanto o continente europeu quanto a ilha britânica tiveram a mesma base cultural, o que seria propício para um desenvolvimento jurídico semelhante. Contudo, embora a diferenciação entre o direito continental e o insular tenha raízes mais recentes, um fator de desagregação já se verifica na constatação de que a presença de Roma e da Igreja na Britânia não teve a mesma influência verificada nas províncias da Gália, Espanha e Itália.

Como anota Haverfield⁷:

“From the standpoint of the ancient Roman statesman and of the modern Roman historian, the military posts and their garrison formed the dominant element in Britain. But they have left little permanent mark on the civilization and character of the island. The ruins of their forts and fortresses are on our hill-sides. But, Roman as they were, their garrisons did little to spread Roman culture here. Out-

side their walls, each of them had a small or large settlement of womenfolk, traders, perhaps also of time-expired soldiers wishful to end their days where they had served. But hardly any of these settlements grew up into towns. York may form an exception... Nor do the garrison appear greatly to have affected the racial character of the Romano-British population”.

Período anglo-saxão

A ocupação romana começou a enfraquecer a partir do século XV, quando os bárbaros, entre eles os anglos e os saxões, iniciaram a conquista da Inglaterra e a colonização da ilha, que duraria quase dois séculos (400-600). Os romanos foram empurrados de volta para o continente e os bretões para Gales e Escócia.

Haverfield⁸ narra como se deu a partida dos romanos:

“finally, the Great Raid of Barbarians who crossed the Rhine on the winter's night which divided 406 from 407, and the subsequent barbarian attack on Rome itself, cut Britain off from the Mediterranean. The so-called 'departure of the Romans' speedily followed. This departure did not mean any great departure of persons, Roman or other, from the Island. It meant that the central government in Italy now ceased to send out the usual governors and other high official and to organise the supply of troops. No one went: some persons failed to come”.

O cristianismo, junto com os romanos e os bretões, foi banido da ilha e em seu lugar foi reinstalada a mitologia germânica. Mas, em 597, com a chegada de Santo Agostinho, a Inglaterra foi novamente convertida ao cristianismo. Os resultados da reintrodução do cristianismo foram da mais alta importância, como revela Plucknett⁹:

“The existing tribal organization must have seemed weak and inefficient to the missionaries coming from such well-organized States as existed on the continent, and very soon we see the results of

their teaching in the enhanced value placed upon the monarchy, and the petty tribal units were replaced by a few large kingdoms ruled and administered by kings who watched European methods. Soon, too, they learned the Roman art of taxation... Again, the advent of the clergy meant the introduction of a new class into English society, and so a new law of status had to be devised for their protection. Consequently laws were made, and, 'in the Roman style', were written down".

A nova entrada do cristianismo na Inglaterra, em fins do século VI, conforme anotou Plucknett, inicia o período anglo-saxão. Para o estudo da ambientação do direito inglês, que permitiu sua diferenciação em relação ao direito continental, é importante fazer uma comparação entre o que ocorria na Europa nesse período e a influência sobre a Inglaterra.

Na Europa, o império romano do ocidente havia caído na mão dos povos germânicos já há um século e o direito romano foi, de certa forma, recepcionado pelos novos governantes bárbaros.

“A diferença entre o nível de evolução do direito romano e o do direito dos povos germânicos era de tal modo grande que os invasores germanos não puderam impor o seu sistema jurídico. Além disso, os reis germânicos encontravam no direito público romano um reforço considerável da sua autoridade... A aplicação do princípio da personalidade do direito assegurou a sobrevivência do direito romano do Ocidente, não obstante o desaparecimento do Império Romano do Ocidente. As populações romanizadas da Europa Ocidental continuaram assim a viver segundo o direito romano durante vários séculos... Mas o direito romano continuou a evoluir, sobretudo no contacto com as populações germânicas. Um direito romano ‘vulgar’ (*Vulgarrecht*), no qual dominavam os costumes locais próprios

de cada região, suplanta assim progressivamente os textos da época clássica... O direito romano, no entanto, desapareceu progressivamente no Império Franco. No século X, é virtualmente desconhecido... e apenas sobrevive sob a forma de costumes locais mais ou menos romanizados no Sul da Europa: em Itália, Espanha e no Sul da França”¹⁰.

Os anglos, saxões, francos, lombardos, burgúndios, visigodos, bávaros, alamanos, frisões etc. eram diferentes tribos de uma mesma origem germânica. Foram esses povos, denominados bárbaros, que derrubaram o império romano do ocidente e passaram a governar a Europa aplicando *leges barbarorum* em meio ao direito romano sobrevivente. Na Inglaterra, os anglo-saxões não encontraram um direito romano bem estabelecido, como o que existia na Europa continental. Esse fato vai fazer com que a evolução do direito entre o século V, quando houve a queda do império romano do ocidente, e os séculos X e XI, quando o continente se feudaliza e um senhor feudal, Duque da Normandia, invade e conquista a Inglaterra (1066), apresente já diferenciações entre os dois lados do Canal da Mancha.

Gilissen¹¹ aponta que a evolução do direito na Europa ocidental e continental dos séculos V ao XII é assim dominada, ao lado da evolução do direito canônico:

- pela sobrevivência, depois pelo desaparecimento progressivo do direito romano;
- pelo progresso do direito dos povos germânicos, em contacto com as populações romanizadas;
- pela atividade legislativa dos reis e imperadores, sobretudo dos Carolíngios;
- enfim, pelo desmembramento do poder no quadro das instituições feudais.

A mesma evolução do direito germânico e interação com o direito romano sobrevivente não acontece na Inglaterra. Os Anglos e Saxões, relata o professor belga

“que, vindos da Germânia, se fixaram no Sul e no Oeste da Inglaterra no sé-

culo VI, viveram segundo os seus próprios costumes, provavelmente misturados com velhos costumes celtas das etnias belgas anteriores à romanização. Nos reinos que aí se formaram, foram redigidos alguns textos de direito consuetudinário, geralmente na língua local, o *old English*, e não em latim como no continente. O rei Alfredo, o Grande, declara ainda, no fim do século IX, que não quis criar novas leis, mas consignar as regras jurídicas mais sábias dos antigos costumes”.

