

# A CONSTITUIÇÃO E A DISSOLUÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES NO BRASIL COLONIAL

*Sandra Mara Todon* \*

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais; 2. O início da colonização do Brasil e o tratamento dispensado à família na vigência das Ordenações do Reino de Portugal; 3. A pena de morte por adultério e a dissolução do casamento nas Ordenações; 4. Conclusão; 5. Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando tratamos das formas de constituição e dissolução das entidades familiares, no direito civil brasileiro pré-codificado, necessário se faz uma análise do nosso Brasil colonial e das relações inter-familiares existentes na época, desde o descobrimento do Brasil.

Com o intuito de melhor compreender todo o processo anterior à codificação das leis civis no tocante ao direito de família, nos obriga a realizar um apanhado do início da colonização do Brasil e o tratamento dispensado à família nesse período, onde vigoraram as Ordenações do Reino de Portugal, numa época onde as jurisprudências e as leis estavam em decadência e o casamento tinha um significado diferente daquele que a Igreja Católica imprimia. E, ainda, numa terra com muito a se fazer, analisamos desde a escassez de mulheres, o concubinato e a questão da legitimidade na filiação, além de outros direitos vigentes na época.

Não escapamos de tratar especificamente do adultério e a conseqüente pena de morte para a mulher adúltera, além das outras formas de dissolução do casamento trazidas pelas Ordenações do Reino.

Assim, realizando uma busca na nossa história, é possível se detectar a evolução política e jurídica do nosso país, impressos na sua condição de

---

\* Aluna do Curso de Especialização em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada militante na comarca de Maringá (PR).

Brasil-Colônia, vindo a refletir diretamente nas formas de constituição e dissolução das entidades familiares.

## 2. O INÍCIO DA COLONIZAÇÃO DO BRASIL E O TRATAMENTO DISPENSADO À FAMÍLIA NA VIGÊNCIA DAS ORDENAÇÕES DO REINO DE PORTUGAL

### 2.1. Fator colonizador: a família patriarcal

A estrutura da sociedade colonial era agrária, constituindo premissa fundamental para sua compreensão. O ponto de apoio no Brasil colonial eram os latifúndios agrícolas, núcleos de sociedade colonial, pontos de irradiação de todos os movimentos que traçaram as linhas sob as quais ia se erguer a nação. Nas condições de economia agrícola, ou seja, monocultoura, latifundiária e escravagista, o grupo econômico quase que por completo se identificou com o grupo de parentesco, acrescido dos agregados e dependentes que constituíam a vasta clientela da família patriarcal. A família grande, multifuncional, em que laços de sangue se aumentavam pelos da servidão, foi a unidade econômica colonizadora do Brasil, e, por isso mesmo, faz-se centro e núcleo, quase absoluto, da vida social.

O *pater familias* brasileiro, foi, como no modelo romano, o centro irradiador de poder e força estável, - "legítima ou não, mas sempre efetiva, que é o fato mais notável daquela organização política"<sup>1</sup> Ele governava e conduzia à feição romana o agrupamento parental, militarmente. Sua autoridade de pai de família era incontestável, sobre a mulher, os filhos, os escravos e também sobre os agregados ou familiares e proletários livres, que se acolhiam à sombra de seu prestígio e de sua fortuna.

O espírito patriarcal era traduzido claramente nas Ordenações Filipinas, trazendo a idéia do poder marital, como exemplifica, entre muitos, o Título 36, § 1.º do Livro 5, que isentava de pena o marido que aplicasse castigos corporais à mulher e aos filhos<sup>2</sup>.

A capacidade produtiva da família-grande não se restringiu às espécies agrícolas, haviam negros marceneiros, carpinteiros, ferreiros, funileiros, pedreiros, trabalhando não só para o consumo interno, como também para o comércio; dificultando, assim, posteriormente, a casa-grande, a criação do trabalho livre assalariado. Assim, a possibilidade e a capacidade de auto-subsistir sempre esteve à base da família patriarcal em todos os

<sup>1</sup> Pinto, L. A. C. *Lutas de Famílias no Brasil*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 5ª edição, 1985.

<sup>2</sup> Ordenações e leis do Reino de Portugal. Imprensa da Universidade de Coimbra, Undécima edição, 1847.

tempos e lugares onde se formou e dela é que decorrem todos os laços, sejam eles morais, religiosos, jurídicos, políticos que integrando fortemente os indivíduos à esfera doméstica fazem desse tipo de família, uma estrutura política quase completa.

A casa-grande, completada pela senzala, símbolo de autarquia e potência representa todo um sistema econômico, social e político; de produção, através da monocultura latifundiária; de trabalho, com a escravidão; de transporte com os carros de bois; de religião, onde o catolicismo de família, com capelão subordinado ao *pater-famílias* e o culto dos mortos; e, ainda foi fortaleza, banco, cemitério, hospedaria, escola, santa casa de misericórdia<sup>3</sup>.

Dessa maneira, a ausência quase completa de um sistema regular de colonização, como urna das características da atividade colonizadora dos portugueses, feita quase toda ao impulso exclusivo da iniciativa particular, conduziu a família patriarcal a ser o grande fator colonizador no Brasil, a unidade produtiva, constituindo-se na aristocracia rural mais poderosa da América, em torno da qual vai girar toda a sociedade colonial. Foi, assim, a família na colônia o núcleo onde se concentrou e o ponto para onde convergiu a vida econômica, social e política do Brasil.

Havia confusão entre propriedade e autoridade, fazendo com que a aristocracia rural fosse a classe dominante. Destaca-se, destarte, que o *familismo* esteve em oposição aberta ao Estado e depois em posição de destaque sobre ele, sinônimo de administração pública, vai impregnar a engrenagem burocrática do paternalismo da casa-grande. Nesse sentido, as palavras de Buarque de Holanda:

*Em terra onde não existia praticamente trabalhador manual livre, em que uma classe média quase nula nela tinha como impor sua influência, os indivíduos que haviam de servir nas funções criadas com o novo estado de coisas tinham de ser recrutados da mesma massa dos antigos senhores rurais, Toda a estrutura administrativa, a pouco e pouco elaborada durante o Império, comportava elementos estreitamente vinculados ao velho sistema doméstico, ainda em pleno viço não só nas cidades como nas fazendas, Nela era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do "privado e do "oficial"<sup>4</sup>.*

Assim, esses foram os traços da nossa formação social, com marcantes traços do patriarcalismo poderoso e absorvente.

<sup>3</sup> Freyre, G. Casa Grande & Senzala, in Luiz de Aguiar Costa Pinto, *Lutas de Famílias no Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 5.ª ed., 1985.

<sup>4</sup> Holanda, S. Buarque de. Raízes do Brasil, in Luiz de Aguiar Costa Pinto. *Lutas de Famílias no Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 5.ª ed., 1985.

## 2.2. A população nos dois primeiros séculos da colonização e a escassez de mulheres brancas

No início da colonização brasileira foram poucos os homens que desembarcaram em nossa terra trazendo suas mulheres e seus filhos devido às dificuldades que previam encontrar na nova terra totalmente à espera de desbravamentos, embora com aparência de muitas possibilidades de enriquecimento.

A falta de mulheres na colônia preocupava a igreja e em 1549, na Bahia, o jesuíta Manuel da Nóbrega comentava o concubinato e a miscigenação generalizados:

*Todos me escusam que não têm mulheres com que casem, e conheço eu que casariam se achassem com quem; em ranto que uma mulher, ama de um homem casado que veio nesta armada, pelejavam sobre ela a quem a haveria por mulher. (SIC)*

E, ainda apresentou soluções para os colonos que reclamavam-lhe a falta de mulheres, sendo uma delas o envio das mulheres, obviamente brancas, que em Portugal não arrumassem casamento:

*(. . .) ainda que fossem erradas, porque casarc<sup>70</sup> todas mui bem, contanto que não sejam tais que de todo tenham perdido a vergonha a Deus e ao mundo<sup>5</sup> (SIC)*

E a outra solução era o envio de órfãs. A coroa portuguesa seguiu esse último conselho, mas não em números suficientes para suprir a falta de mulheres na colônia, já que viajavam apenas de duas ou três por vez, não bastando para incrementar a população branca na nova terra como se fazia necessário aos olhos de todos.

