

O JUIZADO DE ÓRFÃOS E A TUTELA FEMININA À LUZ DA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL DO DIREITO E DA JUSTIÇA

Jéssica Maria Menezes¹

Resumo

O presente trabalho procura investigar a atuação do juizado de órfãos na Capitania de Pernambuco, no tocante aos papéis jurídicos, administrativos e sociais dos quais eram responsáveis, tomando como base uma perspectiva relacional estabelecida com a instituição da tutela feminina, no contexto colonial da Capitania de Pernambuco, tendo como marco temporal a primeira metade do século XVIII. A compreensão para o entendimento dos caminhos da justiça e do direito através da sua relação com a vida social são reveladoras das nuances que se estabeleceram entre as fontes legislativas normalizadoras e o cotidiano colonial. Para tanto, as contribuições teóricas de António Manuel Hespanha com a abordagem da história social das instituições, nos permite atrelar o social e o jurídico e ultrapassar o conhecimento estático destes diferentes grupos sociais.

Palavras-chaves: Juizado de órfãos. Justiça. Instituição. Tutela feminina.

Abstract

This paper seeks to investigate the role of the orphan court in the Capitania de Pernambuco, regarding the legal, administrative and social roles of which they were responsible, based on a relational perspective established with the institution of female guardianship, in the colonial context of the Capitania de Pernambuco. Pernambuco, having as its time frame the first half of the eighteenth century. Understanding the understanding of the paths of justice and law through their

¹Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), atua na área da História do Brasil colonial, História do Direito, da justiça e das instituições. Email: jessicamsmenezes@gmail.com.

relationship with social life reveals the nuances that have been established between normalizing legislative sources and colonial daily life. Therefore, the theoretical contributions of António Manuel Hespanha with the approach of the social history of the institutions, allows us to link the social and the legal and surpass the static knowledge of these different social groups.

Keywords: Court of orphans. Justice. Institution. Female guardianship.

* * * * *

A abordagem do direito através da perspectiva institucional

O direito acomoda perspectivas analíticas que podem sobrevir a partir de três aspectos. O primeiro grupo de fontes que podemos considerar compreende o conjunto da legislação, ou seja, as leis. Ao amparamos nesta primeira abordagem, entendemos que, estudá-lo significa, antes de tudo, compreender as leis e os princípios legais vigentes, esta, em conformidade social aos códigos jurídicos. A esta concepção é atribuída uma visão legalista sobre o direito e identificada com o aparato normativo legal.

Entretanto, atentamos para o fato de que o estudo do conjunto legislativo, ao mesmo tempo, que nos mostra, também esconde uma realidade social dinâmica, sobretudo ao tratar de um contexto de Antigo Regime. Assim, nos adverte a historiadora Jeannie Menezes (2013, p. 20), em seu livro *"Sem Embargo se der Fêmea: As Mulheres e um Estatuto Jurídico em Movimento no Século XVIII"* para a ineficácia das leis escritas e até mesmo das específicas.

O segundo campo de possibilidade para abordar o direito está atrelado a sua constituição enquanto cultura jurídica e construção intelectual, referente à produção dos juristas e tratadistas. Desse modo, o direito se manifesta a partir de uma longa tradição intelectual e textual, fomentando um espaço de produção de pensamento e de discursos. Podemos dizer também, visto tratarmos de Antigo Regime, que este se constitui no núcleo duro da cultura literária deste período (HESPANHA, 2005, p. 111).

Todavia, tanto as fontes legais quanto as doutrinárias, não acomodaram simultaneamente as regras jurídicas com a generalidade das situações praticadas

no nível do vivido pela sociedade. Igualmente, não regularam as relações sociais locais de forma restrita a legislação e a doutrina. Sobretudo nos territórios da América portuguesa pela sua espontaneidade própria e multifacetada.

Tendo em vista suplantar estas limitações, buscamos ultrapassar a ideia do direito e da Justiça ligados, estritamente, às falas dos juristas e ao corpo legislativo. Devido sua aplicabilidade não ser marcada por um complexo de normatizações recebidas de forma restrita socialmente, tem-se a necessidade de buscar novos prismas analíticos que nos apresentem a história do direito a partir da recepção que alcançou no mundo social. Assim, a nossa proposta da pesquisa atrela a História do direito a uma História das Instituições de Justiça, cujas práticas sociais foram constantemente reiteradas pelas organizações de justiça, aquelas que produziam e aplicavam o próprio direito.

Ainda assim, a constituição do direito enquanto ordenamento e cultura intelectual não serão nesta pesquisa descartada, pois, ambas formam uma "experiência mental" concernente a um estatuto jurídico que desembarcou nas Américas. Sendo ainda, uma fonte pela qual podemos contrapor o que estava previsto pela ordem jurídica "oficial" e o que se praticava a partir das necessidades sociais locais.

O direito, no que tange ao seu valor sociológico, é constituído por uma forma específica que organiza e traz respostas as dinâmicas e as exigências da vida social. Logo, se expressa a partir das necessidades sociais que pretende orientar. As relações que se estabelecem entre o direito e a vida social e a institucionalização das estruturas sociais reguladoras da sociedade desenham-se através de um vai e vem de influências e interdependências. Para o historiador do direito e das Instituições, António Manuel Hespanha, o direito:

(...) não consiste fundamentalmente num mundo abstrato de normas e valores; consiste, antes de mais, num conjunto de instituições, caracterizadas por uma certa organização e por uma implantação social concreta, dedicadas a formular e a tornar efetivos (vigentes) os comandos jurídicos (HESPANHA, 1982, p. 40).

