

José de Alencar, Jurista

Fran Martins

.....

Se como romancista, poeta, comediógrafo, crítico literário, jornalista, político e tribuno, José de Alencar tem sido estudado — com preponderância natural para o romancista, que foi a sua principal qualidade — há, contudo, uma faceta de sua personalidade que tem permanecido quase desconhecida, pouquíssimos sendo os que a ela se referiram. E mesmo esse reduzido número de seus críticos e biógrafos, ao mencioná-la, fazem-no em poucas linhas ou em reduzidas páginas, de modo a quase ser ignorado pelo público tal aspecto da personalidade do grande homem.

Trata-se do jurista. Pois a verdade é que Alencar, Bacharel em Direito pela Faculdade de S. Paulo, não era simplesmente o detentor de um título mas, igualmente, um estudioso da ciência jurídica. Um dos seus biógrafos, Artur Mota, com algum exagero chega mesmo a dizer que “a sua verdadeira profissão, que almejou pelo preparo inicial do seu espírito, a que lhe garantiu os meios de subsistência durante toda a vida, foi a do jurisconsulto”. (17) Se essa foi a sua verdadeira profissão não foi, contudo, a que sempre almejou. Mais fortes, nele, estavam as inclinações para a literatura e para o jornalismo, conforme repetidamente se vê das páginas que escreveu sobre sua própria vida.

(17) *José de Alencar (O Escritor e o Político) — Sua Vida e Sua Obra*, Rio de Janeiro, 1921, p. 237.

Mas o fato é que, como advogado e jurisconsulto, Alencar não se limitou a ostentar um título ou ocupar uma função. Deu seguras demonstrações de conhecimentos de direito e é justamente isso o que faz lamentemos não se tenham ainda os estudiosos detido sobre essa faceta do seu espírito. As páginas que até agora foram escritas sobre Alencar como jurista são pouquíssimas. Artur Mota é quem mais se expande, dedicando-lhe 10 páginas do seu livro; Araripe Júnior faz apenas rápidas referências, quatro ou cinco frases que não esclarecem o papel de Alencar como cultor do direito. Os demais, que estudaram a obra do romancista, não se detiveram sobre o jurista, como que desconhecendo ou menosprezando as suas atividades nesse setor. Dos ensaios críticos que antecedem os vários volumes da coleção editada por José Olímpio, só o de Afrânio Peixoto, no volume que enfeixa a *Guerra dos Mascates*, contém algumas palavras sobre o assunto. "Com efeito — diz Afrânio — o jurisconsulto seria havido entre os nossos Lafaietes ou Rui Barbosas, se no Brasil se permitissem ao menos as acumulações... de nomeado. *Uma Tese Constitucional, Questões de Habeas Corpus, O Sistema Representativo, a Codificação Civil, A Propriedade...* são opúsculos e obras, escritos com perfeição, cheios de idéias, que tiveram aplauso do tempo, indispensáveis para se compreender senão a altura, a profundidade do seu espírito, tão grande na ciência como na arte."(18)

É verdade que há uma justificativa para isso, principalmente no que concerne aos prefaciadores da edição de José Olímpio: o papel de José de Alencar como romancista foi tão grande que as suas demais atividades culturais como que deixaram de ter importância. E é talvez por essa razão que até mesmo os livros de referências bibliográficas — os dicionários de Sacramento Blake, de Inocêncio, do Barão de Studart — pouco adiantam a esse respeito, deixando o interessado cheio de dúvidas sobre essa faceta da vida de Alencar.

(18) Afrânio Peixoto — *José de Alencar*, conferência lida na Academia Brasileira de Letras por Fernando de Magalhães, a pedido do autor, em 1.º de maio de 1929, e incluída na *Guerra dos Mascates*, Liv. José Olímpio, Rio, 1951, pág. 22.

Acreditamos, entretanto, que o assunto merece atenção. E, ao tentar aqui focalizá-lo, o nosso intuito é apenas o de despertar a curiosidade dos estudiosos para o mesmo, apontando um filão que poderá ser explorado com sucesso pelos doutos. A premência do tempo de que dispomos para entregar ao Arquivo Nacional os *Pareceres* que adiante se encontram, devidamente anotados, e sobretudo a falta de elementos com que, na província, contamos para uma pesquisa mais demorada nas fontes, não nos permitem adiantar grande coisa nesse setor tão interessante da vida do escritor. As notas e considerações que adiante expendemos servem, assim, apenas de roteiro àqueles que quiserem aprofundar o assunto. Roteiro, pelos motivos atrás expostos, passível de retificações e esclarecimentos pois a verdade é que o tempo não nos permite investigar mais a fundo, como era nosso desejo, esse aspecto das atividades de José de Alencar, o que um dia, se as condições permitirem, pretendemos fazer, com mais vagar.



Como todos sabem, José de Alencar era Bacharel em Direito, tendo-se formado em São Paulo, em 1850. Iniciando os estudos secundários na Corte, no Colégio de Instrução Elementar, do Professor Januário Mateus Ferreira, com quatorze anos de idade transferiu-se para São Paulo, a fim de terminar os preparatórios que o habilitariam a ingressar na Faculdade de Direito.