Manuel da Nóbrega queria demonstrar o quanto as mulheres brancas eram escassas e desejadas na colônia portuguesa:

*(. . .) são tão desejadas as mulheres brancas qua, que quaisquer farão qua muito bem à terra, e elas se ganharão e os homens de qua apartar-se-ão do pecado<sup>6</sup>. (SIC)*

O contingente de mulheres brancas vindas do Reino permaneceu reduzido durante todo o séc. XVI e a reprodução não foi suficiente para acabar com a escassez, os colonos escolhiam as índias como concubinas ou com elas se casavam "segundo o costume da terra", raramente com elas contraindo matrimônio segundo os ritos da igreja católica. Os jesuítas

<sup>5</sup> Nóbrega, M. da. *Cartas do Brasil, 1549-1560*, Cartas jesuíticas I, Rio de Janeiro, Academia Brasileira, 1931, in Silva, M. B. N. da. *História da Família no Brasil Colonial*. Rio de Janeiro, ed. Nova Fronteira, 1998, p.12.

<sup>6</sup> Nóbrega, M. da., in Silva, M.B.N. da. Ob. Cit.,p.13

criticavam o casamento "segundo o costume da terra", não considerando-o como um verdadeiro matrimônio, uma vez que, entre os indígenas dominava a poligamia.

O concubinato com índias era prática comum não só entre os brancos solteiros, mas também entre os casados que tinham deixado suas mulheres em Portugal e a luta contra ele era bem mais intensa por parte dos jesuítas do que por parte das autoridades estabelecidas. Mas, mesmo combatido pelos jesuítas e punido sem demasia pelas justiças e tolerado pela sociedade quinhentista, o concubinato com índias foi sem dúvida o responsável por contingentes numerosos de mamelucos, sobretudo na primeira metade do Séc. XVI. E, segundo Maria Beatriz Nizza da Silva: "a relutância do branco em contrair matrimônio com mameluca era menor do que em relação às índias. O sangue branco que lhes corria nas veia certamente diminuiria a "infâmia" de um matrimônio inter-racial"; e assim, casavam-se facilmente as mamelucas nesse período.

Houve, no nordeste brasileiro, um surto açucareiro no século XVI, e quando da ocupação holandesa em Pernambuco, foram raros os casamentos entre os invasores holandeses e a mulheres locais, fazendo com que a presença holandesa apenas acentuasse a tendência para a endogamia que muito se verificou entre os senhores de engenho pernambucanos, ou seja, casamentos realizavam-se entre primos ou entre tios e sobrinhas, embora exigissem a dispensa papal que podia ser concedida provisoriamente pelos bispos, havendo, assim, a repetição dos mesmos nomes e sobrenomes.

A população pobre agia, reagia e possuía regras de condutas próprias. Processos de raptos, de divórcio, filhos adulterinos e crianças expostas denotavam práticas freqüentemente encontradas, demonstrando que as regras poderiam existir, mas mecanismos de rebeldia e tensão estavam sempre presentes.

Como já dito no item 2.1, o grupo mais prestigiado era o dos senhores rurais e a Colônia o lugar, por excelência, da possibilidade de enriquecimento. O senhor de engenho era teoricamente o mais poderoso, mas comerciantes estavam mais ricos; filhas deveriam ser virgens e pacatas, mas seus filhos ilegítimos foram colocados em outras casas ou foram mortos para que elas pudessem retomar ao mercado matrimonial; mulheres deveriam sujeitar-se ao mando dos maridos, mas promoviam divórcios e atribuíam ao marido filhos que não eram deles<sup>7</sup>. Essa era a prática na era colonial brasileira, bem diferente do ideal e do que estava nas leis na época.

---

<sup>7</sup> Faria, S. de C. *A Colônia em Movimento: Fortuna e Família no Cotidiano Colonial*. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1998.

### 2.3. A maternidade e a questão da legitimidade

Vale lembrar, que antes de iniciarmos o assunto em tela, que a atividade produtiva e a localização tinham grande peso nos padrões familiares da época, divergindo de um local para o outro os diversos comportamentos da população.

Com base em trabalhos existentes sobre a família e legitimidade no século XVIII, Mary Dei Priore, ao tratar da maternidade, no período colonial, afirmou:

*Nos tempos coloniais, o que se pode observar com certeza é que pequena parcela das maternidades era vivia no cenário das relações lícitas, e estas, sem dúvida, pertenciam à elite da Colônia<sup>8</sup>.*

As regiões urbanas e mineradoras eram lugares de passagem rápidos pelos colonos, enquanto que as áreas exclusivamente agrícolas eram lugares de permanência dos que nelas produziam e aí sim, as relações matrimoniais eram sancionadas pela igreja, pois a família era fundamental para o funcionamento e reprodução de unidades produtivas; já que, lavradores precisavam de uma organização familiar que lhes garantisse o preparo da comida e os cuidados com a morada, dividisse o trabalho agrícola e lhes desse filhos que eram nesse caso, mão-de-obra. Com essas condições, podiam aspirar melhores condições de vida. Assim, mais do que a localização da terra, a formação e manutenção de uma base familiar eram essenciais para garantir a sobrevivência, em zonas agrárias, e também para o enriquecimento.

E, nessas zonas agrícolas, quando o homem ficava viúvo com filhos pequenos, casava de novo, incorporando-se a uma outra unidade doméstica. As mulheres tinham mais dificuldades de encontrar parceiros quando tinham crianças pequenas, mas como eram menos migrantes do que os homens tinham parentes que moravam próximos e ajudavam na criação das crianças e com o passar do tempo, já com os filhos crescidos, colocava-se em vantagem no mercado matrimonial; e, ainda, nos casos em que ficava viúva já com filhos crescidos e em idade produtiva, poderiam manter suas propriedades, com o trabalho familiar.

Muitas crianças eram deixadas nas ruas, praças e portas de igrejas ou conventos, fazendo com que, no Brasil colonial fosse criado a "roda" nas Santas Casas de Misericórdia, para que crianças enjeitadas pudessem ser deixadas. Essas crianças abandonadas em casas de particulares ou deixadas na "roda" são chamadas de "expostos" e a criação da roda dos expostos poderia garantir o anonimato a quem dela se utilizasse e ao mesmo tempo

---

<sup>8</sup> Dei Priore, M. *História e Moral na Sociedade Brasileira*. Rio de Janeiro, Ed. Dois Pontos, 1990, p.80.

evitava a morte de filhos indesejáveis e isso foi um fenômeno na grande maioria das vezes, urbano. Mas, era mais comum esse enjeitado serem criados por famílias particulares sendo recebidas e batizadas. As maiorias das crianças expostas eram ilegítimas ou adúlteras; filhos legítimos ou de casais coabitantes, mesmo pobres, não expuseram seus filhos, mão de obra básica das unidades domésticas, a não ser que morassem em área urbanas. Muitos casais estéreis ou que tiveram todos os filhos falecidos recebiam os expostos.

As famílias mais ricas poderiam esconder as gestações "ilícitas" de suas filhas com mais facilidade do que os mais pobres, através de roupas especiais, viagens à lugares distantes e principalmente porque as filhas de ricos não precisavam trabalhar e conseqüentemente quase não apareciam em público e assim, tinham seus filhos às escondidas e depois retomavam ao mercado matrimonial, normalmente. Enquanto as mais pobres não tinham acesso a esses recursos, restavam-lhe, registrar seus filhos naturais e posteriormente, se possível, colocá-la em casa de padrinho ou parentes em condições melhores para que pudesse ser criada.

No período colonial, o casamento católico era majoritariamente preferido pela população essencialmente agrária e mais da metade das maternidades provinha de casamentos lícitos, ou seja, a maioria dos filhos era legítima, ficando evidentes que eram as mulheres forras as responsáveis pela ilegitimidade em qualquer área: rural, urbana ou mineradora<sup>9</sup>.

A família, a procriação legítima e os costumes virtuosos eram muito importantes, justamente por serem tão raros em tal época, tornaram-se extremamente valorizados.

