

1. Aspectos Preliminares e Metodológicos*

Antes de iniciar a leitura da pesquisa propriamente dita, convém destacar alguns aspectos acerca do tema escolhido. Em primeiro lugar, o aspecto substancial da pesquisa corresponde à análise dos componentes estruturais e terminológicos dos direitos reais no direito inglês, tema já discutido pela literatura comparatística, contudo pouco aprofundado no que diz respeito ao estudo das fontes inglesas sobre o tema¹.

* Em relação aos aspectos formais da metodologia adotada, seguimos as orientações indicadas em E. C. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos)*, Lecce, Grifo, 2001, pp. 179-235 e 291-315, com as ressalvas feitas, em razão do tema escolhido, na nota 7 *infra*.

Assim, as citações bibliográficas seguem o padrão internacional franco-italiano adotado pela literatura científica jurídica, particularmente pelos romanistas. A citação dos nomes científicos de juristas brasileiros, ibéricos e latino-americanos, no entanto, merece um tratamento diferenciado, dadas as suas peculiaridades. A grande importância dada ao prenome das pessoas na literatura pátria, bem como a inclusão do apelido materno ao lado do patronímico na península ibérica, torna difícil a padronização das citações numa obra científica, forçando o pesquisador a optar entre a maior clareza para o leitor nacional e a uniformização e coerência na técnica de citação.

Para contornar essa dificuldade, os autores nacionais, ibéricos e sul-americanos serão citados, nas notas de rodapé, do modo como são conhecidos na literatura dos seus respectivos países, de modo a facilitar sua identificação pelo leitor. Na bibliografia final, no entanto, serão citados de acordo com os padrões internacionais de citação, de modo a atender à necessidade de padronização científica.

No que diz respeito à citação de fontes jurídicas inglesas, tanto jurisprudenciais (*case law*) quanto legais (*statutes*), adotamos o padrão estabelecido em S. MEREDITH e D. NOLAN (ed.), *Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities*, 4ª ed., Oxford, Oxford University, 2010, pp. 3-50, disponível em formato eletrônico in <http://www.law.ox.ac.uk/publications/oscola.php> [16-02-2011].

¹ As principais obras ou artigos de direito comparado que tratam do tema com alguma profundidade são (em ordem cronológica de publicação): K. E. GÜTERBOCK, *Henricus de Bracton und sein Verhältniss zum römischen Rechte: Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, Berlin, Springer, 1862, trad. ing. de B. Coxe, *Bracton and His Relation to Roman Law: A Contribution to the History of the Roman Law in the Middle Ages*, Philadelphia, Lippincott, 1866, pp. 13-175; P. LEPAULLE, *Civil Law Substitutes for Trusts*, in *Yale Law Journal* 36 (1926-1927), pp. 1126-1147; P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne en droit international*, Paris, Rousseau, 1932, pp. 1-442; M. RHEINSTEIN, *Some Fundamental Differences in Real Property Ideas of the "Civil Law" and the Common Law Systems*, in *University of Chicago Law Review*, 3 (1935-1936), pp. 624-635; W. W. BUCKLAND e A. D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law – A Comparison in Outline*, Cambridge, Cambridge University, 1936, pp. 1-341; R. DAVID, *Les grands systèmes du droit contemporains*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1969, pp. 1-648; K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 1971, trad. ing. de T. Weir, *Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 1-708; R. HELMHOLZ e R. ZIMMERMANN (org.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 27-542; A. WATSON, *Roman Law & Comparative Law*, Athens, University of Georgia, 1991, pp. 3-272; M. C. MALAGUTI, *Il trust*, in F. GALGANO (org.), *Atlante di diritto privato comparato*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1999, pp. 179-193; G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese – le fonti*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, pp. 1-519; C. H. VAN RHEE, *Trusts, Trust-like Concepts and Ius Commune*, in *European Review of Private Law* 3 (2000), pp. 453-462; L. MOCCIA, *Il modello inglese di "proprietà"*, in G. ALPA et al., *Diritto privato comparato – istituti e problemi*, Roma, Laterza, 2004, pp. 35-145; J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University, 2006, pp. 1-481; S. VAN ERP, *Comparative Property Law*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN (coord.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford

Nosso foco, portanto, não é o estudo dos direitos reais nos sistemas de matriz civilística, muito embora procuremos, na medida do possível, cotejar os institutos do direito inglês com características e figuras do direito privado de base romanística.

Nosso principal objetivo, portanto, é estudar os principais elementos que deram origem à *real property law* inglesa e determinaram sua particular formação histórica, de modo a contribuir para o delineamento de uma eventual aproximação entre os sistemas do *common law* e os de base romanística, mediante um estudo que aponte para a “*diversa tessitura o grammatica*” que os caracteriza². Os quatro elementos formativos escolhidos para realizar essa tarefa são o sistema das *tenures*, a doutrina dos *estates* e o surgimento da *equity* e dos *trusts*³.

Por sua vez, o objeto da nossa análise restringe-se, geograficamente, ao desenvolvimento da *real property law* na Inglaterra, ou seja, limita-se ao âmbito do ordenamento tradicionalmente submetido à jurisdição dos tribunais reais ingleses⁴. Portanto, o objetivo de

University, 2006, pp. 1043-1070; M. J. WAAL, *Comparative Succession Law*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN (coord.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University, 2006, pp. 1071-1098.