Na sua carta autobiográfica *Como e Por Que sou Romancista*, Alencar declara: “Ao chegar em São Paulo era eu uma criança de *treze anos*, cometida aos cuidados de um parente, então estudante do terceiro ano e que atualmente figura como lustre na política e na magistratura”. A afirmação de contar apenas 13 anos a essa época mostra-nos que Alencar deve ter ido para São Paulo até maio de 1843. Na verdade, páginas antes dizia ele, nessa narrativa, que “foi em 1842”, quando a família já deixara a casa da Rua do Conde, mudando-se para a chácara na Rua do Maruí, nº 7, que tentou escrever, animado por Joaquim Sombra, uma história passada em Pajeú de Flores que muito o impressionara. E encerrando esse capítulo declara Alencar: “Um ano depois parti para São Paulo,

onde ia estudar os preparatórios que me faltavam para a matrícula no curso jurídico”.

Ora, um ano depois de 1842 era 1843. E tendo nascido, em maio de 1829, em maio de 1843 Alencar devia fazer quatorze anos. Assim, foi no princípio de 1843, até maio, que deixou a família e foi para a capital paulista. Era então rapazola tímido, arredio, que, apesar de viver em uma república de estudantes, certamente nunca tomou parte em patuscadas. “Com a timidez e o acanhamento de meus treze anos — confessa — não me animava a intervir na palestra; escutava à parte; e por isso ainda hoje tenho-as gravadas em minhas reminiscências, a estas cenas do viver escolástico.”

Passou Alencar em São Paulo três anos a estudar os preparatórios — 1843, 1844 e 1845. Em 1846 ingressou na Faculdade de Direito quando, juntamente com outros colegas, fundou a revista semanal *Ensaio Literários*. (“Fundamos os primeiranistas de 1846...”). E na Faculdade continuou até fins de 1847, tendo-se transferido para Olinda, em 1848, quando cursava o 3º ano.

De sua vida em Olinda como, de resto, de sua vida acadêmica em geral, pouco se sabe. Só encontramos referências na sua mencionada carta autobiográfica, ao declarar: “Em Olinda onde estudava o meu terceiro ano, e na velha biblioteca do convento de São Bento a ler os cronistas da era colonial desenhavam-se, a cada instante na tela das reminiscências, as paisagens do meu pátrio Ceará”. Passara no Ceará dois meses antes de ir para Pernambuco.

Em Olinda, ao que parece, estudou apenas um ano, o de 1848. Araripe Júnior declara que foi ali que fez dois ensaios que, mais tarde, se converteram em *Alma de Lázaro* e *O Ermitão da Glória*. Acrescenta, entretanto, o crítico (19) que Alencar escreveu os ensaios em Olinda, “quando aí estudava o 4º ano”. Ora, o próprio romancista nos diz: “Súbito, todas aquelas lucubrações literárias apagaram-se em meu espírito. A moléstia tocara-me com sua mão descarnada; e deixou-me uma espécie de terror da solidão em que tanto se deleitava o meu espírito, e onde se embalavam as cismas e devaneios

(19) Ob. cit. pág. 17, n.º 1.

da fantasia. *Foi quando desertei de Olinda*, onde só tinha casa de estado, e aceitei a hospitalidade do meu velho amigo Dr. Canarim, então colega de ano e um dos dez da colônia paulistana, a que também pertenciam o Conselheiro Jesuíno Marcondes e o Dr. Luís Álvares”.

E a seguir esclarece: “Dormiram as letras, e creio que também a ciência, um sono folgado. De pouco se carecia para fazer então em Olinda um exame sofrível e obter aprovação plena. *Em novembro regressei à Corte com a certidão precisa para a matrícula do 4º ano*. Tinha, pois, cumprido o meu dever”. (20)

Voltando à Faculdade de Direito de São Paulo, Alencar nela freqüentou os dois últimos anos do curso. Formou-se em 1850 e não em 1851, como, certamente por lapso, afirmou Brito Broca (21). Tinha, então, 21 anos completos. Nesse mesmo ano, no dizer de Araripe Júnior, passou-se para o Rio de Janeiro onde, entre outras coisas, foi praticar a advocacia.



Para iniciar a sua carreira de advogado, José de Alencar entrou, em 1851, como praticante do escritório de advocacia do Dr. Caetano Alberto Soares. Era esse, então, um dos advogados de maior nomeada no foro do Rio de Janeiro. Natural da Ilha da Madeira, era presbítero secular e doutor em direito pela Universidade de Coimbra. Tendo, inicialmente, exercido o sacerdócio na Madeira, ao mesmo tempo ensinava latim e praticava a advocacia. Eleito deputado às Cortes Portuguesas em 1826, dois anos depois se verificou a revogação da Constituição daquele país. Perseguido por D. Miguel, expatriou-se, indo primeiro para a Inglaterra e depois para o Brasil. Radicou-se no Rio de Janeiro, a partir de 1833, passando a dedicar-se exclusivamente à advocacia, abandonando o sacerdócio. E como profissional fez nome, sendo, inclusive, advogado da Casa Imperial. O seu escritório era um dos mais movimentados do Rio de Janeiro e os seus conhecimentos de direito

(20) “Como e Por Que sou Romancista” — VI.

