

SOLDADA E TUTELA DE ÓRFÃOS NAS ÚLTIMAS DÉCADAS DO SÉCULO XIX.

Legislação e prática judiciária

 Alan Wruck Garcia Rangel¹

Palavras-Chave

tutela de menores / trabalho infantil / circulação de crianças / juízo de órfãos

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. A pesquisa empírica por amostra simples – 3. Enfrentando a problemática proposta. 3.1. A legislação portuguesa. 3.1.1. Conceito jurídico de órfão. 3.1.2. Soldada, tutela e mundo rural. 3.1.3. O recrutamento dos órfãos soldadeiros. 3.2. A prática judiciária brasileira. 3.2.1. O procedimento adotado no Juízo de órfãos e ausentes da 2ª vara. 3.2.2. O contexto brasileiro da soldada e tutela – **4. Considerações finais – 5. Referências**

¹ Pós-doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em História do Direito e das Instituições pela Universidade de Estrasburgo, França. Mestre em História do Direito e das Instituições pela Universidade de Montpellier, França. Pesquisador vinculado ao Laboratório Interdisciplinar de História do Direito da UERJ. O presente trabalho é parte do projeto “Menores em justiça”, financiado pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) no âmbito do programa Pós-Doutorado Júnior.

Resumo

O objetivo principal do artigo é confrontar legislação e prática judiciária nas duas últimas décadas do século XIX pelo estudo da soldada e tutela de órfãos. Por meio de pesquisa empírica, desenvolvida a partir da base de dados do acervo judiciário do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, o objetivo específico do presente estudo é investigar a aplicação das Ordenações Filipinas e sua adaptação em um contexto diferente do local da sua produção. Apoiado em metodologia de pesquisa por amostra simples, o estudo demonstra o uso da legislação portuguesa em território nacional, e sua adaptação à sociedade escravocrata no período de transição do Império para a República. Por essa operação se conhece também a atividade do judiciário e os mecanismos judiciais elaborados para solucionar o problema da orfandade, além de nos informar sobre os diferentes estatutos jurídicos dos menores que passaram pelo juiz de órfãos.

SOLDADA AND GUARDIANSHIP OF ORPHANS IN THE LAST DECADES OF THE 19TH CENTURY. Legislation and judicial practice

 Alan Wruck Garcia Rangel

Key-words

guardianship of minors / child labor / children's movement / orphans justice

Abstract

The main objective of the article is to confront legislation and judicial practice in the last two decades of the nineteenth century by the study of the *soldada* and guardianship of orphans. By means of empirical research, developed from the database of the National Archives, the specific aim to present study is to investigate the application of the Philippine Ordinances and their adaptation in a context different from the place of their production. Based on simple sample research methodology, the study show the use of Portuguese legislation in national territory, and its adaptation to the slave society during the period of transition from the Empire to the Republic. Through this operation we also know the activity of the judiciary and the judicial mechanisms designed to solve the problem of orphanhood, as well as inform us about the different legal statuses of minors who passed through the orphan judge.

1. INTRODUÇÃO

No dia 27 de junho de 1885, o juiz de órfãos da Corte prola a seguinte decisão: “dê-se à *soldada* Cândido Gil Castello Branco, no valor de dez mil réis mensais”. No mesmo dia, o escrivão redige o *Termo de Responsabilidade* nos seguintes termos:

Aos vinte e sete de junho de mil oitocentos e oitenta e cinco nesta Côrte e Cartório, compareceu presentes o Excelentíssimo Doutor Candido Gil Castello Branco morador à rua Fernandes, Engenho Novo, por elle me foi dito que obriga-se a ter em sua companhia a menor preta de nome Lina, e a tratar com todo cuidado e carinho fornecendo tudo quanto ella precisar inclusive medico e botica, e a depositar na caixa econômica cinco mil reis mensaes cumprindo em tudo as ordens deste juízo com relação a dita menor. (Juízo de órfãos e ausentes da 2ª vara da Corte, 1885).²

Por esse termo a criança ou o menor³ é colocada sob a responsabilidade de um terceiro que se obriga de tratá-la “com todo cuidado e carinho”. Ademais, o responsável assume o compromisso de fornecer todo o necessário ao menor, “inclusive médico e botica”, além de “depositar na caixa econômica cinco mil réis” em seu favor. É precisamente essa última cláusula do termo, denominada comumente de *soldada*, que motivou a presente pesquisa. O que significa essa remuneração mensal conferida ao menor? Qual a sua natureza jurídica? Em que medida a *soldada* se distingue da tutela de direito comum? Para responder essas perguntas, a pesquisa está pautada em amostra coletada no Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, no fundo

do juízo de órfãos e ausentes da 2ª vara no período entre 1885 e 1890.⁴ Trata-se de pesquisa empírica fundada em metodologia da história do direito, com uso de ferramentas e conceitos próprios a este campo do conhecimento.

Muito embora a interação entre *soldada* e tutela seja intensa, trata-se de institutos jurídicos distintos. A tutela, segundo o direito romano, se divide em três tipos clássicos: testamentária, legítima e dativa. Em teoria, o tutor legítimo é aquele que a lei nomeia na falta de tutores testamentários, e os tutores dativos são aqueles nomeados pelo juiz. Priorizei a análise dos processos de *tutela com soldada* que é o principal objeto da pesquisa, e por isto todos os casos examinados são de tutelas dativas, isto é, tutores nomeados diretamente pelo juiz de órfãos.

É preciso dizer que dentro do aparato judiciário do Brasil Império existe um juiz exclusivo para conhecer matérias civis nas quais os órfãos figuram como parte (Cardozo & Moreira, 2016). O juízo de órfãos é, de fato, exemplo de transplante para o Brasil do antigo “paradigma jurisdicional de poder” típico do Antigo Regime europeu (Fonseca, 2009, p. 27), muito embora essa competência seja uma particularidade de Portugal, já que semelhante competência é inexistente, por exemplo, na história do direito francês⁵ (Rangel, 2018, p. 74). Essa competência “orfanológica”, assentada em uma magistratura bastante antiga, herdada do Antigo Regime português, tem atribuições de governança, ao lado daquela de jurisdição propriamente dita, que se justificam unicamente no contexto de uma ordem jurídica

²Juízo de órfãos e ausentes da 2ª vara da Corte, 27 de junho de 1885 (ANRJ, nº 3698).

³No presente estudo, os termos “criança” e “menor” se referem à menoridade civil fixada até os 21 anos de idade, conforme o Decreto de 31 de outubro de 1831 (*Collecção das leis do Império do Brazil de 1831*, p. 177).

⁴ Manifesto aqui minha gratidão ao professor Marcos Bretas por ter me alertado sobre a existência do fundo do Juízo de órfãos no Arquivo Nacional. Meu agradecimento se dirige, igualmente, aos colaboradores da Iniciação Científica vinculados ao Laboratório Interdisciplinar de História do Direito da UERJ que contribuíram neste projeto: Viviane, Guilherme Cundari, Anna Carolina Oliveira e Maria Clara.

⁵ O menor órfão de pai deveria ser integrado à tutela através do conselho de família.

pluralista. Aqui, a antiga noção de *iurisdic-tio* que se opõe àquela de *coercitio*, ambas herdadas do direito romano, representam, no Antigo Regime, funções de governo, isto é, de justiça, polícia, disciplina e, a partir do século XVIII, de educação, com o intento de manter a ordem, a paz, o “repouso público” (Rangel, 2018, p. 21). A colocação de crianças em famílias mediante tutela e soldada é, portanto, um modo de solução ao problema da orfandade, herdado de Portugal por intermédio das Ordenações Filipinas, o qual existe, durante o Brasil Império, ao lado da prática da internação.⁶ Deixemos para uma outra ocasião a questão da internação, que a historiografia atribui ao processo de institucionalização da criança (Rizzini e *alii*, 2004), e concentremo-nos na legislação e prática da soldada e tutela de órfãos que toca o referencial teórico da circulação de crianças.

A circulação de crianças, já identificado em trabalhos antropológicos como um fenômeno que engloba os institutos jurídicos da guarda e da adoção, aparece ao mesmo tempo como um modo de solução ao problema da orfandade (Fonseca, 2006, pp. 11-43). A pesquisa pretende contribuir ao estudo da circulação de crianças ao trazer esse referencial teórico para o campo da história do direito com enfoque no poder judiciário do século XIX. No presente estudo, o judiciário funciona, portanto, como o pivô de uma circularidade que acontece em parceria com a iniciativa privada. Trata-se de movimento operado em torno do juiz de órfãos: chegada da criança ao judiciário e sua entrega a terceiros mediante tutela ou soldada. A passagem do menor pelo juiz se repete de maneira continuada e uma mesma criança pode retornar ao juízo para em seguida ser encaminhada a outra pessoa.

⁶ Sobre os diversos tipos de internação e asilamento de crianças (Rizzini & *alii*, 2004, p. 22 e s).