Desse modo, perceber o direito a partir da perspectiva institucional nos confere meios para superar o entendimento de um direito ligado a um complexo normativo aplicado de modo inflexível. Neste viés, a regularização social não se dá tendo em vista à imposição de um conjunto legislativo. Antes, no momento de sua

recepção, as leis denotam uma adaptação frente às necessidades sociais vigentes. Portanto, oriundo de uma prática e não alheio a uma realidade social concreta. Para Hespanha, o direito pelo viés institucional, determina:

Uma regulamentação da vida que arranca dessa mesma realidade, combinando-se e inter-relacionando-se com outros sistemas de valores (moral, etiqueta, religião) na função comum a todos eles de resolver os conflitos e de dar coesão ao todo social (HESPANHA, 1982, p. 14).

A historiografia clássica brasileira, ao procurar entender a nossa sociedade contemporânea, tomando como base seu passado colonial, atrelou ao sistema administrativo da monarquia portuguesa uma ideia de desgoverno, caos e ineficácia.

Entretanto, revisões interpretativas ganharam força e o além-mar passou a ser percebido a partir de uma lógica centrífuga em relação à monarquia, desse modo, a ideia de uma centralização régia absoluta passou a ser refutada. Ganhou espaço, neste novo cenário interpretativo, o papel das dinâmicas sociais e das contradições provenientes de uma realidade colonial que comportou complexas relações de poder. O império português passou a ser destacado tomando como base a complexidade das relações estabelecidas, ultrapassando, assim, a simples dualidade metrópole x colônias.

Os poderes locais passaram a ser vistos como detentores de autonomia e autogoverno, as atuações dos oficiais administrativos e judiciais apontaram interesses múltiplos que não necessariamente convergiam com os da metrópole. Em vista disso uma nova realidade passou a ser percebida pelos historiadores e a lei deixou de ser compreendida como um mero reflexo da metrópole frente a sociedade colonial que pretendia normatizar. Como destacado por Maria Fernanda Bicalho em trabalho que pretendeu discutir as mudanças teóricas e metodológicas a partir da análise historiográfica discutida em torno do conceito de colônia e império, “o contraponto do processo de centralização monárquica na época moderna foi sem dúvida o poder, ou os poderes locais” (HESPANHA, 1982, p. 102).

Em outro trabalho de cunho historiográfico, Maria Fernanda Bicalho (2005, p. 77), discute e problematiza o que, no cenário colonial de Antigo Regime, poderia ser destacado em relação ao significado do termo “elites”. Ao referenciar Ilmar R. de Mattos, a historiadora chama atenção para o lugar ocupado pelos colonos enquanto agentes ativos do processo de colonização portuguesa, segundo aponta, “este deixa

de ser estabelecido entre a metrópole enquanto centro de decisão, e a colônia enquanto elemento subordinado, passando a resultar de um cumprimento recíproco, embora assimétrico [...]”.

A concepção da história do direito construída de maneira alinhada a uma história social das instituições lança-se e ganha força como alternativa investigativa e historiográfica a modelos tradicionais, em que o direito era concebido quer enquanto a história das fontes jurídicas quer enquanto a história da dogmática jurídica. Aqui, cabe salientar, a história pela concepção institucional, vai além das doutrinas jurídicas e da letra da lei, remetendo-nos para um dinamismo jurídico pouco conhecido. Nas palavras de Laura de Melo e Souza, “o mundo colonial não pode ser visto predominantemente pela óptica da norma, da teoria ou da lei, que muitas vezes permanecia letra morta e outras tantas se inviabilizavam ante a complexidade e a dinâmica das situações específicas” (SOUZA, 2006, p. 56).

Segundo Foucault, na obra “Microfísica do poder” o poder deve ser entendido através das relações estabelecidas e deve ser observado não a partir do centro, mas sim, em seus níveis mais baixos. Ele não se impõe, circula e se exerce através de redes e da circulação do saber, assim Foucault, exprime:

em suas extremidades, em suas últimas ramificações, lá onde ele se torna capilar; captar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras do direito que os organizam e delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições [...] (FOUCAULT, 1979, p. 182)

A historiografia das décadas de 1970 e 1980 marcou a virada da perspectiva institucional da história do direito. Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 16) no livro “*Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*” apresenta o pluralismo enquanto expressão de um novo direito, definindo-o como “a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas em um mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Rafael Ruiz (2015, p. 7-30), em “*O sal da consciência*”, discute acerca do pluralismo jurídico, marcadamente, uma diretriz jurídica do mundo Medieval, na qual a lei não consistia em fonte única no alcance da justiça. O autor, ao avaliar as práticas judiciais observou a ocorrência de outros princípios, tais como, os usos e costumes e a opinião dos doutores, que compunham este mundo jurídico, medieval

e moderno, de cunho, plural. Ruiz defende que o alcance do justo se manifestava por meio do probabilismo, entendido como margem de arbítrio dos oficiais de justiça na adaptação das leis aos interesses locais. De acordo com suas palavras, tratava-se de um “sistema moral que permitia flexibilidade na interpretação das leis e lhe conferia uma extrema margem de negociação com os poderes locais, pessoais ou régios, bem como uma adaptação das normas reais as circunstâncias concretas de cada caso” (RUIZ, 2015, p. 14).