(21) Brito Broca, ed. cit., pág. 22.

fizeram com que o governo o nomeasse para, juntamente com José Clemente Pereira, Nabuco de Araújo, Barão de Penedo e Barão de Mauá, integrar a comissão que alborou o famoso Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, o mais completo código processual da América do Sul, ao seu tempo.

Alencar, durante quatro anos, advogou no escritório do Dr. Caetano Alberto. Foi por essa época que, segundo confessa, teve de refazer a maior parte dos seus estudos secundários, a seu ver bastante descuidados. E foi então, também, que verdadeiramente se iniciou nos estudos mais sérios do direito. A convivência com Caetano Alberto lhe deve ter sido muito útil, dados os conhecimentos que este tinha do direito. Tanto que, em 1854, já era José de Alencar quem redigia a parte forense do *Correio Mercantil*, a convite de Francisco Otaviano (22). Nesse jornal, sob o pseudônimo de *Al*, escreveu, na mesma época, artigos sobre a reforma hipotecária, mais tarde incluídos no volume *Ao Correr da Pena*.

Mas, em fins de 1855, envereda pelo jornalismo, deixando de parte a advocacia e passa os três anos seguintes dedicado quase que exclusivamente ao jornal e ao teatro.

Em fins de 1858 (Inocêncio diz que a 20 de julho) afasta-se da redação do *Diário do Rio de Janeiro* e novamente passa a dedicar-se à advocacia. No início do ano seguinte, sendo Nabuco de Araújo Ministro da Justiça, faz esse a reforma do Ministério, dando-lhe uma organização interna diferente. Criado em 1822, o Ministério da Justiça havia sido reorganizado, já uma vez, em 1842, pelo Dec. nº 172-A, de 30 de maio, sendo então Ministro Paulino José Soares. Nabuco de Araújo, entretanto, assumindo o Ministério em 12 de setembro de 1858, como jurista exímio que era, tratou de imprimir aos seus serviços nova orientação. Assim é que, dez dias depois de empossado, contratou com Teixeira de Freitas um projeto do Código Civil (Dec. nº 2.318, de 22 de dezembro de 1858); e menos de dois meses após sua investidura, ou seja, a 5 de fevereiro de 1859, subscreveu o Dec. nº 2.350, reformando a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça.

(22) Cf. Joaquim Nabuco — “Um Estadista do Império”. — vol. I, pág. 206, n.º 1.

De acordo com esse diploma legal, foi a Secretaria dividida em seis seções, sendo uma a Seção Central, dirigida pelo Diretor-Geral, e as demais as da Justiça e Estatística, Negócios e Benefícios Eclesiásticos, Polícia, Prisões e Força Pública, Orçamento e Arquivo. Além dessas seções foram criadas duas Consultorias Jurídicas, cada Consultor vencendo anualmente a importância de Cr\$ 6.000,00.

Se bem que, de acordo com o art. 14 do decreto, a nomeação do Diretor-Geral, dos Consultores, dos Diretores de Seção e dos primeiros e segundos oficiais devesse ser feita por decreto imperial, “as primeiras nomeações dos Empregados da Secretaria — segundo o art. 46 do decreto — serão discricionárias e sem dependência das regras estabelecidas neste Regulamento”.

Assim, cabia a Nabuco de Araújo a escolha dos funcionários da Secretaria. E para diretores de seção nomeou a José de Alencar, Cândido Mendes e Araújo Lima, sendo escolhidos para Consultores Silveira da Mota e Sinimbu. Nenhuma interferência estranha se verificou para essa escolha. “Outro traço seu — diz Joaquim Nabuco referindo-se ao pai — é o prazer de ir procurar ele mesmo o talento, a capacidade *que nada solicitou*, e surpreendê-lo com uma nomeação que outros disputavam com empenho. Nesse mesmo Ministério ele reforma a Secretaria da Justiça e vai buscar para Consultores a Silveira da Mota e Sinimbu, para Diretores a José de Alencar, Cândido Mendes, Araújo Lima”. (23) A seção que coube a José de Alencar foi a segunda — de Justiça e Estatística — muito embora em um dos pareceres que adiante vão publicados (Par. de 17/5/1850) diga ele que foi diretor da V Seção. Pode ter havido engano na cópia ou ter o engano sido do próprio Alencar. À Seção de Justiça e Estatística — Segunda Seção, nos termos do art. 4º da lei da reforma — cabiam, entre outras coisas:

“todos os atos relativos;
à organização judiciária;
à confecção e reforma dos códigos e legislação con-

(23) Joaquim Nabuco — ob. cit., vol. II, pág. 39.

cernente ao Ministério da Justiça;
à administração da justiça civil, comercial e criminal;
às questões sobre a inteligência e interpretação das leis;
aos conflitos de jurisdição;
ao exequatur das sentenças e precatórias da jurisdição estrangeira, que devem ter execução no Império”.

E os pareceres dados por José de Alencar, como diretor da seção, se referem a esses assuntos.