A definição de soldada merece uma explicação mais profunda. De imediato, deve-se sublinhar que a soldada está inserida em contexto no qual o trabalho infantil não causa repugnância social. Na mentalidade do século XIX o fato de crianças em tenra idade trabalharem não é encarado como uma aberração, muito diferente do direito atual. Em sentido próprio, o termo “soldada” se refere a “soldos”, antiga moeda portuguesa pela qual se realizava pagamentos de domésticos, servidores e trabalhadores (Morais Silva, 1813, Vº Soldada). No final do século XIX soldada se define precisamente como “soldo ou paga que se dá a obreiros, creados de servir” (Aulete, 1981, p. 1668, Vº Soldada). No mesmo dicionário o doméstico é definido como o “indivíduo que serve por soldada em casa de outrem; creado” (*ibid.*, vol. 1, p. 357, Vº Doméstico). No presente estudo, soldada é, portanto, uma forma de remuneração dada aos menores de 21 anos em contrapartida à realização de determinado serviço. Não tem natureza jurídica de salário pelo simples fato de a remuneração não ser diretamente entregue ao menor prestador do serviço. Todo ou parte da soldada fica retida em cofre público para ser entregue somente quando o órfão atingir a maioridade ou ser emancipado. Há, portanto, todo um regime jurídico próprio para a soldada que tentarei esmiuçar.

Vale ressaltar, desde logo, que a *soldada orfanológica*, ou seja, aquela praticada no juiz de órfãos, se distingue da soldada prevista nas leis de locação de serviços (Dantas & Costa, 2016, p. 36; Mendonça, 2012, p. 49). Ao passo que na soldada orfanológica todo o valor é inteiramente depositado no Cofre dos órfãos que veio a integrar a “Caixa Econômica da Corte”, esta criada pelo decreto nº 2.723 de 1861 (Areas, 1883, p. 4-6; Grinberg,

2011, p. 140), nos contratos de locação de serviços a metade⁷ ou a terça parte⁸ da soldada é necessariamente entregue ao menor prestador do serviço para custear suas despesas. Se na soldada praticada no juízo de órfãos, a maioria ou emancipação permite o levantamento da quantia retida, na locação de serviços, além dessa condição existe uma outra: a necessidade de o menor ter concluído o serviço contratado. Note-se que na soldada orfanológica as despesas são inteiramente custeadas pela pessoa que tomou o órfão, e neste ponto específico a relação que se estabelece entre eles se aproxima de verdadeira tutela, mas sem a parte concernente à administração dos bens do menor porque ele é desprovido de patrimônio. A soldada aparece, assim, como uma remuneração disponibilizada ao órfão, em contrapartida ao serviço prestado, ao lado de outros encargos próprios ao instituto da tutela, tais como alimentar, vestir, fornecer medicamentos em caso de doença, além da exigência de bem tratá-lo. É, portanto, um contrato de locação de serviços *sui generis* mediado pelo poder judiciário pelo fato dos contratados serem órfãos e menores de idade. O que se “aluga” não é propriamente o serviço, mas a pessoa do menor, daí a confusão entre tutela e contrato de locação.

A soldada situa-se, também, nesta tensão entre educação tradicional e educação moderna que se prolonga no século XIX. Durante muito tempo o serviço doméstico foi considerado como parte integrante da formação, do aprendizado (Rangel, 2014, p. 105; Gutton, 1981, p. 70; Ariès, 1973, pp. 253-254). Isto porque o lugar do aprendizado se confundia frequentemente com a casa do mestre. A formação da criança

⁷ Art. 6 da Lei nº108 de 11 de outubro de 1837 que regula os contratos de locação de serviços dos colonos (*Collecção das leis no Império do Brazil de 1837*, p. 77).

⁸ Art. 21 do decreto nº 2827 de 15 de março de 1879 (*Collecção das leis no Império do Brazil de 1879*, p. 11).

se dava em contato com a vida doméstica, tudo se amalgamava, o lugar da formação compartilhado com esposa, filho, irmão, ou qualquer outro parente do mestre. Outra explicação é o fato de o aprendizado ser prioritariamente centrado na formação em determinado ofício manual, o que deixava a condição de aprendiz próxima daquela de empregado doméstico, ou até mesmo de servo (Rangel, 2014, p. 86). Não era raro a criança realizar pequenos serviços domésticos, como de copeiro, faxineiro, engomador, ou qualquer outro sem relação alguma com o ofício de sua formação. Daí o debate nos tribunais do Antigo Regime português para saber se o aprendiz merece receber soldada do mestre por ter realizado um serviço doméstico ou se o ensinamento constitui por si só uma contraprestação. Pegas comenta dois processos do século XVII que abordam esse debate (Pegas, 1750, pp. 245-246).

A partir do século XVIII, sob influência do despotismo ilustrado, surge um ideal de educação através da instrução de crianças que provoca uma mudança de paradigma. Doravante não basta formar a criança em determinado ofício manual, é necessário alfabetizá-la, ensiná-la a ler, escrever e contar. A distinção entre serviço doméstico e aprendizado fica mais nítida. Esse ideário de educação moderna é imaginado aos órfãos, e na obra de Pereira de Carvalho, *Primeiras linhas do processo orfanológico*, cuja primeira edição impressa no Brasil é de 1815, a soldada é explicada sob esse paradigma:

A obrigação de educar os orphãos é sem dúvida a principal, e a mais importante de todas, por ser da boa ou má educação que depende em grande parte a felicidade ou desgraça dos homens. Só não tendo os orphãos rendimentos, de que possam sustentar-se e aprender algum of-

fício, é que se deverão dar à soldada, depois de saberem ler e escrever (Carvalho, 1880, pp. 35-37, nota 222).

A alfabetização torna-se assim um pressuposto à soldada que se apresenta, doravante, como uma instituição na contramão do ideário de educação através da instrução. Talvez por isto a doutrina da década de 1880 tenha afirmado, de maneira equivocada, o desaparecimento da soldada nos juízos de órfãos do Rio de Janeiro.

A soldada é, portanto, uma figura jurídica que recobre ao mesmo tempo o regime da locação de serviços, o instituto da tutela, além de tocar a questão da educação dos órfãos. Tentarei identificar em que medida cada um desses elementos incide na prática judiciária, atentando para o fato da soldada e tutela terem sido aplicadas em contexto e lugar diverso do local de sua produção legislativa.⁹

2. A PESQUISA EMPÍRICA POR AMOSTRA SIMPLES

Cumprido dizer desde o início que as palavras-chave que orientam a classificação da base judiciária do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro (ANRJ) levam em conta o que está escrito na capa do processo (autuação) indicando o tipo de ação. Neste ponto específico, surpreende o fato do termo “soldada” figurar na capa de apenas 2 processos. Dentre as inúmeras palavras-chave existentes nesta base de dados que poderiam indicar vestígios da prática da soldada, temos “Tutela”, “Tutela avulsa”, “Responsabilidade”, “Menor”, “Empregado doméstico”.¹⁰

⁹ Não caberia neste artigo de algumas páginas empreender debate teórico e profundo sobre os diferentes usos e apropriações do direito português pela recente nação brasileira independente. Aculturação, transplante ou tradução são fenômenos jurídicos observáveis nas fontes do Oitocentos brasileiro. O que se pretende aqui é apenas aportar uma pequena contribuição, ainda que de forma indireta, ao confrontar legislação e prática da soldada e tutela.

¹⁰ O Arquivo Nacional conserva um imenso fundo (cota ZM) com 8.489 processos catalogados no período entre 1871 e 1935 para o Juízo de órfãos e ausentes da 2ª Vara.

Durante a pesquisa, optei por trabalhar com os processos catalogados na palavra-chave “Tutela”, com 365 processos registrados no período indicado. O preparo e cálculo da amostra teve como base essa quantidade de processos. Aplicando às calibrações margem de erro de 5% e nível de confiança em 95%, o número inicial foi reduzido para 223 processos. Creio que essa quantidade de processos foi capaz de representar o dinamismo do universo da soldada, o grau de heterogeneidade da sua população, e indicar suas principais particularidades face à tutela de direito comum. Com base neste cálculo probabilístico de amostra aleatória simples, pretendeu-se atingir nível satisfatório de controle das variáveis de modo que cada elemento particular do objeto da pesquisa pudesse ter a mesma chance de ser selecionado. Dentro dessa amostra simples, restou provado que as ordens de soldada representam 35% do total, o que significa que 86 pessoas assinaram Termo de responsabilidade, e 137 o Termo de tutela, a distinção entre um e outro constitui um dos objetivos do estudo.

O recorte cronológico está pautado em duas constatações. Em primeiro lugar porque se verifica em 1885 aumento significativo dos processos de tutela, o número passa de 42 para 66.¹¹ Em seguida, porque é justamente neste ano de 1885 que o relatório do Ministério da agricultura conclui que apenas 1% dos senhores recorreram à indenização do Estado em troca da liberdade dos ingênuos, a maioria optando por conservar as crianças sob seu poder, com as condições e limites impostos pela Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871 - Lei do Ventre Livre (Fonseca, 2001, p. 19). Com vistas a suprir esse fato, e evitar que menores ficassem vagando pelas

¹¹ Verifiquei, também, aumento do número de processos para esse mesmo ano de 1885 nas palavras-chave “Responsabilidade” que passa de 5 para 24 e “Tutela avulsa” de 4 para 6.

“ruas da cidade sem amparo ou protecção”, o Ministro da Justiça expede o Aviso nº 50 neste mesmo ano com orientações sobre como proceder com relação a esses menores, no qual consta o procedimento da soldada¹². O ano de 1890, além de adentrar no regime republicano, marca o início do período de refluxo dos processos no juízo. Tendo em vista esses parâmetros, a pesquisa procurou entender as vicissitudes do objeto da pesquisa nesse período.