Sob o reinado de Alfredo, tribos escandinavas, que já haviam colonizado a Islândia, partes da Irlanda, da Escócia e do norte da França (que passou a se chamar Normandia), conquistaram toda a metade leste do reino e, entre 1016 e 1035, a Inglaterra, a Noruega e a Dinamarca foram unificadas pelo Rei Cnut¹². Segundo Plucknett,

“Cnut’s laws were long popular in England, and in after years men looked back with respect to his reign, trying to revive his legislation. The Danes left a permanent mark on that part of the country where they had longest ruled. They independently developed a sort of grand jury...; they arrived earlier than the rest of the country at the stage where land could be freely bought and sold; they had a marked tendency to form clubs and guilds; their peasantry were less subject to the lords; borough institutions seem to have flourished peculiarly under their rule”.

Período normando

O Império de Cnut é dividido após sua morte e leva ao trono da Inglaterra São Eduardo, o Confessor (1043-1066). Após a morte de Eduardo e durante a disputa pela sua sucessão, Guilherme o Conquistador, Duque da Normandia e, portanto, vassalo do Rei Francês, invade a Inglaterra e a conquista após a célebre batalha de Hastings, quando 5.000 homens e 2.500 cavalos foram transportados através do Canal da Mancha¹³.

Durante os séculos X, XI e XII,

“as instituições feudo-vassálicas, nascidas pouco antes e durante o período carolíngio, dominaram a organização política e social da França, da Alemanha e, com menor importância, a da Inglaterra, da Itália e da Espanha Cristã”¹⁴.

Na Inglaterra, o sistema feudal não teve as mesmas características que no continente. Na ilha, o rei manteve certo poder sobre os senhores feudais. Embora o feudalismo tenha sido introduzido pela invasão normanda, ainda que se tenha verificado algumas relações entre lordes e vassalos no período anglo-saxão, foi o próprio Guilherme, o Conquistador, que, com o seu modo de governo e organização administrativa, conseguiu assegurar a supremacia da Coroa sobre os feudos.

Uma das mais eficazes medidas administrativas do reinado de Guilherme, fundamental para alicerçar a estrutura jurídica que se construiria nos próximos séculos e que se mantém até hoje, foi a organização do *Domesday Book*. O conteúdo desse livro, de dois volumes, é assim descrito por Plucknett¹⁵:

“The land was described county by county, village by village, the owners and their subtenants were listed and their holdings valued, even the farm stock was recorded with a view to settling clearly the rights of the Crown and the taxable resources of the country. In several cases a few precious lines will summarize the customs of a county or city, and so give us an insight into the local law in force”.

Um dos efeitos do *Domesday Book*, lembra o Professor de História Legal da Universidade de Londres, “*was to assert the chain of feudal relationship and to assure the overlordship of the Crown*”¹⁶. Sistematizando a situação da terra e controlando as relações entre seus vassalos e os vassalos dos seus vassalos, de modo a colocar o rei como o supremo senhor feudal, a quem todos os proprietários de terra deviam fidelidade mesmo em

detrimento dos seus senhores imediatos, Guilherme criou na Inglaterra um sistema feudal peculiar, mais centralizado na figura do rei, não dando lugar à dissipação do poder que existia na França e na Alemanha e evitando a anarquia que ele experimentava como Duque da Normandia. Esse sistema feudal mais brando vai permitir que os sucessores de Guilherme imponham uma lei comum a toda a Inglaterra: a *common law*.

As relações entre a Igreja de Roma e a monarquia inglesa não começaram a se deteriorar apenas quando Henrique VIII decapitou o arcebispo que era seu Chanceler, rompeu com o Papa e o monarca inglês passou a ser chefe da Igreja da Inglaterra. Desde o estabelecimento das cortes cristãs na Inglaterra, que foi parte do preço pago por Guilherme ao Papa pela aprovação da conquista Normanda, já se nota que a Inglaterra procura deixar a Igreja fora dos assuntos seculares.

Kenpin¹⁷ salienta:

“As part of the price for papal approval of the Conquest, the bishop was removed from the administration of the shires and separate Courts Christian were established for ecclesiastical matters. These measures accomplished two goals: the Church was removed, as it wished, from secular affairs, and ecclesiastical matters were reserved to the Church without interference from lay persons”.

No mesmo sentido de Kenpin, Plucknett¹⁸ destaca:

“Church and State which had been inextricably connected in the Anglo-Saxon age henceforth were strictly separate, a policy which happened to coincide with Church’s own ambitions as well with William’s”.

As relações do reino inglês com a Igreja se deterioraram com Guilherme I, quase provocando um cisma, e com Henrique I (1100-1135), que, temendo o uso da Igreja com fins políticos pelas poderosas monarquias do continente, decidiu ele mesmo nomear os bispos e conceder-lhes autoridade espiritual e temporal.

Conclusões acerca do ambiente em que se desenvolverá o direito inglês

O que podemos concluir de todo esse conjunto de elementos que formam o ambiente em que se desenvolverá o sistema jurídico inglês são quatro premissas: 1) a presença romana durante três séculos e meio não gerou uma civilização com características romanas, assim como ocorreu no Continente, especialmente na Itália; 2) o direito romano sobrevivente à queda de Roma, que foi de certa forma recepcionado pelos invasores bárbaros, não deixou de exercer alguma influência nas instituições inglesas a partir da reintrodução do cristianismo entre as tribos anglo-saxônicas e por meio de alguns costumes remanescentes na Normandia e que foram trazidos pela conquista normanda; 3) a influência do direito canônico na Inglaterra foi menor que no continente, explicando porque o conteúdo moral do direito contratual do *civil law*, influência do direito canônico, não existe no *common law*, onde o *enforcement* das promessas justifica-se mais por razões econômicas; e 4) no sistema feudal inglês, ao contrário do continental, a Coroa manteve certo poder sobre os senhores feudais, o que permitiu, ainda que lentamente, a estruturação de uma *common law*.

Um último fator ainda merece ser analisado para se ter uma visão mais completa do ambiente em que se formou o direito britânico. Desde do século XII, surge na Europa continental um movimento de renascimento do direito romano, a partir do estudo nas universidades do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, que constituirá uma ciência do direito e a base dos sistemas jurídicos dos países continentais.

“Esta ciência do direito não era idêntica à da época romana porque os professores da Baixa Idade Média não viviam, apesar de tudo, inteiramente fora do mundo do seu tempo; na sua interpretação os textos romanos eram, numa certa medida, influenciados pelas idéias da época, desig-

nadamente pela filosofia cristã e também pelas instituições da Baixa Idade Média. O sistema jurídico, que assim elaboravam, era todavia um direito teórico, um direito erudito, muito mais próximo do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época”¹⁹.