Mas a verdade é que passou ele pouco tempo nessa função. Tendo sido nomeado a 10 de fevereiro de 1859 — cinco dias depois da lei da reforma da Secretaria (o primeiro parecer datado em que assina como diretor da Seção de Justiça e Estatística é de 22 de fevereiro), já em 17 de maio era Consultor, como se vê no parecer datado desse dia. E sem dúvida, sendo duas consultorias, uma destinada aos Negócios Eclesiásticos e outra aos Negócios da Justiça, coube a Alencar esta última, pois todos os seus pareceres versavam matéria de atribuições da mesma consultoria (24).

Como Consultor, tinha José de Alencar o título de Conselheiro (cit. dec., art. 33); Conselheiro aos trinta anos de idade, esse fato lhe dera grande distinção, como já foi notado por Araripe Junior.

(24) Dispunha o decreto sobre as atribuições das Consultorias:

Art. 34 — Ao consultor dos Negócios da Justiça incumbe especialmente dar seu parecer:

§ 1.º — Sobre petição de graça;

§ 2.º — Sobre indenizações;

§ 3.º — Sobre queixas sobre magistrados e empregados;

§ 4.º — Sobre aposentadorias;

§ 5.º — Sobre suspensão ou remoção de Juizes de Direito;

§ 6.º — Sobre suspensão de magistrados e empregados;

§ 7.º — Sobre dúvidas suscitadas a respeito da execução de leis e regulamentos;

§ 8.º — Sobre apresamento de navios empregados no tráfico e questões relativas a fiança;

Permaneceu no cargo de Consultor Jurídico até o ano de 1868, quando, operando-se nova reforma na Secretaria do Ministério da Justiça, foi extinto o lugar de Consultor (Dec. n.º 4.159, de 22 de abril de 1868, art. 53). “Como fosse então considerado adido à Secretaria, — escreve Sacramento Blake — renunciando tal colocação, pediu que, em remuneração dos seus serviços, fossem publicados no *Diário Oficial* os pareceres que elaborara por espaço de nove anos.” (25) Seu intento não foi atendido, somente agora, quase cem anos depois, graças à iniciativa do Prof. José Honório Rodrigues, Diretor do Arquivo Nacional, esses pareceres vão ser publicados.



Além dos pareceres que deu na Consultoria do Ministério da Justiça, José de Alencar também publicou vários trabalhos jurídicos que mereceram elogiosas referências dos seus contemporâneos. No mesmo ano em que entrou para o Ministério da Justiça foi, também, nomeado professor de Direito Mercantil do Instituto Mercantil, onde permaneceu até 1860. Essa nomeação esclarece o fato de estar Alencar tão familiarizado com os grandes autores do Direito Comercial da época. Os mais renomados tratadistas de então são por ele citados em alguns dos pareceres em que versa matéria comercial. Tam-

§ 9.º — Sobre conflitos;

§ 10.º — Sobre embargos opostos na chancelaria;

§ 11.º — Sobre os contratos;

§ 12.º — Sobre todos os negócios de jurisdição contenciosa do Conselho de Estado.

Além disso, a ambos os Consultores incumbia, individual ou coletivamente:

§ 1.º — Consultar com seu parecer sobre todos os negócios que o Ministro mandar.

§ 2.º — Organizar e preparar o relatório e exposição de motivos para as propostas legislativas, os regulamentos e quaisquer trabalhos que o Ministro lhes encarregar.

(25) Sacramento Blake — “Dicionário Bibliográfico Brasileiro” — vol. V pág. 74.

bém não convém esquecer que o escritório de advocacia em que iniciou a profissão era dirigido por um homem que colaborara na elaboração do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850 — regulamento que, apesar de regular o processo comercial, foi um complemento do Código de Comércio, esclarecendo muitas das suas passagens.

E afora essas atividades de professor de Direito Mercantil, Alencar também escreveu vários trabalhos jurídicos, alguns dos quais foram publicados em volume, após a sua morte. Tratavam preferentemente esses trabalhos, como já assinalou Artur Mota, sobre direito constitucional, direito civil e direito criminal. Um deles, intitulado *Uma Tese Constitucional*, grava sobre a interpretação do art. 144 da Constituição de 1824, artigo que dispunha que “o Príncipe Imperial, logo que tiver 18 anos completos, será de direito do Conselho de Estado”. O Visconde de S. Vicente apresentou ao Senado um projeto permitindo que fizesse parte do Conselho o Príncipe Consorte, dando, assim, uma interpretação muito elástica ao dispositivo constitucional. Alencar combateu a tese, aferrando-se à letra da Constituição. Esse trabalho foi publicado em folheto em 1867.

Sobre o *Sistema Representativo* também escreveu Alencar um trabalho editado em 1868, com 205 páginas. O assunto o interessava há muito tempo: já quando colaborador do *Jornal do Comércio*, em 1859, discutira o tema, tendo esse, na verdade, o preocupado durante toda a sua atividade política. Ainda nesse ano de 1868 publicou *Questão de Habeas Corpus*, trabalho de cunho forense apresentado ao Supremo Tribunal.

Vários trabalhos jurídicos inéditos de Alencar foram publicados após sua morte. Formaram esses trabalhos dois volumes, hoje raridades bibliográficas e, por isso mesmo, de conhecimento restrito por parte do público.