Uma pesquisa recente concluiu que 70% dos processos tramitados na 1ª Vara Cível do Rio de Janeiro entre 1840 e 1915 não constava referência ou citação às Ordenações Filipinas, e a partir de 1885 o pouco que ainda restava desapareceu (Siqueira, 2017, p. 559). De fato, se verificou na presente pesquisa, que as Ordenações Filipinas aparecem raramente na amostra coletada, muito embora seja a base legal da soldada e tutela. O que me interessa, portanto, é problematizar esse dado para conhecer as deformações legislativas, o distanciamento entre norma e prática, e assim identificar o processo de adaptação, aclimatação, da legislação portuguesa no judiciário do Brasil Império.

As Ordenações Filipinas de 1603 constituem a primeira base legal, precisamente no seu Livro I, Título 88, consagrado ao juízo de órfãos. São sete parágrafos (13 a 19) dedicados à matéria, e neste ponto específico trata-se de notória ampliação de sua regulamentação se comparada aos textos das Ordenações anteriores,¹³ o que revela a importância da questão da orfandade na política régia portuguesa. No Brasil, o Aviso de 16 de agos-

to de 1860, expedido pelo governo imperial, recomenda a aplicação desses dispositivos das Ordenações (Almeida, 1870, p. 212, nota 1).¹⁴

Curiosamente, a doutrina da década de 1880 afirma que a legislação da soldada e tutela havia caído em desuso nos juízos de órfãos, em virtude do decreto nº 2.745 de 13 de fevereiro de 1861 que mandava recolher os órfãos ao Instituto dos menores artesãos da Casa de correção da Corte. O juiz Didimo Veiga Junior, que comenta a obra de Pereira de Carvalho, escreve em 1880 que no Brasil “não está em uso dar os orphãos à soldada” (Carvalho, 1880, p. 39, nota “n”). Hoje se sabe que o referido decreto teve uma breve vigência, com o fechamento do instituto em 1865, e surpreende o fato da doutrina não ter se atualizado sobre essa questão. A maioria do efetivo do instituto foi enviada para a luta na Guerra do Paraguai (Carvalho, 2003, p. 43).

A pesquisa revelou, portanto, que nem a legislação nem a doutrina são fontes jurídicas confiáveis. Se, por um lado, a prática judiciária nos revela que soldada e tutela se perpetuam até 1890, por outro, a legislação portuguesa sofre mudanças significativas no juízo de órfãos, forjando, a partir da práxis, mecanismos jurídicos próprios à realidade brasileira.

3. ENFRENTANDO A PROBLEMÁTICA PROPOSTA

A problemática gira em torno da questão sobre o processo de adaptação da legislação portuguesa (3.1) à prática judiciária brasileira (3.2).

¹⁴Não encontrei esse Aviso de 1860 na *Collecção das leis do Império do Brazil*.

¹²Aviso nº 50 de 27 de novembro de 1885.

¹³Nas Ordenações Afonsinas, a soldada é mencionada no Livro 1, Tit. 26, §37: “Vejam bem quaees som os horfoos, e de que condiçom, e segundo forem, assy os façam guardar, e criar, poendo-os a leer, ou a mesteres, ou a *soldadas*, segundo seos linhagees, e sustancias de seos bees devem aver, e vida, que ao diante devem fazer”. Nas Ordenações Manuelinas, é mencionada no Livro I, Tit. 67, §11: “(...) o Juiz dos orfaõs fará apreguoar em fim de sua Audiencia quaesquer orfaõs de sua jurisdicam, que se ajam de dar soldada (...)”.

3. 1. A legislação portuguesa

É necessário destacar na legislação portuguesa três principais características: 3.1.1) o conceito jurídico de órfão, que é bastante peculiar ao direito português, sobretudo quando comparado com outros países, com o direito francês por exemplo; 3.1.2) o contexto rural da soldada e tutela de órfãos em Portugal, que é diverso do contexto urbano do Rio de Janeiro em finais do século XIX; 3.1.3) por último, o procedimento de recrutamento dos órfãos soldadeiros.

3.1.1. Conceito jurídico de órfão

Sob uma perspectiva social, para ser considerado como órfão é suficiente o falecimento ou ausência do pai ou da mãe, a falta de apenas um dos genitores acarretando o estado de orfandade (Morais Silva, 1813, Vº Orfão). No entanto, o conceito jurídico de órfão tem particularidades, já que o falecimento do pai gera efeitos jurídicos diferentes daqueles acarretados com a morte da mãe. Aqui, a distinção entre filiação legítima e filiação ilegítima ganha relevância, a determinação entre um e outro estado de filiação em função do nascimento dentro ou fora do casamento. Assim, o órfão de mãe legítima permanece sob a autoridade do pai porque neste caso a autoridade pública não tem competência para questionar o pátrio poder. Seguindo a tradição do Antigo Regime português, somente os filhos havidos de justas núpcias e os legitimados por casamento subsequente estão “debaixo do poder” do pai (Lafayette, 1869, p. 156). Por outro lado, a mãe viúva sempre necessita de ser instituída na tutela, porque ela não tem pátrio poder, e isto através de uma decisão judicial, ao contrário da tradição francesa que exige a intervenção do conselho de família, aqui a comparação faz acentuar a es-

pecificidade do direito português. Em face da ausência do pai legítimo cabe ao juiz de órfãos decidir sobre o destino da criança, se mantém ou não a tutela da mãe, ou se deve nomear novo tutor. Para a filiação ilegítima (natural, adulterina ou incestuosa) essa regra se estende ao pai que deve ser instituído na tutela pelo juiz, mesmo no caso de filhos naturais reconhecidos. O filho natural, ainda que reconhecido pelo pai, permanece no estado de órfão, o que para Lafayette é “uma grande iniquidade” porque o pai fica destituído “dos seus direitos e o filho fica privado da proteção paterna para muita vez ser confiado aos cuidados fallazes de um estrangeiro” (Lafayette, 1869, p. 174, nota 36).

O estado de órfão se dá também em face da ausência prolongada do pai que se encontra em lugar incerto ou remoto, ou da paternidade desconhecida, incógnita.¹⁵ Neste caso, o pátrio poder é considerado como suspenso. Na amostra trabalhada, a simples residência fora dos limites da jurisdição do juiz de órfãos justifica a suspensão do pátrio poder. É o caso do menor Eloy Nicomedes Lobo, de 13 anos de idade, cujo pai é vivo e conhecido, mas residente à cidade de São Paulo.¹⁶ Com apenas 11 anos de idade ele havia sido entregue a terceiros e se encontra, não se sabe o porquê, na casa de uma família com residência no Rio de Janeiro. Em outro julgado, uma menor de 18 anos de idade, de origem portuguesa, é considerada órfã porque seus pais residem em Portugal.¹⁷ Vê-se, portanto, que o estado de orfandade poderia recair sobre filhos legítimos de pais ausentes e não somente sobre menores de pais falecidos. Ainda que não se tenha encontrado nenhum exemplo na amostra,

¹⁵ É, neste sentido, o Aviso nº 312 de 20 de outubro de 1859: “...a menor, filha de pai incognito, e que tem mãe viva, deve ser considerada Orfã em face das nossas Leis...” (*Collecção das decisões do governo do Império do Brasil de 1859*, p. 281).

¹⁶ 1 de outubro de 1890 (ANRJ, nº 829, maçõ 2291).

¹⁷ 22 de dezembro de 1888 (ANRJ, nº 377, maçõ 2287, gal. A).

também é órfã a criança que teve o pai declarado como incapaz.

O conceito jurídico de órfão independe, assim, da situação de desamparo ou abandono moral e material da criança, essa categoria jurídica sendo imensa, constituindo verdadeiro exército de crianças fora do pátrio poder e debaixo da autoridade do juiz. O conceito de órfão se adequa perfeitamente à esta política paternalista, reforçada a partir do século XVI, na qual o monarca figura como o pai dos seus súditos, exercendo, por intermédio dos seus juizes, “pátrio poder” em face da criança órfã.¹⁸

3.1.2. Soldada, tutela e mundo rural

A segunda característica da legislação portuguesa é a distinção entre órfãos em função de seu pertencimento à determinada categoria social - *agricultorum filios* e *nobilitatem filios*, para usar as expressões da época. Aqui, a diferença entre soldada e tutela fica bastante saliente. Os órfãos, “filhos de taes pessoas”, jamais podem ser dados à soldada, e devem ser ensinados a ler e escrever até completarem 12 anos de idade (Ord. Filip., Liv. I, Tít. 88, §15). Neste caso, o juiz deve apenas ordenar “o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e todo o mais em cada hum ano”; igualmente os filhos de “Officiaes mechanicos” devem ser “postos a aprender os officios de seus pais”, ou qualquer outro ofício “segundo sua disposição e inclinação”, e portanto não são passíveis de receber soldada (Ord. Filip., Liv. I, Tít. 88, §16). Todos os gastos devem ser inscritos no inventário dos bens do pai defunto a fim de recompensar o tutor ou pagar o mestre pelo ensino de determinado ofício.

¹⁸ As Ordenações Filipinas preveem a criação dos “Offícios de Juiz e Scrivão dos Órfãos” em todas as vilas e lugares onde houver mais de “quatrocentos visinhos”, devendo também o juiz, “com grande diligencia e cuidado saber quantos órfãos há na Cidade, Villa ou logar” (Ord. Filip., Liv. 1, Tít. 88, §3).