Hespanha, no livro a “*História das Instituições. Épocas Medieval e Moderna*” esclarece acerca do conceito de instituição. A partir de um olhar que busque privilegiar o campo institucional, o direito é estabelecido por meio de realidades distintas. Serve, assim, como mecanismo de organização e disciplinamento da vida social. Serve, assim, como mecanismo de organização e disciplinamento da vida social. Dessa forma, os contornos sociais adquirem uma ordenação espontânea de onde arrancam suas normas regulamentadoras. Esta perspectiva é abordada pelo autor como:

Um sistema de normas jurídicas encarnado na realidade social, de uma estrutura social organizada pelo direito de modo tão íntimo e indissociável que o “momento normativo” não pode ser isolado da realidade sociológica que enforma sem que, por isso resulte incompreensível. Uma instituição é uma ideia de empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização desta ideia, organiza-se um poder que lhe procura órgãos próprios (...) (HESPANHA, 1982, p. 14)

“Obedece-se, mas não se cumpre”, alertou Rafael Ruiz (2005), quanto à observância dos súditos frente à contemporização das leis. O que poderia estar relacionado a um grau de indisciplina, na verdade, constituiu um meio de, na colônia, alcançar a justiça. Pois, a lei não deveria ser aplicada sem antes ser interpretada, adaptada, modificada, por vezes, ignorada ou desobedecida. Ainda assim, não correspondia uma oposição à metrópole. Desse modo, entende que a colonização da América, durante os séculos XV, XVI, XVII e meados do XVIII, esteve marcada por um caráter prudencialista ou probabilística do direito. Diferentemente da visão legalista ou sistêmica da última metade do XVIII e XIX (RUIZ, 2005).

O direito não regulava, restritivamente, pela imposição da lei. Regulava, sim, a partir de adaptações que comportavam as situações concretas, vivenciadas cotidianamente. Por conseguinte, parte para um nível do direito vivido, para então,

institucionalizar-se. Fazer história das instituições jurídicas, tal como a dinâmica social predisse, é, sobretudo, procurar conhecer as demandas e os resultados da prática jurídica concreta. Que circula ao nível das sentenças judiciais, da realização de contratos, das decisões das instâncias administrativas, da atividade dos advogados, entre outros.

A constituição do aparelho burocrático português e o lugar o juizado de órfãos

Nos espaços coloniais, iniciado o processo de colonização, a coroa portuguesa buscou criar diferentes mecanismos para o estabelecimento, povoação e organização nas conquistas coloniais. Instituições e ofícios foram criados na América Portuguesa a fim de dar conta da administração e da justiça nos territórios ultramarinos.

A concepção jurisdicionalista do poder atribuiu à justiça uma prerrogativa essencial na manutenção da ordem da República e do bom governo, tornando-se, assim a principal atribuição do governo. O modelo jurisdicionalista orientava a resolução dos conflitos, em que estivessem envolvidos interesses diversos, fazendo, assim, justiça régia. Desse modo, governar constituiu-se, antes de tudo, em fazer justiça, logo, estava em jogo, a própria garantia da ordem das coisas.

De acordo com Hespanha (1982) a função do Rei se constituía na garantia da manutenção das jurisdições dos corpos políticos, de modo a manter o equilíbrio entre as partes. Para o organismo ele era a cabeça e, além de representar a unidade, deveria manter a harmonia entre as demais partes do corpo. O rei investia os seus oficiais de jurisdição e estes gozavam de uma larga e efetiva proteção no que se referia aos seus direitos e atribuições. Como consequência, o “paradigma jurisdicionalista, limitava fortemente a capacidade de ação da coroa” (HESPANHA, 1994). Assim, de acordo com A. M.Hespanha, os poderes, encontravam-se dispersos:

Em vez de monopolizado por um centro único, o poder político aparecia disperso por uma constelação de pólos relativamente autônomos, cuja unidade era mantida, mas no plano simbólico do que no plano efetivo, pela referência a uma cabeça única (HESPANHA, 1994, p.

297).

A concepção corporativa da sociedade foi caracterizada de modo a atribuir ao oficialato régio uma dispersão e autonomia relativa e natural das funções vitais do próprio corpo humano. O Rei, a cabeça, era a referência de um centro mantenedor da autonomia das partes, indispensáveis para o funcionamento do todo (HESPANHA, 1994, p. 300). Abriremos um parêntese para a análise de Georges Balandier na sua obra “O poder em cena” em que defende a ideia de “todo poder político obtém finalmente a subordinação por meio de uma teatralidade” (BALANDIER, 1982, p. 10). O poder pela perspectiva da teatralização é resultado de um conjunto de símbolos e espetáculos proveniente de uma encenação, no tocante aos soberanos, Balandier já advertia que “os Reis são feitos” (BALANDIER, 1982, p. 16). Ainda, de acordo com o autor, existia uma “linguagem do poder” cuja manifestações diferenciavam a sociedade, separando, assim, governantes dos governados e acrescenta que, “muitas vezes até o ponto extremo em que a palavra política não se transmite diretamente, mas gradualmente, e por intermediários” (BALANDIER, 1982, p.13).