#### **2.4. A questão da virgindade**

Quando falamos da virgindade, logo a relacionamos com casamento, entretanto, para a população mais pobre da época, não estavam necessariamente ligados; já para a classe rica que detinha o poder isso já não se pode dizer, ou seja, idealmente, pelo menos, as noivas ricas deveriam ser virgens. A publicidade é que poderia prejudicar os casamentos das moças que perdiam a virgindade, manchando a honra da família.

Conforme já exposto no item anterior, o recurso mais usado para encobrir os frutos dos relacionamentos sexuais anteriores ao casamento foi a exposição de crianças em casa particulares quando não havia roda de expostos na região.

Em testamentos, algumas mulheres, muitas delas casadas, reconheceram filhos naturais, preocupadas com a salvação de suas almas.

---

<sup>9</sup> Faria, S. de C. Ob. cit., p.54.

Mulheres que tiveram suas honras manchadas, ficariam expostas às misérias do mundo, caso não se casassem e como o sexo feminino demonstra fragilidade, segundo os padrões daquele momento social, a proteção só seria alcançada através do casamento com aquele que lhe tirou a honra, fazendo com que esse argumento fosse utilizado até mesmo para mulheres escravas. Todavia, apesar da desonra de mulheres não-virgens, elas existiram de fato.

Um fato curioso e que não podia deixar de ser mostrado no presente trabalho é que na classe mais pobre, muitos pais usavam o defloramento da filhas para pedirem valores pecuniários aos defloradores para compor o dote da mesma, pois com um dote ela poderia com mais facilidade do que se fosse apenas virgem conseguir um casamento melhor.

E, ainda, muitos pais facilitavam a vida sexual das filhas visando o casamento, com o objetivo, por exemplo, de ter o futuro genro como mão-de-obra em sua unidade doméstica, ou, no caso de pais que residiam em áreas urbanas, como contribuinte do orçamento familiar.

Já nas áreas rurais, o homem, principalmente o pobre, não estava muito preocupado com o passado sexual da mulher, ainda mais quando ela levava para o casamento filhos um grande número de filhos em idade produtiva.

Assim, conseguimos extrair que na era colonial o que importava mesmo eram os interesses materiais, fossem eles da classe pobre ou da mais favorecida, perdendo assim a relevância do valor moral que a igreja e toda a sociedade aparentemente davam à virgindade das mulheres.

## **2.5. O papel da Igreja Católica**

A cidadania católica era requisito básico para a sobrevivência na Colônia, porém outras crenças e costumes estavam também presentes. As visitas do Santo Ofício causavam pânico na população, mas não eram frequentes. Porém, havia práticas heréticas da população colonial, julgadas em outras instâncias do Império português. O alto clero procurava normatizar a vida religiosa, mas se confrontava com um mundo onde inúmeras culturas se misturavam.

O catolicismo era a religião teoricamente dominante, com dogmas que deveriam ser aceitos ou, pelo menos, respeitados por todos, fossem escravos, livres ou forros, principalmente no que se referia ao respeito à celebração dos ritos. O batismo significava a comprovação de ser a pessoa filha dos pais e da terra. O casamento só existia se o casal tivesse recebido as bênçãos de um padre, com testemunhas e assentos em livros próprios. O registro de óbito fornecido pela igreja representava a morte social.

Assim, quase todas as etapas dos momentos rituais da sociedade passavam pelo olhar e controle da Igreja. Pode-se considerar até mesmo que



a cidadania se exercia pela aceitação, mesmo que estratégica, dos rituais católicos<sup>10</sup>.

O primeiro bispado, no Brasil, foi criado na Bahia, em 1551, mas, o século XVII o mundo colonial não fazia parte das preocupações da igreja tridentina, sendo criada só em 1701 a primeira legislação eclesiástica colônia, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.

## **2.6. O significado do casamento**

Veremos no decorrer desse item que *casar-se* significava buscar uma estabilidade familiar e um respeito social, fundamental, no caso dos homens brancos de qualquer crença, e estratégico, no caso de escravos, forro e mestiços.

A construção de uma família representava a possibilidade de escravos terem acesso a maior autonomia e à posse de casa individuais que lhes permitiam recriar ritos de origem africana. A presença de uma família constituída de homem e mulher, pelo menos, e, principalmente, com filhos entre livres, era condição para melhorias na vida material, incluindo o acesso à mão-de-obra escrava, e para a estabilidade, em particular, para os pobres com atividades agrárias. Já para os mais ricos, arranjos matrimoniais visavam ampliar ou manter fortunas. Os objetivos extrapolavam finalidades religiosas do matrimônio, que seria a de sacralização da procriação.

Assim, casar e batizar (já que para casar era necessário o batismo como veremos a seguir) poderiam ser estratégias de vida e sobrevivência naquela época.

## **2.7. Processo de banhos e impedimentos matrimoniais**

Quando a pessoa decidia se casar, tinha que entrar com um processo para habilitação ao matrimônio, comprovando determinadas condições básicas para comprovação de inexistência de impedimento. Tais condições eram:

- a) apresentar certidão de batismo (prova-se o nascimento pelo batismo);
- b) comprovar seu estado de solteira e descompromissada com ou qualquer instituição, como o voto de castidade e religião;
- c) apresentar o assento de óbito do outro cônjuge, quando viúva;
- d) provar ser livre no caso de ex-escravos e seus descendentes apresentando a carta de alforria ou a certidão de batismo (quando

---

<sup>10</sup> Faria, S. de C. Ob. cit., p.307.

alforriados na pia batismal), ou cópia de testamento (quando alforriado por disposição testamentária);

- e) proclamar o futuro matrimônio em todos os lugares onde esteve a pessoa fixada por mais de seis meses.

Tais procedimentos, na época eram difíceis de serem cumpridos, uma vez que, as pessoas, geralmente, não tinham nas mãos documentos atestando fatos passados e os grandes movimentos migratórios, que transformava praticamente todos os lugares em áreas de passagem, fazendo com que os futuros casamentos tivessem que ser proclamados em inúmeras paróquias, algumas até mesmo em Portugal e suas possessões da África.

Mas, mesmo com tantas dificuldades as pessoas que pretendiam se casar não se abalavam e muitas faziam verdadeiros malabarismos para conseguir unir-se maritalmente. A solução para o problema da falta dos documentos exigidos no processo de banhos era chamar testemunhas, tidas como fidedignas e residentes e também prestar fianças monetárias, ou seja, se em certo prazo não cumprisse a obrigação faltante no processo de banhos, teria que pagar uma certa quantia estipulada pela igreja, com um fiador nomeado. Entretanto, nem todos tinham condições financeiras de pagar e nem fiadores e justificando pobreza, pediam a indulgência dos padres para serem liberados de algumas exigências e qualquer impedimento era contornado com facilidade pela igreja<sup>11</sup> que tinha grande interesse em dissipar o pecado existente na colônia portuguesa.

Dentre os impedimentos existentes, a igreja impedia o casamento:

- a) entre parentes até o quarto grau de consangüinidade;
- b) entre padrinhos e afilhados;
- c) os que houvessem tido cópula ilícita com parentes até o quarto grau de consangüinidade do outro cônjuge;

Mas, como já dito, tudo se contornava, liberando-se para casar através de dispensas, desde que os envolvidos pagassem penitências, por exemplo, com orações e acompanhamento de missas ou com pagamento de custas ou bens para os mais ricos, e ainda, com prestação de serviços para os mais pobres. Com isso, o casamento religioso tornava-se fácil de realizar-se e para isso também concorriam as grandes distâncias e a dificuldade de locomoção, além da ineficiência do clero que nem sempre proclamava os casamentos com exatidão, ocorrendo, assim, muitos casamentos de bigamos pela inexistência de impedimentos reais.

Vale lembrar que a idade exigida para os jovens se casarem era de 14 anos para os homens e 12 anos para as mulheres.

---

<sup>11</sup> Faria, S. de C. Ob. cit., p.59.

