

*UMA VISÃO CONTRASTANTE DA MODERNIDADE:*  
CIVILIZAÇÃO, CATOLICISMO E DIREITO DE PROPRIEDADE EM JOSÉ DE ALENCAR

*A CONTRASTING VIEW OF MODERNITY:*  
*CIVILIZATION, CATHOLICISM AND PROPERTY RIGHT IN JOSÉ DE ALENCAR*

Arno Wehling<sup>A</sup>

 <https://orcid.org/0000-0002-7965-1628>

<sup>A</sup> Professor Emérito da UNIRIO e Professor Titular da UFRJ.  
Do PPGD da Universidade Veiga de Almeida.  
Da Academia Brasileira de Letras  
e Presidente de Honra do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Correspondência: [arno@wehling.com.br](mailto:arno@wehling.com.br)

DOI: 10.12957/rfd.2022.66767

Artigo de autor convidado.

**Resumo:** Análise da concepção jurídica de José de Alencar sobre o direito de propriedade, em suas relações com os conceitos de civilização e modernidade, a partir de uma perspectiva católica, levando-o à crítica do *Code Civil* e da recepção do direito romano. Esse ponto de vista o aproxima ao catolicismo social.

**Palavras-chave:** José de Alencar. Propriedade. Civilização. Romanismo. Modernidade.

**Abstract:** Analysis of José de Alencar's legal conception of property rights, in its relations with the concepts of civilization and modernity, from a catholic perspective, leading him to criticize the Code Civil and the reception of Roman law. This point of view brings him closer to social Catholicism.

**Keywords:** José de Alencar. Property. Civilization. Romanism. Modernity.

## 1 INTRODUÇÃO

A obra jurídica de José de Alencar foi ofuscada pelo próprio brilho do autor em outros campos da cultura. O valor, a fortuna crítica imediata e a recepção pública de sua obra literária contribuíram para este resultado. Além disso, os textos políticos e a atuação pública do autor a ela se acrescentaram desde cedo. As *Cartas de Erasmo* e o estudo sobre o *Sistema Representativo* aduziram novos traços ao perfil do escritor, o de publicista e pensador político.

A participação na política ativa, como deputado geral, candidato ao Senado do Império e Ministro da Justiça do gabinete Itaboraí ocupa igualmente parcela importante de sua biografia.

A atuação de Alencar no mundo jurídico empalideceu assim ante o conjunto da obra e a dinâmica da vida pública. O espírito polêmico e a presença cotidiana na imprensa fizeram o restante, deixando no olvido o trabalho do doutrinador jurídico e do parecerista. A consultoria no Ministério da Justiça era de natureza técnica e muito específica, e o que escreveu em matéria jurídica permaneceu pouco conhecido ou foi simplesmente ignorado. Não melhorou a situação o fato de estes escritos serem títulos póstumos: os *Esboços Jurídicos* e o livro *A Propriedade* foram publicados seis anos após sua morte, por iniciativa do conselheiro Antonio Joaquim Ribas (ALENCAR, 1883). Os pareceres tiveram edição somente em 1960, organizada pelo comercialista Fran Martins e publicados por José Honório Rodrigues quando diretor do Arquivo Nacional (ALENCAR, 1960).

Da qualidade dos trabalhos e do risco de sua dispersão e esquecimento, já disse em seu prefácio ao livro sobre o direito de propriedade o conselheiro Ribas:

José de Alencar, além de grande literato, era também distintíssimo jurisconsulto. Da sua ilustração jurídica sobejas provas deu ele como advogado, como consultor e como ministro de Estado dos negócios da Justiça. Estas provas, porém, estão esparsas e sepultadas nos cartórios do foro, nas secretarias de Estado e nos jornais do tempo, quase perdidas para a posteridade, e ainda para os que hoje mesmo as queiram consultar. (ALENCAR, 1883, p. V-VI)

Os pareceres foram análises tópicas sobre situações concretas levadas à consideração do Ministério da Justiça. Esse caráter circunstancial não lhes tira, entretanto, a importância de fonte, capaz de nos aproximar do fulcro do pensamento doutrinário do autor.

Os *Esboços Jurídicos*, prefaciados pelo editor Garnier, reúnem trabalhos sobre o júri, o processo penal, o estado civil e a codificação civil.

Em *A Propriedade* são considerados, em doze capítulos, a sua formação, os institutos e as relações jurídicas, como o direito real, o domínio, a hipoteca, a servidão, a aquisição, a posse, o privilégio, as obrigações e os contratos.

Desde logo constatamos na obra que não se trata apenas de um estudo dogmático do tema, mas parte de uma tomada de posição filosófico-jurídica que rejeita o que denomina de “*materialismo do direito civil*”, procurando estabelecer uma relação coerente entre a filosofia política e o direito positivo. Ou, como dito pelo conselheiro Ribas, procurando “*determinar*

*os pontos de divergência entre o direito positivo e o racional e definir as modificações por que aquele tem de passar, para que com este se ponha em harmonia”* (ALENCAR, 1883, p. XIII).