O primeiro deles se intitula *A Propriedade* e veio a lume em 1883, editado por B. L. Garnier, “com uma prefação do Exmo. Sr. Cons. Dr. Antônio Joaquim Ribas”. O livro, dividido em 12 capítulos além de uma introdução, contém 269 páginas e traz, antes do nome do autor, o título *Cons.*

Na sua *prefação* o Conselheiro Ribas, além de longas dissertações sobre a evolução do direito, tem palavras elogiosas para com José de Alencar. “O Conselheiro José Martiniano

de Alencar — inicia ele o prefácio — é, por certo, um dos nomes que, na literatura pátria, goza da mais larga e mais merecida popularidade”. . . . “O poder e a inexaurível fecundidade de sua imaginação, a cintilação fascinadora de seu estilo, semelhante à de um límpido diamante, perfeitamente lapidado, a energia das suas faculdade afetivas, a vastidão de sua erudição literária, lhe asseguram a primazia entre os romancistas pátrios”.

“Mas, — acrescenta — 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, na Secretaria de Estado e nos jornais do tempo, quase perdidos para a posteridade, e ainda para os que hoje mesmo os queiram consultar.

“O presente livro veio, pois, condensar essas provas em um grande e duradouro monumento.”

Estende-se, ainda, o Conselheiro Ribas, em várias considerações sobre o livro, chegando mesmo a dizer:

“Não se pense, porém, que o presente livro contém apenas a mera exposição didática da matéria.

Não; ele é antes uma obra de crítica e de reforma do direito existente: e, no período de transição em que vivemos, nenhum trabalho jurídico pode ser mais oportuno do que aquele que tem por fim facilitar e encaminhar acertadamente essa transição”.

“Assim, não encarecemos o valor desta obra quando declaramos que ela é um grande serviço prestado pelo Conselheiro José de Alencar aos progressos do Direito”.

Na sua “Introdução”, que consta apenas de três páginas, Alencar fala sobre a constituição da sociedade, o abrigo que lhe dá a lei e a evolução profunda que então começava a operar-se no seio da primeira. E definindo o sentido do seu estudo: “É o rastro luminoso dessa revolução que eu rastreio no seio da treva, onde jaz envolto o caos do direito civil e ficará sepulto por muito tempo ainda, até que a razão pura, a razão soberana, arrancando os andrajos da velha ciência, revele-se

enfim na plenitude do esplendor, a sua majestade em uma — *naked magesty* (Milton — *Paradise lost* — Canto 4º). (26)

A obra, como foi dito (Araripe Júnior, relacionando os inéditos de Alencar, chama *A Propriedade de tratado*), está dividida em 12 capítulos. No primeiro, com 21 páginas, é estudada a formação da propriedade, iniciando-a Alencar com uma explanação sobre a constituição da família, o casamento, a dissolução deste, o aparecimento da lei. Depois suspende as considerações gerais porque, diz, “não é meu propósito escrever a história do direito romano. Outro assunto me reclama. Busco apenas nas primeiras instituições do povo Rei, nas laboriosas escavações feitas por sábios ilustres dentre as minas da legislação *quiritária*, as origens da moderna constituição civil”. E passa a focalizar a organização da família em Roma, detendo-se na *mancipio*, no casamento e adoção feitas *per aes et libram* e finalmente na “mancipação, *mancipatio*, primeira transformação do *mancipium*”, “cerimônia civil da investidura da propriedade”.

Passa, a seguir, a estudar a aquisição da propriedade, tratando, depois, das obrigações e dos contratos. Refere-se ao *nexum*, à *missio in possessionem*, à *in jure cessio*, para arrematar essa primeira parte do capítulo com a divisão das coisas em mancipias e não mancipias, sem deixar de referir-se também ao colonato.

Em seguida discorre Alencar sobre o princípio da propriedade em Roma, declarando que “a propriedade se manifesta logo sob a forma de uma tirania”. E, revestida de materialismo, mostra, nas páginas seguintes, que ainda então, quando escrevia, se mantinha a propriedade com quase todas aquelas características do período romano. E foi para “descarnar esse aleijão jurídico” do homem subordinado a leis que o escravizam — leis que se originaram no modo quiritário de formação da propriedade, que escreveu o seu livro.

No capítulo seguinte, nº II, trata Alencar do direito real. Aí estuda o direito real e o direito pessoal, citando Lagrange e Savigny, refutando essa divisão, que “além de sua ridícula

(26) “A Propriedade” — pág. 3.

nomenclatura e deformidade jurídica, é arbitrária e fantástica”.

Todo o cap. II (págs. 27 a 44) Alencar dedica a atacar o direito real. E no cap. III (págs. 45 a 66) focaliza o domínio, combatendo-o, como combateu o direito real, nas modalidades em que ele se apresenta. E recorre à incongruência de negar a lei o domínio ao inventor, exclamando: “Pois bem! Sabeis como a lei civil de povos que se dizem civilizados, neste século apelidado das luzes, protege esse proprietário sagrado, autor de um invento, mártir da idéia e do trabalho intelectual, portador de um título que não se inscreve, é certo, nos cartórios do notário, mas nas atas pátrias e nos arquivos históricos da humanidade?