Nas Ordenações Filipinas apenas os órfãos filhos de lavradores podem ser dados à soldada. Isto é perceptível nas regras específicas sobre os tipos de serviços que podem ser exigidos deles, tais como “guardar gado e bestas”, essas atividades sendo acessórias à atividade principal da lavoura (Ord. Filip., Liv. I, Tít. 88, §13). Ainda que a fortuna não seja o único elemento de distinção na antiga sociedade estamental, note-se que nas Ordenações Filipinas a soldada é prioritariamente destinada ao mundo rural, para os trabalhadores da lavoura, este meio formado na sua maioria por pessoas com patrimônio familiar reduzido e desprovida de bens provenientes de herança ou legado. Isto significa também que o ambiente doméstico da casa não é o principal espaço visado pela legislação portuguesa da soldada e tutela de órfãos, ao contrário do que ocorrerá no Brasil, como demonstrarei mais adiante.

A partir do final do século XVIII, como já dito, há notável mudança de perspectiva sobre a tutela dos órfãos, e uma nova inteligência sobre as regras da soldada aparece por intermédio da legislação extravagante. Neste ponto específico, é interessante o Alvará de 24 de outubro de 1814, assinado pelo príncipe regente no palácio do Rio de Janeiro, e destinado à cidade de Lisboa, que desonera de pagar a soldada aquele que se propuser a “criar e amparar” algum órfão e “mandar ensinar a ler e escrever” até completar a idade de 16 anos.¹⁹ O alvará também reafirma o papel da Casa Pia, estabelecimento lisboeta criado em 1780, destinado à educação de órfãos e à recuperação de mendigos e vadios através do trabalho, para promover a “educação dos Órfãos desamparados”. O ideal da educação-instrução, como elemento de “prosperidade geral do Estado”, atinge

¹⁹ Alvará de 24 de outubro de 1814 que dá providencias a bem dos orphãos desamparados (*Collecção das leis do Brazil de 1814*, p. 34).

o regime jurídico da soldada que passa a ser dispensada a todos aqueles, e independe da sua “condição social”, dispostos a se ocupar da alfabetização dos seus pupilos.

Ainda assim, no caso de concorrência entre diversos “amos”, como anota Pereira de Carvalho, “deverá o juiz preferir sempre os lavradores, por ser a agricultura a profissão a mais importante e a mais inocente. Quando os bons costumes e a boa moral desaparecem dos campos, em que estado estarão as cidades e as villas!” (Carvalho, 1880, p. 39). Embora o mundo rural tenha continuado a ser, mesmo no início do século XIX, o principal destino dos órfãos, a não-exigência do fornecimento de soldada por parte do “tutor educador” é um benefício do poder monárquico, uma exceção à regra geral segundo a qual todo tutor deve pagar soldada ao órfão maior de 7 anos porque pode exigir dele um serviço. Essa mudança de mentalidade que consiste na valorização da instrução, do aprendizado em ler, escrever e contar, enquanto elemento primordial da tutela, foi aplicado de modo distorcido no Brasil.

3.1.3. O recrutamento dos órfãos soldadeiros

A terceira característica consiste no procedimento de recrutamento do órfão mediante soldada. É preciso ressaltar que a retirada do círculo familiar para ser colocado sob a responsabilidade de terceiros é um caso de exceção. Aqui vigoram duas regras fundamentais. Primeira: para se habilitar à soldada o órfão deve ter no mínimo 7 anos, não podendo antes dessa idade ser exigido dele nenhum tipo de serviço (Ord. Filip., Liv. I, Tít. 88, §13). Segunda: o órfão não pode ser retirado de sua mãe ou de seus avôs para ser dado à soldada. Seguindo a mentalidade da época, os parentes próximos ou qualquer pessoa com algum grau de paren-

tesco podem recrutar o serviço do menor mediante pagamento de soldos. Por isto, se há membro da família vivo e conhecido, as Ordenações Filipinas preveem regras de preferência: cabe à mãe viúva que viver “honestamente” tomar o serviço do órfão, e na falta desta, o avô, em seguida os parentes próximos até o 4º grau, em detrimento dos demais pretendentes.²⁰

Os órfãos são recrutados mediante pregão feito pelo juiz ao final de cada audiência, ocasião em que os interessados tomam conhecimento das casas onde eles se encontram, sem jamais, divulgar seus nomes. O leilão dos órfãos é feito diretamente no lugar onde eles se encontram e arrematados por aquele que “mais soldada der”.²¹ Em seguida, é assinado um termo por meio de escritura pública entre o amo e o soldadeiro no qual constará o serviço a ser realizado, a sua duração e a quantia a ser paga, devendo inclusive ser indicado fiadores para assegurar o seu bom cumprimento.

As Ordenações Filipinas proíbem os juízes a tomarem para si os órfãos em soldada, ainda que paguem quantia superior àquela ofertada em leilão. É, também, defeso a terceiros de se servirem de órfãos quando a autoridade judicial já designou determinada pessoa para a tutela. Percebe-se que a circulação de crianças no judiciário obedece a regras precisas com vistas a evitar abusos, de modo que sua inobservância acarreta pena de multa tanto aos juízes quanto àqueles que recebem indevidamente os órfãos.

O único caso de rompimento do termo de soldada previsto nas Ordenações Filipinas é

²⁰ *Ibid.*

²¹ Muito embora o título consagrado à soldada dos órfãos não estipule valor algum, encontra-se no Livro IV, Título 31, consagrado às “soldadas dos criados”, o valor máximo de 1.500 réis para os menores soldadeiros, “além do comer, vestir e calçar” (Ord. Filip., L. IV, Tít. 31, §6-8). Verdade que no século XIX esse montante não representa mesmo valor monetário.

a fuga de órfãos (Ord. Filip., Liv. I, Tít. 88, §17). Aqui há previsão de duas situações: quando os “órfãos fugirem por culpa de seus amos”, por exemplo no caso de maus tratos; e quando for por culpa dos próprios órfãos soldados. No primeiro caso, os amos ou tutores se obrigam a pagar o tempo do serviço prestado, sem que o menor seja obrigado a completar o serviço acordado no termo; no segundo caso, os órfãos serão constrangidos a servir gratuitamente pelo tempo que restar, tal como acordado no termo, não devendo, entretanto, essa sanção ultrapassar 6 meses. Neste último caso, o tutor ou amo pode recusar o serviço do órfão, devendo declarar a recusa em até um mês, e se algum dinheiro lhe for devido, este se tornará “soldo à livra”, ou seja, a indenização será *pro rata*, proporcionalmente ao tempo que trabalhou.

Essas são as principais características da legislação portuguesa para a soldada e tutela de órfãos. Veremos em seguida como esses elementos se transformam na prática judiciária brasileira.

3.2. A prática judiciária brasileira

O juízo de órfãos e ausentes da 2ª vara foi originalmente criado pela Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, muito embora essa jurisdição existisse há mais tempo.²² Nas duas últimas décadas do século XIX a nomeação de soldada e tutela é um expediente processual corriqueiro, célere, de aspecto administrativo, de modo que quase todas as decisões analisadas são breves e prescindem de fundamentação legal. Com efeito, o regime jurídico original da soldada e tutela,

²²Tudo indica que o juiz de órfãos e ausentes da 1ª vara foi instituído pela primeira vez por meio do Alvará de 2 de maio de 1731 com atribuições restritas, notadamente para cuidar dos inventários e partilhas de herdeiros menores ou incapazes, e com competência para nomear tutores e curadores. Durante o Império do Brasil a competência do juiz de órfãos se amplia consideravelmente, o que indica sua importância e função social.

aquele pormenorizado nas Ordenações Filipinas, não se observava mais com exatidão. O contexto é outro (3.2.2) e o procedimento adaptado à realidade brasileira (3.2.1).

3.2.1. O procedimento adotado no Juízo de órfãos e ausentes da 2ª vara

O procedimento no judiciário brasileiro assume dois caminhos: ou o órfão é entregue à pessoas com algum vínculo de parentesco mediante assinatura do “Termo de tutela” e, portanto, sem arbitramento de soldada, o que equivaleria à *tutela de direito comum*; ou o órfão é entregue à pessoas sem nenhum vínculo de parentesco, mediante assinatura do “Termo de responsabilidade”, o que pressupõe a *tutela com soldada* e o agregamento do órfão à casa enquanto “empregado doméstico”. Todos os Termos de responsabilidade analisados são bastante genéricos, com cláusulas abertas sobre os deveres do signatário em face do menor, nenhum faz referência explícita à obrigação em prestar serviço doméstico, mas isto fica subentendido com o arbitramento da soldada.

Cai assim por terra as regras previstas na legislação portuguesa. Não há primazia da família para receber os menores soldados. Muito pelo contrário. Os parentes são proibidos de recebê-los mediante soldada que é unicamente prevista às pessoas sem vínculo de parentesco com o órfão. A distinção entre tutela de direito comum e soldada é aplicada à risca, ao menos até 1889, a tal ponto que uma decisão ordena a entrega do órfão a terceiro mediante soldada “até o pai [natural] completar o reconhecimento”, o que transformaria o termo de responsabilidade em tutela.²³

²³ANRJ, nº 346, maço 2287 A.

