

**A POLIGAMIA NO DIREITO PRIVADO ATENIENSE E AS
RELAÇÕES PARALELAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO NO
SÉCULO XXI: APROXIMAÇÕES JURÍDICAS**

*POLYGAMY IN ANCIENT ATHENIAN PRIVATE LAW AND PARALLEL
RELATIONSHIPS IN BRAZILIAN PRIVATE LAW AT THE 21TH CENTURY:
LEGAL APPROACHES*

Álison José Maia Melo

Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC. Professor do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7, Ceará (Brasil).

E-mail: alisson.melo@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5811851978196829>.

Tiago Seixas Themudo

Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7, Ceará (Brasil).

E-mail: tiago.themudo@uni7setembro.edu.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1128573588458959>.

Submissão: 02.11.2017.

Aprovação: 22.11.2017.

RESUMO

As lições do passado, seus acertos e equívocos, servem de orientação para um olhar crítico do presente e para a tomada de decisões no futuro. Além do mais, dadas nossas raízes romanas, o direito na Grécia Antiga é um tema pouco explorado no Brasil. O presente artigo tem como objetivo realizar um cotejo comparativo entre o estatuto da poligamia no direito privado ático, mais especificamente, a legitimidade jurídica dos casamentos plurais após a emergência do direito positivo na Grécia clássica, e o ressurgimento do problema jurídico das relações plurais na sociedade brasileira, à luz do direito civil contemporâneo. Através de uma abordagem dedutiva, com pesquisa bibliográfica intensiva, abordam-se os aspectos jurídicos pertinentes ao conflito social, à luz da natureza específica do direito das famílias. Ao final, conclui-se que, seja na Grécia Antiga ou no Brasil do século XXI, a despeito do viés conservador conferido pela ela legislação, o exercício da jurisdição tem promovido a dignidade de núcleos familiares respaldados pela boa-fé, publicidade e estabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das famílias; Poligamia na Grécia; Famílias paralelas no Brasil.

ABSTRACT

The lessons of the past, their correctness and misunderstandings, serve as a guide to a critical look at the present and to future decision-making. Moreover, given our Roman roots, law in Ancient Greece is a subject rarely explored in Brazil. The purpose of this article is to compare the status of polygamy in private Attic law, specifically the legal legitimacy of plural marriages after the emergence of positive law in classical Greece, and the resurgence of the juridical problem of plural relations in Brazilian society in the light of contemporary civil law. Through a deductive approach, with intensive bibliographical research, the juridical aspects pertinent to the social conflict are reviewed, in light of the specific nature of the Family Law. In the end, it concludes that, whether in ancient Greece or in the twenty-first century Brazil, despite the conservative bias conferred by it, the exercise of jurisdiction has promoted the dignity of family nuclei backed by good faith, publicity and stability.

KEYWORDS: Family law; Polygamy in Greece; Parallel families in Brazil.

INTRODUÇÃO

A referência ao direito grego como fonte originária da tradição jurídica ocidental ainda causa uma certa estranheza. Para a história do direito, pelo menos em sua corrente hegemônica, teria sido em Roma, e não na Grécia, que a tradição jurídica ocidental nasceu, se desenvolveu, se organizou. Trata-se, inicialmente, de compreender as causas desse “esquecimento” do direito ático, sobretudo em relação ao direito privado. Especula-se que a afirmação de Cícero fora aceita passivamente, e não criticamente, pelos historiadores do direito a respeito da superioridade do direito romano quando comparado aos outros ordenamentos jurídicos do mundo antigo, incluindo o direito grego. Segundo o legislador romano, “[...] fora da legislação romana, só havia leis ridículas e incompletas, inclusive as que foram publicados por Licurgo, Drácon e Sólon: [...]” (BEAUCHET, 1897, p. 10).¹

Como consequência, o estudo ardoroso, com esmero filológico e epistemológico, e de grande visibilidade da literatura e filosofia atenienses, contrastava com o silêncio e o desinteresse em relação a esta outra forma de manifestação da criatividade intelectual grega, “uma de suas formas mais curiosas e uma de suas expressões mais interessantes”², a saber, o direito ático e, mais especificamente, o direito que regulamentava as relações entre os

¹ “Pendant longtemps les historiens du droit ont accepté sans contrôle cette affirmation de Cicéron, qu’em dehors de la législation romaine, il n’y avait que des lois ridicules et incomplètes, y compris celles qu’avaient publiées Lycurgue, Dracon et Solon: [...]”

² “[...] une de ses formes les plus curieuses et une de ses expressions les plus intéressantes”.

particulares no que concerne à família, a propriedade e as obrigações (PERROT, 1867). Resultado desse “esquecimento”, o direito romano passou a ser considerado como o único precursor das legislações modernas.

É inegável que o direito privado romano, compreendido como construção cultural, apresenta uma superioridade incontestável sobre outras legislações do mundo antigo, e também sobre várias legislações modernas. Essa superioridade se justificaria haja vista a construção geométrica das leis, a capacidade de seus juristas de deduzirem as consequências de um princípio legal, gerando uma inovadora racionalidade jurídica, operacionalizada por um complexo vocabulário. Para Beauchet (1897, p. 10), do ponto de vista científico, “[...] a inferioridade do direito ático, quando comparado ao direito romano, é inegável”.³ O caráter sistemático e rigoroso conquistado pelo direito romano no período clássico efetivamente não conheceu paralelo no direito privado ateniense. Esse sistema jurídico, ordenado e lógico, pode ser qualificado de *scripta ratio*.

Mas o que pode explicar essa inferioridade relativa do direito privado ático? Beauchet faz referência às condições de desenvolvimento de cada uma das legislações, a grega e a romana. Essencialmente, o direito romano foi o resultado de uma elaboração paciente, desenvolvido ao longo de séculos. Foram quase 600 anos de história entre a promulgação da Lei das XII Tábuas, considerada como a fonte oficial do direito, e o advento dos grandes juristas clássicos, como Papiniano, Paulo e Ulpiano, “[...] cujos escritos formam a base da codificação romana” (BEAUCHET, 1897, p. 11).⁴ Em contraste, o direito grego conheceu um período muito curto de desenvolvimento. O período transcorrido entre as reformas de Sólon e a morte de Demóstenes não ultrapassa trezentos anos.

Houve, também, uma diminuição considerável da atividade jurídica quando da invasão macedônia. No contexto de uma ocupação militar, perde-se a autonomia na gestão dos instrumentos de jurídicos de poder. O império de Alexandre foi posteriormente substituído pela ocupação romana, transformando Atenas em província, com conseqüente inibição da criatividade institucional, e impedindo a evolução do direito. “As leis de Sólon deixaram de ser invocadas diante dos tribunais e de reger os contratos, e pouco a pouco, nas províncias orientais do império, assim como nas outras, os princípios do direito romano, [...], foram substituindo inúmeras disposições das antigas legislações locais” (BEAUCHET, 1897,

³ “[...] l’infériorité du droit attique vis-à-vis du droit romain est indéniable”.