## 2.8. O casamento e as Ordenações do Reino

As Ordenações do Reino de Portugal vigoraram no Brasil até a entrada em vigor do atual código civil, apesar das tentativas de codificação que foram feitas. Desde a proclamação da nossa Independência, em 07/09/1822, foi instalada a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, que em lei de 20/10/1823, mais de um ano após a proclamação da Independência, mandou observar no país as Ordenações, leis, alvarás, resoluções e decretos promulgados pelos reis de Portugal, pelos quais o Brasil se governara até 25/04/1821, quando D. João VI retomou a Portugal, e mais aqueles que posteriormente foram promulgados por D. Pedro 1.

Dessa maneira, cabe-nos, analisar o disposto nas "Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recopilados por mandado D'EI Rei, D. Felipe, o Primeiro".

As Ordenações Filipinas, no Liv. IV, Tít. 46, §§ 1.º e 2.º previam o casamento, assim:

*Tít. 46, §/o: Por palavra de presente à porta da igreja ou por licença do prelado fora dela. havendo cópula carnal.*

*Tít. 46, §2.º: Os cônjuges são tidos em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provém as palavras de presente. (S/C)*

Admitia-se, assim, ao lado do casamento religioso na forma do Concílio Tridentino, o denominado casamento de marido e conhecido, que lembrava um pouco a tradição romana do *usus* em que o casamento se provava pela  *affectio maritalis*, pela pública fama de marido e mulher e pelo decurso do tempo. Assim, ao lado do casamento religioso, admitia-se, uma espécie de concubinato puro, conhecido como "em pública voz e fama", que, por tempo considerável, era capaz de presumir a existência de matrimônio entre eles e por esse estrutura que possuía lembrava o casamento *sine manu* romano.

Contudo, no Brasil colonial existiam três formas de casamento válidas, que eram:

- a) o realizado perante a autoridade eclesiástica;
- b) o denominado de marido conhecido ou pública fama, em que havia publicidade, pois era realizado na presença de testemunhas, porém, sem intervenção pela autoridade religiosa, o qual caracterizava-se pela coabitação e pelo tratamento mútuo e recíproco como marido e mulher, e

- c) O de consciência ou à morganheira, em que não havia publicidade, homem e mulher viviam maritalmente, porém, esta relação era considerada ilícita<sup>12</sup>.

No tocante aos casamentos, vale lembrar que antes do Concílio de Trento, ocorriam muitos *casamentos clandestinos* e esses até então foram tolerados. Segundo Lafayette Pereira, é casamento clandestino:

1. *Quando é contraído sem a assistência do sacerdote competente e de duas testemunhas ao menos.*
2. *Ou quando com a assistência do sacerdote, mas sem a presença das testemunhas em número legal.*
3. *Quando em presença das testemunhas, mas sem Pároco*<sup>13</sup>

E, ainda, segundo o mesmo autor, desta prática resultavam gravíssimos abusos: o sigilo que envolvia o ato facilitava a bigamia, e a falta autenticidade deixava na incerteza a constituição da família<sup>14</sup>.

Trataremos também nesse item acerca dos casamentos mistos, que embora para muitos historiadores eles eram poucos frequentes, levantavam questões polêmicas, quer se tratasse de um casamento misto inter-racial (tre um escravo de origem africana e uma índia, por exemplo), quer simplesmente misto do ponto de vista jurídico.

No início do século XVIII, os colonos seguiam uma estratégia em umas Capitâneas, de promover estes casamentos inter-raciais, a fim de assegurar a mão-de-obra das Índias administradas, ou seja, casando uma ia administrada, ganharia um escravo, já que, viriam ambos morar em suas terras. A estratégia dos colonos paulistas de casarem seus escravos africanos com Índias, numa época em que os negros alcançavam preços muito elevados e não havia escravas, foi seguida igualmente pelos jesuítas : fazendas, segundo a denúncia de José Arouche de Toledo Rendom em fins do séc. XVIII. Dizia ele que os filhos destes casamentos inter-raciais m denominados "servos"<sup>15</sup>. Disso, se extrai, então, que as mães não eram consideradas livres e que, apesar da declaração formal da liberdade dos ios, esta não existia na prática.

Nos lugares onde a população indígena não era numerosa, os amentos mistos realizavam-se entre escravos de origem africana e como a documentação exigida para os banhos era a mesma exigida para os brancos, obstáculos surgiam devido a grande mobilidade social existente, ficando difícil de provar se estava livre e desimpedido para o casamento, ou, outras

<sup>12</sup> Ferdinande, C. Dissertação de mestrado:, Universidade Estadual da Maringá, 2001.

<sup>13</sup> Pereira, L.R. Direitos de Família. São Paulo, Livraria Freitas Bastos S.A, 1956.

<sup>14</sup> Pereira, L.R.Ob. cit.,p.61.

<sup>15</sup> Rendom,J.A.T. Memórias sobre as aldeias de índios da província de S.Paulo, segundo as observações feitas no ano de 1798, in Obras. São Paulo, 1978, p.40.

vezes, faltavam-lhes a certidão de batismo. Outra dificuldade eram as denúncias que tinham que ser feitas durante três domingos seguidos não só nas freguesias onde os contraentes iam celebrar o matrimônio, mas também naquelas onde tinham residido depois dos 14 anos para os homens e 12 anos para as mulheres.

O casamento entre um elemento forro e outro escravo foi bastante comum no Brasil colonial e a diferente condição jurídica dos cônjuges levou muitas vezes as mulheres a tentarem comprar a liberdade dos maridos, pois esses casamentos mistos geralmente ocorriam entre uma forra e um escravo, mas dificilmente os senhores aceitavam a transação, muitas vezes recusavam valores superiores ao de mercado. Perante a recusa, o escravo tinha duas soluções: recorrer à autoridade máxima da capitania que era o governador ou em último caso, recorrer ao monarca que podia conceder a liberdade como Ulna "graça"<sup>16</sup>.

A doutrina da igreja católica acerca dos casamentos escravos foi formulada nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, impressas em 1720 e observadas em todo o Brasil, que no Livro I, título 71, § 303, de acordo com o "direito divino e humano", os escravos podiam casar-se com pessoas cativas ou livres: "seus senhores lhe não podem impedir o matrimônio, nem o uso dele em tempo e lugar conveniente, nem por esse respeito os podem tratar pior, nem vender para outros lugares remotos, para onde o outro, por ser cativo, ou por ter outro justo impedimento o não possa seguir". O argumento usado pelas constituições era que o casamento nada tinha que ver com a liberdade: " E declaramos que posto se casem, ficam escravos como de antes eram, e obrigados a todo o serviço de seu senhor". Com o passar do tempo, alguns representantes da Igreja defendiam outro argumento: o da reprodução da escravaria, como grande vantagem para os seus senhores.

Dessa forma, o grande impedimento provinha dos senhores, que impediam a união legal de escravos de donos diferentes, pois a população livre, essencialmente migrante, tinha escravos que eram, mais do que tudo, um bem que acompanhava o dono para onde quer que fosse. Facilmente descartáveis justamente por serem muito cobiçados, tornavam-se o primeiro alvo dos credores na liquidação de dívidas, e, uma vez casados, os cativos não queriam afastar-se de suas famílias. Nem sempre podia manter a coabitação no caso de um dos senhores se mudar. Assim, entraves como esses induziam proprietários a impedir o casamento de seus escravos com os de outros donos e, com isso, os casamentos majoritariamente ocorriam entre escravos do mesmo senhor.

---

<sup>16</sup> Silva, M. B. N. da. Ob. cit., p. 185-186.

## 2.9. Os efeitos do casamento durante as Ordenações

No título 46, Livro 4, a respeito do *regime de bens do casamento*, as Ordenações permitiam que se fizessem quaisquer convenções antenupciais, para regular o modo de administrar e dispor dos bens de ambos os cônjuges, durante o matrimônio; havendo restrições apenas quando essas convenções viessem a contrariar a lei, os bons costumes e os fins naturais e sociais do casamento. Se cláusulas, por esses motivos ilícitos, fossem adicionadas ao pacto antenupcial, pelo qual se haviam de regular as relações econômicas, ou não, entre os cônjuges, ter-se-iam por não escritas; e, anuladas elas, nulas eram todas as estipulações delas dependentes; mas subsistiria o pacto em tudo o mais que fosse substancial e desrelacionado com as partes viciosas<sup>17</sup>.