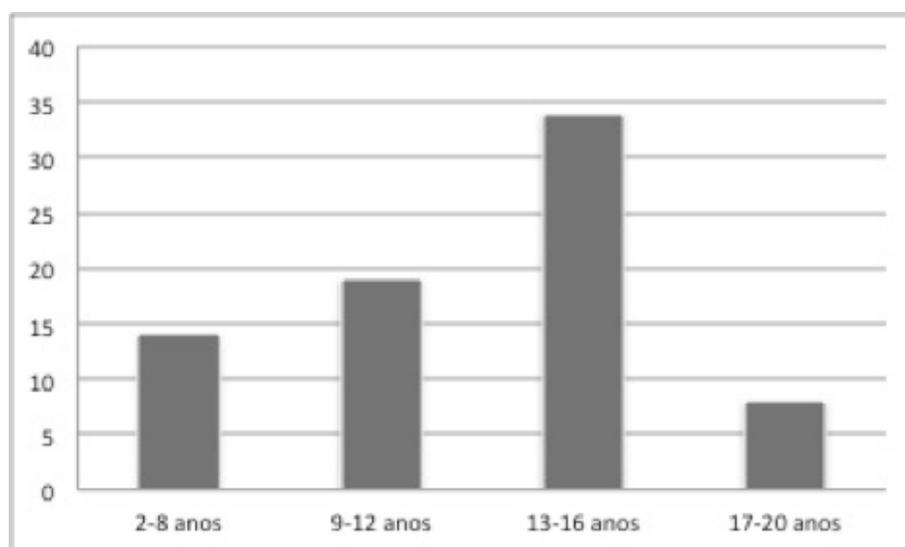
Apenas órfãos a partir de 8 anos de idade podem entrar no regime da soldada, esse limite previsto na Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), em detrimento das Ordenações Filipinas que fixa aos 7 anos. Havia órfãos em tenra idade que chegavam ao juízo, neste caso a soldada sendo atribuída “a termo”, o que significa que o depósito do valor só se efetuará a partir da idade legal ou outra fixada pelo juiz. É o caso de Luís, de apenas 2 anos, que só poderá receber soldada depois de “completar 8 anos”.²⁴ E, também, da menor Manuela, de 7 anos de idade, que “não perceberá soldada” até completar 10 anos.²⁵ Na amos-

tra (Gráfico 1), a maioria dos soldadeiros tem entre 13 e 16 anos, com predominância do gênero feminino para todos os anos, salvo para 1886 que o número se iguala. De fato, na mentalidade da época o serviço doméstico é parte integrante da formação e educação das meninas órfãs, a exemplo do colégio Imaculada Conceição, fundado no Rio de Janeiro em 1854, que recebia “órfãs brancas” e “meninas de cor”. Nesta divisão racial, as “meninas brancas” eram destinadas à “formação religiosa, moral e prática de boas empregadas domésticas e donas-de-casa”, enquanto as “meninas de cor” se limitavam à “formação de empregadas domésticas e semelhantes” (Rizzini, 2003, p. 27).

²⁴23 de outubro de 1889 (ANRJ, nº 248, maço 2287).

²⁵22 de junho de 1886 (ANRJ, nº 2223, maço 2292).

Gráfico 1 – Idade dos órfãos soldadeiros



Fonte: ANRJ, fundo ZM

O procedimento é essencialmente administrativo e, portanto, de jurisdição voluntária, mas poderia se tornar contencioso em face de algum elemento de controvérsia ou pela complexidade do fato.²⁶ Nestes casos, o juiz

averigua a idoneidade²⁷ do solicitante tanto pelo procedimento do “auto de perguntas”, que consiste no interrogatório de pessoas envolvidas na demanda, como pelo “auto de justificação” mediante documento escrito de pessoas vivendo em torno dele. O juiz

²⁶ O artigo 4 do Regulamento nº 143 de 15 de março de 1842 atribuía essa dupla característica dos juizes de órfãos, a de julgar *administrativamente e contenciosamente* as matérias que lhes competem (Collecção das leis do Império do Brazil de 1842, p. 201).

²⁷ O fato do tutor ser solteiro é elemento desfavorável e pode significar falta de idoneidade. O estado civil de casado de João Felix foi decisivo para lhe conferir a tutela sobre a menor Maria e retirá-la da companhia de Maria do Carmo, mulher solteira (28 de março de 1890, ANRJ, nº 793, maço 2291).

pode ainda ouvir o próprio menor, e aqui surpreende o fato dele buscar sua verdadeira intenção, vontade, para decidir o seu destino. Em alguns casos, a tutela da mãe é preterida em face da resposta do menor em desejar continuar na casa do atual responsável quando ele já vive em companhia deste há algum tempo.²⁸ Todo o procedimento é acompanhado de perto pelo Curador geral dos órfãos, uma espécie de ministério público, que opina quando solicitado, segundo o interesse da criança.

O valor da soldada é fixado segundo o “prudente arbítrio do juiz”, se distanciando, neste ponto, da legislação portuguesa, que prevê o leilão (Almeida, 1870, p. 211, nota 1). Nas fontes compulsadas (Gráfico 2), os valores das soldadas variam entre 1 mil a 40 mil réis, mas a média geral se situa entre 5 e 10 mil. Em certos casos, dependendo da idade da criança, uma parte do valor pode ser entregue ao menor e a outra depositada, e neste ponto específico a lei de locação de serviços é incorporada à praxis do juízo.²⁹ É, neste sentido, um processo de 1885 no qual o juiz ordena a soldada no valor de 12 mil réis, sendo 10 mil réis depositado na Caixa econômica, e 2 mil entregues diretamente à menor.³⁰ Como já dito, o valor arbitrado não é diretamente entregue ao menor, mas depositado cada mês em uma conta da Caixa econômica que funciona como cofre dos órfãos, além deste valor ser anotado em uma caderneta criada em nome do menor. É um tipo de pecúlio, que também pode servir de seguro, retido em um “cofre público” até a maioridade ou emancipação do indivíduo,

²⁸ 28 de março de 1890 (ANRJ, nº 1825, maço 2307); 2 de julho de 1890 (ANRJ, nº 3885, maço 208).

²⁹ Lei nº 108 de 11 de outubro de 1837. O artigo 6 dessa lei prevê que em todos os contratos “se designará a parte da soldada” que os menores devem “receber para suas despesas que não poderá exceder da metade”, a outra parte ficará “guardada em depósito... e entregue ao menor logo que acabar o tempo do serviço a que estiver obrigado, e houver sahido da menoridade” (*Collecção das leis do Império do Brazil de 1837*, p. 77).

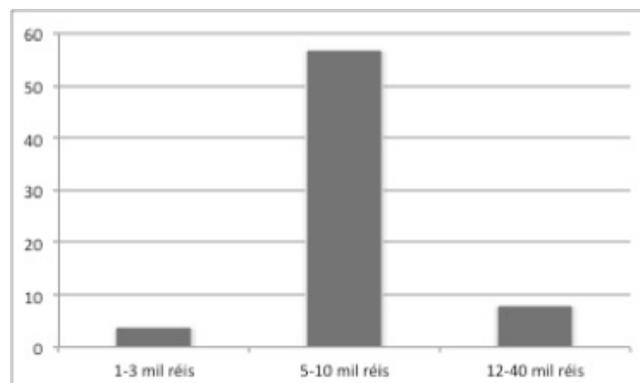
³⁰ 20 de outubro de 1885 (ANRJ, nº 6059, maço 324).

momento em que ele se torna habilitado para solicitar o levantamento. Em outras palavras, é um fundo garantidor do futuro cidadão para lhe assegurar certa estabilidade financeira quando da sua maioridade. Entretanto, a soldada poderia funcionar como seguro de saúde, para cobrir as despesas médicas do menor. Essa função fica clara quando em 1885 a menor Ambrosina adoece, “soffrendo de tuberculoses incipientes”, necessitando de tratamento “fora da Corte”, e o responsável solicita a suspensão do “pagamento da soldada até que a mesma volte restabelecida”. Em janeiro de 1886, o responsável informa ao juízo que a menor já se acha em “bôas condições de saúde”, e solicita a entrega da caderneta que havia sido recolhida em cartório “a fim de continuar a depositar a sua soldada na caixa econômica do corrente mês em diante...”.³¹ A soldada depositada poderia, enfim, funcionar como seguro de vida, para cobrir as despesas com o funeral no caso de morte do menor.³²

³¹ 7 de novembro de 1882 (ANRJ, fundo ZM, nº 2033, maço 2307^a).

³² 31 de janeiro de 1885 (ANRJ, nº 965, maço 2297A).

Gráfico 2 – Valor da soldada



Fonte: ANRJ, fundo ZM

É preciso dizer que as soldadas depositadas ficavam disponibilizadas ao governo mediante empréstimo a juros baixo. Desde a lei de 22 de agosto de 1860, a Caixa Econômica está incorporada aos Montes de piedade, e passa a se constituir como instituição híbrida. É, ao mesmo tempo, filantrópica e de empréstimo a juros (Areas, 1883, p. 4). Isto significa que a soldada assumia também a forma de arrendamento. A contribuição fixa em contrapartida aos serviços prestados pelos soldadeiros e sua retenção em cofre público assegura uma renda mensal que poderia ser colocada no mercado de crédito pelo governo imperial (Cardozo & Moreira, 2016, p. 163). Com a arrecadação da soldada e, de modo geral, a incidência de emolumentos sobre os bens deixados aos órfãos, a movimentação financeira do cofre dos órfãos é bastante intensa, funcionando como importante fonte de receita ao governo imperial. Todos os valores depositados deveriam ser levantados por meio de precatórios autorizados pelo juiz de órfãos. Não deve ter sido raro os casos de absorção da soldada pelo governo sem que o menor tenha solicitado o levantamento, seja por desconhecimento, seja por alguma outra circunstância, como por exemplo o seu desaparecimento. Havia, por outro lado, casos de casamento com o único intuito de emancipar a menor para obter o levantamento da soldada pelo marido.³³

Passemos agora ao exame do contexto brasileiro.