No ultramar português, na época moderna, um aparelho judicial oficial foi transposto para os territórios das conquistas ultramarinas. Assim, um conjunto de oficiais designado para o serviço régio, dotado de autonomia e autogoverno, obteve nomeações no além-mar, atuando, como intermediários régios. A atuação dos oficiais deveria refletir como um “espelho” da justiça e da administração portuguesa nas colônias. Entretanto, devido à expansão colonial portuguesa ser marcada por uma extensa variedade de domínios o se estabeleceu foi uma diversidade de lógicas administrativas e governativas para a fixação nas conquistas.

Desse modo, a configuração da organização dos territórios do império aproximou-se mais de uma rede de reciprocidade, comedida por autonomias e negociatas locais, assim como, pela implantação de um aparelho judicial e administrativo oficial que serviu de forma adaptada e ajustada. Em grande medida, buscando acolher aos inevitáveis interesses das dinâmicas locais. Nuno Camarinhas denominou de “espaço jurídico” os territórios designados de “jurisdição primordial de agentes nomeados pela coroa de forma continuada”. Além disso, caracterizou toda extensão destes espaços, com base em certo nível de reconfiguração e coexistência

através de realidades jurídicas diversas (CAMARINHAS, 2015, p. 110).

Salientamos que os diferentes territórios das conquistas portuguesas conheceram naturezas jurisdicionais variadas e descontínuas. Tendo, ainda, passadas por adaptações em relação as que a precediam no reino. As adaptações e variações estabelecidas no aparelho jurídico e burocrático, transplantado do reino para as conquistas, foram constituídas ao sabor das necessidades, circunstâncias e conveniências locais, onde o conjunto, ou parte do aparelho foi implantado.

A configuração de um conjunto rígido e contínuo, referente ao aparelho burocrático da administração e da justiça régia é, na verdade, designado de maneira ilusória. Entretanto, sublinhamos que, não podemos deixar de sinalizar o fato das estruturas institucionais jurídico-administrativas, terem sido transpostas para diferentes pontos da expansão portuguesa, entre elas nas terras do Brasil. Bem como, não podemos deixar de ponderar, a ocorrência do estabelecimento de um processo de circulação de informações e de agentes régios entre os espaços da metrópole e da colônia. Desse modo, como salientado por Nuno Camarinhas,

a extrema dispersão do território, o peso das distâncias em relação ao centro, a própria natureza hiperperiférica de muitos dos postos, acrescida do caráter muitas vezes pessoal que assumia o serviço de cada juiz, introduzem várias brechas nesse ilusório monolitismo (CAMARINHAS, 2018, p. 158).

Deste modo, destacou Isabeli de Mello, que o processo de nomeação do cargo de juiz dos órfãos foi movido por inúmeras dúvidas (MELLO, 2013). Relativamente, os modos de prover este ofício se desenrolaram de formas diversas nos extensos contextos jurídico-administrativos do reino. Assim, o cargo de juiz dos órfãos não se constituiu, exclusivamente, de judicaturas letradas, ou pelo contrário, exclusivamente por ministros não letrados.

Aponta a historiografia que os juízes dos órfãos poderiam ser eleitos, de forma semelhante aos juízes ordinários, ou ainda, nomeados pelo reino por um triênio. Entretanto, as possibilidades se mostraram ainda mais diversas e complexas, pois, a nomeação poderia ser, ainda, através da concessão de mercê régia, de caráter vitalício e hereditário. Poderia, também, ser marcada pela ocupação de um juiz de fora dos órfãos, através de nomeação régia de ministros letrados para um período de três anos. Em meio a uma gama de possibilidades, as funções que os juízes deveriam exercer eram basicamente as mesmas, quer fossem da terra ou de

fora, quer exercessem mandatos temporários ou vitalícios (MACHADO, 2010, p. 47).

Assim, podemos admitir, no que diz respeito a sua organização e forma de estabelecimento do cargo, que o ofício de juiz dos órfãos não apresentou uma evolução linear e simples. Na verdade, observa-se que, lugares diferentes seguiram lógicas de estabelecimento também diferentes (MACHADO, 2010). Logo, não comportou uma rigidez nas formas de nomeações, tanto para lugares letrados (como acontecia com os juízes de fora), quanto, para eleição a nível local e não letrada (semelhante aos juízes ordinários).

A perspectiva Institucional na análise do Juizado de Órfãos e da Tutela Feminina

Neste trabalho optamos por estabelecer uma análise da instituição do Juízo de Órfãos a partir da interação estabelecida com outra instituição, a Tutela feminina. Esta ligava-se àquela, pois, a viabilidade jurídica para uma mãe ser tutora assentava na condição de orfandade obtida pelos filhos menores de 25 anos que perdiam a figura paterna. A mãe para alcançar a tutoria precisava percorrer uma gama de trâmites burocráticos, e assim, obter a nomeação como tutora responsáveis pelos interesses dos seus filhos. O caminho para aquisição e manutenção das tutorias femininas, contudo, se deu através do juiz dos órfãos, situação em que suas atribuições ganharam relevo.