No direito inglês, nossas principais referências em relação à configuração da *real property law*, além das obras de natureza histórica, são H. W. CHALLIS, *Law of Real Property*, 3ª ed., London, Butterworth, 1911, pp. 1-422; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, Giuffrè, 1997, trad. ing. de S. Dix, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University, 2000, pp. 1-386; R. MEGARRY e W. WADE, *The Law of Real Property*, 7ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 1-1528; C. BAR e E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. V, München, Sellier, 2009, pp. 4205-5387; K. GRAY e S. F. GRAY, *Elements of Land Law*, 5ª ed., Oxford, Oxford University, 2009, pp. 2-1400; G. MOFFAT, *Trusts Law*, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University, 2009, pp. 1-1080; P. H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, 11ª ed., Oxford, Oxford University, 2009, pp. 1-713.

² Cf. L. MOCCIA, *Il modello inglese* cit. (nota 1 *supra*), p. 38. Para uma exposição dessas diferenças terminológicas na seara dos parâmetros para aferir a culpa, cf. S. LANNI, *La Reelaboración de la Responsabilidad Civil: Nuevos Códigos Civiles y Diálogo Euro-Latinoamericano*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 4 (2015), pp. 317-318.

³ A escolha desses elementos deve-se, principalmente, à sua indisputável influência na formação do sistema da *real property law* inglesa e à riqueza de oportunidades que fornecem para marcar os principais contrastes entre os sistemas do *common law* e os de base romanística, que é o primeiro passo para identificar as eventuais convergências, cf. S. VAN ERP, *Comparative Property Law* cit. (nota 1 *supra*), p. 1048. Outros componentes, tais como *leaseholds* (locações de longo prazo), *easements* (servidões), *profits* (percepção de utilidades), *mortgages* (hipotecas), *adverse possession* (usucapião) etc., somente serão mencionados incidentalmente conforme surja a necessidade.

⁴ Nesse sentido, não fazem parte do nosso objeto de estudo, embora possam ser eventualmente mencionados, os demais ordenamentos pertencentes ao sistema do *common law*, sobre os quais uma breve exposição pode ser vista em S. VOGENAUER, s.v. *Common Law*, in J. BASEDOW, K. HOPT e R. ZIMMERMANN, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Oxford, Oxford University, 2012, pp. 265-266. No âmbito territorial das ilhas britânicas, ficam excluídos o ordenamento jurídico da Escócia, classificado como um sistema misto, e as Ilhas do Canal (*Channel Islands*), cujo ordenamento se manteve vinculado ao antigo direito costumeiro normando, cf. K. ZWIEGERT e H. KÖTZ, *Einführung* cit. (nota 1 *supra*), pp. 201-202.

eventuais referências incidentais a normas ou institutos de outros ordenamentos pertencentes ao sistema do *common law* é apenas facilitar a exposição do direito inglês⁵.

Já a delimitação temporal da pesquisa é mais difusa, dado o assincronismo dos períodos formativos de cada instituto. Assim, a estruturação do sistema das *tenures* ocorre, principalmente, entre os séculos XI e XIII; a sistematização dos *estates* se consolida a partir do século XV⁶; a *equity* e os *trusts*, por sua vez, começam a ganhar suas feições caracterizadoras a partir do século XVI. Dada essa variedade de momentos determinantes na história de cada instituto, não é possível restringir um estudo desta natureza a um período específico. A pesquisa, nesse aspecto, pauta-se mais pela preocupação com unidades de sentido do que com a delimitação categórica de etapas históricas.

Em relação ao material bibliográfico consultado para a pesquisa, adotamos como fontes primárias⁷ tanto textos legislativos (*statutes*⁸) quanto jurisprudenciais

⁵ Assim, por exemplo, a referência à *case law* australiana na questão relativa ao título radical da Coroa inglesa, cf. nota 97 *infra*.

⁶ Especialmente a partir da publicação da obra de Thomas Littleton, cf. nota 192 *infra*.

⁷ Para distinguir as fontes primárias das secundárias, adotamos o critério indicado em E. C. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia Jurídica* cit. (nota * *supra*), pp. 137-140, com a exceção dos chamados *books of authority*, que elencamos entre as fontes primárias em função da sua inclusão, no ordenamento jurídico inglês, entre as fontes dessa natureza. Acerca das fontes inglesas e sua classificação, cf. G. CRISCUOLI, *Introduzione* cit. (nota 1 *supra*), pp. 43-59.