No título 65, livro 4, quanto às *doações entre cônjuges*, as Ordenações só tolerava as doações se mediante as condições: a) de revogabilidade, até à morte do doador; b) de anulação por superveniência de filho e c) de rescisão por inoficiosidade. Essa inoficiosidade aparecia quando o cônjuge doador vinha a falecer, deixando herdeiros, que se considerassem desfalcados em suas legítimas, já que, estas deveriam ser completadas com os bens doados, e o restante era restituído ao cônjuge donatário<sup>18</sup>.

Por sua vez, eram consideradas como eficazes as doações que não fizessem o doador mais pobre, embora tomassem o donatário mais rico; também eram eficazes as doações que, diminuindo o patrimônio do doador, não aumentavam a do donatário e, por último, as que constituíssem doações *mortis causa*<sup>19</sup>.

Quanto ao *direito sucessório entre os cônjuges*, disciplinado no título 94, livro 4, as Ordenações somente chamava o cônjuge sobrevivente à sucessão do cônjuge falecido na ausência de parentes colaterais até o décimo grau, exigindo a coabitação ao tempo da morte. Assim, na melhor das hipóteses, se casados sob o regime de comunhão universal de bens, a metade do patrimônio comum do casal iria parar nas mãos de pessoas já quase estranhas à família. Uma injustiça com certeza para com os cônjuges sobreviventes, que na maioria das vezes tinha cumprido de forma habilidosa com os deveres do casamento. E, ainda, no caso de serem casados sob o regime de separação de bens, seria possível que o cônjuge sobrevivente não ficasse com nenhum sequer dos bens deixados pelo outro, então falecido.

<sup>17</sup> Pereira, L. R. Ob. cit., p.1 05.

<sup>18</sup> Beviláqua, C. *Direito de Família*. Rio de Janeiro, editora Rio, 1976.

<sup>19</sup> Pereira, L. R. *Direito de Família*, §99, in Clóvis Beviláqua, Ob. cit., p. 177.

## 2.10 O concubinato

A coroa se preocupava com concubinatos, mas, mais do que ela se preocupava a Igreja católica que procurava erradicá-los da sociedade colonial através das visitas pastorais.

Muitas relações ilícitas se estabeleciam entre homens brancos e mulheres de cor, escravas ou não, sendo raros os casos entre mulheres brancas e homens de cor. As autoridades eclesiásticas encontravam grande dificuldade em detectar concubinatos com homens brancos e mulheres escravas, já que estas, sempre moravam na mesma casa, por serem escravas, não existindo, assim, aqueles sinais exteriores que qualificavam a relação ilegítima: entrar em casa da mulher à noite, pôr-lhe uma escrava para servi-la, vesti-la, alimenta-la, etc<sup>20</sup>. Essas relações se deixavam transparecer, muitas vezes, quando as esposas pediam o divórcio no tribunal eclesiástico pelo motivo de seus maridos manterem relações com suas próprias escravas.

Uma solução encontrada pelos maridos para adulterarem com suas escravas era deixar a mulher na propriedade rural e morar com a escrava na vila.

As tentativas de casamento entre brancos e mulheres de cor terminavam quase sempre frustradas pelas famílias, que se opunham a tais matrimônios e recorriam a todos os meios a seu alcance para evitá-los, mas, ocorreram no Brasil colonial. Quando homens brancos casados com mulheres de cor faleciam, muitos eram os pedidos perante o tribunal eclesiástico para anulação do matrimônio, impedindo, assim que a herança fosse parar nas mãos das mulheres de cor e sua prole, alegando-se que as mesmas eram meretrizes, ou até acusação de envenenamento e feitiçaria amatória<sup>21</sup>

Das relações entre homens brancos e mulheres de cor escravas resultava uma prole ilegítima cujo destino era seguir a condição das mães, a menos que os pais decidissem dar-lhes alforria. Quando os senhores tinham filhos com suas escravas, raramente os reconhecia e tornava seus herdeiros; o mais comum era o pai dar alforria, gratuitamente ou mediante o pagamento de seu valor, que era baixo para crianças muito pequenas, ao filho de escrava sua; ou então comprar criança ao seu dono e depois alforriá-la mediante carta de alforria passada em tabelião.

Mulheres de cor e forras também tinham filhos ilegítimos com brancos e, tal como em relação aos filhos de escravas, era raro essa prole se tornar herdeira dos pais, sobretudo quando havia filhos legítimos.

---

<sup>20</sup> Silva, M. B. N. da. Ob. cit., p. 193.

<sup>21</sup> Silva, M. B. N. da. Ob. cit., p. 1981.

### 2.11. O regime de comunhão de bens; o regime dotal e a arra, segundo as orientações

Por intermédio dos visigodos, em Portugal, o regime da comunhão procede de origem germânica, que passaram essa instituição aos espanhóis e portugueses.

As Ordenações Afonsinas referem-se à comunhão universal, como uso penetrado, inteiramente, nas populações, que faziam vigente pelo simples fato da entrada na vida conjugal, em algumas partes, e, por convenção, como criteriosamente nota Coelho da Rocha, deixou vestígio indelevel na dualidade de expressão usada pelo Código Filipino: *segundo o costume do reino; por carta de ametade*<sup>22</sup>.(SIC)

Já nas Ordenações Manuelinas, determinava-se que a comunhão de bens fosse o regime legal, quando as partes não estipulassem outra coisa e do mesmo modo também dispuseram as Ordenações Filipinas.

Clóvis Beviláqua se manifestou a respeito de tal regime em seu livro de Direito de Família publicado em 1895:

*Este favor especial, esta pronunciada predileção pelo regime da comunhão, entre nós. explica-se bem por estar ele de acordo mais pleno com a índole da união conjugal, individuum vitae consuetudinem continens, e pela hereditariedade jurídica, que no-lo transmitiu dos portugueses. Mas creio que, para esse resultado, também muito contribuiu a índole dos incolos brasileiros, que os portugueses dominaram e adaptaram à sua civilização*<sup>23</sup>

Segundo as Ordenações Filipinas, era necessário para que se concretizasse a comunhão universal de bens, que se tivesse passado um dia, após a celebração do casamento, ou que se provasse a consumação deste, com a realização do contato carnal dos cônjuges<sup>24</sup>.

Tal idéia teve origem no *Morgengabe*, ou seja, o presente posterior ao casamento dado aos cônjuges no dia seguinte a este, que se tornava propriedade da mulher, oriundo das tradições dos visigodos, como nesse exemplo trazido por Clóvis Beviláqua, na nota de rodapé da página 197 da obra já citada: No tratado entre D. João VI de Portugal e Francisco I da Áustria, para os despodório de D. Pedro de Alcântara com a Arqueduesca D. Carolina, assinado em Viena, a 29 de Novembro de 1816, promete-se, a título de presente de casamento, a soma de 60.000 florins, que serão assinados à noiva, depois de consumado o casamento.

<sup>22</sup> Rocha, C. da. Instituições, I, nota M, in Clóvis Beviláqua, Ob. cit.,pg.193.

<sup>23</sup> Beviláqua,C. Ob. cit., ;:194.

<sup>24</sup> Pereira, V. de S. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 2.ª edição, 1959.



Quando ao regime dotal de bens, desde a invasão dos visigodos que na Ibéria se estabeleceu o uso de dotes, vindo este a fazer parte dos regimes matrimoniais constantes nas Ordenações, regulando-se pelos princípios do direito romano.

O dote dado às filhas desempenhava no século XVI um papel importante na seleção de alianças matrimoniais e se tem notícia desse fato através dos testamentos encontrados, sendo certo que nem todas as promessas de dote foram cumpridas em vida pelo testador, e então essa dívida era geralmente declarada em testamento e quando o dote era efetivamente pago, ocorria às vezes das filhas dotadas preferirem abrir mão das suas legítimas e não levar o dote à colação por morte dos progenitores, por lhes parecer isto mais conveniente<sup>25</sup>.