Para entender o abismo apontado por José de Alencar, é preciso recordar algumas coordenadas gerais da época.

## 2 CIVILIZAÇÃO E PROPRIEDADE

No mundo ocidental os vetores que balizam uma obra desta natureza são a expansão do industrialismo e os desdobramentos da Revolução Francesa. Ambos impactam intensamente as discussões sobre a sociedade e o Estado, bem como suas práticas, tendo como pano de fundo o desmantelamento das sobrevivências do Antigo Regime que, aliás, ainda se revela com força vital na Europa centro-oriental e na Rússia. Não é de surpreender que tais impactos também se evidenciem no campo do direito, repercutindo a partir da elaboração dos dois grandes paradigmas oitocentistas, o constitucionalismo e a codificação.

No caso do Brasil, à incidência desses reflexos se agregam aspectos como a origem portuguesa - que possui perfil diferenciado em relação à Europa norte-ocidental - o processo de independência do país e a manutenção da dependência agroexportadora, criticada em 1850 pelo conservador Varnhagen, como um modelo ainda colonial (VARNHAGEN, 2016, p. 109). Por fim, mas não menos importante, a permanência da escravidão, nos dias de Alencar já combatida pelo efetivo corte do tráfico, pelas campanhas antiescravagistas e pela introdução do imigrante.

Se existem, do ponto de vista sociológico e jurídico, dois conceitos onipresentes nesse momento são os de *civilização* e *propriedade*. Aplicados ao Brasil traduziam-se em duas perguntas: como torna-lo um país civilizado? Como assegurar nesse novo país “civilizado” a propriedade?

O conceito de civilização vinha de uma forte vertente ilustrada que só fez engrossar seu caudal ao longo do século XIX, de modo que à época de Alencar atingira o status de verdade científica, logo irretorquível. Reunido a outra concepção da Ilustração, a de progresso, provocou a elaboração da conhecida escala evolutiva com os “primitivos contemporâneos” do século XIX num extremo e os povos “civilizados” no outro. Estes se

tornaram, portanto, o paradigma do progresso e o fim/objetivo da história. Entre os da base da escala e os do topo, povos e nações que possuíam características tidas como intermediárias e que se encontravam habilitados, desde que atendidos certos requisitos, a chegar ao estatuto civilizatório (WEHLING, 2001, p. 57):

Na geração que fez a independência e cada vez mais nas que se seguiram, tal propósito civilizatório era visto como prioridade absoluta do Brasil. José de Alencar, nascido em 1829 e intelectualmente atuante desde o início dos anos 1850, compartilharia dessa perspectiva em que, se a civilização era o norte cultural, a Europa e ainda embrionariamente os Estados Unidos eram o norte geográfico, os exemplos concretos do que havia para ser feito.

Em seu estudo sobre a propriedade privada a ideia de civilização aparece logo no primeiro capítulo, no qual analisa a formação da propriedade. Comparando a evolução histórica do direito com a da religião, afirma que o antropomorfismo “*foi a primeira expressão da religião nos tempos primitivos*”, sendo gradativamente substituído por formas mais elaboradas, a seu juízo naturalmente superiores em boa lógica historicista. Da mesma forma ocorreria no campo do direito: “*Esperemos que a civilização opere na legislação como o cristianismo operou na crença, despindo-a da crosta que lhe formou a rudeza da primeira idade*” (ALENCAR, 1883, p. 17):

A ideia de um padrão historicista que se aperfeiçoa ao longo do tempo por meio de dinâmicas que lhe são próprias empolgou o século XIX e traduziu-se em grandes doutrinas, como o positivismo, o evolucionismo e o marxismo, que embasaram a história, o direito e as ciências sociais mais jovens, como a sociologia, a antropologia e a etnografia. Alencar, se não chegou a se filiar a nenhuma doutrina historicista, sofreu os efeitos de sua disseminação e da naturalização de suas afirmações e conceitos, como qualquer outro intelectual da época.

Um dos aspectos caros a esta dinâmica histórica era o de que o mesmo princípio evolutivo fazia com que o padrão se desdobrasse em diferentes campos – na economia, na sociedade, na religião, na arte, na literatura e no direito. O atingimento do final destes processos indicaria a chegada ao estado civilizatório.

Pela mesma época um conterrâneo de Alencar, que com ele se relacionava, Capistrano de Abreu, fazia estudo sobre a evolução da literatura brasileira em que apontava, à moda positivista, a sucessão das etapas dos vários gêneros literários (ABREU, 1975, p. 57).

O conceito de propriedade foi outra ideia mestra do século XIX. Diferente do de civilização, a propriedade racionalmente definida e ainda mais o instituto jurídico estavam longe de ser novidades ilustradas, perdendo-se no passado remoto de diferentes culturas.