Trataremos, portanto, de duas Instituições diferentes, porém, complementares, dentro da seara social colonial. A primeira, a Instituição do Juízo de Órfãos, integrada ao Aparelho Jurídico Português, e assim como outras, transposta do reino para a colônia Atlântica, tinha na figura do juiz dos órfãos o oficial que a superintendia². Sua função estava atrelada a regulamentação relativa às necessidades administrativas, pessoais e patrimoniais daqueles que ficavam órfãos.

O Juízo dos Órfãos foi destinado para tratar com questões pertinentes ao amparo e cuidado daqueles menores de idade que passavam à condição de orfandade, ainda, entre os anos de 1833 e 1845 os juízes dos órfãos passaram a ter jurisdição sobre os índios do Brasil, devido figurarem na condição de tutelados, pois

² O quadro do oficialato da justiça para os órfãos contava, ainda, com funcionários auxiliares. Foram estes: escrivão, avaliador, partidador, depositários.

eram considerados incapazes da administração de suas vidas e bens. Antes de 1832 a função era de responsabilidade dos ouvidores de comarca e após 1845 passou para a incumbência do diretor-geral dos índios. (ALMEIDA, 2010, p. 147). Era, portanto, investido, de forma especial, para zelar pelos interesses pessoais e patrimoniais dos órfãos. Sua jurisdição atrelava-se a todos os feitos civis em que os órfãos figuravam como autores ou réus.

Destacamos no tocante a tutela feminina, conforme Suely Almeida (ALMEIDA, 2005, p. 24 *apud* Cf. FERREIRA, 1999), em o "*Sexo Devoto: Normatização e Resistência Feminina no Império Português XVI- XVIII*", ao se referir a instituição da clausura feminina, pois, neste aspecto "toma o sentido de uma estrutura decorrentes das necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor dos seus códigos de conduta, alguns deles, expresso em leis". A cerca da importância das instituições para a história social, A. M. Hespanha defende:

Na verdade, as instituições são socialmente significativas não apenas enquanto prescrevem comportamentos- no plano de suas normas manifestas- mas também enquanto corporizam esquemas implícitos – não explícitos em normas, mas inculcados pela própria estrutura das instituições – de classificar, de ordenar, de apreender e de agir, esquemas esses que, radicando na prática, a conforma também (HESPANHA, 1986, p. 202, 203)

Por conseguinte, a contingência provinda com a viuvez, conduziu uma oportunidade para um grupo de mulheres serem designadas como tutoras e administradoras de seus filhos e suas heranças. Logo, conjecturou uma ocasião na qual conduziram ações ativas e autônomas. A prática jurídica de concessão da tutela feminina funcionou, desse modo, como estratégia para garantir a própria sobrevivência familiar. Viabilizando, assim, meios dos historiadores interpretarem a dinâmica social de Pernambuco colonial na primeira metade do século XVIII.

A tutela feminina figurou como uma adaptação, um ajustamento legal, de uma realidade jurídica que limitava a condição feminina a uma tutela masculina. Desse modo, estabeleceu meios da mãe viúva figurar juridicamente como tutora dos interesses de sua família. Inferimos, portanto, que as normatizações jurídicas desceram ao nível da aplicabilidade social e permitiram o lugar de tutora para estas mulheres.

As instituições responsáveis pelas normatizações femininas tinham como preocupação a manutenção da honra da mulher branca, visto serem, as mantenedoras das Instituições familiares. Jeannie Menezes nos adverte quanto à preocupação que se tinha

ambas (mulheres e órfãos) implicavam uma relativa área de jurisdição particular permeada de contradições e preceitos de uma ordem que se ocupava da orfandade quando se tratava de um tema que atingia os quadros da nobreza e o patrimônio familiar e que alargava os limites e ação das mulheres para afastar o perigo que representava a desonra e perpetuar a formação de unidades familiares aristocráticas (MENEZES, 2013, p. 58)

A Concessão de tutoria para as viúvas revela um controle social pretendido pelas mentalidades do reino que foi negociado pelas práticas sociais exigidas na colônia. O Juízo dos Órfãos figurou, então, como instituição que se relacionou de maneira direta com a tutela feminina, competindo a ele, tomada de decisões necessárias, bem como, os mecanismos de controle para estas mulheres tutoras.

Por conseguinte, o que se observa é que a teoria da incapacidade jurídica absoluta das mulheres encontrou no espaço colonial de Pernambuco uma atuação dinâmica e social da justiça, ao responderam às necessidades de sobrevivência e manutenção da condição social ensejada para as mulheres de uma camada intermediária da sociedade.

A tutela feminina se estabeleceu por uma via dupla, pois, em condições especiais, elas surgiram como tutoras, sem, contudo, deixar de necessitar da tutela masculina. O sexo feminino carecia do tutor masculino, mas ao sabor da contingência, resultado da viuvez e ocorrência de filhos menores de idade, elas se apresentaram com capacidade para assumirem o papel de tutoras. Recorreram, para tanto, as instâncias jurisdicionais do Juízo dos Órfãos. A chave interpretativa para a problemática jurídico-social estabelecido assenta, portanto, no fato da tutela exercida pela mulher requerer uma supervisão masculina que, na ausência de um parente próximo, foi prestada pelo juiz dos órfãos, o que, nesta ocasião figuraria como uma espécie de tutor designado pelo Estado.