⁸ Os textos legislativos ingleses foram recolhidos, ao longo dos séculos, em várias coletâneas particulares, cf. D. M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon, 1980, pp. 1185-1186 (no verbete “*statutes, editions of*”). A partir do século XIX, passaram a ser publicadas regularmente as primeiras edições oficiais dos *statutes* ingleses, que hoje se encontram disponíveis para consulta em meio eletrônico. Uma das principais dessas coletâneas oficiais é *Statutes of the Realm*, vols. I-IX, London, Record Commission, 1810-1822, que abrange o período de 1235 a 1713. Daí foi extraída a maior parte dos textos legislativos citados neste trabalho. A legislação não inclusa nessa coletânea foi extraída das seguintes coleções (os períodos abrangidos pela respectiva coletânea encontram-se entre colchetes): O. RUFFHEAD, *The Statutes at Large*, vols. I-XIV [1215-1800], London, Basket, Eyre & Strahan, 1763-1800; D. PICKERING, *The Statutes at Large*, vols. I-XLVI [1215-1806], Cambridge, Bentham, Archdeacon *et al.*, 1762-1807; W. STUBBS, *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History*, 9ª ed., Oxford, Clarendon, 1921, pp. 1-506; J. M. LELY e W. D. I. FOULKES (org.), *The Judicature Acts 1873 and 1875*, 2ª ed., London, Sweet, 1877, pp. 1-560; L. SHELFORD (org.), *The Real Property Statutes Passed in the Reigns of King William IV and Queen Victoria*, London, Sweet *et al.*, 1863, pp. 1-770; B. THORPE e R. PRICE (org.), *Ancient Laws and Institutes of England*, s.l., Public Records Commission, 1840, pp. 1-548; *A Collection of the Public General Statutes Passed in the Second and Third Year of the Reign of Her Majesty Queen Victoria*, London, Richards & Co., 1839, pp. 1-715; *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland – 2 & 3 William IV*, London, His Majesty's Printers, 1832, pp. 1-834; *A Collection of the Public General Statutes Passed in the Third and Fourth Year of the Reign of His Majesty King William the Fourth*, London, Richards, 1833, pp. 1-1134; J. STEPHEN (org.), *The Common Law Procedure Act 1860*, London, Butterworths, 1860, pp. 1-74; W. F. FINLASON, *The Common Law Procedure Acts of 1852, 1854 and 1860*, London, Stevens & Sons, 1860, pp. 1-373. Os textos legislativos ainda em vigor no Reino Unido encontram-se disponíveis no endereço eletrônico <http://www.legislation.gov.uk/> [10-09-2012]. Acerca da publicação e citação

(*case law*⁹), doutrinários (*books of authority*¹⁰) e até documentais¹¹. As principais fontes secundárias consultadas correspondem aos estudos elaborados pelos historiadores do direito inglês, principalmente a partir do século XIX¹², bem como a dicionários e enciclopédias

das fontes legislativas inglesas, cf. G. CRISCUOLI, *Introduzione* cit. (nota 1 *supra*), pp. 459-464.

⁹ Os principais repertórios da *case law* inglesa encontram-se hoje disponíveis em meio eletrônico, cf. <http://www.lexisnexis.com/> [10-09-2012]. Além do uso desse recurso, consultamos as seguintes coleções e volumes de decisões judiciais (os períodos abrangidos pelos *reports* encontram-se entre colchetes): C. BEAVAN, *Reports of Cases in Chancery*, vols. I-XXXVI [1838-1866], London, Saunders & Benning, 1840-1869; E. COKE, *The Reports of Sir Edward Coke*, vols. I-VI, [1572-1616], London, Butterworth, 1826; G. CROKE, *Reports of Sir George Croke Knight Formerly One of the Justices of the Courts of King's Bench and Common Pleas of Such Select Cases as Were Adjudged in the Said Courts During the Reign of Queen Elizabeth*, vols. I-II [1582-1603], London, Brooke & Whieldon, 1790; E. EAST, *Reports of Cases Argued and Determined in the Court of King's Bench*, vols. I-XVI [1800-1812], London, Butterworth, 1801-1814; E. PLOWDEN, *Commentaries or Reports of Edmund Plowden*, vol. único [1548-1579], London, Brooke, 1816; A. W. SCOTT, *Select Cases and Other Authorities on the Law of Trusts*, Langdell Hall, Cambridge, 1919, pp. 1-836; T. HARE, *Reports of Cases Argued in the High Court of Chancery*, vols. I-XI [1841-1853], London, Maxwell, 1843-1858; I. S. LEADAM, *Select Cases in the Court of Requests – 1497-1569*, in *The Publications of the Selden Society*, vol. XII, London, Selden Society, 1898, pp. 1-209; C. T. SWANSTON, *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery*, vols. I-III [1818-1819], London, Butterworth, 1821-1827; W. H. BENNET, *The Equity Reports*, vols. I-III [1853-1855], London, Benning & Co., 1853-1855; T. VERNON, *Cases Argued and Adjudged in the High Court of Chancery*, vols. I-II [1681-1720], London, Butterworth, 1828; F. VESEY, *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery*, vols. I-XX [1789-1817], London, Brooke, 1827-1833; J. H. BAKER e S. F. C. MILSOM, *Sources of English History: Private Law to 1750*, 2ª ed., Oxford, Oxford University, 2010, pp. 1-715.