⁴ “[...] dont les écrits forment la base de la codification romaine”.

p. 12).⁵ Faltaram, portanto, tempo e autonomia política ao direito grego para desenvolver sua plena maturidade jurídica, como conseguiu pelo direito romano.

Em segundo lugar, pode-se citar a suspensão do trabalho legislativo antes que a filosofia grega pudesse impregnar o pensamento jurídico, conduzindo-o a uma sistematização teórica e prática. É inegável a qualidade da reflexão filosófica sobre o direito, as leis, e sobre as melhores formas de legislação. Merecem destaque as obras de Platão, Aristóteles e Teofrasto. “[...] foi preciso muito tempo para que os ensinamentos dos filósofos viessem modificar as opiniões da massa e influenciar as disposições do direito positivo” (BEAUCHET, 1897, p. 12).⁶ Mas o encontro desses dois campos de reflexão, o direito e a filosofia, ocorreu momentos antes da perda de autonomia política da Grécia, impossibilitando qualquer processo de *evolução criativa* do direito privado ático.

O problema não foi só de tempo, mas também de espaço. O direito romano foi favorecido por ter se desenvolvido no espaço de um grande império, com forte centralização política. Atenas, ao contrário, apesar de ter irradiado sua influência por quase todo território mediterrâneo, fora uma república com pouco mais de cem mil cidadãos, distribuídos em um território de alguns quilômetros quadrados (GLOTZ, 2014). O direito ático não fora obrigado, portanto, a diversificar e complexificar seu ordenamento jurídico diante das múltiplas realidades com que seria confrontado. Essa restrição geográfica conferiu ao direito de Atenas um aspecto local e sem amplitude.

Não houve também em Atenas a formação de uma jurisprudência, definida como uma memória do conjunto das decisões judiciais interpretativas da lei que pudesse preencher o vazio do texto legislativo. Isso porque não havia um conjunto de juízes permanente, aptos a organizar e instituir um campo jurídico de relativa autonomia em relação, sobretudo, ao campo político. A única exceção era o Senado do Areópago, composto por antigos arcontes que presidiram tribunais durante o seu arcontado. Porém, as competências do arconte em matéria jurídica eram limitadas, restringindo-se a área criminal.

Os responsáveis pela condução dos processos civis eram os *heliastas*, um corpo de juristas renovado anualmente, fato que impedia a formação de uma tradição jurídica coerente, ou seja, jurisprudência. “Os heliastas de um ano não eram em nada solidários com seus predecessores, e mais, durante a vigência de suas funções, podiam dar a um mesmo problema

⁵ “Les lois de Solon cessèrent d’être invoquées devant les tribunaux et de régi les contrats, et peu à peu, Dans les provinces orientales commedans les autres, les principes du droit romain, élargi du reste par les conquêtes mêmes, se substituèrent dans nombre de dispositions aux anciennes législations locales”.

⁶ “[...] il faut de longues années avant que les enseignements des philosophes ne viennent modifier les vues de la foule et influer sur les dispositions du droit positif”.

judicial soluções diferentes ou até contraditórias, pois frequentemente não atinham às disposições legais aplicáveis à causa, e julgavam sob a influência caprichosa das circunstâncias” (BEAUCHET, 1897, p. 20).⁷ Ou seja, era através de argumentos jurídicos que os oradores procuravam convencer os jurados, mas apelando para as suas paixões e inclinações, no esforço de provocar a simpatia pelo seu cliente, e não de adequar o caso julgado às disposições impessoais da lei.

No entanto, não é coerente desprezar seja a originalidade do direito grego, em especial o ateniense, seja sua efetiva contribuição tanto para o direito romano como para as legislações modernas. “Ele garante a certos interesses uma proteção mais eficaz, testemunha maior perfeição e sentido prático e se aproxima mais de nossas leis modernas que a lei romana” (BEAUCHET, 1897, p. 21).⁸ Tome-se como exemplo o problema do poder paterno na família grega, moderado pelo direito de família que visava mais a sua proteção e continuidade do que a afirmação dos desejos egoístas do *pater familias* romano. A autoridade social como autoridade doméstica é característica da sociedade grega que precede ao advento da pólis, sendo o direito era apenas uma extensão das tradições domésticas, e o poder judiciário e legislativo se encontrava concentrado nas mãos do chefe da família (CAILLEMER, 1879; COULANGE, 2011). Com o advento do Estado, sobretudo pós as legislações de Sólon e Clístenes, esse poder paterno será modificado e moderado pelas leis civis, apesar da manutenção de uma organização patriarcal da família. O *pater familias* não possuirá mais poder absoluto sobre seja sobre o destino da propriedade como sobre o destino dos outros membros da família.

As transações comerciais também eram regulamentadas por leis que garantiam níveis inusitados de liberdade, decisivas para a prosperidade que o comércio ateniense conheceu durante o período de Sólon, diferente do formalismo estreito do direito comercial romano (ARNAUTOGLU, 2003). Os registros fundiários, e sua obrigatória publicidade, que regulamentavam as transferências de propriedade ou a constituição de direitos reais em várias cidades gregas, também podem ser designados como uma invenção jurídica fundamental na proteção dos interesses de terceiros. Inexistente no direito romano, essa lei do direito de propriedade ático, decisiva para a invenção do crédito público e para o desenvolvimento do comércio, fora integrada ao direito civil moderno no final do séc. XIX, permanecendo ativa

⁷ “Les hélistes d'une année n'étaient en rien solidaires de leurs prédécesseurs, et de plus, pendant la durée de leurs fonctions, ils pouvaient donner à un même problème judiciaire deux solutions différentes ou même contradictoires, car souvent ils ne tenaient aucun compte des dispositions légales applicables à la cause, et jugeaient sous l'influence capricieuse des circonstances”.

⁸ “Il assure à certains intérêts une protection plus efficace, il témoigne plus de perfection et de sens pratique et se rapproche plus de nos lois modernes que la loi romaine”.

até os dias de hoje. Destaque-se também que, segundo o direito de propriedade ático, as transferências ocorriam legitimamente *inter partes*, ou seja, pelo consentimento exclusivo das partes envolvidas.

Essa situação de grande simplicidade dos procedimentos que sancionavam o direito civil ateniense, facilitando a produção da verdade jurídica, contrastava com as fórmulas solenes e com os complicados e tradicionais rituais procedimentos do direito romano (FOUCAULT, 2014; BEAUCHET, 1897). Além disso, é inegável a influência exercida pelo direito ático sobre o direito romano, que absorveu um conjunto de noções prática e ideais de justiça presente, inclusive, na formulação mais primitiva do espírito jurídico romano, ou seja, na Lei das XII Tábuas.