Partiremos para abordagem do direito e da Justiça a partir das relações que os grupos sociais estabeleceram com ambos. Ao tratar com a instituição do Juízo dos Órfãos atrelada a tutela feminina, pretendemos ultrapassar um conhecimento

estático destes grupos e percebê-los inseridos dentro de um contexto social específico, logo, historicizando suas respectivas atuações e competências.

Ao pretender analisar as práticas constituídas pelos fenômenos jurídicos e administrativos repetidos cotidianamente, é necessário indagar o modo pelo qual poderíamos perceber o verdadeiro impacto social do texto legal? Aqui não se estabelecerá uma distância entre o direito legislado e o direito praticado, ou seja, o direito vivido (HESPANHA, 1982, p. 19,29)?

No ultramar português, mesmo que as estruturas judiciárias e os ordenamentos jurídicos derivassem igualmente de uma mesma matriz, regada por codificações jurídicas comuns, como o direito Comum e o direito Romano, ainda assim, seria problemático admitir uma evolução e uma aplicação jurídica análoga e linear.

Na verdade, os habitantes do além-mar português, extraíram princípios da ordem social correspondente às mentalidades políticas, jurídicas e morais do Antigo Regime. Entretanto, não podemos passar despercebido as experiências acrescentadas pelos próprios colonos, surgidas das reais necessidades cotidianas. O que houve foi menos um processo de inserção de um sistema jurídico rígido e imutável e mais uma ocorrência da circularidade entre as mentalidades do reino e as realidades coloniais. Dito de outra forma, apesar da ordem jurídica prever uma ordem social, esta não deixava de exigir daquela, ajustamentos ao nível do direito praticado (MENEZES, 2013).

Assim, “a história das instituições jurídicas é, portanto, uma dessas histórias regionais, correspondente a uma modalidade específica de atividade (ou prática) social, a atividade ou prática jurídica” (HESPANHA, 1982, p. 26). O seu objetivo, ou seja, a função social do direito direciona para a manutenção da coesão social. Quanto às formas institucionais não se trata de normas engessadas, pois, sofrerem variações resultantes do tempo e do lugar em que se estabelecem continuamente, estão em transformações e convergências, cuja finalidade visa uma harmonização junto às condições concreta da vida social.

Pondera, Giuseppe Papagno (1999), em seu verbete que trata do conceito de Instituição, que elas "mudam, é certo, mas não ao ponto de serem completamente estranhas as que as precederam". Segundo o autor, as Instituições surgem, dentro de uma realidade social particular, a fim de satisfazer uma determinada função.

Desse modo, pergunta-se, como poderia sobreviver após as mudanças sociais para qual sua função foi pensada? Precisam, antes de mais, acompanhar o processo social na qual se inserem, pois, são também dinâmicas.

Não podemos crer na existência de uma geométrica regularidade advinda do direito enquanto corpo legislativo. Precisamos considerar as relações estabelecidas com o mundo social, que por sua vez, carregava uma complexidade e dinamismo próprio das colônias. As instituições do direito convergiram, de modo a absorver as necessidades e exigências sociais. Papagno (1999, p. 160) diz que "não existe sociedade sem instituições", e vai além, ao exprimir que a sociedade se funda institucionalmente.

Cabe ao historiador que propõe investigar as instituições jurídicas do Antigo Regime, ou seja, que busca apreender o direito através de uma perspectiva social, analisar o cotidiano da justiça a partir de suas instituições, logo, de seus *modos operandi*, ultrapassando o conhecimento estático dos textos, discursos legais e doutrinários jurídicos, alcançando, dessa forma, a prática jurídica do dia a dia, logo, o direito no nível do vivido.

A história do direito, da qual tratamos, entende de forma legítima as relações entre o direito e os outros setores da vida social e as distorções, que daí, é prescrita pela recepção social à prática jurídica. Papagno sustenta que, "o elemento jurídico, as codificações das leis nem sempre constituía a nota dominante para o surgimento de uma instituição na sociedade", já que os costumes funcionaram como regras juridicamente aceita (PAPAGNO, 1999, p. 164).

Na presença de filhos menores de idade, a morte ou desaparecimento de um dos responsáveis, pai ou mãe, apresentava soluções distintas no tocante aos cuidados com o futuro dos menores. Assim a orfandade era inaugurada apenas nos casos que contavam com o falecimento do pai. Segundo as Ordenações Filipinas, Livro I, Título 88, que trata, especificamente do ofício de juiz de órfãos, estabelecia o sexto parágrafo:

E se a mãe de algum menor de vinte e cinco anos se finar, o juiz (de órfãos) será obrigado dentro de um mês mandar o pai desse menor, que faça inventário de todos os bens, móveis e de raiz, que ele tinha e possuía ao tempo da morte de sua mulher [...]. E tanto que o inventário for feito fará as partilhas e avaliações, como dito é. E deixarão os bens em

poder do pai, porque ele por direito é o legítimo administrador (Ordenações Filipinas, Livro I, Título LXXXVIII, parágrafo 6º, p. 208)

Do exposto, referente ao que tratava a legislação do reino, quando falecia uma mãe, o pai por direito e de maneira automática era designado como o legítimo administrador das pessoas e bens dos seus filhos menores. Entretanto, quando havia o falecimento de um pai, as diligências tomadas seriam diferentes e burocráticas. Pois as mães, por serem mulheres, precisaram lidar com uma mentalidade política que atribuía ao sexo a ideia de incapacidade.