À luz da Revolução Industrial e do triunfo do espírito burguês na Revolução Francesa, o conceito de propriedade assumiu novo papel, mais condizente com o individualismo e a valorização das atividades econômicas. As novas circunstâncias materiais evidenciaram-se teoricamente no liberalismo econômico e numa verdadeira refundação do direito, com o estímulo à liberdade contratual e a definição de um código civil que regulasse as relações privadas entre os cidadãos. O Código Napoleão, paradigma dos novos tempos do direito privado tanto quanto a constituição o era para o direito público, no dizer de Paolo Grossi, “*fala ao coração dos proprietários, é sobretudo a lei tuteladora e garantidora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo ter...*” (GROSSI, 2004, p. 130).

A contestação à preeminência socioeconômica e jurídica da propriedade que vinha do *Discurso sobre as origens da desigualdade entre os homens*, de Rousseau e passara pelos jacobinos franceses até chegar a Saint Just e Graco Babeuf, teria papel significativo na agitação revolucionária do século XIX, mas inegavelmente predominou no mundo euro-ocidental a tendência oposta e sua correlata construção jurídica.

## 2.1 O EMBATE DE ALENCAR COM A CONCEPÇÃO ROMANISTA DE PROPRIEDADE

A nosso autor repugnava tanto a condenação radical quanto o endeusamento da propriedade. Alencar começa seu estudo sobre o tema utilizando o referencial histórico do direito romano. Para ele, a origem da propriedade romana estava na organização gentílica da sociedade, baseada na família extensa sob a liderança patriarcal. Identificava a propriedade como o princípio dominante romano, no que estava em consonância com a historiografia geral e jurídica da época, e assim seguiu seu histórico das origens gentílicas até o colapso da decadência imperial. A propriedade quirritária – *dominium ex jure Quiritum* – com seu profundo individualismo, era para Alencar uma autêntica “reliquia bárbara” a ser expurgada do direito “civilizado”.

O autor comenta, com decepção explícita, que o direito (em suas palavras: a “legislação civil”) dos povos contemporâneos ainda se baseava nas leis romanas e que o modelo de família e de propriedade que adotavam era o de Roma (ALENCAR, 1883, p. 20).

Tal situação era fruto de “*que o materialismo da legislação romana*” em matéria de propriedade fosse sucessivamente recebido pelos direitos posteriores, de modo a continuar até seus dias (ALENCAR, 1883, p. 21).

Reconhece-se aqui a crítica à vertente do direito que Gierke denominou romano-moderna, em oposição à germânica medieval e que, pelo caminho do direito comum, foi amplamente recebida quando se impuseram nos séculos finais da Idade Média os fatores novos da economia comercial, da vida urbana e da centralização política (GIERKE, 1995, p. 70).

Paolo Grossi destacou sua tessitura como “duplo modelo para as civilizações sucessivas”: a construção de uma armadura intelectual de “extraordinário rigor”, que permitiu pela solidez sua adaptação a “ambientes históricos muito diferenciados”; e a inserção dos autores dessa construção, os juristas do Baixo Império, no contexto histórico a que pertenciam, de modo que “*As suas arquiteturas e as suas categorias formalizavam uma civilização que valorizava ao máximo a dimensão do ter, fundada sobre o patrimônio e, portanto, sobre a apropriação, marcada por um forte individualismo econômico*” (GROSSI, 2011, p. 70-71).

Esse individualismo, traduzido nos diferentes institutos de natureza patrimonial e de defesa da sucessão legítima, foi plenamente recepcionado do início da modernidade ao Código napoleônico. A legitimação das características econômicas ditas burguesas na primeira Revolução Industrial por esta imponente arquitetura jurídica milenar dava a seus defensores um sentido de cientificidade e irreversibilidade que praticamente *naturalizava* as normas.

Alencar, em nome de uma concepção cristã, refutava esta inexorabilidade. Aqui encontramos o cerne do problema que o preocupava: como coadunar o progresso da civilização, progresso material e moral, com um direito de traços antigos, a seus olhos arcaizante e rude, que simplesmente contemplava a ambição humana, atribuindo-lhe um caráter inato?

No fundo, o autor se insurgia não propriamente contra o direito romano, mas contra as razões – contemporâneas – que determinaram sua triunfante recepção na modernidade.

## 2.2 DIREITO DE PROPRIEDADE EM JOSÉ DE ALENCAR – FONTES E INFLUÊNCIAS

A análise das fontes mencionadas por Alencar permite perceber um autor que trabalha simultaneamente com as fontes clássicas e os contemporâneos, de maneira sofisticada, utilizando a erudição no ponto certo, sem excessos. Uma tentativa de classificação a partir das menções no texto sobre a propriedade permite-nos traçar um perfil das leituras jurídicas do escritor, ainda que em alguns casos a leitura não seja das fontes originais, mas de citações em textos mais gerais.