¹⁰ Procuramos, ao longo deste trabalho, compulsar as edições de cada *authority* consagradas pela melhor doutrina inglesa, bem como as traduções mais atualizadas das obras em latim ou *law French*. Assim, citamos, ao longo da pesquisa, os textos reproduzidos nas seguintes edições dos *books of authority*: R. GLANVILLE, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* (c. 1187-1189), London, White & Brooke, 1780, pp. 1-237; J. BEAMES, *A Translation of Glanville*, Washington, John Byrne & Co., 1900, pp. 1-291; F. W. MAITLAND, *Bracton's Note Book*, vols. I-III, London, Clay & Sons, 1887; G. E. WOODBINE, *Bracton De legibus et consuetudinibus Angliae* (c. 1268), vols. I-IV, New Haven, Yale, 1915-1942; S. E. THORNE, *On the Laws and Customs of England*, vols. I-IV, Cambridge, Harvard University, 1968-1977; *Fleta seu Commentarius Juris Anglicani* (c. 1290), 2ª ed., London, 1685, pp. 1-553; J. FORTESCUE, *De laudibus legum Angliae* (1470), trad. ao ing. de A. Amos, *De laudibus legum Angliae – The Translation into English*, Cambridge, Smith, 1825, pp. 2-274; T. LITTLETON, *Tenores Novelli*, London, Lettou & Machlinia, 1482, trad. ing. de E. Coke, London, reed. e rev. por T. E. TOMLINS, *Lyttleton – His Treatise of Tenures – In French and English*, London, Sweet, 1841, pp. 1-693; T. LITTLETON, *Tenores Novelli*, London, Lettou & Machlinia, 1482, trad. ing. de E. Coke, London, reed. e rev. por E. WAMBAUGH, *Littleton's Tenures – In English*, Washington, John Byrne & Co., 1903, pp. 1-338; E. COKE, *The First Part of the Institutes of the Laws of England or A Commentary Upon Littleton*, 1628, vols. I-II, anot. e coment. por F. HARGRAVE e C. BUTLER, 19ª ed., Philadelphia, Small, 1853, s. n.; W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vols. I-IV, Oxford, Clarendon, 1768-1770.

¹¹ É o caso, por exemplo, das referências ao *Domesday Book* e ao *Liber Feodorum* (cf. notas 90 e 91 *infra*), dentre outras.

¹² As principais obras, citadas neste trabalho, dedicadas à história do direito inglês, são (em ordem cronológica de publicação): G. SPENCE, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, vols. I-II, London, Stevens & Norton, 1846-1849; J. REEVES, *History of the English Law*, vols. I-V, Philadelphia, Murphy, 1880; F. POLLOCK e F. W. MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vols. I-II, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University, 1898-1899; F. W. MAITLAND, *Equity – Also the Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University, 1910, pp. 1-375; W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vols.

especializadas¹³.

Também convém fazer algumas observações gerais a respeito da terminologia adotada ao longo do trabalho.

O termo *common law*, tal como aparece em muitos manuais de direito comparado e história do direito¹⁴, na verdade comporta vários sentidos. Ele pode referir-se tanto ao sistema de direito surgido e desenvolvido na Inglaterra a partir do século XI¹⁵, quanto ao direito desenvolvido e aplicado exclusivamente pelos tribunais reais da Inglaterra. Pode-se dizer que, conceitualmente, a relação entre essas duas acepções seja de generalidade e especificidade.

No que diz respeito à origem histórica da locução *common law*, cabe ressaltar que os juristas ingleses se apropriaram do termo *ius commune*¹⁶, que já era utilizado no século

I-III, 3ª ed., London, Methuen & Co., 1922-1923; T. F. T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5ª ed., London, Butterworth, 1956, pp. 3-746; S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University, 1981, pp. 1-428; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4ª ed., Oxford, Oxford University, 2002, pp. 1-536.

¹³ O recurso a esse tipo de literatura é freqüente ao longo do trabalho, dada a necessidade de desvendar o particular vocabulário jurídico inglês. As principais obras consultadas são (em ordem cronológica de publicação): C. F. DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis* (1678), Niort, Favre, vols. I-X, 1883-1887; H. SPELMANNUS, *Glossarium archaologicum continens latino-barbara, peregrina, obsoleta & novatae significationis vocabula*, 3ª ed., Thomas Braddyll, London, 1687, pp. 1-576; A. M. BURRILL, *A New Law Dictionary*, vols. I-II, New York, John Voorhies, 1850-1851, pp. 1-1078; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, in *Transactions of the American Philosophical Society*, 43 (1953), pp. 333-809; D. M. WALKER, *The Oxford Companion* cit. (nota 8 *supra*), pp. 1-1315; P. G. W. GLARE (coord.), *Oxford Latin Dictionary*, London, Oxford University, 1982 [reimpr. 2007], pp. 1-2126; J. A. SIMPSON e E. S. C. WEINER (coord.), *Oxford English Dictionary*, vols. I-XX, Oxford, Clarendon, 1989; B. A. GARNER (coord.), *Black's Law Dictionary*, 9ª ed., Saint Paul, West, 2010, pp. 1-1389.

¹⁴ Apenas como exemplo, citamos duas obras traduzidas à língua portuguesa que contribuíram para aumentar, no Brasil, o interesse pelo *common law*, cf. R. DAVID, *Les grands systèmes du droit contemporains*, trad. port. de H. A. Carvalho, *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 351-508; J. GILISSEN, *Introduction historique au Droit*, 1976, trad. port. de A. M. Espanha e M. M. Malheiros, *Introdução Histórica ao Direito*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 207-220.

¹⁵ Esse sentido corresponde genericamente ao significado do termo “direito inglês” [=English law], cf. D. M. WALKER, *The Oxford Companion* cit. (nota 8 *supra*), pp. 403-419 (no verbete “English law”).

¹⁶ Conforme explica F. W. MAITLAND, *Canon Law in England*, in *EHR* 43 (1896), p. 448, o termo *common law* nasceu na Inglaterra do século XIII para fazer referência específica ao direito jurisprudencial desenvolvido e aplicado nos tribunais reais de Westminster (cf. capítulo 3.2.2 *infra*). Assim, o termo indica um âmbito que não se confunde com o sentido dado à locução “direito comum” no Continente, que pode incluir os costumes locais. O autor nota, por exemplo, que para a doutrina alemã, a diferença da inglesa, o termo *gemeines Recht* (direito comum) engloba tanto as leis comuns alemãs (*Gemeindeutsche Gesetze*) quanto os costumes comuns alemães (*Gemeindeutsche Gewohnheiten*), ambos fontes do direito comum alemão (*Quellen des gemeinen deutschen Privatrecht*), cf. O. F. GIERKE, vol. I, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, p. 54.