3.2.2. O contexto brasileiro da soldada e tutela

A legislação se aplica em ambiente inteiramente diverso daquele o qual havia sido

destinada no Antigo Regime português, a saber, a lavoura, o mundo rural. Nas fontes compulsadas, soldada e tutela são menos conferidas à pessoas residentes em fazendas, sítios, chácaras, do que à pessoas residentes em casas, sobrados, estalagens. A circularidade de crianças no período indicado inscreve-se no contexto de aumento da população urbana carioca, provocado, nas palavras de G. Freyre, pela depreciação do antigo patriarcado colonial (Freyre, 1951). Estudos já demonstraram que a partir da lei de 1871 a urbanização se acompanhou de considerável aumento do setor de serviço doméstico, por que ingressaram a mão-de-obra de pobres livres, libertos e escravos (Soares, 2007; Chalhoub, 2009, p. 200).³⁴ Um sintoma da crescente demanda por trabalhadores domésticos nos centros urbanos é a diversificação dos serviços oferecidos pelas “Casas de Comissão” de aluguel de escravos que se apresentam, doravante, como “casas de comissão ou agências para alugar, comprar e vender escravos e alugar pessoas de serviço doméstico” (Soares, 2007, p. 53). Alguns menores órfãos passaram pelas Casas de comissão, como é o caso da menor Teotonilha, entregue a Francisco Bittencourt por um “empregado da comissão”, e se encontrando na casa dele há mais de um ano sem que ninguém viesse procurá-la.³⁵ Mesmo caso da menor Candida que havia sido entregue à Casa de comissão por sua madrinha.³⁶

É, também, neste período que proliferam os “escravos de ganho”, regime de trabalho cativo típico do ambiente urbano, no qual escravos eram mandados pelos seus senhores à rua para realizar os mais variados tipos

³³Em 18 de julho de 1893, José Maria de Almeida, casado com Maria da Glória, figurando como o “cabeça de casal”, requer ao juiz alvará para levantar a quantia depositada na caderneta da caixa economica de sua esposa (ANRJ, nº 377, maço 2287). Muito embora esse processo ultrapasse os limites cronológicos da amostra, essa situação não parece ter sido rara.

³⁴O desenvolvimento do setor doméstico, a sua explosão nos anos anteriores à Abolição, está diretamente ligado com o fim do tráfico negreiro, o que levou o comércio de escravos a se reorganizar. Um sintoma dessa reorganização foi a proliferação de escritórios ou casas de compra, venda e aluguel de escravos (Soares, 2007, p. 43).

³⁵2 de março de 1888 (ANRJ, nº1753, maço 2306A).

³⁶28 de maio de 1885 (ANRJ, nº 725, maço 2290A).

de serviços e que “no fim do dia tinham que entregar a seus proprietários uma determinada quantia por eles previamente determinada” (Soares, 1988, p. 108). Em período no qual serviço urbano e serviço doméstico eram realizados por diferentes categorias sociais, estabeleceu-se no juízo de órfãos a regra geral, tirada da prática, segundo a qual todo menor soldadeiro deve necessariamente ser empregado somente em serviços domésticos, sendo defeso ao responsável mandá-lo realizar “serviços de rua”.³⁷

É preciso dizer que nas últimas décadas do século XIX, o hábito de “alugar” crianças para o serviço doméstico já era uma prática enraizada nas famílias abastadas e também naquelas da “burguesia de boutique” do centro urbano carioca. Quando se examina a procedência do menor (Gráfico 3), isto é, a situação na qual ele se encontrava antes de ser dado à soldada pelo juízo de órfãos, mais da metade das crianças (34 do total) já vivia em companhia da família do solicitante da soldada. Ainda que esse resultado seja

nitidamente influenciado pelo ano de 1888 com 14 pedidos, muitos feitos, diga-se de passagem, por ex-senhores para legalizar a relação jurídica com os ex-íngênus, esta é a principal situação encontrada na amostra, o que nos leva a reafirmar a espontaneidade da circulação de crianças entre famílias à revelia do judiciário. Os tutores naturais acertavam diretamente com as famílias as condições do acolhimento, tal como o caso de Theresa, mãe da menor Maria Carolina de 8 anos, pobre, “adiantada em anos” e sem “meios de sustentar e dar educação”, alega ter aceitado o pedido do Dr. Bernardo Teixeira Velho de acolher sua filha em casa, “para lhe dar sustento e a educação compatível com a classe a que o seu nascimento a deve destinar”.³⁸ A soldada, nestes casos, serve para respaldar juridicamente uma situação de fato, tal como expõe Antônio, comerciante que detém em seu poder o menor Clemente de 8 anos de idade, ao requerer assinatura do Termo de responsabilidade para “melhor regularidade e de acordo com as leis que nos regem... legalise a estada do dito menor”.³⁹

³⁷14 de dezembro de 1885 (ANRJ, nº 3153, maço 162). O menor poderia, também, ser dispensado simplesmente por falta de “aptidão ...para o serviço”, o que ocorreu com a menor Lina de 9 anos de idade (27 de junho de 1885, ANRJ, nº 3698, maço 182).

³⁸24 de agosto de 1886 (ANRJ, nº 1691, maço 2282A).

³⁹30 de setembro de 1886 (ANRJ, nº 405, maço 22).

Gráfico 3 - Procedência do menor soldadeiro

Menor recolhido na rua	3
Desoneração de soldada	3
Menor proveniente do cativo	2
Trazido da África (menor estrangeiro)	1
Menor em companhia do solicitante da soldada	31
Menor à disposição do juízo para soldada	1
Recolhido no Asilo de Mendicidade	11
Recluso na Casa de Detenção	1
Castigos imoderados	13
Tutela da mãe	6

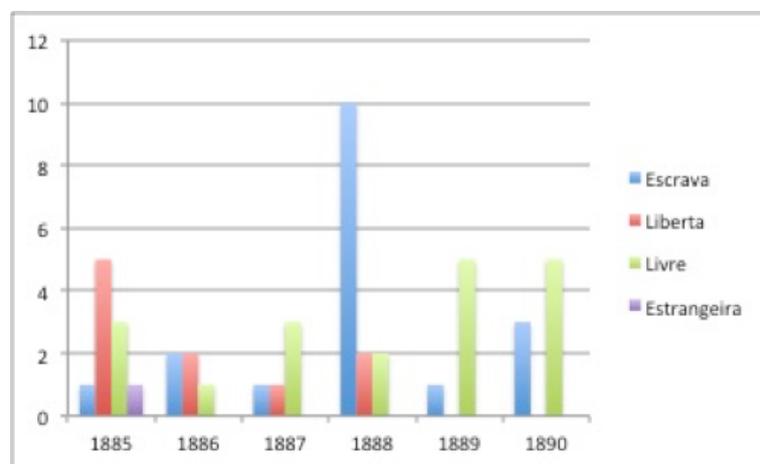
Fonte: ANRJ, fundo ZM

Há, também, casos de menores destinados ao serviço doméstico pelos próprios parentes, e até mesmo pela própria mãe, a fim de lucrar com a remuneração obtida pelo menor. Aqui, é curioso o caso de Joanna Silva, de 18 anos de idade, ao alegar estar “cansada de suportar as exigências e rigores da dita sua mãe, que a obriga a andar sempre alugada recebendo todo o dinheiro só para si, deixando-[a] ...sem recursos...”.⁴⁰ Por isto, requer que a pessoa na casa de quem ela se encontra alugada assine o termo de responsabilidade para entrar no regime da soldada e assim garantir a remuneração pelo serviço prestado mediante os depósitos na caixa econômica. Percebe-se que o regime jurídico da soldada, neste caso, protege os ganhos do órfão prestador do serviço. Os outros dois principais casos que motivaram o juiz de órfãos a “dar o menor à soldada” foram: maus tratos infligidos por antigos tutores/responsáveis, e retirada da condição de interno do Asilo de Mendicidade (Gráfico 3).

A diversidade do universo da soldada se verifica pela análise do estatuto jurídico dos genitores, precipuamente da mãe, o que poderia também indicar aquele da criança (Gráfico 4). É preciso dizer que a identificação desses estatutos é muitas vezes difícil, já que nem todos os processos possuem certidão de batismo, devendo, neste caso, examinar cada detalhe da documentação para inferir essa informação. Encontra-se na amostra coletada as quatro principais categorias jurídicas existentes no Brasil Império: escravo, liberto (aqui incluído o ingênuo), livre e estrangeiro. Levando em conta que apenas dois menores escravos aparecem na amostra - estes tendo sido temporariamente colocados no regime da soldada⁴¹ -, todos os outros são livres ou libertos. Mas a docu-

mentação não revela com precisão a distinção entre uma e outra categoria jurídica, e além disto as informações coletadas não recobrem toda a amostra. Como se percebe, os números representando a condição jurídica do genitor oscilam bastante entre 1885 e 1887, e isto não seria consistente para avançar hipóteses. Estudos realizados a partir do fundo do juízos de órfãos de diversas regiões revelaram que entre 1871 e 1895 as crianças livres são maioria nos processos de tutela e soldada, e os libertos (ingênuos) figuram em menor número (Geremias, 2015, p. 4). No entanto, esses mesmos estudos mostraram que os ingênuos, aqueles nascidos de ventre livre por determinação legal, são maioria em 1888, o que converge com os resultados obtidos a partir da amostra aqui trabalhada (Papali, 2003, p. 130; Urruzola, 2014, p. 102; Lobo, 2015, p. 102). Uma explicação para este fato é que até a Abolição os senhores não precisavam recorrer ao regime da soldada, e mantiveram os filhos de suas escravas sob o seu poder com respaldo na lei de 1871.