NATUREZA	TEXTOS/AUTORES
Fontes legais e jurisprudência	Código Justiniano (Pandectas e Digesto), Gaio, Ulpiano
Legislação contemporânea	Código Prussiano, Código Francês
Legislação portuguesa	Leis de 17/4/1751, 17/8/1761 e 1/7/1777
Periódico	Revue de Jurisprudence
Historiadores, filósofos e retóricos	Clássicos: Cícero e Tito Lívio Modernos: Milton, Locke, Blackstone, Montesquieu, Mirabeau, Bentham, Kant
Juristas portugueses	Lobão, Coelho da Rocha
Juristas alemães	Savigny, Achenwall
Juristas franceses	Loqué, Ortolan, Lagrange, Dummond, Troplong, Bigot de Preaumeu, Tremouillet, Comte, Ducourroy, Persil, Janet, Du Caurvoy

A partir do conjunto de textos e autores citados, podemos estabelecer pelo menos três conclusões:

- a) A relação que o autor estabelece entre premissas filosóficas, ou filosófico-jurídicas e as normas do direito positivo. Aquelas não aparecem como referências genéricas, mas como efetivas premissas ou fundamentos destas.
- b) O reconhecimento da relevância da tradição jurídica portuguesa no Brasil e não apenas a do direito romano ou a do direito contemporâneo europeu.

c) Não obstante a presença de autores alemães como Savigny e Achenwall, a preponderância de juristas franceses comentadores e aplicadores do Código Napoleão.

Quanto ao último aspecto, merece ser lembrado que dos 12 autores franceses citados, quase todos se identificavam com o liberalismo econômico da época de Luís Felipe ou de Napoleão III. É o caso de Troplong, liberal clássico até 1848, anti-socialista em 1848 e “oráculo jurídico” de Napoleão III (Arabeyre; Halpérin; Krynen, 2007, p.754); Jean Charles Persil, deputado anti-absolutista em 1830, ministro da justiça de Luís Felipe e membro do Conselho de Estado com Napoleão III, especialista em direito hipotecário; Charles Comte, professor que introduziu a metodologia científica no estudo do direito e que é visto como antecessor de Durkheim na matéria; Joseph Ortolan, defensor entusiasmado do “progresso” e do “bonapartismo social”, penalista que influenciou a legislação francesa e o código penal português; Adolphe Du Caurvoy de la Croix, romanista da Sorbonne, autor de uma largamente utilizada tradução comentada das *Institutas*, mas que se convenceu da irrelevância do direito romano com a promulgação do Código Napoleão; ou Jean Guillaume Locré, secretário do Conselho de Estado napoleônico, um dos fundadores do direito autoral e autor de um livro sobre o “Espírito do Código Napoleão” no qual defendia o papel central da propriedade na nova legislação (Arabeyre; Halpérin; Krynen, 2007, p.514).

Dos juristas franceses citados por Alencar o único que pode ser associado ao Antigo Regime, porque defendia a herança do espírito romanista e do direito consuetudinário francês ante as inovações iluministas foi Bigot de Préameneu, membro da comissão de elaboração do Código. Não deixou obra escrita, mas teve participação importante no Conselho de Estado em matéria de contratos, defendendo a posição tradicional de limitação da vontade, opondo-se ao que considerava excessos do individualismo burguês (Arabeyre; Halpérin; Krynen, 2007, p.84).

### 2.3 DIMENSÕES DA PROPRIEDADE EM ALENCAR – JURÍDICA, SOCIAL E MORAL

A análise jurídica da propriedade em José de Alencar não é dissociável de seus fundamentos sociais e morais. É neste sentido que fixa uma relação estreita entre a filosofia política e o direito positivo. Para ele o homem e a lei foram criados por Deus, no contexto de um plano divino da natureza. Por extensão o caráter racional do homem e sua sociabilidade foram-lhe inculcados pela divindade. O direito natural, em sua versão de origem teológica, parece assim coadunar-se bem com esse embasamento e talvez – podemos cogitar – explique a referência a Achenwall, um jurista do Iluminismo alemão à época já pouco conhecido.

A sociedade, organizada pelos homens, tem assim por objeto a existência humana – terreno do matrimônio e da família – a liberdade – terreno do exercício de suas atividades – e a propriedade – terreno no qual são explorados os bens. Cada um destes territórios possui regras sociais e jurídicas especiais, mas todas derivam do mesmo princípio geral da personalidade humana (BARBUY, 2014).

A fundamentação filosófica de uma *societas christiana*e pré-existente a qualquer pacto embasa dessa forma, em José de Alencar, a lógica do direito positivo. Tal fundamentação, por sua vez, é tributária de uma concepção cristã do homem, da sociedade e do direito, que pode ser derivada de uma posição tomista ou da segunda escolástica ibérica. Não há referências nos poucos textos jurídicos de Alencar a Santo Tomás ou Suarez, mas já se cogitou de que teria conhecido a obra do jesuíta Taparelli d' Azeglio, divulgador da *Suma Teológica*, sobre o direito natural, publicada em 1843 (BARBUY, 2014). De qualquer modo o direito natural ensinado nas duas faculdades brasileiras de direito era fortemente marcado pelo catolicismo e pouco mais tarde pelo próprio ultramontanismo. Havia um *clima jusnaturalista católico* na formação dos bacharéis que ainda persistia no finaldo Império. Na década de 1880, o cientificismo de Rui Barbosa, Silvio Romero, Capistrano de Abreu ou Miguel Lemos conviviam com as posições ultramontanas de Sá e Benevides, professor da Faculdade de Direito de São Paulo.