A distinção entre o significado do termo *ius commune* (entendido como “*common law*” na segunda acepção) no Continente e na Inglaterra também é notada em C. F. DU CANGE, *Glossarium* cit. (nota 13 *supra*), t.

XIII pelos canonistas na Inglaterra em referência ao direito da Igreja católica¹⁷, para indicar o conjunto de normas costumeiras gerais válidas em todo o território inglês, distintas da legislação (*statutes*), do costume local (*local custom*) e das prerrogativas reais (*royal prerogatives*)¹⁸. Daí que hoje se possa dizer que os significados dos termos *ius commune* e *common law* não se confundem¹⁹.

Assim, em sentido amplo, *common law* significa o direito inglês como um todo, incluídos o direito eclesiástico e os direitos marítimo e mercantil aplicados na Inglaterra, em

4, col. 467c (no verbete “*jus commune*”): “*Jus Commune’ appellant nostri jus illud, quo in Gallia utuntur civitates, consuetudines municipales, cui opponitur Jus scriptum, seu ‘Lex Romana’ (...) Ita etiam Angli ‘Jus civile Anglorum’ vocant’.*”

¹⁷ Assim, por exemplo, vê-se a expressão em J. WYCLIF, *The Grete Sentence of Curs Expounded*, 1383 in T. ARNOLD, *Selected English Works of John Wyclif*, vol. III, Oxford, Clarendon, 1871, pp. 289: “*Perfore seide Seynt Gregory and þe comyn lawe of þe Chirche, þat honour or prelacie schulde not be zoven to him þat seken and coveiten it, but to siche men as fleen honouris and dignyte (...)*”.

No continente, a expressão *ius commune* refere-se ao corpo de direito considerado comum a todo o mundo cristão medieval. Desenvolvido principalmente entre os séculos XII e XIV, é também designado pelo termo *utrumque ius* (“um e outro direito”) e era composto pelas normas pertencentes ao *ius civile* e ao *ius canonicum*. Junto com o *ius proprium*, ou seja, as normas desenvolvidas e aplicadas localmente, o *ius commune* perfaz o núcleo da cultura jurídica no continente europeu medieval, cf. M. BELLOMO, *L'Europa del diritto commune*, 1988, trad. ing. de Cochrane, Lydia G., *The Common Legal Past of Europe*, Washington, Catholic University, 1995, p. 74.

Cabe ressaltar que a historiografia jurídica ainda discute o grau de penetração do *ius commune* na práxis jurídica medieval e, consequentemente, sua influência na formação do direito contemporâneo. Assim, alguns sustentam que a influência do *ius commune* no pensamento jurídico medieval foi meramente marginal e desvinculada do direito efetivamente aplicado. É o caso de G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bologna, Mulino, 1976, pp. 29-30, nt. 11, para quem “*per ‘diritto commune’ si intende un diritto residuale che si applica a tutti salve le deroghe costituite da qualsivoglia legge particolare, come le leggi locali, le leggi applicate a particolari tipi di persona (nobili, mercanti, clero, servi, ebrei, cattolici, protestanti), o anche a particolari tipi di Beni (terre del sovrano, terre nobili), e a particolare tipi di rapporti (vendite commerciali, trasporti marittimi)...*’ *‘Diritto commune’ è concetto relativo, che se contrappone a ‘particolare...*”. Na Alemanha, a mesma posição prevalece e encontra expressão inclusive na divisão da famosa revista ZRG em três departamentos (*Abteilungen*): o departamento germânico (*Germanistische Abteilung*), o departamento romanístico (*Romanistische Abteilung*) e o departamento canonístico (*Kanonistische Abteilung*), cf. M. BELLOMO, *L'Europa del diritto commune* cit. (nesta nota), pp. 78-79, nt. 1.

¹⁸ Cf. F. W. MAITLAND, *Canon Law in England* cit. (nota 16 *supra*), p. 448.

¹⁹ Cf. R. C. CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, Cambridge University, 1997, p. 88. Nos países de língua portuguesa, no entanto, o uso de uma terminologia ambígua pode gerar confusão entre os termos *ius commune* e *common law*. É o caso, conforme apontado por E. C. SILVEIRA MARCHI na banca de qualificação deste candidato celebrada em 19-10-2011, da clássica obra O. W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881, trad. port. de J. L. Melo, *O Direito Comum – Origens do Direito Anglo-Americano*, Rio de Janeiro, Cruzeiro, 1967, pp. 11-329, em que a expressão “*common law*”, como o próprio título em português indica, foi traduzida literalmente por “direito comum”, locução que, em língua portuguesa, é mais adequada para designar o direito intermédio continental europeu, cf. A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milénio*, Florianópolis, Boiteux, 2005, pp. 121-123. As traduções mais modernas evitam traduzir o termo *common law*, distinguindo assim entre o direito de matriz inglesa, de um lado, e o direito comum continental europeu, de outro, cf. as obras citadas na nota 14 *supra*.

contraposição aos direitos de base romanística. Já em sentido estrito, *common law* refere-se ao direito desenvolvido e aplicado a partir do século XII pelos tribunais reais, distinto dos costumes locais, do direito eclesiástico, dos sistemas romanísticos de direito e das normas desenvolvidas pelos tribunais da *equity*²⁰.