O que nos interessa no contexto desse artigo será, justamente, analisar as criativas disposições jurídicas do direito de família ático no que concerne o problema da poligamia, instituição social milenar presente também na Grécia arcaica e que, na pólis democrática, foi codificada pelo direito civil instituído pelos legisladores da democracia. Aceitos pela tradição, os casamentos plurais simultâneos passam a ser legitimados pelo direito de família, apesar das contradições, e conflitos, gerados pelos novos modelos de família e de propriedade que surgem a partir do séc. VI a.C. (FOUCAULT, 2014). A propriedade, antes inalienável, passa a ser transferível a herdeiros específicos e comercializável, o que exigiu a invenção de “novos direitos”, como, por exemplo, as leis do divórcio, direito de herança, novas regras de transferência de propriedade, hipotecas etc. Nesse novo cenário, a poligamia, mas também a concubinação, vão perdendo força e legitimidade para a família exclusivamente monogâmica, até se tornarem modelos familiares completamente interditos pelo direito romano (GERNET, 1982).

No Brasil, as relações familiares caminham para um novo estágio de multiplicação de formas e de aceitação social; todavia, dificuldades são enfrentadas em relação às denominadas famílias paralelas, identificadas pela existência concomitante de relações familiares, em núcleos distintos, com ou sem vínculo matrimonial. Estaríamos vivendo um movimento contrário nos dias de hoje? Em um ambiente jurídico exclusivamente monogâmico, têm ressurgido novas configurações de casamentos plurais, formados, sem dúvida, segundo outras motivações e princípios. Cabe analisar proximidades e diferenças em relação ao que ocorreu no direito privado ático.

A pesquisa é exploratória, mediante abordagem dedutiva. Os recursos metodológicos são principalmente bibliográficos, com o manejo de apoio legislativo e jurisprudencial. O trabalho está dividido em quatro partes: após esta introdução, faz-se um relato histórico da Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 817-842, Set.-Dez. 2017.

realidade na Grécia Antiga, especificamente para a realidade em Atenas, segundo o relato central fornecido por Beauchet (1897); em seguida, cuida-se do direito das famílias no Brasil, realizando-se inicialmente uma visão histórico-evolutiva, mas especificando para o contexto atual no século XXI, com recurso à literatura de orientações opostas para um legítimo confronto dos argumentos. Ao final, realizam-se algumas aproximações e confrontos entre as experiências do passado e do presente.

1 POLIGAMIA E CONCUBINATO NO DIREITO PRIVADO GREGO DO PERÍODO DEMOCRÁTICO

O casamento foi a primeira instituição que a religião doméstica grega instituiu, tendo em vista a perpetuação da família. Não bastava, afirma Fustel de Coulanges (2011, p. 26), gerar um filho que deveria perpetuar a religião doméstica, mas um filho que fosse “[...] fruto de um casamento religioso. O bastardo não podia exercer esse papel que a religião conferia ao filho”. É verdade que os gregos consideravam a adoção como uma alternativa para garantir a perpetuação do culto religioso doméstico diante da inexistência de herdeiros gerados no casamento. O casamento figura, portanto, como obrigatório, e, embora o celibato não fosse considerado crime pelo direito de família ático, era visto ao mesmo tempo como uma impiedade e uma infelicidade.

O casamento, ao contrário, é considerado como o complemento obrigatório, como a finalidade de toda a vida humana, *telos*, e os deuses que presidem as uniões conjugais são chamados de *teói teleiói*. O casamento é profundamente honorificado na cidade ateniense. Assim, os mais altos magistrados da República, como o arconte-rei e os estrategas, deviam ser casados. (BEAUCHET, 1897, p. 34)⁹

Vale destacar que o casamento na Grécia está longe de possuir o caráter que ele possui nas legislações contemporâneas. Não é a mutualidade dos sentimentos afetivos entre duas pessoas, a cumplicidade e os juramentos de laços amorosos perpétuos que confere a razão prática dos casamentos. O objetivo principal é a união de duas pessoas em torno do culto doméstico, e de gerar um terceiro membro capaz de propagar esse culto. No entanto, haja vista as profundas transformações pelas quais as sociedades gregas vinham sofrendo, o caráter religioso do casamento foi sendo substituído por uma razão prática ligada aos problemas da propriedade e de sua transferência. Estamos falando do período posterior ao final do séc. VI

⁹ “Le mariage, au contraire, est considéré comme le complément obligé, comme là fin de toute vie humaine, *telos*, et les dieux qui président aux unions conjugales sont appelés *teói teleiói*. Le mariage est du reste profondément honoré dans la cité athénienne. Ainsi les plus hauts magistrats de la République, comme l'archonte-roi et les stratèges, doivent être mariés”.

a.C., época de grandes transformações sociais, como a revitalização da escrita, a ascensão da democracia, revitalização do comércio internacional e, conseqüentemente, da função prática do matrimônio (HUMBERT, 1986). “O casamento ateniense é antes um negócio, um contrato, do que a união legítima de duas pessoas se unindo de maneira a possuir uma única alma e uma vontade, de misturar seus direitos e seus deveres, seus desejos e suas dores” (BEAUCHET, 1897, p. 36).¹⁰ Casa-se em Atenas para gerar herdeiros destinados a propagar o culto religiosos doméstico, mas, sobretudo, para dar à luz a filhos legítimos aptos a dar continuidade e integridade ao patrimônio paterno. Ou seja, as famílias eram constituídas pela união de um homem e uma mulher sem considerar as inclinações ou escolhas recíprocas do casal, mas apenas as “razões de família” ou os simples e explicitamente os interesses econômicos.

E o papel da mulher, assim como a possibilidade de um homem contrair vários casamentos, será definido dentro deste novo cenário social. Esse aspecto contratual do casamento conferirá à mulher um papel meramente passivo, na medida em que sua vontade pessoal não interfere no processo de construção da união familiar. “[...] ela é objeto do contrato, mais do que sujeito no contrato” (BEAUCHET, 1897, p. 36).¹¹ A realização do casamento era assunto gestado exclusivamente pelo futuro marido, e pela família da esposa, que dispõe dela a seu bel prazer.

Nesse contexto, a função social da mulher grega na pólis, salvo raras exceções ligada ao campo religiosos, era cuidar do ambiente doméstico e se tornar mãe, gerando novos cidadãos. Já no período democrático, a mulher ateniense ocupava, no ambiente doméstico, um papel secundário e, por vezes, precário, haja vista a “fragilidade dos laços matrimoniais”, e a grande frequência dos divórcios. Esse lugar ocupado pelas mulheres na sociedade grega, mesmo durante o período democrático, determinava um nível de inferioridade que as aproximava das crianças e dos escravos (GAUDEMET, 1982).