Não é preciso assim presumir uma tradição filosófico-jurídica mais elaborada para admitir a hipótese de que as concepções de Alencar sobre o homem, a sociedade e a propriedade derivam desta cosmovisão católica. De qualquer modo, o fato é que no livro sobre a propriedade Alencar é decididamente e de modo engajado um defensor da pessoa humana na concepção católica, sobrepondo-a aos interesses materiais e protestando que, no direito contemporâneo, houvesse a inversão dessa prioridade. Não era diferente sua opinião

nos *Esboços jurídicos*, ao lamentar a “tirania da propriedade” e defender a “sobriedade da riqueza.” (ALENCAR, 1883, p. 192).

A tese do autor é a do materialismo do direito civil contemporâneo, dominado pela propriedade. Reagia desta forma ao Código Civil francês e ao ambiente de “enrichissez-vous” do liberalismo francês.

Alencar, contudo, vai muito mais longe e chega ao cerne teórico da questão, porque recua ao direito romano para afirmar que o materialismo da sociedade romana, explicitado na valorização da propriedade, atravessara vinte séculos, chegando triunfante a sua época (ALENCAR, 1883, p. 21). Combatendo tal recepção burguesa do romanismo, entendia por isso importante diminuir o âmbito do direito de propriedade, pois *“Depravada pelo materialismo, a legislação civil olvida que o fim do homem é a perfeição; e que as faculdades jurídicas não são mais que instrumentos do progresso”* (ALENCAR, 1883, p. 22).

Criticando diretamente Locré, afirma: *“Já houve escritor que, estimulado pelo exemplo e corrompido por este falseamento de ideias, levou a franqueza ao ponto desustentar que o Código Civil nada mais era do que a lei da propriedade.”* (ALENCAR, 1883, p. 22-23).

O problema para José de Alencar estava assim em coadunar o “progresso da civilização” – sua expressão – com um direito que via como arcaizante e distorcido pelo “materialismo”. As transformações econômicas trazidas pelo industrialismo deveriam contribuir para o melhoramento da vida humana e o seu aperfeiçoamento moral, não para a escravização do homem aos bens materiais. O culto jurídico à propriedade não era assim um exemplo de modernidade, mas pelo contrário um resquício de fases históricas já superadas a partir do cristianismo.

No âmbito do “direito político” – diríamos hoje, do direito constitucional e do direito público – a distorção entre civilização e mundo jurídico fora reparada, mas o mesmo não ocorrera – afirma o escritor - no direito civil. O autor não o explicita, mas a afirmação se refere obviamente à afirmação dos direitos civis e políticos nas constituições derivadas das Revoluções Americana e Francesa.

Quanto ao direito civil, se a sociedade humana tinha por objeto os três planos – existência, liberdade, propriedade – parecia-lhe absurda a hipertrofia desta sobre as outras duas. Em suas palavras:

O objeto da propriedade... em vez de limitar-se à sua sede natural, a coisa, ousa subjugar também a pessoa. A existência e a liberdade, confiscadas em proveito de

alguns, reivindicaram os seus foros sagrados... Mas essa conquista, completa em relação ao direito político, não o é em relação ao direito civil. A propriedade ainda não se desprende do invólucro material, nem restituiu às outras faculdades a ação própria de cada uma. Por isso em todos os códigos civis, o homem parece figurar exclusivamente como proprietário. (ALENCAR, 1883, p. 22)

Esse posicionamento derivava da premissa – claramente cristã ou mesmo aristotélico-cristã – de que “o fim do homem é a perfeição” (ALENCAR, 1883, p. 22) e que os bens materiais e suas garantias jurídicas nada mais eram do que meios para a finalidade e não fins em si próprios.

Por esse motivo Alencar ataca a divisão, corrente nos códigos modernos, entre direitos reais e direitos pessoais. O direito real, diz, tem por objeto uma *coisa*, e vigora contra todos (*adversus omnes*), enquanto o direito pessoal tem por objeto uma *ação* ou *inação* e vigora contra certa e determinada pessoa (*adversus aliquem*) (ALENCAR, 1883, p. 28). Porém, diz o autor, a personalidade, a existência e a liberdade, com a hipertrofia da propriedade, só entram nos códigos “pela necessidade de completar o regime patrimonial”: “*A existência aí é apenas o modo de ser do proprietário, não do homem, a liberdade é o instrumento e nada mais, para a transferência ou ataque de propriedade*” (ALENCAR, 1883, p. 31).