Por opção metodológica e com o objetivo de facilitar a leitura deste trabalho, será utilizada a expressão *common law*, sem qualquer qualificação, para fazer referência unicamente ao direito desenvolvido e aplicado pelos tribunais reais a partir do século XII. Quando se tratar do ordenamento jurídico inglês como um todo, utilizar-se-ão os termos “sistema do *common law*” ou “direito inglês”²¹.

Por sua vez, o vocábulo *equity*, no linguajar jurídico inglês, tem várias acepções²². Em sentido mais amplo, seu significado é similar ao sentido da palavra “equidade” em português e denota a honestidade e a retidão empregadas nas relações humanas, ou seja, a qualidade daquilo que é feito *ex aequo et bono*²³. Utiliza-se também, em sentido um pouco mais

²⁰ Acerca das diversas acepções da expressão *common law* na língua inglesa, cf. D. M. WALKER, *The Oxford Companion* cit. (nota 13 *supra*), p. 253 (no verbete “*common law*”), com os seguintes principais significados possíveis: (i) o ordenamento jurídico da Igreja, distinto dos costumes locais, também denominado *ius commune*; (ii) o conjunto de normas pertencentes ao sistema judiciário real centralizado; (iii) o direito inglês como um todo; (iv) no contexto do direito comparado, o sistema de direito que abarca os ordenamentos inspirados no direito inglês, em oposição ao sistema de direito romano-germânico; (v) o direito aplicado pelos três tribunais reais sediados em Westminster, em oposição à *equity*. De modo geral, cf. J. A. SIMPSON e E. S. C. WEINER (coord.), *OED* 3 (1989), p. 570 (no verbete “*common law*”).

²¹ Cabe lembrar que a maior parte dos autores ingleses utilizam o termo *anglo-saxon law* para referir-se ao direito vigente na Inglaterra antes da conquista de 1066, cf. nota 101 *infra*. Apesar de não tratarmos desse assunto, no nosso trabalho preferiremos os termos “sistema do *common law*” e “direito inglês” para manter o nosso vocabulário compatível com o da doutrina jurídica e historiográfica inglesa.

²² Para uma exposição dos vários sentidos do termo, cf. B. A. GARNER (coord.), *Black's* cit. (nota 13 *supra*), pp. 486-487 (no verbete “*equity*”). O vocábulo tem uma acepção geral, que é a qualidade daquilo que é justo, correto, equitativo ou imparcial, e um sentido específico para as ciências jurídicas. Nessa última acepção, o termo *equity* pode significar: (i) o recurso aos princípios gerais de justiça derivados da *naturalis aequitas* romana, como forma de complementar e corrigir o direito vigente; (ii) na Inglaterra, Irlanda e os Estados Unidos, o sistema de direito que coexistiu com o *common law* e o *statute law*, prevalecendo sobre estes em caso de conflito; (iii) um direito reconhecido por um tribunal da *equity*; (iv) a qualidade daquilo relacionado ou pertencente à jurisdição da *equity*, i.e. *equity-bar*, *equity court*, *equity-judge*, *equity-lawyer*; (v) o direito de obter uma decisão judicial baseada num juízo equitativo; (vi) o valor de um bem ou um direito após a subtração de quaisquer ônus, e (vii) um direito real sobre um determinado patrimônio, em especial na área do comércio.

²³ Cf. J. STORY, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 3ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1920, p. 1. É interessante notar que, para esse autor, a noção mais ampla de *equity* corresponde à idéia de justiça que aparece nas fontes romanas, especificamente em Ulp. 2 *regul.*, D. 1, 1, 10 pr.: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”; Ulp. 2 *regul.*, D. 1, 1, 10, 1: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”; Paul. 14 *ad Sab.*, D. 1, 1, 11: “*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. Nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium (...)*” (Diz-se “direito” em

restrito, para fazer referência ao conjunto de princípios de justiça com base nos quais o juiz decide os litígios, criando normas novas em detrimento do direito estabelecido²⁴.

Em sentido estrito, no entanto, utiliza-se em oposição ao direito antigamente aplicado nos tribunais reais²⁵ assentados em Westminster²⁶ e que posteriormente veio a ser denominado *common law*²⁷. Trata-se, na verdade, de um corpo normativo que, até 1875, era o conjunto de normas aplicadas apenas e exclusivamente pelos tribunais ingleses denominados *Courts of Equity*. Porém, dado que esses tribunais foram extintos entre 1873 e 1875²⁸, é mais correto dizer que a *equity* é “o conjunto de normas aplicadas pelos tribunais ingleses que, não fosse pela promulgação dos *Judicature Acts* de 1875, seriam aplicadas apenas e exclusivamente pelos tribunais denominados *tribunais da equity*”²⁹. É esse sentido mais restrito que serve de parâmetro para a nossa exposição³⁰.