Entretanto, mesmo fazendo parte integrante do nosso direito, o dote não funcionou com frequência entre o povo brasileiro, não entrando para os nossos hábitos, como o regime de comunhão, não sendo, assim, necessária, maior dispensa a esse assunto.

Porém, ainda menos que o dote se penetrou nos hábitos brasileiros o instituto das arras, ou seja, era o nome dado à pensão, ou coisa certa, que o marido, no contrato dotal, assinava à mulher, para o caso de esta lhe sobreviver. No título 47, livro 4 das Ordenações Filipinas, as arras só podem ser constituída no contrato dotal, e devem ser determinadas por quantidade certa, não excedendo à terça parte do dote; sendo a parte excedente considerada inoficiosa.

Quando não havia tradição do dote, era dispensado o marido de cumprir a promessa de arras, salvo se esse fato fosse resultado de culpa sua e, havendo tradição parcial do dote, a exigência das arras podia ser levada a efeito somente dentro dos limites correspondentes ao terço da parte entregue.

Durante o casamento, ficavam as arras sob a administração do marido, garantida a mulher por hipoteca legal. Quando dissolvido o casamento por morte da mulher, revertiam-se as arras em favor do marido, não cumprindo assim a condição de se a mulher enviuvar a que estavam subordinadas; já quando o marido morresse, passavam para a posse da mulher, que as usufruía durante a vida, mas quando falecesse, voltariam aos herdeiros do marido, salvo acordo em contrário. Quando o divórcio fosse ocasionado por culpa da mulher seria revogada a doação de arras.

## **2.12. A questão da sucessão no Brasil colonial**

Através do estudo de testamentos e inventários, os historiadores conseguem desvendar peculiaridades da sociedade colonial.

---

<sup>25</sup> Silva, M. B. N. da. Ob. cit., p. 21.

Para casais sem filhos, metade dos bens cabia ao cônjuge sobrevivente e a outra, aos demais herdeiros, na seguinte ordem: descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau, cônjuge sobrevivente e Estado.

Os inventários eram feitos para os que tiveram algo a deixar, e abertos pela família ou, na falta desta, pelo juiz de órfãos, quando havia filhos menores. Estranhos, sendo vizinhos, também podiam abrir inventários, caso o defunto não tivesse parentes presentes. Deveria ser iniciada no prazo de trinta dias após o falecimento, embora nem sempre a regra fosse seguida.

O momento da partilha era problemático devido à dispersão geográfica dos herdeiros e o arrolamento de bens era dificultado, principalmente no fim do século XVI, quando ocorriam expedições freqüentes pelo sertão à procura de índios e muitos por lá morriam. Assim, procediam-se dois inventários, um no sertão, pelo capitão da entrada e outro na vila, ordenado pelo juiz ordinário e dos Órfãos.

Pelas Ordenações do Reino, os filhos famílias, ou seja, aqueles que ainda estavam sob a autoridade paterna por serem menores, solteiros ou morarem com os pais, estavam obrigados a trazer para o monte aquilo que ganhassem com as suas atividades. No caso das bandeiras, os lucros eram os índios aprisionados e, portanto deveriam ser entregues ao pai ou à mãe viúva. Nos testamentos e nos inventários seiscentistas, nota-se que alguns filhos recebiam o seu quinhão de índios por abdicação dos direitos paternos.

É de se sublinhar que o reconhecimento da paternidade e direito à herança só existia quando a criança não era adúlterina.

Os cuidados com os filhos, mesmo naturais ou adúlterinos, transparecem em muitos inventários e testamentos coloniais, todos visando dar-lhes condições para uma possível estabilidade futura. No caso das filhas, era o casamento; no caso dos filhos, uma ocupação. Foram os homens os mais preocupados com o destino dos filhos ilegítimos. As mulheres estavam propensas a criá-los, mas não lhes deixariam esmolas, diminuindo a parte de seus herdeiros legítimos<sup>26</sup>.

Filhos naturais ou adúlterinos estavam, visivelmente, numa "Segunda categoria" frente a filhos legítimos, principalmente se considerarmos que praticamente sós homens e mulheres solteiros ou casados sem filhos reconheceram filhos ilegítimos ou adúlterinos. Os demais, casados e com filhos que o fizeram, foi por serem os filhos naturais seus, sem dúvida alguma, tendo que se sujeitarem ao público e notório da paternidade; mas, foram poucos.

Com o estudo dos testamentos, tem-se que havia um cuidado de dotar as filhas mamelucas e uma preocupação com a educação e a

---

<sup>26</sup> Faria, S. de C. Ob. cit., p. 87.

profissionalização dos filhos mamelucos ilegítimos, embora quase nunca houvesse a transformação em herdeiros, mesmo quando se tratava de filhos naturais, isto é, quando os dois parceiros eram solteiros. Mas, existiam pais que deixavam seus filhos naturais mamelucos como herdeiros juntamente com os filhos legítimos; há também casos de alguns pais deixarem legados, excluindo-os da herança.

As viúvas brancas, por vezes, aceitavam sem problemas que os filhos naturais do falecido marido tivessem acesso à herança. Naturalmente, num processo de herança sempre a gente de cor ficava em má posição. Muitas vezes, a viúva alegava ser casada a mãe dos filhos naturais de seu marido, na época da concepção destes, não tendo direito de suceder na herança.

Quanto ao dote dado às filhas, quando do casamento, era cuidadosamente anotado num rol, porque tornava-se necessário no momento da partilha, para as filhas trazerem à colação o que lhes fora antecipado, a fim de que a divisão dos bens entre os herdeiros se fizesse com a devida igualdade. Ocorria, por vezes, que as filhas dotadas preferiam não levar à colação o dote, abrindo mão das suas legítimas, por lhes serem mais conveniente e isso era tolerado, mesmo passando por cima do princípio português da igualdade entre os filhos na herança, com base na situação desprotegida da mulher.

A precariedade da sobrevivência feminina no Brasil colonial, fazia com que essa prática de ficar com o dote em vez de herdar existisse por haver entre os homens de uma família a percepção que as filhas ou irmãs podiam ficar desprotegidas, numa situação de celibato, importando, então, casá-las a todo custo e para isso teriam que ser dotadas. Se, quando da morte do pai, o dote não tivesse sido pago integralmente, a parte restante seria incluída nas dívidas e subtraída do monte para depois haver a partilha.

Quando haviam filhos menores, o juiz dos Órfãos tinha de fazer o inventário dos bens com o auxílio do inventariante, fosse este a viúva ou o viúvo. Depois do inventário e da avaliação dos bens, com todos os herdeiros presentes, quando isso era possível, o juiz dos Órfãos separava a meação da viúva e os quinhões dos menores, sendo nestes separados os objetos de ouro e de prata e as jóias serem guardadas no cofre dos órfãos, de três chaves, permanecendo uma delas com o tutor e os bens restantes, sobretudo os perecíveis eram vendidos em leilão e o produto desta venda, juntamente com algum dinheiro deixado aos menores, era entregue a juros a quem o quisesse, por um prazo determinado. Se a mãe viúva pretendesse utilizar este dinheiro, ela pagava juros sobre o capital e apresentava fiador, como qualquer outra pessoa<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Silva, M. B. N. da. *Ob. cit.*, p. 39.

Assim, mulher e filhos concebidos de matrimônios sagrados pela Igreja católica teriam direito total à herança, importando em falta social grave e sagrada dividir a herança de herdeiros legítimos em favor de outros concebidos fora dos sagrados laços do matrimônio. No caso de solteiros, aí sim seria justo garantir-lhes um futuro melhor. Essa era a concepção que vigorava nos tempos em análise.

### 2.13. Quando à guarda de filhos na vigência das ordenações

É necessário lembrar que só era dado o nome de órfão ao menor que tinha perdido o pai. A morte da mãe não causava orfandade, pois o viúvo era automaticamente o administrador dos bens dos filhos menores, não havendo portanto necessidade de tutor. Este podia ser indicado no testamento do indivíduo e o juiz dos órfãos acatava a decisão de quem em princípio sabia o que era melhor para aos órfãos.