Ao contrário, argumenta Alencar citando Kant, o direito se baseia numa relação interpessoal e exige a dualidade humana (ALENCAR, 1883, p. 31). A propriedade sendo apenas um aspecto da atividade humana não pode logicamente predominar sobre o conjunto do direito civil. Admiti-lo como os juristas romanos era testemunho de uma sociedade rude e materialista; fazê-lo nos tempos modernos, de ciência e civilização, é atitude “*talvez mais polida e delicada para a nobreza jurídica do homem; porém no fundo falseia com uma hipocrisia indigna da ciência os foros sagrados da existência e da liberdade, grupando-as como verdadeiras parasitas em um ramo da propriedade.*” (ALENCAR, 1883, p. 33)

No caso do concurso de credores e da enunciação pela lei civil dos preferenciais, diz Alencar, é onde existem as maiores injustiças, pois apenas a propriedade é valorizada, postergando-se, por exemplo o crédito de viúvas ou do trabalhador envelhecido, incapazes ambos de recompor suas economias (ALENCAR, 1883, p. 194-195). E volta à tecla predileta: se o direito fez o homem mero proprietário, então todos os aspectos morais e superiormente humanos, ou cristãos, são ignorados (ALENCAR, 1883, p. 198).

Juridicamente o problema estava, reiterava o autor, no deslocamento da propriedade de sua “sede natural, a coisa, para a personalidade humana, a obrigação” (ALENCAR, 1883, p. 216), atrelando com isso a liberdade e a existência humana à propriedade. Acrescentemos: a sociedade contemporânea invertia a lógica cristã e humanista, a favor da segurança e do sucesso das relações econômicas.

A técnica expositiva de Alencar, fazendo transitar incessantemente a fundamentação filosófica ou histórica para o direito positivo e vice-versa, permite ao leitor acompanhar a aplicação das variáveis mais amplas à operacionalização jurídica.

Alencar, porém, não é apenas um jurista inspirado pela Weltanschauung católica do ambiente brasileiro. Como homem de seu tempo é um adepto do *progresso* e da *civilização*, conceitos recorrentes em sua argumentação. Como tantos outros intelectuais, aderiu ao evolucionismo difuso que dominava a época, percebendo a aceleração das mudanças sociais e econômicas e admitindo que estas revelavam etapas ou fases históricas. E revelavam ademais *ritmos* diversos de desenvolvimento, acentuando a defasagem entre o progresso moral da sociedade e seu progresso material. Ou, nas suas palavras, evidenciando a lentidão do progresso da sociedade civil e de suas instituições, como a família, em contraste com a celeridade das demais mudanças históricas: “*Essa majestosa lentidão, com que avança ao través dos tempos e das revoluções a sociedade civil...*” (ALENCAR, 1883, p. 2).

Fora de sua produção jurídica, nas “*Novas Cartas Políticas de Erasmo*”, essa posição se confirma: mostrou-se adepto de um progresso igualmente mais lento, que respeitasse os costumes e a prática social, em especial no espinhoso tema da escravidão (ALENCAR, 2009, p. 283).

Das sete Cartas publicadas de 1867 a 1868, três foram sobre a questão do fim da escravidão no Brasil. Criticando o Imperador por dar ouvidos à propaganda “filantrópica” antiescravista, partia da premissa de que só as circunstâncias sociais e econômicas justificariam o fim do sistema. Fazê-lo pelo caminho legislativo, como se discutia desde que Pedro II propusera o tema ao Conselho de Estado, em 1866, seria opor-se à ordem natural das coisas, argumento caro aos conservadores anti-abolicionistas.

Embora centralizando seu argumento nos aspectos materiais, Alencar acrescentou uma tese jurídica, a de que se “o direito caminha”, não deve, no entanto se antecipar aos acontecimentos e à época. “*A escravidão é um fato social, como são ainda o despotismo e a*

*aristocracia*”, dizia. Portanto, o instituto jurídico vivia e “*enquanto a lei não é cadáver, despojo inane de uma ideia morta, sepultá-la fora um grande atentado*” (ALENCAR, 2009, p. 282-283).

Atentado obviamente, em seu argumento, ao direito de propriedade dos adquirentes de boa fé e debaixo de circunstâncias para ele absolutamente imperiosas. Segundo Alencar, quando introduzida na América, a escravidão ressurgiu após centenas de anos no Ocidente pela diferença que existia entre o potencial demográfico dos colonizadores e a extensão das terras a colonizar. A escravidão africana, por diversas razões, teria assim coberto este hiato.

Era uma tese antiga, que aparece em autores do século XVIII como Mirabeau e Benjamin Franklin e que foi popularizada por Edward Gibbon Wakefield no século XIX. No mundo luso-brasileiro, lembram Roberto Martins e José Murilo de Carvalho, ela já tinha sido utilizada pelo bispo Azeredo Coutinho no texto “*Análise sobre a justiça do comércio do resgate dos escravos da costa da África*”, de 1798, sendo retomada por José de Alencar nas “*Novas Cartas*” (ALENCAR, 2009, p. 289).

Se a iniciativa jurídica era inócua, qual a solução? Aguardar os resultados da imigração, dizia, de modo que a escravidão se tornasse uma instituição social e moralmente ultrapassada. Na quarta carta comentava que se a Europa, “aquele grande viveiro de gente” fornecesse anualmente 60.000 imigrantes ao Brasil, a escravidão acabaria em vinte anos.