Nega o direito de domínio sobre a sua legítima propriedade, a ele que tem, pela razão e pela justiça, o *domínio eminente*, soberania do criador sobre a sua criação, a *eminens potestas*, que outrora se atribuía aos reis!”(27)

Depois, Alencar passa a estudar a hipoteca (Cap. IV — págs. 67 a 92), logo no princípio dizendo que a lei civil “havendo desnaturado a propriedade, e sacrificado à matéria os foros da personalidade humana... sentiu-se revoltar-se contra tão flagrante injustiça a grande massa das vítimas de sua prepotência, dos proprietários defraudados de seu direito de domínio e desprotegidos contra a má fé”. (28) Mas, ao invés de corrigir o seu erro, a lei, pelo contrário, o aprofundou, criando um novo contrato, “para atenuar o mal proveniente do mútuo, e dar ao proprietário do bem mutuado uma garantia”, contrato “pelo qual o domínio da coisa mutuada e que se extinguiu pelo empréstimo de consumo, transferia-se para uma outra coisa que se achava no patrimônio do mutuário”.

Acha o autor que “a inutilidade de semelhante contrato salta aos olhos” pois “não é mais do que um corolário do mútuo, sujeito à vontade das partes”. E mais que inútil, trouxe conseqüências funestas, como passa a demonstrar, depois de considerações sobre a origem do penhor e da hipoteca.

(27) “A Propriedade” — pág. 48.

(28) “A Propriedade” — pág. 67.

Defende Alencar que o direito proveniente da hipoteca não pode ser, de modo algum, “um direito real — *jus in re* — pois não tem sua sede na coisa. Ao contrário, é um direito personalíssimo, porque produz uma limitação na liberdade apenas do devedor e de modo algum da sua propriedade”, uma vez que para o escritor “a faculdade de dispor e transferir o bem não é parcela do direito de propriedade, mas sim do direito de liberdade”. E argumenta com o domínio pleno que gozam sobre os seus bens o menor e o interdito, aos quais, entretanto, é recusada a administração daqueles.

“O bem hipotecado — afirma — acha-se pois na mesma situação do bem de interdito — não pode ser alienado”, o que prova “a evidência a verdade enunciada — que o efeito da hipoteca nasce da mesma causa que o efeito da interdição; isto é, de uma restrição da liberdade individual, com a diferença que em um caso essa restrição provém de um fato natural, em outro de um ato jurídico”. (29)

E em páginas seguidas continua a combater a hipoteca, chegando mesmo a dizer que “mais lógico e mais justo era na sua bárbara nudez o nexo romano; aí o homem respondia com sua pessoa pelas suas obrigações, visto que era a sua primeira propriedade”. Para ele a hipoteca torna o homem cativo porque “a fração do domínio que é dado ao credor sobre esse mísero devedor o faz servo da gleba e escravo”.

Passa, em seguida, a tratar da servidão (Cap. V — págs. 93 a 117) e começa logo dizendo que “esse nome *servidão* nos recorda que estamos ainda sob o domínio do princípio que presidiu à formação da sociedade civil: a tirania da propriedade”. (30) E depois de se referir à formação da servidão do direito romano volta à carga: “Esse nome é a expressão do princípio sob cuja influência se organizou essa parte do direito proprietário; em qualquer das regras estabelecidas pelo legislador a tal respeito, há uma emanção do pensamento capital, um servilismo da inteligência à matéria bruta e às suas fatais expansões —. É justo que se grave em face desta parte

(29) “A Propriedade” — pág. 71.

(30) “A Propriedade” — pág. 93.

da lei civil este ferrete da sua ignomínia, a palavra *servidão*". Como vem fazendo até então, argumenta contra a servidão por ser mais um modo de aniquilamento dos direitos pessoais, terminando por exclamar: "Vós, proprietários, que viveis à sombra mortífera dessa lei, guardai-vos de consentir que o vizinho aproveite o vosso pilar, o que resultaria em benefício comum, alargando de alguns palmos os vossos prédios. Sabeis o que vos espera? Enquanto fordes dono deste pardieiro que nada vale, mas sobre o qual descansa a ponta de uma trave do vizinho, haveis de ser obrigado a reconstruí-lo, contra a vossa vontade e só em benefício dele". (31)

Focalizando depois a aquisição (Cap. VI — págs. 119 a 155), ou seja, os modos de adquirir a propriedade, reporta-se Alencar à ocupação, à acessão, sucessão, usucapião e ao contrato, sobre cada um desses modos fazendo considerações. Como sempre, procura mostrar as divergências entre o direito real e o pessoal, julgando que o primeiro restringe o segundo, com sensíveis prejuízos para o indivíduo.

Apreciando a posse no Cap. VII (págs. 157 a 182) afirma, em certa passagem, que, "estudada a natureza da propriedade, se conhece que a posse não deve figurar senão como um direito conexo a ela, à semelhança do uso e fruto". "O erro da jurisprudência é confundir esse direito de posse conexo a propriedade com o simples fato material, a *detenção*. Há entre a posse e a detenção a mesma diferença que existe entre o matrimônio e a união sexual; entre a liberdade e o arbítrio. Em um caso é o fato, isolado, que não emana da personalidade, e por conseguinte não traduz a realidade nem um direito; é o fato talvez dependente de circunstâncias fortuitas e sujeito às vicissitudes da ordem física. A posse, ao contrário, é o direito, derivando imediatamente da personalidade, e por conseguinte superior às causas materiais que possam impedir o seu exercício". (32)

O capítulo seguinte é dedicado ao privilégio (Cap. VIII — págs. 185 a 202). Combate-o dizendo que "a simples insti-

(31) "A Propriedade" — pág. 116.