Até que ponto esse renascimento do direito romano após o século XII influenciou a *Common Law* da Inglaterra? Gilissen²⁰ oferece-nos a seguinte resposta: “A Inglaterra escapou-lhe, graças ao desenvolvimento do seu *common law*”. Na verdade, a influência do direito romano da Inglaterra advém mais, como já observado, da sobrevivência do direito que era praticado até a queda do Império Romano do Ocidente. Com isso não dizemos que a Inglaterra passou totalmente imune ao renascimento do direito romano. Destacados juristas ingleses, como Bracton e Lord Mansfield, sofreram claramente essa influência. Porém, se analisarmos alguns institutos da *common law*, como o próprio sistema formulário de ações e a aplicação, nos primórdios da *common law*, do princípio *ex nudo pacto actio non oritur*, veremos que a influência romana na Inglaterra é muito mais originária do período clássico e pré-justiniano que decorrente dos estudos feitos pelos professores da idade média no *Corpus Iuris Civilis*.

Delineado o ambiente em que se formou o direito inglês, passaremos, no capítulo seguinte, a analisar como se estruturou o sistema jurídico da *common law*.

3. A estruturação do common law – a organização das cortes

As diferentes jurisdições

A história da *Common Law* é a história do desenvolvimento da competência das Cortes reais sobre os mais diferentes conflitos. Até o estágio em que essas Cortes puderam julgar qualquer espécie de conflito, existia, na Inglaterra, diversas jurisdições que afastavam a competência da jurisdição

real. Essas jurisdições eram exercidas pelas cortes locais (das Centenas e Condados), Cortes Burguesas, Cortes Comerciais e Cortes Eclesiásticas. Mais tarde, uma jurisdição real, a Corte do Chanceler, vai competir com as cortes de *Common Law*, também reais, aplicando a *equity*.

As antigas cortes locais (“Hundred” e “Shire Courts”)

As Cortes dos Condados e as Cortes das Centenas (divisão política herdada do período anglo-saxão) são mantidas após a conquista normanda, com competência geral de natureza civil e criminal. Em 1166, todavia, essas Cortes perdem competência sobre os mais importantes casos criminais, que passam a ser *Pleas of the Crown*, ou seja, pleitos da Coroa, julgados pelas Cortes Reais. Também foi retirada das Cortes do Condado a competência sobre disputas de terra. No século XII, a competência dessas Cortes foi limitada em quarenta xelins, levando-as ao virtual desaparecimento.

As cortes senhoriais

Embora a característica do sistema feudal na Inglaterra tenha concentrado poder na mão do Rei, isso não significava que não houvesse um sistema feudal. Assim, prevalecendo o conceito de que os senhores feudais tinham o direito e o dever de possuir cortes para julgar os seus vassallos, foram criadas cortes senhoriais (*manor courts*). Kempin²¹ explica:

“Under the form of feudalism introduced by William the Conqueror, each royal grantee of land could grant portions of it to junior tenant lords, and so on down the feudal ladder to the Lord who ultimately, through his villains, worked the land. This process was known as subinfeudation. One who granted land to another was known as the ‘tenant in service’, because he did not actually use the land but was only entitled to services from his tenant. The one who ultimately worked the land, through his villains, was known as

the tenant in demesne. Each tenant in service had the right and duty to hold court for his junior tenants. This court, composed of all the tenants, decided their disputes and could be asked to advise the Lord on problems of mutual concern. The greatest of the seigniorial courts was the court of the king, who was at the top of the feudal pyramid. It was known as the Curia Regis. Courts in the intermediate rungs of the feudal ladder were known as Honors, or Courts Baron, and in these courts a tenant in chief (one who held his land directly under the king), for example, would meet with barons who held land under him to obtain their advice and preside over the resolution of their disputes.”

As cortes burguesas (“Borough Courts”)

As Cortes dos Burgueses, ou seja, daquelas que viviam nos Burgos (cidades), como Londres, por exemplo, não tinham jurisdição criminal. Essas cortes, aplicando a lei da cidade para resolver principalmente disputas comerciais e civis mais comuns aos burgueses, resistiram durante muito tempo ao avanço da jurisdição real, como lembra Kempin:

“Borough courts resisted encroachments of royal jurisdiction for centuries and were still a potent force at the time the American colonies were founded. Indeed, some authorities maintain that borough law as the law most familiar to many of our influential early settlers, and that early American law contained a heavy admixture of borough law”.

A jurisdição durante a realização das feiras (“Courts of Piepowder”)

A jurisdição comercial era exercida também pelas *Courts of Piepowder*, que se estabeleciam durante as feiras para julgar os conflitos decorrentes dos negócios entabulados nesses eventos. David e Pugsley²², a respeito dessas cortes, dizem:

“En dehors des Cours municipales, il y a lieu enconre de signaler le Cours de

piépoudre (Courts of Piepowder) qui, dan les foires, rendent la justice. Le droit de tenir une telle Cour va de pair, au XV^e siècle, avec le droit de tenir une foire, La Cour, présidée par le steward of the manor ou par le mayor of the borough, a une compétence variable. Un statute la limite aux seuls contrats faits pendant le jour de la foire. Mais il peut se faire que la foire dure assez longtemps: celle de Huntington ainsi se prolonge pendant six semaines chaque année. Parmi les questions sou-mises à ces juridictions commerciales, on voit des procès relatifs à la conclusion des contrats, à la qualité de la marchandise, à sa conformité à un échantillon ou aux sti-pulatifs du contrat, etc.”

Cortes eclesiásticas (“Courts Christian”)

Já foi antes ressaltado que desde 1164, por meio da Constituição de Clarendon, a Igreja foi afastada de matérias seculares, tendo o direito, entretanto, a manter cortes eclesiásticas (*Courts Christian*) como as únicas competentes para julgar assuntos clérigos. A jurisdição eclesiástica poderia conhecer de conflitos decorrentes de promessas não cumpridas, desde que a execução houvesse sido prometida sob compromisso de fé. Sua jurisdição era, então, *ratione peccati*²³.