Não havia, portanto, solução para o problema no âmbito jurídico, apenas a constatação de um fato social consumado. Por outro lado, se confrontado com a opção entre a solução gradualista da legislação (como logo se efetivaria em 1871) e a abolição abrupta, daria preferência a esta, pois a “operação lenta, excessivamente dolorosa” estimularia a convulsão social.

Fora do terreno jurídico, o católico crítico dos excessos do capitalismo industrial revelava-se simpático ao maquiavelismo defensor da máxima de que todo o suposto mal deveria ser concentrado num só golpe.

Assim como o pragmatismo justificava certo grau de concessão ao maquiavelismo, em Alencar também o direito natural católico tradicional, embora majoritário convivía com alguns traços do racionalista, como a ideia de insociabilidade no estado de natureza (ALENCAR, 2009), provavelmente lida indiretamente em Hobbes e Kant (WEHLING, 2001). E havia ainda o problema da historicidade. Não lhe parecia contraditório aplicar os preceitos

do direito natural ao desenvolvimento histórico das sociedades. Contemporâneo do historicismo e com acurada sensibilidade para o passado, como se evidencia na obra literária, seria de esperar que a história tivesse particular relevância em suas concepções. Em consequência, as tradições nacionais ou locais não deveriam ser sacrificadas no altar de uma legislação racionalista e uniformizadora de todas as sociedades. Disse-o com todas as letras no relatório do Ministério da Justiça de 1869, ao criticar o caráter apriorístico do projeto de Teixeira de Freitas:

Um código civil não é obra da ciência e do talento unicamente; é sobretudo obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilização... Mas a sociedade civil não há revolução que a altere de um jato. Modifica-se lentamente por uma transformação secular. (RIO DE JANEIRO, 1869, p. 116)

Poderíamos não obstante perguntar porque Alencar era tão sensível à historicidade, quando a maioria dos autores que citava eram de um modo ou de outro, defensores do racionalismo jurídico e da dogmática jurídica?

Uma hipótese que parece razoável é dizer que a resposta está justamente em sua fundamentação católica e na concepção cristã do direito natural, que não era o da tradição jus racionalista moderna de Grotius a Rousseau e Kant, salvo na exceção mencionada, mas se enraizava na tradição jusnaturalista medieval de Santo Tomás – ainda que o conhecesse provavelmente de segunda mão. Nesta tradição era compatível a afirmação de algumas características humanas imutáveis com as diferentes manifestações da historicidade, como já se fizera na época barroca (MARAVALL, 1996, p. 336). Algo que lembra seu contemporâneo mais jovem Rui Barbosa ao afirmar, embora imbuído de spencerismo, que “tudo muda, sobre uma base que não muda nunca”.

Uma ampliação da resposta poderia incluir a perspectiva conservadora da sociedade – em matéria de filosofia política e social, independentemente de coloração partidária brasileira – que admitia o primado da evolução sobre a revolução. O que já se sugeriu denominar de “conservadorismo reformador dos liberais” (WEHLING, 2001, p. 47).

Outro ponto a acrescentar seria a perspectiva romântica, valorizando o ethos nacional e as tradições culturais autóctones em lugar de um racionalismo jurídico nivelador, posição que o coloca na mesma ótica de Varnhagen anos antes, ao defender no *Memorial Orgânico* o respeito pela tradição jurídica portuguesa, em detrimento da importação de institutos

jurídicos construídas em gabinete ou simplesmente pertencentes a outras tradições normativas.

### 3 A PROPOSTA DE ALENCAR PARA O EQUACIONAMENTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE

Retornando ao ponto inicial: qual a proposta de Alencar em relação ao direito de propriedade? Sua resposta foi:

Impere a igualdade: aniquile-se esta funesta divisão da propriedade, que fundou a aristocracia jurídica, sob a denominação de direito real, e não haverá necessidade de recorrer a paliativos desta ordem para salvaguarda de justos interesses.” (...) [com isso] ... “não mais assistiremos a esse triste espetáculo de direitos parasitas nutrindo-se da seiva de outros direitos. (ALENCAR, 1883, p. 201)

Para Alencar na raiz da questão jurídica está a razão. E na base desta a natureza, conforme disposta por Deus.

O direito, filho da razão, é como o corpo, filho da matéria. (...) nenhuma força social tem o poder de aniquilar um átomo sequer do direito. Deus somente, o supremo criador, tem a onipotência do nada. Todo o direito... é mais do que inviolável, é imperecível; ele não pode ser destruído; ressuscita de suas cinzas. (ALENCAR, 1883, p. 201)

Conciliar as conquistas da civilização com a ordem jurídica que rege a sociedade civil, de modo que progresso social, progresso moral e direito superem suas contradições, harmonizando a existência humana, este o fim visado por José de Alencar em sua obra jurídica.

Um caminho enraizado no catolicismo ibérico, mas que não se fechou no tradicionalismo, antes procurou compatibilizá-lo com a modernidade do século XIX. E que convivia, sublinhe-se, com as inquietações católicas ante a crueza do capitalismo industrial e a pregação revolucionária de socialistas e anarquistas.