Assim, quanto à curadoria de filhos menores, se não fosse indicado no testamento quem devia ser curador, cabia ao Juiz de Órfãos a escolha, podendo, também, ocorrer que o curador, quando escolhido pelo testador não aceitasse a curadoria, ou, ainda, *que a viúva, indicada como curadora no testamento, contraísse novas núpcias e, nesse caso, de acordo com o texto das Ordenações Filipinas, tinha de renunciar à curadoria.*

Assim, a mulher não tinha o direito ao exercício do pátrio poder, não podendo exercer a tutela ou curatela, salvo se cumprisse as exigências legais como "permanecer viúva" e "viver honestamente". E, ainda dispunham as Ordenações que se perdesse a Tutela ou Curatela dos filhos por haver caso, mesmo enviuvando das segundas núpcias, não poderia a mulher reaver aquele direito, estando assim disposto no Título CU, Livro IV:

*E, se alguma mulher, sendo viúva, for dada por Tutora ou Curadora de seus filhos ou netos, na maneira que dito é, e, se casar, e por isso lhe removida e tirada a Tutoria ou Curadoria, se ela depois enviudar, e quiser tomar a ser Tutora ou Curadora dos ditos seus filhos ou netos, não lhe será consentido. (SIC)*

As Ordenações Filipinas consagraram a questão da soldada dos órfãos e no Título 99, Livro 1, § 13, trazia:

*Tanto que forem de idade de 7 anos, o juiz dos Órfãos fará lançar um pregão no fim, de suas audiências, em quem tem órfãos para se darem por soldada, ou por obrigação de casamento, que quem os quiser vá a sua casa, e que lhos dará, não nomeando no pregão que órfãos são, nem cujos filhos. E não os dará, senão, em sua casa a quem por eles mais soldada der. (SIC)*

Dessa forma, a legislação previa que órfãos, a partir dos 07 anos, idade em que, na época, começavam a desenvolver uma atividade; receberiam soldada pelos serviços que prestassem a quem os recebia depois de terem sido apregoados em leilão. Analisaremos, então, um caso ocorrido na Capitania de S. Vicente:

*Quando o sapateiro Damião Simões morreu em 1578, a mulher ficara grávida e Baltazar Rodrigues, tio do órfão, assumiu a curadoria do recém-nascido. Em 1589, quando o menino tinha 11 anos, o curador foi à presença do juiz dos Órfãos acompanhado do novo marido da ex-viúva, por nome Martim Rodrigues. O padrasto pretendia ter o enteado em sua casa mediante "soldada" pelo período de dois anos. O juiz concordou por o moço ser pequeno e de pouca idade e ser melhor estar em sua casa e não em outra enquanto assim é pequeno. Foi-lhe arbitrada a soldada anual de \$ 500 réis em dinheiro ou em açúcar posto na vila de Santos, acrescentando o juiz: "o reparará de vestido da terra". É ainda dito no documento que o órfão não fora posto em pregão por ser pequeno e importar pouco. Dois anos mais tarde, quando o curador Baltazar Rodrigues se retirou da vila de S. Paulo com sua família e bens, o padrasto assumiu a curadoria, o que só podia acontecer quando não havia qualquer outro parente disponível<sup>28</sup> (SIC)*

Foi uma situação reveladora de um lado, do peso das normas jurídicas na vida cotidiana dos colonos no século XVI e, por outro lado, da acomodação dessa normas ao desejo e necessidades dos indivíduos com a convivência das autoridades locais. Neste caso, conhecedor do desejo da mãe e do padrasto de conservarem em casa o menino de 11 anos, o juiz dos Órfãos obedeceu em parte à lei entregando a criança em soldada, mas evitando o pregão público, que podia arrancá-lo aos seus, com a desculpa de o órfão valer ainda pouco devido à sua idade; sendo que nas Ordenações a idade prevista, como citado acima, é de 07 anos.

A curadoria, ou tutoria, só terminava quando o órfão atingia a maioridade que era de 25 anos, ou se casava com autorização do curador, ou se emancipava.

### **3. A PENA DE MORTE POR ADULTÉRIO E A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO NAS ORDENAÇÕES**

#### **3.1. A influência do Direito Canônico**

Durante o período regido pelas as Ordenações do Reino, mediante a influência do direito canônico, vigorava a supremacia do casamento católico

<sup>28</sup> Silva, M. B. N. da. *Ob. cit.*, p. 20.

sobre o civil, sendo válidos somente os casamentos realizados conforme à lei canônica, pois só o poder espiritual era competente para conhecer e decidir sobre a nulidade daqueles atos<sup>29</sup>. Entretanto, a nulidade dos casamentos entre os acatólicos pertencia ao juiz, seguindo, porém, o que dispunham a respeito as leis eclesiásticas, conforme determinava a Lei n.º 1.144 de 11/09/1861. Estava em pleno vigor a força que o Direito canônico ostentou<sup>30</sup>.

No título 19, Livro 5, as Ordenações do Reino determinavam que as questões sobre nulidade de casamento, separação e divórcio pertenciam ao juízo eclesiástico, sem qualquer interferência da jurisdição secular.

A Igreja proclamou francamente a supressão do divórcio, no Concílio de Trento, impondo sua doutrina aos povos católicos e pelas determinações desse concílio, o casamento ainda não consumado, poderá ser rompido, para facultar, a um dos cônjuges, a entrada para a vida religiosa. E, consumado o matrimônio, seu vínculo se torna absolutamente indissolúvel, admitindo-se, apenas, a separação de corpos *quoad thorum et habitationem*, perpétua ou temporária, por causa de adultério, sevícias, heresia ou apostaria, e para professarem ambos os cônjuges, em religião aprovada, ou um só, aceitando o outro fazer voto de castidade<sup>31</sup>.

Assim, nosso direito adotando em matéria de casamento, a doutrina canônica, desconheceu o divórcio no sentido amplo da palavra e quanto a separação de corpos, foi abolidas algumas de suas causas, como a heresia e a apostaria, por desuso e, também como consequência do espírito liberal da Constituição de 1824.

Assim, no Brasil colonial, sob a égide do Direito canônico, o *indissolúvel vínculo do matrimônio, tal como era concebido pela Igreja Católica*, nem sempre terminava com a morte natural de um dos cônjuges. A crise do casamento assumia várias formas, como a clausura das mulheres; a separação ou a anulação do matrimônio decretado pela igreja; a transgressão pela bigamia ou mesmo pelo assassinio do cônjuge. Trataremos nesse capítulo de todas essas formas, com maior enfoque ao adultério.

### 3.2. A anulação de casamentos

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia reconheciam várias causas para a anulação do casamento, e, embora em menor número do que os processos de divórcio, esses também aconteciam. Uma das causas de anulação era o engano quanto à condição jurídica do outro cônjuge, como

<sup>29</sup> Pereira, L. R. Ob. cit., p. 51.

<sup>30</sup> Borghi, H. *Casamento: Nulidade por adultério e homicídio*. São Paulo, editora Leud, 1992.

<sup>31</sup> Bevilacqua, C. Ob. cit., p. 283.

por exemplo, uma mulher que se casa com um homem que se diz ser livre e na verdade era escravo.

A descoberta da bigamia do marido também podia levar à anulação do matrimônio, já que, no Brasil colonial, os homens mudavam de nome quando pretendiam casar-se outra vez numa região onde ninguém os conhecia e muitas vezes conseguiam; por pura causa econômica e relacionada com prática do dote, existente na época.

Com a presença da Corte no Rio de Janeiro, o crime de bigamia parece ter sido julgado no Rio de Janeiro, sem que os presos fossem enviados para a Inquisição em Lisboa, sendo estes condenados, na maioria das vezes ao degredo.

Outra causa interessante que ensejava a anulação era a impotência, "por falta ou improporção dos instrumentos da cópula, ou a falta provenha da natureza, arte, ou enfermidade", era razão suficiente para anular um casamento, desde que essa impotência fosse perpétua, e não passageira. Pelo direito bastava esperar três anos para se caracterizar uma impotência perpétua<sup>32</sup>.

As relações sexuais mantidas pelo marido anteriormente ao casamento, com parentes da mulher, ou pela mulher com parentes do marido também davam ensejo à anulação do matrimônio.