Um dos poucos instrumentos jurídicos de proteção das mulheres era a proibição de um casamento duplo dentro da mesma casa. A unidade do casamento é admitida pelo direito ático, e a esposa legítima não será obrigada a aceitar a presença de outra mulher em sua família, “[...] de uma concubina dando à luz a crianças legítimas” (BEAUCHET, 1897, p. 38).¹² Ou seja, diante da fragilidade dos laços afetivos entre os casais, que permitia ao cidadão grego buscar livremente satisfação aos seus desejos fora de casa, sem afrontar moralmente a

¹⁰ “Le mariage athénien est plutôt une affaire, un contrat, que l'union légitime de deux personnes liant de manière à n'avoir qu'une âme et qu'une volonté, à mêler leurs droits et leurs devoirs, leurs plaisirs et leurs peines”.

¹¹ “[...] et elle est l'objet du contrat plutôt qu'elle n'y est partie”.

¹² “[...] d'une concubine donnant également le jour à des enfants légitimes”.

instituição do matrimônio, garantia-se às mulheres, ao menos, de ser ela a única fonte da família legítima, e geradora de filhos legítimos dignos de dar continuidade ao culto doméstico, e aptos a herdar os bens deixados pelo pai. No que diz respeito às aventuras extraconjugais do esposo, não havia nenhum impedimento penal, ou mesmo civil, que as inibissem.

Cabe perguntar agora se, no contexto social e jurídico da época clássica de Atenas, a poligamia e, mais especificamente a bigamia, era permitida. Já vimos que o direito de família ático não permitia a concubinagem, reservando à esposa legítima a exclusividade da vida doméstica e a geração de herdeiros. O mesmo não pode ser dito da poligamia. Esse é, entretanto, um tema na história do direito de família grego sobre o qual não há consenso. Segundo Hruza (*apud* BEAUCHET, 1897), por exemplo, o direito ático não autorizava explicitamente poligamia, mas também não a proibia. A lei nada dizia neste sentido, permitindo a todo cidadão contrair simultaneamente vários casamentos, o que estaria, segundo o autor, em conformidade com as tradições do período heroico da Grécia, ou seja, época anterior ao séc. VI a.C. Ou seja, haveria uma continuidade histórica entre a Grécia homérica e a clássica no que diz respeito à instituição da poligamia, ainda não regulamentada explicitamente no direito privado ático, mas que também não impunha a ela nenhuma limitação legal explicitamente enunciada.

Haveria também, na fala dos oradores gregos, referências diretas de diversos casos de bigamia e, segundo esses mesmos oradores, os casamentos plurais não eram anulados pela lei, os filhos gerados eram considerados legítimos e não geravam qualquer reação contrária da opinião pública. E como é possível verificar nos casos de poligamia ampliada nas sociedades primitivas, determinada também pela frequência das relações bélicas, teria sido durante a guerra do Peloponeso [431-404 a.C.] que uma lei fora aprovada autorizando os atenienses a possuir simultaneamente duas esposas legítimas.

Para Beauchet, ao contrário, a monogamia seria a instituição familiar por excelência não só em Atenas, mas em toda a Grécia. Reconhece, contudo que, diferentemente das legislações modernas, a bigamia não era proibida por nenhuma lei, concordando também que a opinião pública não tratava com nenhuma severidade os casos de bigamia, “haja vista a tolerância de que gozavam os maridos infiéis (BEAUCHET, 1897, p. 41).¹³ No entanto, Beauchet argumenta que diante do forte caráter patriarcal da família grega, em que o marido gozava de toda liberdade para rejeitar sua mulher, a aquisição de uma nova esposa não se dava, na

¹³ “[...], étant donnée la tolérance dont jouissaient les maris infidèles”.

maioria das vezes, sem que o primeiro casamento tenha sido anulado. Será essa, aliás, a sua tese; apesar de reconhecer a prática da poligamia na Grécia arcaica, período anterior ao advento da polis democrática, afirma que, após a legislação de Sólon, os vários casamentos possíveis para um homem não poderiam ser concomitantes; a validade jurídica de um dependeria da anulação do outro (HUMBERT, 1986). Mas, como dissemos, não há consenso sobre este ponto.

Voltemos nossa atenção para o problema da existência da poligamia no chamado período heroico da Grécia, época pré-jurídica em que não havia ainda nenhum conjunto de leis positivas. Segundo Homero (2013), Zeus teria sido o primeiro bigamo, tendo duas esposas simultâneas, Hera e Leto. Apolodoro, ao contrário, confere a Zeus uma única esposa, Hera, embora reconheça os outros amores do Deus supremo do Olimpo. Pode-se citar ainda o exemplo de Jasão, personagem de Eurípides, que teria se casado ao mesmo tempo com Medéia, que dá o nome à peça teatral, e com a filha de Creonte de Corinto, chamada Gláucia. Mas se a tragédia, escrita no período democrático, indica a existência de dois casamentos simultâneos, Apolodoro novamente constrói uma outra narrativa em que Jasão, ao contrário, teria se casado com Gláucia após ter rompido com Medéia. Ou seja, mais uma vez o casamento plural seria possível quando sucessivo, e não simultâneo. Hércules também fora chamado em Atenas de *filogunes*, aquele que tem várias mulheres, assim como Teseu e Egeu seriam *polugonaios*. Porém, insiste Beauchet, “[...] é muito difícil saber se as diversas uniões contratadas por esses heróis foram simultâneas ou sucessivas” (BEAUCHET, 1897, p. 42).¹⁴ Já os heróis homéricos, à exceção de Príamo, que era troiano, seriam todos monogâmicos, a exemplo de Ulisses e Nestor.

Louis Gernet (1982), ao contrário, reconhece os inúmeros casamentos simultâneos dos heróis mitológicos, com várias descendências legítimas ao mesmo tempo, mesmo reconhecendo que as biografias desses heróis estejam frequentemente em desacordo quanto ao nome das esposas. Além das referências mitológicas, Gernet indica a poligamia como prática frequente entre os tiranos gregos, como, por exemplo, Denis e Pisístrato. Este último foi casado com, pelo menos, três mulheres ao longo de sua vida; dois casamentos simultâneos, e um último após o divórcio com sua segunda esposa.

Mas se a poligamia existia na Grécia antes do democrático, fato que parece incontestável, haja vista sua quase universalidade nas sociedades primitivas, trata-se de saber se, no período histórico, a poligamia era admitida no direito privado helênico, sobretudo em

¹⁴ “Mais il est bien difficile de savoir si les diverses unions contractées par ces héros ont été simultanées ou successives”.

Atenas. Desta vez, as fontes históricas não podem mais ser as lendas homéricas ou a literatura trágica, mas documentos jurídicos que apresentam casos reais, normalmente disputas entre famílias pela herança de um “pai” comum.