A desigualdade dos sexos revelou-nos uma originalidade própria das vivências femininas, bem como, das relações empreendidas a partir de necessidades, mediante a contingência da viuvez, que exigiram delas uma atuação ativa e mobilizadora das Instituições. Neste sentido, a perspectiva proposta para este estudo esforça-se na tentativa de imergir nas experiências geradas pelas mulheres, especialmente naquelas que enriquecem nosso olhar para a Instituição do Juízo de Órfãos (GEBERA, 2000). Ambas as instituições concorreram para normatização das estruturas e mecanismos da ordem social familiar, além de funcionar para regulamentação dos comportamentos sociais femininos.

Assim, um nó se apresenta. Como explicar a possibilidade de uma mulher, já definida para o Antigo Regime como o sexo imbecil e carente de tutela masculina, tornar-se tutora de sua prole, bem como, administradora dos espólios herdados por morte do pai de seus filhos? Como explicar que a mulher, sendo mãe e viúva, poderia ao mesmo tempo, carecer de uma tutela masculina, pela menor dignidade e capacidade de seu sexo e pleitear junto às instituições de justiça alcançando a tutoria e administração dos bens dos pobres órfãos de pai?

O tratadista José Pereira de Carvalho, sobre o Processo Orfanológico (CARVALHO, 1879), nos apresentou as disposições para uma mãe alcançar a provisão de tutora. Segundo indica, o fundamento constava nas ordenações, disposto no Livro 1, Título 62, parágrafo 37:

E quando alguma viúva pedir que lhe entreguem as pessoas e legítimas de seus filhos menores [...]. E achando que a dita viúva tem saber para administrar a fazenda dos menores, e obrigando-se na maneira sobredita, lhe fará entregar as pessoas dos menores e suas legítimas, enquanto ela for sua tutora e não se casar. E toda via ele (provedor) e o juiz de órfãos terão cuidado de prover e saber como ela administra os

ditos órfãos e suas fazendas, e lhe tomarão disto conta a cada dois anos. E isto se entenderá quando a fazenda não passa de 60 mil réis, porque passando a dita quantia o hão de requerer a nós (CHEQUER, 2002) ³

A indispensabilidade da tutela das mulheres era perpétua, devido à fraqueza do sexo. A tutela consistia em um cargo, dado através de uma nomeação de uma pessoa (tutor) em favor daqueles que não poderiam dirigir a si mesmo ou administrar de forma competente os seus negócios (CHEQUER, 2002).

O Estado Português pretendeu sustentar um modelo ideal de família nas terras de suas conquistas Atlânticas. Este modelo fundava-se em uma sólida estrutura que deveria ter como base a força do poder patriarcal e na sua ausência deveria caber a outro homem assumir a gerência da vida econômica e subordinar os demais membros da família. Dessa forma, pretendia-se garantir uma melhor administração dos bens e da manutenção patrimonial dos espólios laboriosamente construídos na América portuguesa.

Desse modo, em situações especiais, as mulheres tiveram a oportunidade de conduzir suas famílias como chefes. Esta informação já nos faz repensar generalizações acerca da atribuição da incapacidade ligada ao sexo feminino, acrescido do fato, que seja preciso reconsiderar a configuração familiar da colônia como unicamente patriarcal.

Esta nova dinâmica colonial, contornando a Instituição do Juízo de Órfãos vinculada a Instituição da tutela feminina, nos apresentou novos sujeitos históricos. De um lado o juiz dos órfãos e do outro as viúvas que interferiam, de forma ativa, no rumo das instituições e fizeram das "leis um instrumento de troca e da justiça um espaço de conquista" (MENEZES, 2013).

Considerações

Neste trabalho traçamos uma apresentação do marco teórico e metodológico na qual fazemos uma investigação tem como base na ideia do direito e da justiça através da perspectiva institucional, cujo caminho busca ultrapassar o estudo do direito estritamente legalista, ligado a um corpo de leis e analisar mais do ponto de

3A cifra de 60\$000 correspondia a um valor frequente nos inventários dos indivíduos brancos, proprietários de patrimônio de valor mediano, assim, diversas são as heranças que constam de pelo menos um escravo no seu montante. Sendo que o valor de um escravo girava em torno de 100\$000. Portanto, era de se esperar que muitas viúvas brancas tivessem que recorrer ao rei para legitimar a tutoria (CHEQUER, 2002)

vista do “direito vivido”, por meio de uma perspectiva relacional dos nossos objetos de estudo, juízo de órfãos e tutela feminina. Para tanto, as contribuições teóricas de Antônio Manoel Hespanha com a abordagem da história social das instituições, nos permite atrelar o social e o jurídico e ultrapassar o conhecimento estático destes diferentes grupos sociais.