### **3.3. O adultério e a clausura de mulheres**

Encontramos no Título 38, Livro 5, das Ordenações Filipinas:

*Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero, fidalgo, ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. (SI C)*

Enquanto para as mulheres não se colocava sequer a possibilidade de serem desculpadas por matarem os maridos adúlteros, para os homens a defesa da honra perante um adultério feminino comprovado encontrava apoio nas leis. Assim, o marido traído que matasse a esposa adúltera, não sofria qualquer punição. E, ainda mais, o que se extrai do citado nas Ordenações era que enquanto a condição social do parceiro do adultério era levada em consideração, a condição social da adúltera não tinha a menor importância, podendo ser morta pelo marido a plebéia ou a nobre.

Na legislação portuguesa e na sociedade colonial constata-se que a falta de simetria na punição do assassinio do cônjuge por adultério era imensa. Casos ocorridos no século XVIII, mostram que bastava o assassinio, por meio de testemunhas falsas, provar perante os magistrado que a mulher o

---

<sup>32</sup> Silva, M. B. N. da. *Ob. cit.*, p. 267.

enganava e que ele tivera todos os motivos para limpar sua honra. E, ainda, nas Ordenações se determinava: que o marido da adúltera que não tivesse filhos ficaria com os seus bens.

Então, conclui-se, se o adultério da mulher fosse verdadeiro, o marido teria toda a razão em matá-la, ou seja, o homicida só seria punido se não tivesse razão para matá-la.

Outro exemplo as simétrico era quando não se provava o adultério, mas a Mesa do Desembargo encontrava atenuantes e permitia que o uxoricida respondesse em liberdade pelo crime cometido:

*o delito é desculpável pela paixão e arrebatamento com que foi cometido*<sup>33</sup>

Curioso era que para a gente de cor não havia a mesma benevolência por parte dos julgadores, certamente porque para os maridos negros ou mulatos se entendia que não havia honra a defender, sendo condenados ao degredo e pagamento de multa pecuniária quando matavam suas mulheres.

Todavia, foram raras no Brasil colonial as defesas da honra masculina pelo assassinato da esposa adúltera, uma vez que, os maridos dispunham de uma punição menos violenta, mas igualmente eficaz, para as esposas real ou supostamente adúlteras, encontrando todo o apoio das autoridades para esse tipo de castigo que era a reclusão feminina em conventos ou recolhimentos, reclusão este que se pretendia perpétua.

Para isso, necessitavam os maridos da permissão de uma autoridade para trancafiarem as esposas, fosse essa autoridade o próprio rei, o vice-rei, o bispo ou, a partir de 1808, o intendente geral da Polícia na cidade do Rio de Janeiro. Por seu lado, as enclausuradas também podiam dirigir à Coroa em última instância a fim de serem liberadas do confinamento conventual.

A briga ficava ente a mulher que se esforçava para sair da clausura e o marido para nunca mais ter a mulher fora das paredes do convento. E, assim, qualquer suspeita, na época, de infidelidade feminina levava os maridos que não pretendessem acusar suas mulheres em tribunal por esse crime a optarem pela solução da clausura como a melhor forma de punição.

Disso tudo, conclui-se que embora a lei facultasse aos homens a acusação do adultério pelas esposas, os maridos enganados preferiam não levar a julgamento um crime que expunha seu fraco poder na relação conjugal, tendo a clausura das esposas por toda a vida como a punição ideal.

Mesmo conscientes de que o castigo do adultério feminino era bem mais rigoroso do que o do masculino, as mulheres não deixavam de cometer.

<sup>33</sup> ANRJ, Cód. 17, Mesa do Desembargo do paço, Registro de consultas, val. 1, fls 1777-178; in Silva, M. B. N. da. Ob. cit.,p.249.



este pecado, aos olhos da Igreja, ou este crime aos olhos da Justiça civil. Não era fácil para a mulher casada manter relações adúlteras, a não ser em situações como a ausência do marido, a separação decretada pela Tribunal Eclesiástico ou o contato freqüente com clérigos. Com isso, maridos desconfiados, quando viajavam, deixavam as mulheres em recolhimentos ou entregues a algum familiar masculino de confiança.

### **3.4. A separação**

Os processos de separação eram iniciados majoritariamente pelas mulheres. Em São Paulo, entre 1700 e 1822, 188 mulheres requereram divórcio e apenas cinco homens o fizeram. No fim do período colonial, quando os casais começavam a preferir separações amigáveis para simplificar os processos, 32 casais o fizeram conjuntamente<sup>34</sup>.

Mesmo que, segundo a doutrina da Igreja Católica, o matrimônio criasse um vínculo indissolúvel, os Tribunais Eclesiásticos das dioceses decidiam sobre as separações, cabendo, em seguida aos tribunais civis a decisão sobre a divisão dos bens entre os cônjuges separados, embora em algumas separações amigáveis marido e mulher entrassem em acordo quanto à partilha dos bens do casal. Porém, quando os bens eram muito numerosos e valiosos faziam uma divisão igualitária em tabelião.

No fim do período colonial a imprensa foi utilizada pelas mulheres em processo de separação a fim de evitarem a venda de bens pelos maridos, já que eles de nada poderiam dispor enquanto não fizessem a partilha de bens.

E, embora todo o processo de separação decorresse no Tribunal Eclesiástico da diocese onde pertenciam os cônjuges em litígio, nem sempre a crise conjugal ficava encerrada com a sentença daquela instância diocesana; existindo casos em que a Justiça civil se sobrepôs à Justiça eclesiástica, com por exemplo, uma sentença de divórcio favorável à mulher que foi anulada em virtude dos argumentos do marido e da irregularidade encontrada no processo eclesiástico.

Declarada a separação pelo juiz competente, se era temporária, o marido continuava na administração dos bens comuns, com a obrigação de alimentar a mulher; se era perpétua, procedia-se à separação dos bens, podendo cada um administrar os seus, livremente, como se não subsistisse o vínculo matrimonial.

---

<sup>34</sup> Costa, R. R.L. Domingues da . *Divórcio e anulação do matrimônio em São Paulo colonial*. São Paulo, USP, 1986.

#### 4. CONCLUSÃO

No tocante ao Brasil colonial, nos remetemos às Ordenações do Reino de Portugal que vigoraram desde o descobrimento até tempos após a Proclamação da República. Tais Ordenações eram dotadas de um notável espírito patriarcal, além de serem omissas em muitos aspectos a propósito das relações entre os cônjuges e foram aqui impostas como fragmento da nacionalidade portuguesa, como um direito pré-elaborado que necessitasse ser aplicado na colônia recém descoberta.

As Ordenações do Reino asseguravam ao marido uma autoridade despótica que atingiu seu ápice na consagração da norma que lhes garantia o direito de castigar suas companheiras. Além disso, podiam cometer homicídio contra a mulher adúltera, sem serem punidos, sob a justificativa de estarem resguardando a honra masculina.

Depreende-se das Ordenações tanta violação de direitos que nos causa espanto o fato de essas terem resistido a tantas transformações e subsistido entre nós até alcançar a República. Mas, pensando que essa era a realidade de pouco mais de um século atrás, conseguimos compreender certos tabus que ainda hoje subsistem em nossa sociedade.

#### 3. REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, C. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BORGHI, H. *Casamento: Nulidade por Adultério e Homicídio*. São Paulo: Editora Leud, 1992.
- COSTA, R. R.L. Domingues da. *Divórcio e Anulação do Matrimônio em São Paulo Colonial*. São Paulo: USP, 1986.
- DEL PRIORE, M. *História e Moral na Sociedade Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Dois Pontos, 1990.
- FARIA, S. de C. *A Colônia em Movimento: Fortuna e Família no Cotidiano Colonial*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1998.
- FERDINANDI, C. *Dissertação de Mestrado*. Universidade Estadual de Maringá, 2001.
- PEREIRA, L. R. *Direitos de Família*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1956.
- PEREIRA, V. de S. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Livraria Freiras Bastos S/A, 2: edição, 1959.
- PINTO, L. A. C. *Lutas de Famílias no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 5: edição, 1985.

SILVA, M. B. N. da. *História da Família no Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1998.