Quanto à atuação das cortes eclesiásticas envolvendo casos locais, Kempin²⁴ faz a seguinte observação:

“The royal common law courts did not disturb the right of the local courts to hear local disputes that did not involve the interests of the central government. They disapproved, however, of church courts hearing these matters and imposing civil penalties. This was clearly expressed in the Constitutions of Clarendon, in 1164, which restricted jurisdiction over these disputes to the common law courts, the king’s justice, whether the transaction was or was not accompanied by a pledge of faith, which was a pledge of one’s hope of salvation. However, one who untruthfully denied making a promise accompa-

nied by such a pledge was guilty of perjury. Perjury was a moral offense over which the church had jurisdiction. On that basis church courts ordered performance of the promise, which was a way to get around the restriction. Royal courts from time to time issued writs of prohibition demanding that the church desist from enforcing such promises. The practice was not fully halted until the 15th century”.

A criação da jurisdição do rei – “Pleas of the Crown”

O rei é considerado sinônimo de justiça. Algumas matérias da mais alta importância, como a paz do reino e o conflito entre os grandes senhores feudais, deveriam ser resolvidas pela intervenção real. Esse princípio de que o rei é a fonte de toda justiça permitiu que as cortes reais julgassem casos antes submetidos às demais jurisdições e também, alguns séculos depois, serviu como justificativa para a criação do sistema de equidade.

No primeiro século da ocupação normanda, a competência do rei envolvia os Pleitos da Coroa (*Pleas of the Crown*), que na nomenclatura moderna receberiam o nome de *direito público*. Eram, eminentemente, casos criminais mais importantes que afetavam a paz do rei (*King's Peace*), além dos assuntos em que as Cortes Reais aparecem como a jurisdição senhorial (feudal) normalmente competente e, também, a prerrogativa real de “alta justiça”, nos casos em que um interesse possa demandar ou justificar a intervenção do rei²⁵.

A determinação dos assuntos que poderiam ser considerados *Pleas of the Crown* cabia ao rei, por meio do seu Chanceler. O demandante se dirigia ao Chanceler, solicitando uma ordem para que determinada corte real ouvisse o seu caso. Este, entendendo que o pleito poderia ser ouvido pelas cortes reais, concedia a ordem por escrito (*written*). Essa ordem do rei, para que as suas cortes ouvissem determinado caso, ficou conhecida como *writ* (*breve* em latim).

A limitação da competência das cortes reais, assim, era controlada pelo rei por meio da concessão dos *writs*.

O avanço da jurisdição do rei sobre os “common pleas”

“*The Common Law was first the law of land before it could become the law of the land.*”

Plucknett

O passo seguinte no avanço da jurisdição das cortes reais é ir além dos *Pleas of the Crown* e ouvir, também, os *common pleas*, ou seja, os assuntos civis. Os primeiros *common pleas* que receberam a atenção do rei foram os conflitos de terra (*pleas of land*). Segundo Plucknett²⁶ “*reasons of state demanded that the Crown through its court should have a firm control of the land*”.

A Corte do Rei sempre teve, na qualidade de corte feudal, poder para decidir disputas de terra envolvendo os senhores feudais que detinham a propriedade diretamente da Coroa²⁷. A jurisdição sobre os níveis mais inferiores da cadeia feudal, no entanto, fugia à alçada real, como explica Kempin: “*disputes between lesser lords were decided in the court of the lord of whom the land was held and who was tenant in service over it*”. Nos princípios do século XII, o rei começou a interferir com essa jurisdição, determinando, mediante um decreto, que as cortes dos senhores feudais somente poderiam ouvir um caso envolvendo importantes interesses sobre terras se um *writ of right* houvesse sido emitido pelo rei. Esse *writ* dirigido ao senhor feudal, para que este fizesse justiça entre o demandante da terra e o réu, que a possuía, estabelecia que, se isso não fosse feito, o rei ouviria o caso, o que normalmente acontecia. Mais tarde, sob a ficção de que o senhor feudal tinha cedido ao rei seu direito de presidir a corte, o *writ* era emitido diretamente ao demandado, desviando, assim, a corte senhorial e trazendo os *land cases* diretamente para as cortes reais²⁸.

Diante dessas características dos primeiros *writs*, Plucknett afirma que eles não são, estritamente falando, documentos instauradores de um processo:

“They are in form administrative commands to an alleged wrongdoer or to some inferior jurisdiction to do justice in a particular matter in such wise that the King shall no more hear complaints concerning it; disobedience of this writ will be punished in the King’s Court unless a satisfactory explanation can be given... Whatever its form, the original writ was not the assertion of the jurisdiction of the court, but rather a royal commission conferring on the judges the power to try the matters contained in it. For every case a separate ad hoc authority was thus conferred, and Bracton naturally compared the jurisdiction of the common pleas to that of papal judges delegate”²⁹.

Provavelmente no reino de Henrique I (1100-1135), fixou-se o princípio de que nenhum homem livre precisa responder por sua terra sem um *writ* real, a menos que assim deseje (*no freeman need answer for his land without a royal writ unless he chose*). Mas no reinado de Henrique II, sucessor de Henrique I, esse princípio já era, segundo Plucknett, amplamente conhecido³⁰.

A formação das cortes do “common law”

No reino de Henrique II (1154-1189), iniciaram-se uma série de eventos que resultaram na criação de um sistema de cortes reais e em uma lei comum a toda a Inglaterra. Esse movimento começou com a implementação da reivindicação real à propriedade de todas as terras na Inglaterra³¹, conforme já visto no item anterior.

A “Magna Curia” e a “Lesser Curia”

Até as reformas efetuadas por Henrique II, toda atividade judiciária, legislativa e executiva do rei era desenvolvida por meio do Grande Conselho (*Great Council* ou *Magna Curia*, como também era conhecido) e da *Lesser Curia* (*household*).

Kempin nos dá a seguinte descrição do *Great Council*:

“It consisted of all the tenants in chief, other magnates, and great ecclesiastics. The king’s personal advisers also met with

it. This Great Council performed a multitude of duties, which were not separated into the modern classifications of executive, legislative, and judicial. It advised the king on matters of state, decide cases between the tenants in chief, accomplished accords between Church and state, and acted as a type of legislature”³².

Quando os conselheiros pessoais do rei se reuniam isoladamente, formavam a *Lesser Curia* e, entre eles, o rei escolhia os juizes que cuidavam de seus assuntos em todo o reino, os quais incluíam a justiça criminal e os pleitos da Coroa (*Pleas of the Crown*)³³.