(32) "A Propriedade" — pág. 179.

tuição do privilégio é a maior de todas as anomalias. O axioma de direito, consagrado pelo próprio direito romano, *qui prior est tempore, potius est jure* é sem dúvida alguma o critério único da legitimidade do direito na concorrência de atos jurídicos capazes de transferir a propriedade.”

Os três capítulos posteriores (IX, X, XI, págs. 203 a 260), dedica-os Alencar às obrigações. “Entramos agora na segunda parte da propriedade — diz ele —, naquela que foi pela lei civil despojada da sua força e colocada em um plano inferior. Esta propriedade imperfeita ou subalterna é formada pela grande família das obrigações que se resolvem em valor e têm preço venal: prestações de coisas e serviços, como se diz modernamente”. (33) E entra em considerações sobre as fontes das obrigações e seu objeto, estudando-as no direito romano e nos glosadores, concluindo o primeiro capítulo a afirmar: “Quando as obrigações foram adquirindo a importância que afinal assumiram na sociedade civil; quando elas se superpuseram umas às outras como várias camadas de direitos, figurando, por conseguinte, ora como título de propriedade, ora como objeto verdadeiro de propriedade, a jurisprudência sentia que elas não podiam conter-se no espaço que lhes marcara o direito romano; que já não podiam ser consideradas pela jurisprudência como simples título para aquisição do domínio, ou simples transição de um domínio a outro — aproveitaram da expressão *in bonis* e para aí atiraram as obrigações, livrando-se assim da obsessão que os oprimia de ver uma coisa imaterial, *quae tangi non possunt*, ser a sede do direito real de domínio.”

No capítulo seguinte (X) estuda Alencar as idéias de Savigny sobre as obrigações, com a distinção entre a propriedade e a obrigação. E no capítulo XI procura demonstrar que “não é a incorporalização da obrigação que a torna transmissível, como pensa Savigny”. Para essa demonstração parte das perguntas: “A natureza da obrigação implica a sua transmissibilidade? Ou ao contrário repugna com ela?”, concluindo finalmente depois da forte argumentação:

(33) “A Propriedade” — pág. 203.

“Quando a jurisprudência reconhecer a distinção essencial das três faculdades jurídicas, a existência, a liberdade e a propriedade, e observar que todas elas no seu desenvolvimento se apresentam, ora em seu estado absoluto, ora em seu estado relativo, essa decrépita doutrina dos direitos reais e pessoais será abandonada completamente. Então reconhecerá que cada faculdade tem o seu objeto diferente; o objeto da existência é a vida; o objeto da liberdade é um ato; o objeto da propriedade é uma coisa, sempre uma coisa. Não há direito de propriedade que não recaia sobre o mundo material; o contrário seria a negação da propriedade”. (34)

O último capítulo do livro (XII, págs. 261 a 269) versa sobre os contratos; nele Alencar argúi que todo contrato ou é sociedade ou alienação; e qualquer destes gêneros pode ter por objeto o exercício de um, ou mais, dos três direitos primordiais do homem — existência, liberdade e propriedade”. Para esclarecer sua tese aprecia os vários contratos, sem esquecer de, vez por outra, criticar acerbamente a “jurisprudência”.

Esse foi o livro que o Conselheiro Ribas, explicando que “aqui a palavra — *propriedade* é empregada no seu sentido mais amplo, como sinônimo de *direito dos bens*” considerou como um grande serviço prestado por Alencar aos progressos do Direito. Livro que reage contra concepções unânimes aceites, que não se conforma com a ordem jurídica vigente, que, sobretudo, além de revelar os conhecimentos de Alencar sobre vários ramos do direito, mais uma vez destaca o espírito combativo do *fanadinho* ranzinza que investe contra tudo, até mesmo contra centenários preceitos jurídicos.

Além de *A Propriedade* também foi publicado, depois da morte de Alencar, outro livro que contém estudos de direito, intitulado *Esboços Jurídicos*. Infelizmente, no curto espaço de tempo em que nos dedicamos a esse interessante aspecto das várias atividades do romancista, não foi possível obter um exemplar dessa obra, há muito esgotada. Artur Mota a dá como publicada em 1883, por B. L. Garnier, com 239 páginas in 8º. Contém a obra os estudos *O Júri*, *Estudo sobre o Pro-*

(34) “A Propriedade” — pág. 260.

cesso Criminal, O Estado Civil e A Codificação Civil. Araripe Júnior dá como inéditos de José de Alencar, no que se refere à parte jurídica, trabalhos intitulados *Introdução ao Código Civil, Esboço de um Código Civil e Questões Forenses.* Esses trabalhos são também citados por Artur Mota, mas é possível que os estudos sobre o Código Civil sejam os incluídos nos *Esboços Jurídicos*, sob o título *A Codificação Civil.*



Ao deixar o cargo de Consultor do Ministério da Justiça, em 1868, José de Alencar manifestou o desejo de serem os seus pareceres publicados no *Diário Oficial.* Tal não aconteceu, entretanto. Durante cem anos ficaram esses pareceres a dormir nos processos em que foram exarados, só agora, graças à iniciativa do Diretor do Arquivo Nacional, Dr. José Honório Rodrigues, sendo promovida a sua publicação.