vários sentidos. Um sentido <é adotado> quando se denomina “direito” aquilo que sempre é bom e equitativo, tal como o *ius naturale*. Outro sentido <é adotado para designar> aquilo que é conveniente para todos ou a maioria em cada cidade, tal como o *ius civile*. E não menos corretamente denomina-se “direito”, na nossa cidade, o *ius honorarium* (...)). O mesmo autor também associa a noção mais ampla de *equity* ao pensamento de H. GROTIUS, *De aequitate, indulgentia et facilitate*, 1625, anot. por Barbeyrac, Jean Amsterdam, 1720, I, § 4: “*Latinis autem aequi prudentia vertitur, quae sese ita ad aequitatem habet, ut jurisprudentia ut justitiam*”, bem como a Bracton f. 3: “*Item ius quandoque supponitur pro iure naturali, quod semper bonum et aequum est. Quandoque pro iure civili tantum. Quandoque pro iure pretorio tantum. Quandoque pro eo tantum quod competit ex sententia*” (Da mesma forma, *ius* às vezes é utilizado para <designar> o direito natural, o qual é sempre bom e equitativo; às vezes para <designar> apenas o direito civil; às vezes para <designar> o direito pretoriano; às vezes para <designar> apenas aquilo que diz respeito a uma sentença).

²⁴ É nesse sentido que vários autores ingleses utilizam o termo *equity*, tal como W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* cit., vol. I (nota 12 *supra*), pp. 446-449 (ao tratar da competência dos diversos tribunais ingleses para modificar o direito preestabelecido) e J. H. BAKER, *An Introduction* cit. (nota 12 *supra*), p. 106 (ao descrever a natureza do direito aplicado pelo *Chancellor* a partir da era dos monarcas da dinastia Tudor).

²⁵ Cf. capítulo 3.2.2 *infra*.

²⁶ Para um percurso histórico de *Westminster Hall* e dos tribunais que ali funcionaram, cf. J. H. BAKER, *The Common Law Tradition*, London, Hambledon, 2000, pp. 247-262.

²⁷ Cf. W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* cit., vol. I (nota 12 *supra*), pp. 4-5.

²⁸ Cf. Stat. 36 & 37 Vic. (1873), c. 66 e Stat. 38 & 39 Vic. (1875), c. 77.

²⁹ Cf. F. W. MAITLAND, *Equity* cit. (nota 12 *supra*), p. 1. O autor reconhece que essa não seja uma definição muito científica; porém, na sua visão, a única outra forma de definir a *equity* seria enumerar cada uma das regras que compõem o conjunto, o que não representaria qualquer vantagem do ponto de vista dogmático, na medida em que a única característica que permite agrupar essas normas num mesmo conjunto é o fato de que todas eram aplicadas, até a data citada, pelos tribunais da *equity*.

³⁰ Cf. capítulo 3.2 *infra*.

2. Os componentes feudais na formação da *real property law*

Não é fácil para um jurista educado e treinado no pensamento jurídico da tradição civilista compreender, *prima facie*, a terminologia e a estrutura da *real property law* inglesa³¹. Em larga medida essa dificuldade deve-se ao fato de que o arcabouço conceitual sobre o qual hoje descansa a propriedade nos sistemas de base romanística é bem distinto do que era no século XI, época em que o *common law* dava os seus primeiros passos³². A compreensão da *real property law* inglesa exige, nesse sentido, algum conhecimento histórico³³ acerca da estrutura dos direitos reais sobre a terra (*land*³⁴) na Inglaterra medieval³⁵.

³¹ Essa dificuldade atribue-se, em larga medida, ao apego dos juristas, advogados e juízes ingleses a uma tradição cujas bases foram lançadas no contexto da conquista normanda de 1066, cf. K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Einführung* cit. (nota 1 *supra*), p. 181. Sobre a conquista normanda, cf. nota 101 *infra*.

³² Referimo-nos, especificamente, à cultura jurídica continental anterior às grandes codificações. Acerca da estrutura e características gerais dos direitos reais no continente europeu durante a Idade Média, cf. A. THIER, s.v. *Feudal Law*, in J. BASEDOW, K. HOPT e R. ZIMMERMANN, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Oxford, Oxford University, 2012, pp. 686-690; G. ASTUTI, s.v. *Feudo*, in *ED* 17 (1968), pp. 292-313.

³³ A utilidade dos estudos históricos no âmbito dos estudos voltados para a compreensão do *common law* é ressaltada e exemplificada com um breve estudo acerca da evolução da responsabilidade objetiva por fato de terceiro (*vicarious liability*) em R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University, 2004, pp. 111-126.

Sobre a aproximação entre o direito civil e o *common law*, de modo geral, cf. também S. RODAS, O. L. RODRIGUES JÚNIOR, J. P. SCHMIDT e R. ZIMMERMANN, *Interview with Reinhard Zimmermann and Jan Peter Schmidt*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 4 (2015), pp. 389-391 e S. RODAS, O. L. RODRIGUES JÚNIOR, J. P. SCHMIDT e R. ZIMMERMANN, *Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt*, trad. ao port. por M. WALKER, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 5 (2015), pp. 339-341.