A “Court of Common Pleas”

O grande aumento da quantidade de *common pleas*, ocorrido após as reformas introduzidas por Henrique II (comentadas no próximo item), levou a *Magna Curia* a delegar a sua competência. Inicialmente, em 1178, foram apontados cinco juizes para decidir os casos em nome do Conselho. Esse corpo de juizes se desenvolve e gradualmente se afasta da subordinação do Conselho até se transformar, por volta de 1230, em um tribunal independente, a *Court of Common Pleas*.

A Corte da Banca do Rei
 (“The Court of King’s Bench”)

Os *Pleas of the Crown*, tornando-se também numerosos, passaram a ser julgados por grupos de juizes conhecidos como “*The Justices Assigned for the holding of Pleas before the King Himself*” ou, mais simplesmente, *King’s Bench*. Esse corpo somente é reconhecido como tribunal independente no reinado de Eduardo I (1272-1307)³⁴.

Outras cortes reais

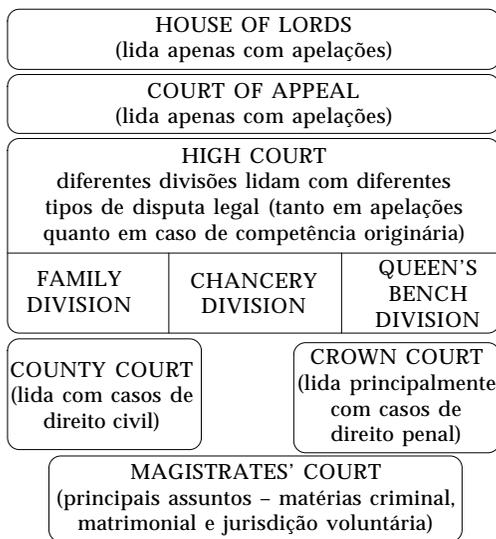
O desenvolvimento do *Common Law* e os conflitos políticos, primeiro entre o rei e os senhores feudais e, depois, entre o rei e o parlamento, determinaram o surgimento de outras cortes como a *Court of Exchequer of Pleas*, a *Court of Chancery* (que não aplicava a *common law* mas a *equity*) e a *Star Chamber* (também uma corte de equidade).

Sobre estruturação do judiciário na Inglaterra, Kempin faz um interessante relato:

“Our sketch of court development describes, essentially, a separation of the duties of government. The ancient King’s Council was concerned with the totality of governmental affairs. Separation of the House of Lords and the addition of the House of Commons deleted its legislative function. Delegation of judicial duties to the courts of Common Pleas, King’s Bench, and Exchequer of Pleas took away substantial judicial function, and much of the remainder was lodged in the chancellor when he became head of a separate court. Vestiges of judicial power remained in Star Chamber; but with its abolition, the judicial power of the medieval council disappeared. The later Privy Council, product of a new theory of government, had no judicial power in England. It did, however, have judicial power to review decisions made by colonial courts, and therein lay the basis for conflict between the colonies and the mother country”³⁵.

A moderna estrutura judiciária inglesa

Duas leis, o *Judicature Act of 1823* e o *Supreme Court Act of 1925*, redesenharam o sistema judiciário inglês, que hoje tem a seguinte estrutura³⁶:



4. O sistema de “writs”

“Remedies precedes rights”
princípio da *Common Law*

Quando anteriormente falamos do avanço da jurisdição real³⁷, destacamos que este se deu no sentido de envolver também os *common pleas*. Todavia, não eram todos os pleitos comuns que interessavam às cortes do rei. Essas cortes, jurisdições de competência excepcional, cortes de grandes personagens e das grandes causas, cortes interessadas pelos problemas de ordem pública – pelas *Pleas of the Crown*: paz do reino, propriedade feudal, receitas do rei –, não consideram que esteja dentro das suas atribuições, nem conforme sua dignidade³⁸, conhecer qualquer *common plea*.

Por razões de Estado, inicialmente interessava à coroa, entre os *common pleas*, apenas aqueles que envolvessem disputas de terras, que eram, à época, a maior fonte de riqueza e poder econômico. O desenvolvimento da *common law* no sentido de envolver, entre os *common pleas*, não apenas os *land pleas*, mas também os pleitos pessoais (*personal pleas*), como os acordos privados, somente vai ocorrer quando as relações privadas assumem importância econômica, em virtude do desenvolvimento do comércio.

Com a finalidade de controlar quais casos interessavam ou não à política do reino, foi criado na Inglaterra o *sistema de writs*, que eram formas preestabelecidas de ações. O demandante que desejasse levar o seu caso às cortes reais solicitava ao Chanceler, delegado da *Magna Curia* do rei, um *writ*, e esse oficial, analisando a conveniência de estender ao caso apresentado a jurisdição real, expediria ou não a ordem para que as cortes o ouvissem.

A primeira preocupação do demandante era, portanto, saber se o seu pleito seria adequado a um dos tipos de ações para os quais havia a concessão de *writ*. Se o remédio jurisdicional buscado não se adaptasse a uma das formas de ações preestabelecidas, dificilmente o *writ* seria concedido e, conseqüentemente, as cortes reais não jul-

gariam o caso. Surge, pelo sistema de *writs*, o princípio do *common law*, segundo o qual *remedies precede rights*. Origina-se também desse berço o desenvolvimento do caráter mais processual que material do direito inglês.

Note-se que *writ* e *remedy (action)* não têm, inicialmente, o mesmo significado, embora funcionem conjuntamente. O *writ* é uma questão preliminar, sem a qual a corte não pode considerar o *remedy*. Exemplificando: para que o demandado tivesse uma ação (*remedy*) de *debt*, era necessário ter conseguido, antes, um *writ of debt*.

As formas de ação e os *writs* eram, portanto, um sistema de limitação do acesso às cortes reais, de acordo com o interesse da Coroa, como analisa Plucknett³⁹:

“The forms of action are in themselves a proof that the King’s Court only intended to intervene occasionally in the disputes of his subjects. It was no doubt possible to argue with perfect justice that the country was well provided with competent courts for all ordinary purposes, and that the King’s court was only concerned with matters of state and matters of special difficulty which could not be otherwise determined.”

Esse mesmo autor observa que a conseqüente standardização das formas de ação em formulários rígidos foi estabelecida como uma rotina de racionalização administrativa:

“A few classes of cases with which the King’s Court concerned itself were therefore most naturally treated along formulaary lines. They constituted one or two of the several routines of government which the administration had developed, and in order to handle them more easily it was a simple devise to standardise the forms which were used. As long as this condition of things lasted a formulaary procedure was clearly an advantage, and for a while it may have limited the activities of the administration and prevented them from overstepping the proper boundaries of their jurisdiction”⁴⁰.