Gráfico 4 - Estatuto jurídico dos genitores



Fonte: ANRJ, fundo ZM

⁴⁰27 de outubro de 1885 (ANRJ, nº 696, maço 2282).

⁴¹Essa situação por si só merece um estudo à parte.

Após a Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea) os menores libertos (ingênuos) deixam de ser mencionados nos autos do processo. Essa constatação pode parecer óbvia, já que com a Abolição o liberto desaparece enquanto categoria jurídica. No entanto, é importante ressaltar que a categoria de escravo continua a ser mencionada nos processos, em alguns casos precedida da partícula “ex” (ex-escrava), essa condição não tendo mais nenhum valor jurídico, muito embora se mantenha como categoria social. O aumento das ordens de soldada a partir de 1888 e sua perpetuação para além de 1889 demonstra o aquecimento da atividade judiciária no pós-abolição (Gráfico 5). As ordens de soldada quase triplicam, passando de 7 em 1887 para 19 em 1888 até alcançar 20 em 1890.

Após 1888, a soldada ganha nova configuração com relação aos ex-ingênuos e aos ex-escravos:⁴² o regime jurídico previsto na Lei do Ventre Livre é inteiramente abolido, devendo toda criança em poder do senhor ser entregue ao juízo de órfãos que passa a deter a tutela sobre eles. Isto provocou verdadeira “corrida” ao juízo de órfãos tanto por parte dos ex-senhores (Papali, 2003, p. 167 e s.) como das mães, agora ex-escravas, que passaram a disputar a tutela do ex-ingênuo (Urruzola, 2014). Ainda com relação aos ingênuos, a ida ao juízo de órfãos tornou-se uma medida necessária e prudente para assegurar e legitimar a manutenção do menor na domesticidade.

Neste contexto de aquecimento da justiça orfanológica, percebe verdadeiro esclerosamento da prática judicial, de modo que a distinção entre “tutela” e “soldada” desaparece, ambas sendo confundidas para perder

⁴² Como bem anotou K. Mattoso, a escravidão foi abolida antes que algum ingênuo tenha atingido seus 21 anos, o que significa a possibilidade de existir menores escravos às vésperas de 1888 (Mattoso, 1994, p. 202).

seus sentidos originais. Ainda que um parente tenha solicitado a tutela da criança, o juiz se sente autorizado a ordenar a soldada. É o caso do padrinho de Luiz, este ex-ingênuo de 9 anos de idade, que é indicado tutor pela própria mãe do menor.⁴³ Após o juiz ter verificado sua idoneidade, Luiz obtém a tutela do afilhado com a obrigação de “alimentar, vestir e educar o menor”. Além do encargo de tutor, uma vez que os padrinhos são considerados “parentes espirituais”, o juiz ordena a apresentação do menor em juízo dentro de oito meses “a fim de se marcar a soldada”. Esse segundo ato, consistindo em ordem de “soldada a termo”, é precedido da tutela de direito comum. Percebe-se que a extinção da condição de ingênuo provocou o redirecionamento ao serviço doméstico por meio da tutela que se articula com a soldada.

Poderia, também, ocorrer o contrário: o juiz nomear tutor um terceiro sem parentesco com o menor. Neste caso, em se tratando de ex-ingênuo, este se mantém vinculado à casa do ex-senhor que passa a exercer a tutela de direito comum.⁴⁴ O intuito do ex-senhor é o de se desonerar da obrigação de pagar a soldada ao alegar que o menor já vive em sua casa há muito tempo, e por isto caberia assinatura do Termo de tutela, em detrimento do Termo de responsabilidade. Não é raro o juiz acatar essa argumentação para conferir tutela de direito comum. Note-se aqui que esta tutela é conferida sem qualquer vínculo de parentesco entre tutor e pupilo. Aliás, o pleito do ex-senhor é justamente para provar existência desse vínculo por outro meio que não seja o do parentesco. Aparece, assim, a distinção entre “cria” ou “criada da casa” e “pessoa da família”. A “criada da casa” tem respaldo no Termo de

⁴³ 30 de maio de 1888 (ANRJ, nº 963, maço 2297A).

⁴⁴ 11 de junho 1888 (ANRJ, nº 1913, maço 2284A).

responsabilidade e presta serviço doméstico mediante soldada, ao passo que a “pessoa da família” é agregada à domesticidade por ter estabelecido laços de afeto com seus membros, essa relação jurídica sendo regida pelas regras da tutela de direito comum.⁴⁵

Neste sentido, Antônio Guimarães alega que a menor Amélia está em sua companhia como “pessoa da família”, e por isto requer a tutela, e não apenas ser responsável de uma menor que não é sua “criada”.⁴⁶ Como meio de prova, ele junta aos autos recibos de compras feitas em nome da menor, no qual a vendedora signatária se refere a ela como sobrinha de Antônio.⁴⁷ Nesses casos, é inútil dizer que o menor considerado como “pessoa da família” possa continuar prestando serviços domésticos na casa, o que esvaziaria a natureza jurídica da tutela, sendo a verdadeira intenção do requerente evitar o regime da soldada. Há apenas modificação formal da condição de *senhor* para aquela de *tutor*, porque, ao que parece, a relação de dependência permanece, podendo exigir do menor qualquer tipo de serviço sem ter a obrigação de fornecer qualquer remuneração a título de soldada e sem a obrigação de apresentá-lo em juízo.⁴⁸ Alguns nem mencionam no seu pleito a expressão “Termo de responsabilidade”, na esperança de se livrar do regime da soldada. É, neste sentido, o argumento pitoresco de Francisco José de Lima ao requerer assinatura de “Termo de obrigação para obstar qualquer eventualidade” com o intuito de amparar a menor Justina de 11 anos, filha da sua escrava fale-

cida.⁴⁹ O juiz ignora o pedido e ordena soldada no valor de 5 mil.⁵⁰ Poderia, também, ocorrer do senhor da mãe ter estabelecido vínculo de parentesco com o menor ao figurar, por exemplo, como padrinho na sua certidão de batismo.⁵¹ Neste caso, a tutela de direito comum poderia ser conferida de pleno direito.

Gráfico 5 - Evolução da tutela com soldada no juízo de órfãos



Fonte: ANRJ, fundo ZM

A burocracia, enfim, se flexibiliza, e algumas ordens de soldada e tutela são prolatadas diretamente pelo escrivão que redige em cartório o Termo de responsabilidade – às vezes qualificado “Termo de soldada”!⁵² – que é assinado pelo tutor sem qualquer despacho ou decisão ulterior do juiz.⁵³ Neste tipo de “soldada de cartório” há exigência de apresentação da caderneta do menor em juízo a cada seis meses como forma de controle da tutela.⁵⁴ A palavra “soldada” perde o seu sentido original para remeter a toda e qual-

⁴⁵ A distinção entre “criada” e “pessoa da família” coloca o tema da soldada de menores sob a perspectiva do trabalho doméstico (Fernandes, 2017, p. 286).

⁴⁶ 6 de fevereiro de 1890 (ANRJ, nº 1391, maço 2304).

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ No pós-abolição é comum a exigência de apresentação da caderneta do menor em juízo a cada seis meses como forma de controle da soldada. Ver decisões de 4 de maio de 1888 (ANRJ, nº 1699, maço 2282A); 17 de julho de 1889 (ANRJ, nº 762, maço 2291); 8 de outubro de 1890 (ANRJ, nº 3242, maço 162); 18 de novembro de 1890 (nº 2229, maço 2315); 27 de dezembro de 1890 (ANRJ, nº 5587, maço 295).

⁴⁹ 28 de janeiro de 1890 (ANRJ, nº 1731, maço 2306).

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ 31 de outubro de 1888 (ANRJ, nº 1743, maço 2282A).

⁵² 19 de novembro de 1888 (ANRJ, nº 573, maço 2290A).

⁵³ A desorganização chegou a tal ponto que o juiz poderia decidir a soldada, mas o termo assinado ser o de tutela sem fixação de soldo (4 de maio de 1888, ANRJ, nº 1699, maço 2282A).