Uma coisa, em primeiro lugar, deve ser mencionada: se bem que permanecesse na Consultoria até 1868, só temos pareceres regulares de Alencar até o ano de 1864. Daí por diante, à exceção de um proferido a 22 de agosto de 1866, e que não vai publicado, e um outro, de 27 de abril de 1866, adiante publicado, não conhecemos sua atividade à frente da consultoria jurídica de onde só se afastou, entretanto, ao ser extinto, o cargo, com a reforma de 22 de abril de 1858, assinada por Martim Francisco. Talvez o fato se explique por marcar o ano de 1865 aquele em que Alencar verdadeiramente passou a integrar-se na vida política. Até então, apesar de ter sido deputado em 1860, não tomara parte saliente em movimentos políticos. Em 1865 é que inicia a publicação das primeiras *Cartas ao Imperador*, assinadas por *Erasmus*, chamando para si a atenção do público e, sobretudo, de Pedro II. Mas isto são apenas suposições: na verdade não contamos com elementos esclarecedores do ocorrido, bem podendo ter sido outra a razão do fato.

Os pareceres copiados pelo Arquivo Nacional e que nos foram entregues, para seleção, pelo Prof. José Honório Rodrigues, são em número de 85. Versam sobre os mais variados assuntos, como era natural, dadas as atribuições dos consul-

tores. Deles escolhemos para esta publicação apenas 55. A razão dessa escolha foi a existência de repetição de assuntos em vários pareceres. Ademais, dos que não vão publicados, muitos constam somente de poucas linhas, sem grande significado, apenas para ser cumprida a formalidade regulamentar da audiência do consultor nos processos. Outros não têm o extrato da consulta.

Sobre o valor desses pareceres melhor se aquilatará com a sua leitura. Vários dos assuntos não despertam mais interesse no momento, já que o regime mudou e a doutrina e legislação invocadas pelo consultor sofreram radicais transformações. Como, entretanto, interessante seria verificar se Alencar, na época, estava a par da matéria versada, a sua publicação se justifica. Para facilitar a compreensão dos assuntos, em vez de uma simples seleção fizemos ligeiras anotações, fornecendo sobretudo ao leitor as fontes de que se utilizou Alencar, principalmente a legislação da época. Nesse trabalho de anotação solicitamos a cooperação do Prof. Luís Cruz de Vasconcelos, da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, que anotou os pareceres relativos à matéria penal.

Há alguns aspectos, entretanto, que logo merecem ser destacados. Entre esses sobressai o perfeito conhecimento que tinha Alencar do direito comercial, como se pode ver dos pareceres adiante publicados. Os autores mais conceituados da época, especialmente os franceses, são por ele invocados em defesa dos seus argumentos. E em alguns casos se mantêm atualmente os mesmos pontos de vista defendidos, há cem anos, por Alencar: é o que se dá, por exemplo, no parecer exarado quando ele era ainda diretor de seção da Secretaria de Justiça, sobre a continuação da sociedade comercial com os herdeiros do sócio pré-morto, assunto que posteriormente foi bastante discutido na doutrina e na jurisprudência, sendo a orientação esposada por Alencar, em 1859, a mesma que, ainda hoje, conta com maiores adeptos. Também merece destaque o fato de considerar Alencar, no parecer datado de 23 de julho de 1859, as sociedades comerciais pessoas morais: sabe-se que a personalidade jurídica das sociedades comerciais não foi bem definida no Código Comercial, só sendo definitivamente reconhecida com a promulgação do Código Civil,

em 1917. Alencar, entretanto, há cem anos tinha sobre o assunto uma idéia segura, idéia que foi, afinal, reconhecida por lei cinqüenta e seis anos depois que a expendeu.

Não deixa de ser útil, assim, a publicação destes pareceres. que dão não apenas uma noção dos conhecimentos especializados de Alencar como ressaltam, sobretudo, esse novo aspecto de sua personalidade, a nosso ver de muitos desconhecidos, pela falta de referências existentes. O Prof. José Honório Rodrigues está, assim, a merecer parabéns por vários motivos: pelos serviços prestados ao Arquivo Nacional, dando à publicidade documentos interessantes como são estes; pela ajuda que fornece aos cultores do direito, possibilitando-lhes aquilatar os conhecimentos de Alencar nesse vasto ramo da ciência; e, *last but not least*, pela excelente contribuição que dá aos literatos, estudiosos e biógrafos de Alencar, revelando mais essa faceta de um homem que era conhecido e admirado entre nós principalmente como um dos mais vigorosos romancistas que o Brasil possui até o presente momento.

(Do livro *Pareceres de José de Alencar*, Rio de Janeiro, 1960)