Em 1187, havia em torno de cinqüenta tipos de *writs* reais e, em 1256, aproximadamente duzentos e cinqüenta⁴¹. O aumento do número de *writs* é um sinal de que a Coroa passa a se interessar pelas relações privadas.

“Se, na origem, os *writs* eram adaptados a cada caso, tornam-se rapidamente fórmulas estereotipadas que o Chanceler passa após o pagamento, sem exame aprofundado prévio (*de cursu*); encontra-se aí, sobretudo, o meio de atrair o maior número de litígios para as jurisdições reais. Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos *writs*; pela *Magna Carta* de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassallos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*; mas o *Statute of Westminster II* (1285), documento capital na história do *common law*, concilia os interesses do rei com os dos barões, impondo o *status quo*: o Chanceler não pode criar novos *writs*, mas pode passar *writs* em casos similares (*in consimili casu*)”⁴².

Até 1852, quando foi promulgado o *Common Law Procedure Act*, os juristas ingleses estavam presos a um determinado número de formas de ação, nas quais deveriam enquadrar o caso a fim de obter um provimento sancionador das cortes reais. Portanto, o estudo desses “quadros procedimentais” é fundamental para se compreender a formação do direito inglês⁴³.

Uma citação de Maitland revela, entretanto, uma herança do arcaico sistema de *writs*: “Les formes d’action ont été abolies, mais elles continuent à nous dominer de leur tombeaux”.

A organização do sistema de “writs” por Henrique II

Henrique II sistematizou os *writs*, modernizando alguns já existentes, principalmente relacionados aos *pleas of the land*, e crian-

do outros. O que mais interessa para compreender a formação do direito contratual inglês é analisar não as *pleas of the land* mas as *personal actions* criadas a partir de então.

Será por meio de algumas dessas *personal actions* que as cortes de *common law* começarão a formar um direito contratual, julgando matérias que envolvem, indiretamente, a inexecução de obrigações assumidas por acordo de vontades.

Dos primeiros *writs* pessoais, os historiadores apontam três que serviam, de alguma forma, para obter a sanção do que consideramos hoje uma relação contratual: *debt*, *detinue* e *convenant*.

Antes de tratarmos de cada uma dessas ações, é importante lembrar que não havia, nos primórdios do sistema de *writs*, a concepção de que as cortes reais deveriam sancionar determinado caso pela justificativa de haver um acordo de vontades. O princípio *pacta sunt servanda* é ignorado. Juristas do século XII na Corte do Rei, diz Plucknett, não eram dados a especulações metafísicas. Eram, sim, administradores práticos que viam a necessidade em sancionar alguns tipos comuns de dívidas na Corte do Rei. Eles não propuseram nenhuma teoria de obrigações; não disseram nada sobre prestações mútuas, consentimento, *consideration* ou qualquer outra teoria contratual. Tudo que eles fizeram foi estabelecer um procedimento para compelir os devedores a pagar suas óbvias dívidas.

Assim, o credor que desejasse obter das cortes reais a determinação para que o devedor adimplisse a dívida deveria justificá-la não pelo fundamento de que havia um acordo de vontades, mas porque a sua ação era adequada a uma das formas de ação do *common law*.

Essas afirmações não querem dizer que não havia meios na Inglaterra de levar a julgamento a inexecução de um simples acordo de vontades. Isso apenas não era possível nas cortes reais, porém era perfeitamente plausível em outras jurisdições locais, senhoriais, comerciais ou eclesiásticas.

Essas jurisdições, contudo, nem sempre eram eficazes, o que levava os litigantes a preferir as cortes reais.

5. A formação do direito contratual por meio do sistema de “writs”

A história que o *common law* percorreu até à noção de contrato como uma promessa ou um conjunto de promessas, para cujo descumprimento a lei confere um remédio e cuja *performance* a lei de algum modo reconhece como um dever⁴⁴, consiste em uma série de tentativas de flexibilizar o sistema de *writs*, fazendo com que as fórmulas rígidas absorvessem casos que teoricamente lhes escapariam. Isso acontece em duas fases: primeiro, tentando adequar pretensões aos antigos *writs* pessoais e, depois, tentando desvencilhar-se desses *writs* quando se tornam obsoletos e outros *writs* passam a ser preferíveis.

Os primeiros “writs” pessoais: “Debt”, “Detinue” e “Convenant”

David e Pugsley destacam que “*l’action de dette évoque pour nous l’engagement formel où le contrat réel du droit romain, l’hypothèse également sanctionnée à Rome par l’actio praescriptis verbis (contrats innomées)*”.

Na teoria da ação de dívida, uma pessoa deveria pagar o preço acordado porque havia recebido um benefício em troca (e não porque promessas devem ser cumpridas). Alguns autores vêem nesse princípio o fundamento da doutrina da *consideration*, peculiar ao direito contratual inglês e que somente mais tarde seria bem definida⁴⁵.

A ação de dívida poderia ser produzida *upon obligation*. Ou seja, o pleito objeto dessa ação estaria consignado em um instrumento selado (*deed under seal*). O selo era um símbolo adotado como a identificação de alguém. Poderia ser impresso pela marca do anel sobre a cera no documento. Hoje, um selo pode ser a palavra “seal”, entre parênteses, colocada logo após a assinatura de alguém.

Se a dívida estivesse consignada em um *deed under seal*, não haveria maiores discussões. Todavia, o *writ of debt* também poderia ser concedido, em outras hipóteses, para a recuperação de um empréstimo, para coletar a renda de um aluguel, o preço de uma venda e, posteriormente, para cobrar várias multas legais⁴⁶. Nesses casos, o problema que surgia na ação de *debt* era a possibilidade de o réu se defender pela compurgação (*wager of law*).

O *wager of law* é uma forma medieval, originária do direito canônico, para encontrar a verdade dos fatos em discussão. No caso de uma ação de *debt* fundada em uma dívida de dinheiro, por exemplo, o réu poderia negar a existência da dívida e oferecer para purgar a lei (*wage his law*). Se a corte aceitasse, o réu deveria retornar e prestar um juramento (*oath*) de que dizia a verdade e se fazer acompanhar de onze pessoas (ou outro número determinado pela corte), conhecidas como *oath-helpers*, que confirmassem ser o réu uma pessoa que dizia a verdade (*a teller of the thuth*). Se todos assim jurassem sobre a Bíblia, o réu ganharia imediatamente o caso⁴⁷.