Destacamos também a discussão em torno do lugar de juiz dos órfãos no aparelho da burocracia e da justiça régia, de modo que, apontamos a complexidade em torno das nomeações destes ofícios ao seguirem lógicas diferentes.

Referências

ALENCASTRO, Luiz Felipe de., *O Trato dos Viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Os índios na História do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 147.

ALMEIDA, Suely Creusa Cordeiro. *Sexo Devoto: Normatização e Resistência Feminina no Império Português XVI- XVIII*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2005.

BICALHO, Maria Fernanda. “Elites coloniais: a nobreza da terra e o governo das conquistas. História e historiografia”. In: MONTEIRO, Nuno G. F. (org.) *Optima Pars*. Elites Ibero-Americanas no Antigo Regime. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2005

_____. Entre a teoria e a prática: dinâmicas político-administrativas em Portugal e na América portuguesa (séculos XVII e XVIII). *Revista de História*. São Paulo, nº 167, p. 75-98, julho/ dez 2012.

BURKE, Peter. *História e teoria social*. São Paulo: Unesp. 2012.

CAMARINHAS, Nuno. *Letrados e lugares de letras- Análise prosopográfica dos grupos dos juristas letrados em Portugal nos séculos XVII e XVIII*. Maio, 2000.

_____. *Juízes e Administração da Justiça no Antigo Regime. Portugal e o Império Colonial, Séculos XVII e XVIII*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian/ FCT 2010.

CARVALHO. José Pereira de. *Primeiras Linhas Sobre o Processo Orfanológico*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1879.

_____. *Lugares Ultramarinos. A construção do aparelho judicial no ultramar português da época moderna*. *Análise Social*, 226, LIII (1º), 2018

CAVA LÓPEZ, Maria Gema. *La tutela de los Menores en Extremadura durante la Edad Moderna*. in *Revista de Historia Moderna*, nº 18, 2000, pp. 271-275.

CHEQUE, Raquel. *Negócios de família, gerência de viúvas. Senhoras*

administradoras de bens e pessoas (Minas Gerais 1750-1800). 2002. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal de Minas Gerais.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979, p. 182.

FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima. (Org.). *Na trama das redes: política e negócios no império português, séculos XVI-XVIII*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. 2010.

BALANDIER, Georges. *O poder em cena*. Brasília: UnB, 1982, p. 10.

GEBERA, Ivone. *Rompendo o Silêncio: uma fenomenologia feminista do mal*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

GRUZINSKI, Serge. *As quatro partes do mundo: história de uma mundialização*. Tradução de Cleonice Paes Barreto Mourão e Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: Editora UFMG; São Paulo: Edusp, 2014.

HESPANHA. António Manuel. *Imbecilias. As bem aventuranças da inferioridade no Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010. (Coleção Olhares)

_____. *Histórias das Instituições- Épocas Medieval e Moderna*. Almedina: Coimbra, 1982.

_____. *Às vésperas do Leviathan. Instituições e poder político Portugal- Séc. XVII*. Almedina: Coimbra, 1994.

_____. *direito Luso Brasileiro no Antigo Regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *A história jurídico institucional e a “morte do Estado”*. Lisboa, p. 202, 203.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27º Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

MACHADO, Maria de Fátima. *Os órfãos e enjeitados da cidade e termo do Porto (1500-1580)*. 2010. Tese (Doutorado em História)- Universidade do Porto.

MELLO, Isabeli de Matos Pereira. *Magistrados a serviço do Rei: a administração da justiça e os ouvidores gerais na comarca do Rio de Janeiro (1710- 1790)*. Niterói- 2013. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal Fluminense.

_____. *Os ministros da justiça na América portuguesa: ouvidores-gerais e juízes de fora na administração colonial (Séc. XVIII)*. rev. hist. (São Paulo), n. 171, p. 351-381, jul.-dez., 2014 <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9141.rh.2014.89015>.

MENEZES, Jeannie da Silva. *Sem Embargo de Ser Fêmea: As Mulheres e um Estatuto Jurídico em Movimento no Século XVIII*. Jundiaí, Paco Editorial: 2013.

PAPAGNO, Giuseppe. "Instituições". In: Enciclopédia Einaudi: direito e Classes, Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1999. V. 39, pp. 160-200.

PERRY, Anderson. Linhagens do Estado Absolutista. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RUIZ, Rafael. O Sal da Consciência: Probabilismo e Justiça no Mundo Ibérico. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência "Raimundo Lúlio (Ramon Llull)", 2015.

_____. A interpretação das leis reais: ambiguidade e prudência no poder das autoridades locais na América do século XVI. Clio - Série Revista de Pesquisa Histórica - N. 27-1, 2009.

STUMPF, Roberta Giannubilo. Os Provimentos de Ofícios: a questão da propriedade no Antigo Regime. Topoi (Rio J.), Rio de Janeiro, v. 15, n. 29, p. 612-634, jul./dez. 2014 / www.revistatopoi.org.

SOUZA, Laura de Melo. O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do século XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SOUZA, L. de M., FURTADO, J. F., BICALHO, M. F. O governo dos povos. São Paulo- Alameda, 2009.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 4º Ed. 4º Reimpressão. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura do direito. São Paulo, Editora Alfa Omega, 2001.