Para Hruza, como já foi dito, as leis de Sólon não produziram nenhuma mudança em relação ao “direito” tradicional que não autorizava explicitamente a poligamia, mas também não a proibia. Nesse sentido, os cidadãos homens teriam o direito de escolher livremente entre a monogamia ou a poligamia. “Sólon deixou claras as condições de validade do casamento, do *egunsis*, mas não decidiu em nenhum lugar se um cidadão poderia ou não esposar uma segunda mulher enquanto já possuísse uma *dámar*, e esse estado de coisa não foi modificado pela nova redação de Euclides” (BEAUCHET, 1897, p. 44).¹⁵ A melhor maneira de resolver essa contradição a respeito da simultaneidade ou não dos casamentos plurais no direito privado grego é consultar os registros dos processos jurídicos, ou seja, os discursos dos oradores atenienses. Importante destacar que os processos envolvendo casos de bigamia possuem como pano de fundo o problema da transferência da propriedade privada, ou seja, trata-se, em última instância, de uma disputa pela definição dos herdeiros legítimos e ilegítimos. O direito de família grego está, nesta perspectiva, intimamente articulado ao direito de propriedade.

O primeiro caso de bigamia registrado no contexto do novo direito de família, instituído pelas reformas de Sólon, é o de Mantias de Thoricus. A reconstituição desse caso pode ser feita a partir de dois discursos feitos por Demostenes contra Boeotus, importantíssimos para a história do direito de família grego, na medida em que fornece elementos para três teorias sobre as quais não há consenso: em primeiro lugar, o problema da poligamia; em segundo lugar, a questão do concubinato legítimo e, por último, a legitimação dos filhos naturais, ou seja, permite elucidar o se os filhos naturais gozavam de algum direito na pólis. Passemos, pois, a apresentação do caso (DEMÓSTENES, 1875).

Mantias de Thoricus era um dos homens políticos mais importantes de Atenas, “[...] orador influente, encarregado de várias missões importantes [...]” (BEAUCHET, 1897, p. 44).¹⁶ Ele se casou com a filha de Polyaratos, patriarca de uma grande família ateniense, e viúva de Cléomédon, filho de Cléon, democrata famoso duramente criticado por Aristófanes. Dois filhos foram gerados nesse casamento, cuja validade jurídica não pode ser contestada. Um deles morreu prematuramente e o outro, um menino chamado Mantité, se casou quando

¹⁵ “Solon précise bien les conditions de validité du mariage, de l'*egunsis*, mais il ne décida nulle part qu'un citoyen ne pourrait pas épouser une seconde femme alors qu'il aurait déjà une *dámar*, et cet état de choses n'a point été modifié par la nouvelle rédaction d'Euclide”.

¹⁶ “[...] orateur influent, chargé de plusieurs missions importantes, [...]”.

tinha dezoito anos, e teve uma filha. A mãe das crianças morreu logo após o seu nascimento. Por volta e 350 a.C., Mantias morreu, deixando uma herdeira de seu casamento com a filha de Polyaratos, e duas outras crianças, Boeotus e Panfilos, de outro casamento como uma mulher chamada Plangon. As contestações jurídicas começaram justamente em torno do direito à herança deixada por Mantias para Mantité. Tratava-se, então, de determinar se os filhos gerados pelo segundo casamento eram herdeiros legítimos ou não. Esse é o ponto central: a legitimidade dos herdeiros contribuiria para sustentar a hipótese de que casamentos simultâneos eram legais aos olhos do direito de família ateniense; a rejeição do direito à herança indicaria a legalidade exclusiva dos casamentos sucessivos (DEMÓSTENES, 1875).

No primeiro discurso, dirigido contra as pretensões de Boeotus, Mantité denuncia um problema com o nome, pois seu adversário sustentava que a primeira sentença obtida em favor de Mantité contra ele não poderia ser executada, uma vez que seu verdadeiro nome não era Boeotus, mas sim Mantité, ou seja, filho de Mantias. Tratava-se, então, de determinar juridicamente qual dos dois “competidores” tinha direito ao nome do pai. “Ora, a solução dessa questão dependia de saber qual era a situação de Boeotus em relação a Mantias e, em seguida, qual era a natureza da união do pai com Plangon”. (BEAUCHET, 1897, p. 45)¹⁷ Várias interpretações foram propostas a esse respeito. Primeiramente, apenas a filha de Polyaratos seria a única esposa legítima, a *dámar* de Mantias, e Plangon figuraria como uma concubina ordinária. Ou outra interpretação afirma a existência de um casamento verdadeiro, legítimo, entre Mantias e Plangon; mas esse casamento teria sido efetivado antes ou depois da união com a filha de Polyaratos, e não acontecido simultaneamente. Um outro ponto de vista argumenta em favor da simultaneidade dos dois casamentos, caracterizando, assim, um caso de poligamia legal. Por fim, uma última teoria consideraria Plangon como concubina legítima de Mantias, relação vivida simultaneamente com a sua esposa, “[...] concubina ocupando uma situação intermediária entre a concubina ordinária e a mulher legítima” (BEAUCHET, 1897, p. 46).¹⁸ A solução para essas contradições a respeito da legalidade ou não da poligamia exige destacar certos aspectos do processo sobre os quais existe consenso interpretativo.

Enquanto esteve casado com a filha de Polyaratos, Mantias manteve relações com Plangon. Considera-se mesmo que Boeotus tenha nascido antes de Mantité, haja vista a derrota sofrida no processo sobre o nome. Ou seja, reconheceu-se no tribunal que Boeotus, e não Mantité era o filho primogênito de Mantias e, por isso, tinha sim o direito de portar o

¹⁷ “Or la solution de cette question dépendait elle même de celle de savoir quelle était la situation de Bœotos vis-à-vis de Mantias et, par suite, quelle avait été la nature de l'union de celui-ci avec leur mère Plangon”.