Esse sistema, que poderia funcionar eficazmente em uma pequena comunidade onde todos se conheciam, mostrou-se, evidentemente, impróprio para o desenvolvimento do direito. Mas Kempin⁴⁸ anota que “*even as the population grew, and as persons willing to lie on behalf of friends, or for money, became more common and judges refused to order wager of law, it was still preferred by commercial community, a close-knight group*”.

A ação de *debt* continha ainda outras dificuldades, como a exigência de ser a dívida em dinheiro e de somente poder ser aplicada contra o devedor original. A morte deste impediria a defesa por meio do *wager of law*, essencial no *writ of debt* e, portanto, inviabilizando essa ação.

Os inconvenientes da ação de *debt* são assim descritos por Plucknett⁴⁹:

“*The action of debt, therefore, was fairly comprehensive, but as time went by the*

defects of the action became more apparent. In the first place, trial was by compurgation (wager of law), and as the middle ages proceed this was felt to be increasingly irrational; although decisions substituted trial by jury in a number of cases, the place left for compurgation still remained considerable. And secondly, as with all the oldest groups of actions, a particularly complicated system of pleading grew up around it. As a result, from the beginning of fifteenth century we see a tendency to avoid using the writ of debt and to make other forms of action serve its purpose”.

A ação de *detinue* era uma variante da ação de *debt*. Enquanto esta se prestava para a cobrança de dinheiro ou de coisas fungíveis, aquela servia para coisas infungíveis. O desenvolvimento desta ação, porém, não será o mesmo da ação de *debt*. Plucknett destaca que

“*a broad distinction grew up which treated detinue as the particular remedy of a bailor against his bailee... in the subsequent history, debt becomes an important factor in the history of the contract, while detinue contributes much to the development of the rules of personal property law*”.

Por fim, temos a ação de *convenant* entre os antigos *writs* pessoais. Ao contrário das ações de *debt* e *detinue*, este *writ* tinha um amplo escopo sobre matérias contratuais, mas deveria, necessariamente, o acordo ser formulado em um instrumento escrito e, a partir do reino de Eduardo I, ser estabelecido em um *deed under seal*. A exigência do selo nas ações de *convenant* impediu um desenvolvimento mais precoce do direito contratual.

“*The requirement of the seal meant that the writ of convenant could not be used to enforce informal agreements. Instead, the development of contract law took place in other writs that could enforce informal agreements. This in turn meant that legal thinking took the form of inventing, explaining, and expanding the*

*scope of other writs, and delayed the development of a theory of contracts until the 16th century*⁵⁰.

A fórmula do writ de *convenant* era a seguinte:

“*Le Roi au sheriff: Salut! Nous t’ordonnons de faire justice a A – le demandeur – et que B – le défendeur – observe conformément au droit et san délai de la convention qui est intervenue entre ledit A et B au sujet d’un héritage*”⁵¹.

Os novos “writs”

Ficou demonstrado no item anterior que os writs antigos (*debt, detinue e convenant*) eram ineficazes para garantir a execução de contratos. Será por meio de um novo padrão de writ que a Inglaterra terá, até o século XVIII, um direito contratual.

A ação de “Trespass on the case”

A ação de *trespass* não tem nada que ver, na origem, com a noção de contrato. Trata-se de uma ação *ex delicto* e não *ex contractu*. Seu objetivo é assegurar a reparação de um dano causado *corpore corpori*, por um ato do réu que, contrariamente ao direito, atinge a pessoa ou os bens do demandante⁵².

O writ de *trespass*, contudo, era uma ação moderna, sem os defeitos e complicações procedimentais que apresentavam os writs antigos. Nessa ação, segundo David e Pugsley, as partes são julgadas por um júri, o qual se pronunciará sobre a demanda após ter ouvido as testemunhas pelos litigantes. O julgamento, pela primeira vez, vai ser administrado após a produção das provas⁵³.

A terminologia ambígua da palavra *trespass* vai permitir que as cortes reais construam interpretações que permitam subordinar a maior parte dos pleitos ao quadro procedimental deste writ. Os *common lawyers* entenderam que a palavra “dever” (*duty*) pode ser tanto compreendida como um ingrediente de um *trespass* como de um contrato. A quebra de um dever é inerente à responsabilidade delitual e a assunção de um dever é parte de todo contrato⁵⁴.

A assimilação entre a idéia de *trespass* e a sanção de um contrato tem em *Bukton v. Towsen* (conhecido por *Humber Ferry Case*) um *leading case* (1348). O réu havia-se responsabilizado pelo transporte de uma égua do demandante através do rio Humber e, devido à superlotação, a égua caiu e se afogou. A corte entendeu que, embora não tenha havido a alegação de dolo, necessária para a caracterização da responsabilidade delitual, havia-se configurado um *trespass*.

Posteriormente, as cortes passaram a entender que, diante da assunção (*assumpsit*) de um dever ou de uma obrigação, o mau cumprimento da obrigação (*misfeasance*) e o respectivo prejuízo causado pelo réu seriam considerados *trespass*, independentemente de alegação *of the use of force and arms*. Isto é, sempre haveria *trespass on the case of an assumpsit*.

As ações de *trespass on the case [of an assumpsit]* não resolviam o problema dos casos de pura inexecução (*nonfeasance*), em vista do princípio da *common law* pelo qual “*not doing is no trespass*”.

A jurisprudência evoluirá para considerar, no século XVI, *trespass* também nos casos de *nonfeasance*. Parte do estímulo para essa evolução advém do fato de estar a *Court of Chancery* sancionando tais inexecuções por meio da equidade, o que era preocupante para as cortes de *common law*.

Com o fim da doutrina de que não havia remédio para *nonfeasance*, permaneceu o elemento básico de que algum tipo de dano ou prejuízo era necessário para trazer um caso para o quadro do *trespass*⁵⁵. Essa exigência ficou conhecida como o *quid pro quod* e se constitui na base da doutrina da *consideration*, sem a qual um contrato não se forma no direito inglês, a menos que esteja firmado *under seal* (o instrumento selado equivale à *consideration*).

A exigência de um *assumpsit* formal, que ainda permanecia na *common law*, somente vai desaparecer após a decisão do célebre *Slade’s case (Slade v. Morley, 1602)*. A corte decidiu nesse caso que todo contrato de

execução diferida presume um *assumpsit*. A assunção explícita de um dever não seria mais necessária.