José de Alencar poderia ter se fixado nas posições de De Maistre, Donoso Cortez e no carlismo espanhol, defendendo um catolicismo tradicionalista *à outrance*, em sintonia com os setores mais reacionários (no sentido que o conceito tinha à época) da contra-revolução. Ou se aproximado das posições de Gioberti e Rosmini, que na Itália se opunham à modernidade liberal e à filosofia eclética em nome do catolicismo, no Brasil repercutidas pelas obras de Patrício Muniz, de 1863 e de Soriano de Sousa (a primeira delas, de 1867).

Em suma, poderia ter se filiado simplesmente à “reação católica”, categoria utilizada por Silvio Romero para classificar os dois autores (ROMERO, 1969, p. 163).

Tal interpretação não parece impossível, a despeito da força do ecletismo de Cousin até os anos 1860 – reconheça-se aliás que a própria obra de Alencar sobre o sistema representativo a ele se vinculava. Além daqueles autores, Gioberti e Rosmini, sem dúvida de baixa repercussão no ambiente intelectual brasileiro, havia ainda a considerar a força do direito natural tradicional nas faculdades de direito de que são exemplos Brás Florentino Henriques de Sousa no Recife e Sá e Benevides em São Paulo.

Se optasse por tal perspectiva, o autor nada mais faria que adotar a posição oficial da Igreja, a Igreja de Pio IX e do *Syllabus*, de condenação global do liberalismo e da modernidade. Não foi, entretanto, esta sua escolha.

A crítica do jurista ao capitalismo e ao *materialismo do Código* Napoleão deixa entrever um desconforto que o aproxima das novas posições que emergiam na Igreja desde os anos 1830 e que só se tornariam “oficiais” no pontificado de Leão XIII, após 1879. Posições que não excluía a escolástica como um todo e naturalmente o tomismo; ao contrário, a incorporaram ao pensamento ortodoxo da Igreja a ponto de justificar a sua renovação por esta via, distinguindo-a claramente das correntes tradicionalistas da primeira metade do século XIX.

Entre restaurar pura e simplesmente a visão medieval, como desejavam tais correntes e enfrentar os tempos modernos com uma renovação teológica e social que fizesse frente aos excessos do capitalismo, ao socialismo e ao anarquismo, a Igreja optou por essa alternativa.

A hostilidade de Alencar às diferentes formas de *materialismo econômico* lembra seus contemporâneos Lammennais e Lacordaire e as origens da doutrina social da Igreja. Embora a orientação neoescolástica de Roma datasse de 1879, a encíclica social de Leão XIII somente surgiu em 1891, tempo que permitiu uma costura entre o liberalismo de Lammennais e sua aceitação por “neoescolásticos idealistas”, na expressão de Ubiratan Borges de Macedo (MACEDO, 1979, p. 56). De qualquer modo as “rerum novarum” estavam postas em discussão há décadas

Alencar – e é esta a hipótese – fez o mesmo antes dessa tomada de posição. Se por autoconvencimento ou se por influência do reformismo cristão, pelo menos por ora não

sabemos. Mas o que diz nos estudos jurídicos, em particular em *A Propriedade*, não deixa dúvidas sobre sua escolha, independente do que a tenha motivado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, João Capistrano de. A literatura brasileira contemporânea. In. *Ensaios e estudos, 1ª. Série*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975.
- ALENCAR, José de. *Esboços Jurídicos, A Propriedade*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883. Disponibilizado pelo Senado Federal, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220536>. Acesso em 24 mai. 2022.
- \_\_\_\_\_. *Pareceres Jurídicos*, Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1960.
- \_\_\_\_\_. Novas cartas políticas de Erasmo. In. *Cartas de Erasmo*, Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras, 2009.
- ARABEYE, Patrick; Halpérin, Jean Louis; Krynen, Jacques. *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe.-XXe. Siècle*. Paris: PUF, 2007.
- BARBUY, Victor. *Ideias jurídicas de José de Alencar*, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13022015-134909/pt-br.php>. Acesso em 24 mai. 2022.
- GIERKE, Otto Von. *Teorias políticas de la Edad Media* (ed. de F. W. Maitland). Madri: CEC, 1995
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Primeira lição sobre o direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MACEDO, Ubiratan Borges. *A liberdade no Império*, São Paulo, Convívio, 1979.
- MARAVALL, José Antonio. *La cultura del barroco*. Barcelona: Ariel, 1996.
- MARTINS, Roberto B. *Crescendo em silêncio. A incrível economia escravista de Minas Gerais no século XIX*, Belo Horizonte, ICAM-ABPHE, 2018.
- RIO DE JANEIRO. *Relatório do Ministério da Justiça de 1869*. Tipografia Progresso, 1869.
- ROMERO, Silvio. Filósofos brasileiros. In. *Obra filosófica*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1969.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *Memorial Orgânico*, Brasília, Funag, 2016.

WEHLING, Arno. *A invenção da história. Estudos sobre o historicismo*, Rio de Janeiro, UGF, 2<sup>a</sup>. Ed., 2001.