¹⁸ “[...] concubine occupant une situation intermédiaire entre la concubine ordinaire et la femme légitime”.

nome do pai. Porém, segundo Demóstenes, a legitimidade dos filhos de Plangon fora obtida de maneira fraudulenta. Após o nascimento dos filhos de Plangon, Mantias não os reconheceu, deixando de registrá-los como seus filhos tanto em sua fratria quanto em seu *demo*. No entanto, Boeotus, depois da maioridade, arregimentou uma série de testemunhas e processou Matias em uma ação de reconhecimento de paternidade, alegando que “[...] seus direitos não foram reconhecidos, e que era vítima de uma expatriação” (BEAUCHET, 1897, p. 47).¹⁹

Para evitar o escândalo de um processo, haja vista sua posição dentro da estrutura de poder ateniense, Matias tinha apenas uma opção: fazer com que Plangon reconhecesse que Boeotus e Panfilos não eram seus filhos. Isso porque no direito de família ático a procura pela paternidade é permitida aos filhos de uma mulher ateniense – as mulheres estrangeiras não gozavam desse direito – e a prova é constituída através de um juramento da mãe. Esse é talvez um dos raros dispositivos jurídicos do direito privado ático que confere a mulher uma condição de sujeito de direito. Diante deste direito legal conferido às mulheres atenienses, Matias oferece a Plangon 30 minas para que ela não preste o juramento. Ela aceita o dinheiro e acorda a não realização do juramento. Porém, contrariando a sua promessa, ela presta o juramento e declara que Boeotus e Panfilos são filhos de Mantias que, “[...] privado de todos os meios para atacar a sentença arbitral deferida após o juramento, só pode acatar seus efeitos e receber em sua fratria os dois filhos de Plangon, e registrá-los na ocasião das festas apatúricas” (BEAUCHET, 1897, p. 48).²⁰ O acontecimento que determinou a abertura do processo civil foi a morte de Mantias antes do registro dos filhos de Plangon. Boeotus se apresentou voluntariamente à assembleia do *demo* e se inscreveu por conta própria com o nome de Mantité, nome que o filho de Mantias com a filha de Polyaratos acreditava pertencer-lhe exclusivamente.

Não demorou muito tempo para que se descobrisse a fraude cometida por Plangon, que rompeu o acordo feito com Mantias ao prestar o juramento de paternidade, e que representava o principal trunfo de Mantité no processo. Porém, as consequências jurídicas do juramento de Plangon foram irreversíveis, e o patrimônio de Mantias foi dividido em três partes iguais, indicando o reconhecimento pelo direito ático de casamentos simultâneos, com consequência sobre o direito de propriedade. O litígio, no entanto, prossegue, agora alimentado pelo problema do dote aportado pelas “duas esposas” de Mantias. Ambas as partes alegavam que

¹⁹ “[...] il allègue que ses droits ont été méconnus et qu'il est victime d'une suppression d'état”.

²⁰ “[...] privé de tout moyen d'attaquer la sentence arbitrale rendue à la suite de ce serment, n'a plus qu'à en subir les effets et à faire recevoir dans sa phratrie les deux fils de Plangon, et il les y fait inscrire lors des fêtes apaturiques”.

Matias recebera dote de uma das mulheres, e não da outra, o que deveria ser descontado na parte da herança respectiva a cada um dos filhos. Mantité afirmava que apenas sua mãe havia pago o dote, e Boeotus e Panfilos rebatiam afirmando que apenas Plangon, quando se tornou esposa legítima de Mantias, para um dote equivalente a cem minas, e que deveria, portanto, ser descontado da parte de Mantité. O resultado dessa querela não nos é conhecido (DEMÓSTENES, 1875).

O problema aqui, no que concerne o tema da pesquisa, é saber se, reconhecendo a legitimidade dos dois casamentos, eles foram simultâneos, o que provaria a legalidade da poligamia, ou se eram consecutivos, o que atestaria a exclusividade da monogamia como a forma legítima de família determinada pelo direito ático.

Admitindo que Plangon foi mulher legítima de Mantias, trata-se de determinar a época em que esse casamento aconteceu. Na teoria de Hruza, esse casamento teria coexistido com a união de Mantias com a filha de Polyaratos, e teríamos aqui um caso de bigamia. Segundo esse autor, a união de Plangon com Mantias existia desde a época em que ele se casou com a filha de Polyaratos, uma vez que Boeotus é o primogênito, e continuou durante a época do nascimento de Panfilos, pois esse também é reconhecido como filho legítimo de Mantias. [...] Ele possuiria, assim, simultaneamente duas mulheres legítimas a quem sustentava em duas casas diferentes, separação que preservou depois da morte da filha de Polyaratos. (BEAUCHET, 1897, p. 54-55)²¹

Há ainda outros casos de bigamia que poderiam ser analisados, como, por exemplo, a defesa de Iseu em relação a sucessão de Filoctemon. Além dos aspectos importantes para a história do direito de família ático presentes no processo de Mantias, esse novo caso traz ainda elementos referentes à teoria da concubinação legítima e da legitimação dos filhos naturais, o que extrapola os limites da presente investigação. Mas o importante é destacar que, no caso da poligamia, não há consenso sobre a sua legitimidade jurídica. Defende-se também o ponto de vista de que os casamentos de Mantias não foram simultâneos, mas sucessivos, reforçando a hipótese da incompatibilidade da poligamia do contexto da pólis grega, sobretudo no que concerne o novo regime da propriedade.

No entanto, a partilha da herança de Maias entre os três filhos oriundos de seus dois casamentos permite concluir, ao contrário, pela existência da bigamia legítima. Talvez as duas situações coexistissem num período em que o direito positivo da polis democrática ainda

²¹ “Étant admis que Plangon a été la femme legitime de Mantias, il s'agit de déterminer l'époque à laquelle ce mariage a existé. Dans la théorie de Hruza, ce mariage aurait coexisté avec l'union de Mantias et de la fille de Polyaratos, et nous aurions ici un cas de bigamie. D'après cet auteur, l'union de Plangon avec Mantias existait déjà à l'époque où celui-ci épousa la fille de Polyaratos, puisque Bæotos est l'ainé, et elle durait encore à l'époque de la naissance de Pamphilos, puisque celui-ci est également reconnu comme fils légitime de Mantias. [...] Mantias avait ainsi simultanément deux femmes légitimes qu'il entretenait dans deux maisons différentes, séparation qu'il a maintenue après la mort de la fille de Polyaratos”.

incorporava elementos do período “pré-jurídico” da Grécia, em que a poligamia e a concubinação paralelas eram reconhecidas. Como afirma Gernet (1982), a poligamia não era vista com maus olhos pela sociedade ateniense, embora também reconheça a incompatibilidade entre a nova organização da cidade e a possibilidade de possuir duas mulheres. Porém, a afirmação dessa incompatibilidade não foi imediata, e é inegável que o direito provado ático, após a legislação de Sólon, ainda atribuía legitimidade jurídica a essa forma mais antiga de organização da família ateniense.

Cabe formular uma crítica ao sistema grego enquanto sociedade patriarcal, típica da época histórica em que vivida, sem prejuízo de possuir a mulher certas prerrogativas domésticas. A tolerância à traição, ao concubinato e à poligamia eram reflexos da posição majoritária ocupada pelos homens, os cidadãos gregos por excelência, que as praticavam de forma franca, embora não ostensiva (GAUDEMET, 1982). Da mesma forma, as divergências de interpretações feitas pelos pesquisadores quanto à possibilidade de poligamia simultânea também podem refletir, em maior ou menor medida, suas próprias subjetividades.