⁵⁴ 4 de maio de 1888 (ANRJ, nº 1699, maço 2282A); 17 de julho de 1889 (ANRJ, nº 762, maço 2291); 8 de outubro de 1890 (ANRJ, nº 3242, maço 162); 18 de novembro de 1890 (nº 2229, maço 2315); 27 de dezembro de 1890 (ANRJ, nº 5587, maço 295).

quer relação empregatícia, inclusive por intermédio da tutela de parentes. No início do século XX, a soldada aparece como um tipo de “contrato de trabalho”, destinado aos menores pobres e desvalidos, para tirá-los da “rua a fim de serem educados por meio do trabalho” (Azevedo, 1996, p. 25).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa restou evidente que a antiga legislação portuguesa se adaptou ao contexto brasileiro, o que significa dizer por outras palavras que muito pouco ou quase nada dos elementos originais da soldada sobreviveram à ação do tempo e do lugar. A prática da soldada e tutela esteve, até o final do século XIX, calcada nesta mentalidade tradicional da educação como parte integrante do serviço doméstico. O fato de os parentes lucrarem com a força de trabalho da criança, alugando os seus serviços a terceiros, não parece ter sido motivo de preocupação dos juízes, o único caso encontrado de insurgência contra essa situação adveio do próprio menor. Se levarmos em conta que o trabalho infantil era uma prática comum que não causava espanto à época, o questionamento dos juízes quanto ao “interesse da criança” se limitava a evitar maus tratos e ordenar a retirada da criança de um meio social ou familiar imoral ou depravado, ou até mesmo de uma instituição inapropriada.

Também apareceu evidente ao longo do estudo a flexibilidade do regime jurídico da soldada e sua aplicabilidade aos diversos estatutos jurídicos existentes no Brasil Império. Especificamente no pós-abolição, a última geração de menores libertos se diluiu na clientela da soldada. Resta saber se toda essa massa de soldadeiros continua, durante a Primeira República e mesmo além des-

se período, prestando serviços nas casas de família. Aqui, termino com uma indagação (ou provocação): se considerarmos o tipo de relação que se estabelece entre tutor e órfão soldadeiro, poderíamos afirmar, com enorme precaução, que a soldada constituiria a gênese do regime jurídico do trabalho doméstico, ao menos aquele que vigorou até a Emenda Constitucional nº 72 de 2013?

5. REFERÊNCIAS

- Aboim, D. G. C. (1759). *De munere judicis orphanorum*, 4 volumes, Lisboa: Bernardo Antônio de Oliveira.
- Alaniz, A., & Garcia, G. *Ingênuos e libertos – Estratégias de sobrevivência familiar em épocas de transição 1871-1895*. Campinas, Ed. CMU/Unicamp, 1997.
- Almeida, C. M. (1870). *Código philippino, ou Ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I, 14ª edição*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico.
- Areas, J. C. A. (Barão d'Ourém) (1883). *Notice sur les institutions de prévoyance au Brésil*. Communication faite au Congrès scientifique universel des institutions de prévoyance lors de la deuxième session quinquennale en 1883. Pau: Imprimerie Garet.
- Ariès, Ph. (1973). *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*. Paris: Éditions du Seuil.
- Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, *Acervo do judiciário, Fundo ZM: Juízo de órfãos e ausentes da 2ª vara*.
- Aulete, C. (1881). *Diccionario contemporâneo da língua portuguesa*, 2 volumes. Lisboa: Imprensa nacional.
- Azevedo, G. C. (1996). A tutela e o contrato de soldada: a reinvenção do trabalho compulsório infantil. *História social*, nº 3, p. 11-36.
- Bastos, A. C., & kuhlmann Jr, M. (2009). Órfãos tutelados nas malhas do judiciário (Bragança-SP, 1871-1900). *Cadernos de pesquisa*, v. 39, nº 136, jan./abr., p. 41-68.
- Cardozo, J. C. S., & Moreira, P. R. S. (2016). A importância de ser juiz de órfãos (Porto Alegre, século XIX). *Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul*, nº 151, p. 161-198.
- Carvalho, J. P. (1880). *Primeiras linhas sobre o processo orphanológico*, edição anotada pelo juiz de direito

- Didimo Agapito da Veiga Junior, 2ª parte. Rio de Janeiro: B. L. Garnier.
- Carvalho, L. R. (2003). *O Instituto dos Menores Artesãos e os pequenos voluntários da Guerra do Paraguai: 1850 a 1870*. Rio de Janeiro : UGF.
- Chalhoub, S. (2009). *Visões da liberdade. Uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Collecção das decisões do governo do Império do Brasil (1859)*, t. XXII. Rio de Janeiro: Typografia nacional.
- Collecção das leis do Brazil de 1814* (publicado em 1890). Rio de Janeiro: Imprensa nacional.
- Collecção das leis do Império do Brazil de 1831* (1ª parte), 1837 (1ª parte), 1842 (t. V, Parte II), 1879 (Parte I, t. XXVI – Parte II, t. XLII). Rio de Janeiro: Typographia nacional. O ano da publicação é, respectivamente, 1875, 1861, 1843 e 1880.
- Dantas, M. D., & Costa, V. C. (2016). O pomposo nome de liberdade do cidadão: tentativas de arregimentação e coerção da mão-de-obra livre no Império do Brasil. *Estudos avançados*, 30 (87), p. 29-48.
- Fernandes, F. (2017). Criados, escravos e empregados: *O serviço doméstico e seus trabalhadores na construção da modernidade brasileira (cidade do Rio de Janeiro, 1850-1920)*. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em História. Universidade Federal Fluminense.
- Fonseca, Cl. (2006). Da circulação de crianças à adoção internacional: questões de pertencimento e posse. *Cadernos Pagu* (26), jan.-jun., p. 11-43.
- Fonseca, M. V. (2001). As primeiras práticas educacionais com características modernas em relação aos negros no Brasil. In M. V. Fonseca e *alii.* (orgs.), *Negro e Educação: presença do negro no sistema educacional* (p. 11-36). São Paulo: Ação educativa.
- Fonseca, R. M. (2009). A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. *Revista Seqüencia*, nº 58, jul., p. 24-34.
- Freyre, G. (1951). *Sobrados e mucambos*, vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio.
- Geremias, P. (2015). Processos de tutela e contratos de soldada: fontes para uma historia social do trabalho doméstico infantil. *Anais do 7º Encontro Escravidão e Liberdade no Brasil Meridional*. Curitiba (UFPR), 13 a 16 de maio de 2015.
- Grinberg, K. (2011). A poupança: alternativas para a compra da alforria no Brasil (2ª metade do século XIX). *Revista de Índias*, vol. LXXI, nº 251, p. 137-158.
- Gutton, J. P. (1981). *Domestiques et serviteurs dans la France de l'Ancien Régime*. Paris: Aubier-Montaigne.
- Hespanha, A.-M. (2010). *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime*. São Paulo: Annablume.
- Lafayette (1869). *Direitos de família*. Rio de Janeiro: B. I. Garnier.
- Lobo, M. F. (2015). *Liberdade tutelada: ingênuos e órfãos no Pará (1871-1893)*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em História Social da Amazônia. Universidade Federal do Pará.
- Marcílio, M. L. (1998). *História social da criança abandonada*. 1ª edição. São Paulo: HUCITEC, 330p.
- Mattos, H. (2013). *Das cores do silêncio*, 3ª edição revista. Campinas: editora Unicamp.
- Mattoso, K. (1994). *Être esclave au Brésil (XVIe-XIXe siècles)*. Paris: L'Harmattan, 2ª edição.
- Mendonça, J. M. N. (2012). Sobre cadeias e coerção : experiências de trabalho no Centro-sul do Brasil do século XIX. *Revista brasileira de história*. São Paulo : v. 32, nº 64, p. 45-60.
- Mendonça, J. M. N. (2008). *Entre a mão e os anéis. A Lei dos Sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil*. Campinas: editora Unicamp.
- Morais Silva, A. (1813). *Diccionario da lingua portugueza*, t. 2, Lisboa, 1813.
- Paes, M. A. D. (2014). *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo.
- Papali, M. A. (2003). *Escravos, Libertos e Órfãos: a construção da liberdade em Taubaté (1871-1895)*. São Paulo: Annablume.
- Pegas, E. A. (1750). *Commentaria ad ordinationes regni Portugalliae*, t. 8. Lisboa: Michaelis Rodrigues.
- Rangel, A. (2018). *Le droit de correction de l'enfant (1804-1935)*. Beau Bassin: EUE.
- Rangel, A. (2017). O projeto de Teixeira de Freitas: um código civil antinapoleônico? Contribuição ao estudo do comparatismo jurídico no século XIX. In A. Wehling, G. Siqueira, S. Barbosa (orgs.), *História do direito. Entre rupturas, crises e descontinuidades*. Belo Horizonte: Arraes.
- Rangel, A. (2014). *Tous sont égaux sous le fouet*. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes.
- Rizzini, I. & *alii.* (2004). *A institucionalização de crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: editora PUC-RJ.
- Siqueira, G. (2017). O direito civil antes do Código de

1916: a ausência das Ordenações Filipinas e as expectativas na imprensa e na doutrina nacional. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, a. 178 (473), jan./mar., p. 545-562.

Soares, L. C. (2007). *O “povo de cam” na capital do Brasil: a escravidão urbana no Rio de Janeiro do século XIX*. Rio de Janeiro: 7 Letras, FAPERJ.

Soares, L. C. (1988). Os escravos de ganho no Rio de Janeiro do século XIX. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, vol. 8, nº 16, mar.-ago., p. 107-142.

Teixeira, H. M. (2016). A criança no processo de transição do sistema de trabalho – Brasil, segunda metade do século XIX. *Anais do XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, p. 1-25.

Urruzola, P. (2014). *Faces da liberdade tutelada: libertas e ingênuos na última década da escravidão (Rio de Janeiro, 1880-1890)*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Data de submissão: 15/10/2018

Data de aceite: 15/03/2020