³⁴ Cf. K. GRAY e S. F. GRAY, *Elements of Land Law* cit. (nota 1 *supra*), pp. 12-13. Hoje, o termo “*land*”, no direito inglês, tem um significado amplo que abrange o solo e seus acessórios (*corporeal hereditaments*) e quaisquer direitos dele decorrente (*incorporeal hereditaments*), cf. Stat. 15 & 16 Geo. V (1925), c. 20, s. 205 (1) (ix): “*Land*’ includes land of any tenure, and mines and minerals, whether or not held apart from the surface, buildings or part of buildings (whether the division is horizontal, vertical or made in any other way), and other corporeal hereditaments; also a manor, an advowson, and a rent and other incorporeal hereditaments, and an easement, right, privilege, or benefit in, over, or derived from land (...)”. Cf. também Bl Comm 2, 2, 16-18 [=W. BLACKSTONE, *Commentaries* cit., vol. II (nota 10 *supra*), pp. 16-18]. No contexto da nossa exposição, o uso dos termos “terreno”, “terra”, “bem imóvel” e outros correlatos deve ser interpretado de acordo com o mesmo critério amplo adotado no direito inglês.

³⁵ Cf. M. C. MALAGUTI, *Il trust* cit. (nota 1 *supra*), pp. 183 e 186. A mesma orientação já aparece em Bl Comm 2, 4, 44 [=W. BLACKSTONE, *Commentaries* cit., vol. II (nota 10 *supra*), p. 44]: “*It is impossible to understand, with any degree of accuracy, either the civil constitution of this kingdom, or the laws which regulate its landed property, without some general acquaintance with the nature and doctrine of feuds, or the feudal law (...)*”.

Assim, para entender aquilo que no direito inglês se entende por *ownership*³⁶, é necessário perceber a distinção entre o moderno direito de propriedade de origem civilística e o conceito de domínio de raízes feudais, tal como se apresentava na cultura medieval³⁷.

A noção civilística contemporânea de propriedade se baseia numa idéia de *dominium* como apropriação total e exclusiva da coisa pelo titular do direito, sobre a qual descansa um paradigma único e absoluto de propriedade sobre a coisa em sentido material³⁸. É essa a noção que ficou plasmada, com algumas variações, nas principais codificações³⁹ de direito privado moderno⁴⁰.

³⁶ É interessante notar que a definição genérica do termo *ownership* no direito inglês, que engloba tanto a propriedade dos bens corpóreos quanto incorpóreos (direitos), não é dissimilar ao civilístico, já que “*a person having ownership has the fullest group of rights which a person can legally have in relation to things of that kind, including at least some of the rights to occupy, possess, use, abuse, use up, let out, lend, transfer in security, sell, exchange, gift, bequeath, and destroy*”, cf. D. M. WALKER, *The Oxford Companion* cit. (nota 8 *supra*), p. 910 (no verbete “*ownership*”). Já se depreende do conceito, no entanto, a preocupação em nominar e especificar as faculdades do *owner*, que por isso é titular, pelo menos em tese, de um direito mais condicionado (e potencialmente restrito) que o do proprietário da tradição civilística.

³⁷ Cf. T. F. T. PLUCKNETT, *A Concise History* cit. (nota 12 *supra*), p. 506.

³⁸ Cf. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Torino, Giappichelli, 1946, pp. 249-250. Acerca do conceito de propriedade de base romanística, cabe recordar a definição formulada por esse autor, segundo a qual a propriedade é a “*signoria più generale sulla cosa, sia in atto, sia per lo meno in potenza*”. De acordo com ela, o conteúdo da propriedade é propositadamente mais genérico, na medida em que ele não pode ser determinado positivamente, mas apenas de forma negativa, em função das limitações legais ao seu exercício. Ao mesmo tempo, esse conceito leva em consideração a possibilidade de o proprietário alienar uma ou mais das suas faculdades, ou seja, de transferir a outrem a faculdade de usar, gozar, dispor ou até reivindicar a coisa, tornando seu direito mais ou menos amplo, porém conservando-o na sua integralidade, fenômeno denominado “elasticidade da propriedade”. Essa concepção absoluta do *dominium*, conforme explica F. PRINGSHEIM, *The Unique Character of Classical Roman Law*, in *The Journal of Roman Studies* 34 (1944), pp. 62-63, é uma das características que distinguem o direito romano clássico de todos os demais direitos antigos.

³⁹ Cabe mencionar que, de acordo com M. BELLOMO, *L'Europa del diritto commune* cit. (nota 17 *supra*), pp. 32-33, o aumento do interesse nas últimas décadas nos estudos comparatísticos voltados para a análise do *common law* está relacionado, entre outros motivos, ao fenômeno de decodificação provocado pela profusão de leis extravagantes que, ao longo dos anos, têm suprimido a aplicação de seções inteiras dos códigos civis em sistemas romanísticos e levado a uma crescente fragmentação do modelo codificado. De acordo com essa visão, o sistema do *common law* proporciona um interessante objeto de estudo, na medida em que o direito inglês retém algumas das características da cultura jurídica continental anterior à era das grandes codificações.

⁴⁰ Do ponto de vista comparatístico, é interessante notar os mais recentes esforços para unificar o conceito de propriedade, pelo menos no que diz respeito aos sistemas de direito de base romanística. Nesse sentido, destaca-se o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), desenvolvido pelo *Study Group on a European Civil Code*, obra que consiste num esboço codificado dos princípios, definições e regras-modelo de direito privado europeu. Cada artigo vem acompanhado de extensas notas explicando o dispositivo e as particularidades do instituto em cada sistema.

O artigo VIII.–1:202 do DCFR define o direito de propriedade (*ownership*) da seguinte forma: “‘*Ownership*’ is the most comprehensive right a person, the ‘owner’, can have over property, including the exclusive right, so far as consistent with applicable laws or rights granted by the owner, to use, enjoy, modify, destroy, dispose of and recover