2 POLIGAMIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A despeito do caráter avançado do direito de família ático, o mundo moderno conheceu amplamente o direito civil trazido pelo direito romano; em grande medida, o direito romano recebeu influxos das instituições jurídicas gregas e refletiu isso à sua própria maneira segundo a evolução mais ampla, longa e complexa que enfrentou na realidade. O direito civil é entendido, assim, como responsável por “reger relações familiares, patrimoniais e obrigacionais que se formam entre indivíduos encarados como tais, ou seja, enquanto membros da sociedade” (DINIZ, 2012, p. 61) e, para o que interessa ao direito das famílias, possui como princípio basilar o da intangibilidade familiar, significando que a família é o espaço ou ambiente mais imediato ou por excelência de expressão e desenvolvimento da personalidade.

O direito civil brasileiro passou por um processo evolutivo importante para a discussão. A primeira fase caracteriza-se pelos particularismos legislativos a partir das Ordenações Filipinas e pelos anseios de sistematização e codificação, mas dentro de um estado confessional. “A família brasileira no período do Brasil-Império seguia exatamente a disciplina da Igreja Católica [...]. Assumia o modelo matrimonial, resultante do casamento religioso e uma organização patriarcal. Somente a partir de 1890 [...] o casamento passou a

ser civil” (MENEZES, 2008, p. 121). No mesmo sentido, Fachin (2002, p. 19) ressalta as três características da família desse período: matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. Em tom crítico, ressalta o caráter simbólico do casamento, para separar os cidadãos abastados e livres dos subcidadãos. “Daí a importância do casamento como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão. Uma cerimônia que não teve *trégua* das relações concubinárias, dos amores ilícitos e filhos ilegítimos, sempre pública e oficialmente rejeitados” (FACHIN, 2002, p. 20). Ademais, o casamento significava, para a mulher, enquanto minoria sem a devida educação e remuneração, um mecanismo de proteção face às adversidades e incertezas do tempo (MENEZES, 2006, p. 115).

Dando início à segunda fase, a estruturação do Código Civil de 1916, embora vanguardista, foi marcada pelo forte patriarcalismo e elitismo que se ostentava ainda no período republicano brasileiro. A família codificada tinha como núcleo decisório o denominado pátrio poder, conferido ao homem da casa; a mulher era tratada como uma pessoa com *capitis diminutio*, com a autonomia da vontade limitada e dependente do pai ou do marido, o que afastava a viúva e a de marido impedido desse regime precário de liberdade civil, bem como, parcialmente, a mulher que exercesse atividade lucrativa. Atrelava em grande medida a mulher à casa a que pertencia, submetida ao respectivo pátrio poder.

A constituição jurídica de família somente se dá pela relação matrimonial. O livro das famílias cuidava tão-somente dessa modalidade, o que dava realce ao aspecto contratual do vínculo conjugal (MENEZES, 2008, p. 120). Da mesma forma, o Código Civil de 1916 era absolutamente contrário à bigamia e ao adultério, ao prever impedimento de pessoas casadas e o do cônjuge adúltero com o corréu condenado pelo crime de adultério (art. 183, VI e VII), bem como a possibilidade de ação de desquite. Ainda quanto ao casamento, o marido poderia ajuizar anulação do matrimônio em caso de “mulher já desflorada”. Também havia a distinção radical entre filhos legítimos, legitimados, reconhecidos, adotivos e ilegítimos. O Código Civil de 1916 teria, dessa forma, preocupação primeira com os efeitos patrimoniais decorrentes das relações familiares.

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento. (DIAS, 2013, p. 30)

Mas o Código Civil de 1916 não estava preparado para as mudanças sociais que o mundo em processo de globalização reservava para a sociedade brasileira. Entre os títulos do direito civil, aquele que mais viria a sofrer novas exigências sociais seria o da família, o que reclamaria atualizações ao Código. Várias leis esparsas foram desenvolvidas, derogando o Código naquilo que lhe era contrário, a exemplo do estatuto da mulher casada (Lei nº 4.121, de 1962), a lei do divórcio (Lei nº 6.515, de 1977), que vem a completar quarenta anos, e, mais recentemente, a lei de investigação de paternidade (Lei nº 8.560, de 1992) e ao que interessa a esta pesquisa, leis que tratam da união estável (Lei nº 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996). “O direito civil, então, inclinou-se às contingências sociais criadas por leis especiais, acolhendo as transformações ocorridas, aluviosamente, para atender às aspirações da era atual” (DINIZ, 2012, p. 66).

A terceira fase do direito civil é marcada pelo advento do Código Civil de 2002, a completar quinze anos de vigência. A reboque do Código, desenvolvem-se as ideias de repersonalização e despatrimonialização do direito privado (FACHIN, 2002, p. 30). Esse Código não fica isento de críticas válidas, a mais importante devido ao anacronismo do projeto, dos anos 1970, com valores incompatíveis com a realidade pós-globalização do século XXI. Há, todavia, encômios pela adoção de certos parâmetros importantes, como a preocupação, orientada pelo professor Couto e Silva, em divisar adequadamente os aspectos pessoal – casamento, filiação e poder familiar – e patrimonial – regime de bens, alimentos e bens de família – do Direito de Família, “não só com ciência, mas também com plena consciência do valor social e espiritual da instituição da família, que constitui a base inamovível dos valores mais altos da comunidade” (REALE, 1975, p. 57), bem como o esforço na busca de equiparação da mulher ao homem no exercício do poder familiar. Por outro lado, foi suprimida a vedação de casamento entre adúlteros.

“A *trégua* instaurada com a codificação civil foi sendo atropelada pela força construtiva dos fatos e encontro ou rompimento no texto constitucional de 1988” (FACHIN, 2002, p. 25). A Constituição de 1988, dentro do pluralismo que lhe é inerente, trouxe uma nova axiologia para a compreensão das famílias: de um lado, superando o monopólio das famílias matrimoniais no direito oficial pela inclusão de novos arranjos familiares, como a família monoparental e a união estável (antigo concubinato “puro”); de outro, trazendo a isonomia no tratamento entre os cônjuges e convivas e entre os filhos, sob o pálio da dignidade da pessoa humana. Como argumenta Fachin (2002, p. 17), “[i]lumina no palco contemporâneos fenômenos como a ‘repersonalização’, [...] a dimensão emancipatória da mulher, o novo sentido do ‘viver juntos’, no entremeio de relações jurídicas e relações de fato”.

O então projeto de código civil, para acompanhar a inovação constitucional, buscou-se adaptar a essa axiologia através de emendas, sem a adequada sistematização feita na primeira fase de elaboração do projeto. “Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. [...] Assim, o Código Civil já nasceu velho” (DIAS, 2013, p. 31). Ao final, a versão original do Código Civil trouxe uma disciplina totalmente diferenciada para a união estável, especialmente em se tratando de regime de bens e dos direitos sucessórios. “[O] Código Civil não acompanhou o avanço que o texto constitucional [introduziu], construindo uma regulamentação presa a um viés ideológico matrimonialista, sem atentar para os demais modelos de família” (MENEZES, 2008, p. 121).