Kempin descreve algumas importantes conseqüências desse caso:

1. poder-se-ia demandar não apenas os danos causados pelo descumprimento do contrato mas, também, o próprio débito;

2. marca o efetivo fim do *wager of law*, embora só formalmente abolido em 1833; e

3. o júri civil, desenvolvido a partir do júri criminal da *King's Bench*, passou a dominar os casos de *common law*.

6. Conclusões

A maior parte das conclusões a que chegamos já foram dispostas no decorrer do trabalho. Contudo, vale ressaltar três:

A) Embora outros fatores tenham contribuído para a diferenciação do direito inglês em relação ao direito continental, foi, principalmente, o sistema de *writs* que gerou essa distorção, ao exigir do jurista de *common law* uma visão mais prática que teórica do direito contratual e ao impedir, pelo desenvolvimento de um sistema peculiarmente formal, uma maior influência do renascimento do direito romano ocorrido no continente.

B) Atualmente, o contrato no direito inglês apresenta poucas diferenças práticas em relação ao direito continental. Podemos destacar duas: a doutrina da *consideration* e a inexistência de execução específica como regra geral dos contratos, senão em alguns casos que receberam maior influência da *equity*. Tanto a *consideration* como a inexistência, em regra, de *specific performance*, são resultado de ter o direito contratual se formado a partir de uma ação típica do campo da responsabilidade delitual: a ação de *trespass*.

C) A maior diferença entre o direito contratual inglês e o ocidental não está na prática, mas na formação teórica de cada sistema, o que torna indispensável ao jurista de *civil law* estudar a história da *common law* a fim de aprender a lidar com as suas teorias.

Notas

¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 213.

² KEMPIN Jr, Frederick. *Historical introduction to anglo-american law*. 3. ed. St. Paul (MN) : West, 1990. p. 108.

³ Op. cit. p. 213.

⁴ Ver capítulos IV e V sobre o sistema de *writs*.

⁵ DAVID e PUGSLEY. *Les contrats en droit anglais*. Paris : LGDJ, 1985. p. 34.

⁶ GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. Tradução por José Paulo Paes. São Paulo : Companhia das Letras, 1989. p. 227.

⁷ *Apud* PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5. ed. Londres : Butterworth, 1956. p. 6.

⁸ *Apud* PLUCKNETT. op. cit. p. 7-8.

⁹ Op. cit. p. 8.

¹⁰ Op. cit. trechos nas páginas 167, 169, 170 e 171.

¹¹ Op. cit. p. 167.

¹² PLUCKNETT. op. cit. p. 10.

¹³ ———. op. cit. p. 11.

¹⁴ GILISSEN., op. cit. p. 188.

¹⁵ Op. cit. p. 12.

¹⁶ Op. cit. p. 13.

¹⁷ Op. cit. p. 37.

¹⁸ Op. cit. p. 12.

¹⁹ GILISSEN. op. cit. p. 203.

²⁰ Op. cit. p. 204.

²¹ Op. cit. p. 26.

²² Op. cit. p. 33.

²³ DAVID, René, PUGSLEY, David. op. cit. p. 32.

²⁴ KEMPIN. op. cit. p. 212. grifo nosso.

²⁵ DAVID e PUGSLEY. op. cit. p. 19.

²⁶ Op. cit. p. 355.

²⁷ KEMPIN. op. cit. p. 31.

²⁸ KEMPIN. op. cit. p. 32.

²⁹ PLUCKNETT. op. cit. p. 355-356.

³⁰ PLUCKNETT. op. cit. p. 357.

³¹ KEMPIN. op. cit. p. 30.

³² ———. op. cit. p. 28.

³³ ———. op. cit. p. 29.

³⁴ KEMPIN. op. cit. p. 34.

³⁵ KEMPIN. op. cit. p. 43.

³⁶ Extraído de BRADNEY, A., FISHER, V., NEWELL, D. *How to study law*. 2. ed. Londres : Sweet & Maxwell, 1991. p. 9.

³⁷ Ver acima, página 17.

³⁸ DAVID e PUGSLEY. op. cit. p. 20.

³⁹ Op. cit. p. 353.

⁴⁰ Op. cit. p. 353-354.

⁴¹ KEMPIN. op. cit. p. 121-122.

⁴² GILISSEN. op. cit. p. 210.

⁴³ DAVID e PUGSLEY. op. cit. p. 21.

⁴⁴ Definição de contrato adotada pelo *Restatement of Contracts, Section 1*.

⁴⁵ Os sistemas de *common law* exigem, para a formação do contrato, além da oferta e da aceita-

ção, a existência de *consideration*. Em poucas linhas, pode-se dar apenas uma vaga noção dessa doutrina, aproximando-a da idéia de sinalagma. Ou seja, em contratos gratuitos não há, em regra, *consideration*. É preciso que se estabeleça, no acordo de vontades, uma relação de benefício e detrimento entre as partes, sem a qual não há contrato. A doação, *v.g.*, não é normalmente considerada um contrato no direito inglês.

⁴⁶ PLUCKNETT. *op. cit.* p. 363.

⁴⁷ KEMPIN. *op. cit.* p. 49.

⁴⁸ *Op. cit.* p. 50.

⁴⁹ *Op. cit.* p. 363-364.

⁵⁰ KEMPIN. *op. cit.* p. 216.

⁵¹ Apud DAVID e PUGSLEY.

⁵² DAVID e PUGSLEY. *op. cit.* p. 29.

⁵³ *Op. cit.* p. 30.

⁵⁴ KEMPIN. *op. cit.* p. 223.

⁵⁵ KEMPIN. *op. cit.*

Bibliografia

- GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 213.
- KEMPIN Jr, Frederick. *Historical introduction to anglo-american law*. 3. ed. St. Paul (MN) : West, 1990.
- GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. Tradução por José Paulo Paes. São Paulo : Companhia das Letras, 1989.
- PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5. ed. Londres : Butterworth, 1956.
- BRADNEY, A., FISHER, V., NEWELL, D. *How to study law*. 2. ed. Londres : Sweet & Maxwell, 1991.
- DAVID, René, PUGSLEY, David. *Les contrats en droit anglais*. Paris : LGDJ, 1985.
- SCHABER, Gordon, ROHWER, Claude. *Contracts*. St. Paul (MN) : West, 1990.
- TREITEL, G. H. *The law of contract*. 8. ed. Londres : Sweet & Maxwell, 1991.