Como afirmado, o instituto da união estável foi introduzido pelas vias de positivação formal no Brasil através da Constituição de 1988, para dar uma resposta juridicamente satisfatória para uma realidade histórica brasileira e a tendência de nossa tradição a fugir das práticas estatais formalizadas e procedimentalizadas, seja pelos custos financeiros que envolvem, seja pela natural aversão à mediação da máquina burocrática estatal.

Vê-se que uniões informais sempre existiram no Brasil, embora apenas o casamento fosse, juridicamente, o único caminho para a formação da família legítima. A par dos setores onde a união informal era mais recorrente, na medida em que alguns casamentos caíam em sua qualidade e os casais se separavam e convolvavam novas uniões, foi surgindo a necessidade de sua regulamentação jurídica. (MENEZES, 2006, p. 116)

Nos termos constitucionais, o art. 226, § 3º, estabelece: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988). No entanto, Tabosa (2007, p. 72-73) assinala que esse instituto remontaria, em larga medida, ao direito romano, que admitia a possibilidade de constituição de família pelo uso, à semelhança da usucapião para coisas. “Prova eloqüente da existência da família natural, realidade fática, com pouca roupagem jurídica, era a aquisição pelo marido da *manus* sobre a esposa, pelo expediente chamado *usus*, ou seja, a união ininterrupta do homem e da mulher, já na condição de casados”. Veja-se que, diversamente do que aqui ocorre, no caso o direito romano já reconhecia a conversão automática em casamento pelo decurso de prazo. Menezes (2006, p. 117), por sua vez, relembra o Decreto-Lei nº 7.036, de 1944, que previa benefício para o companheiro de indenização em razão de acidente de trabalho do conviva, bem como as decisões pretorianas do Supremo Tribunal Federal que redundaram nas Súmulas 380 e 382, a sustentar a partilha de patrimônio adquiridos pelo esforço comum e a desnecessidade de coabitação para caracterização do vínculo.

À guisa de regulamentar o dispositivo constitucional, a Lei nº 8.971/94 definiu a união estável por dois critérios alternativos, a saber, pelo lapso temporal de cinco anos ou pela existência de prole. Do reconhecimento, adviriam efeitos apenas quanto a alimentos e sucessão, tratada de forma bastante limitada. A Lei nº 9.278/96, por sua vez, ampliou o regime jurídico, tratando dos deveres dos conviventes, administração de bens e dissolução do vínculo. O Código Civil de 2002, por sua vez, trouxe complicadas regras acerca do tema. “Com o advento do novo Código Civil, a matéria não foi devidamente explorada, do contrário, operou-se um retrocesso social em face das leis acima citadas, notadamente quanto ao direito sucessório [...], reduzindo drasticamente as garantias conquistadas anos antes” (MENEZES, 2006, p. 114).

Novas apreensões e conquistas jurídicas foram conferidas às relações de união estável, quase que exclusivamente pela via pretoriana. Como já assinalado, em 2011, o Supremo Tribunal Federal sustentou a inconstitucionalidade, conferindo interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil para reconhecer a possibilidade de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mais recentemente, em 2017, nos Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, o tribunal, reconhecendo o anacronismo do Código Civil, deliberou pela inconstitucionalidade do seu art. 1.790, que estabelecia um tratamento sucessório discriminatório para o companheiro – na contramão da principiologia constitucional –, independentemente de se tratar de união heteroafetiva ou homoafetiva.

A quarta fase do direito civil, marcada pelo que se vem denominando de fragmentação do direito privado, tem como elementos caracterizadores a mudança do sistema de códigos para o de microsistemas legislativos – também conhecido como descodificação (MADALENO, 2017, p. 3) –, associado à constitucionalização das relações privadas, por colocar a Constituição como elo jurídico de ligação do direito privado (TEPEDINO, 2001). Especialmente a partir do século XXI, vem atrelada a uma profunda especialização dos diversos ramos do conhecimento jurídico e de um grau elevado de pluralismo jurídico, para fazer face ao pluralismo social presente no mundo globalizado.

Para o pensamento mais vanguardista, a constitucionalização das relações privadas redundará na “intervenção do Estado nas relações de direito privado[,] permite o revigoração das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição” (DIAS, 2013, p. 35). Por se tratar de uma fase inovadora inserida num contexto que promove o incremento de insegurança jurídica, é preciso examinar com muita cautela as causas e efeitos dos fenômenos.

No âmbito do direito das famílias no Brasil, essa última fase se destaca pela consagração do princípio da afetividade como elemento intrínseco à concepção da família, tendo como um de seus marcos, além do crescimento de uma corrente científica de viés mais liberal, a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2011, na conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e na Arguição e Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, na qual restou defendida a constitucionalidade das uniões homoafetivas. Diniz (2010, p. 24) compreende tal princípio como corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana. Mais recentemente, vem para tramitação legislativa o projeto de lei instituindo o Estatuto das Famílias, na esteira da descodificação.

Fala-se aqui na família eudemonista, assim compreendida uma “nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo [...] que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros” (DIAS, 2013, p. 58); ocorre a inversão dos valores, passando a família a ser o espaço de desenvolvimento pessoal do indivíduo em busca da felicidade (FACHIN, 2002, p. 25-26). Todavia, cumpre ressaltar que os requisitos para a caracterização das famílias não deixam de passar invariavelmente por uma tríade necessária, a saber, a afetividade, a publicidade ostensiva e a estabilidade (LÔBO, 2011, p. 79-80).

As incertezas geradas por essa nova fase do Direito Civil ensejam críticas mais reacionárias de esfacelamento da noção moral de família. Defende-se a aceção restrita de família, na lição de Diniz (2010, p. 10-11), para assentar a tripartição das entidades familiares em casamento, união estável e família monoparental, por força de uma leitura estrita do art. 226 da Constituição, tratando-se com extrema aversão as relações paralelas, “expressão enganosa porque suaviza seu conteúdo de relações extraconjugais ou mancebia” porque viciadas na vontade, “marcada por oportunismo sexual e financeiro [...] equivale[n]te à monetarização do afeto” e fazendo-se reservas à família eudemonista porque galgada numa felicidade individualista e egoísta; logo, perversa (SILVA, 2015, p. 1893-1894). Antes de se adotar uma postura mais incisiva, é imprescindível ponderar os argumentos; diante desse cenário, vale a observação arguta e parcimoniosa de Diniz (2010, p. 25-26):

Deveras, a família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo não há desagregação ou crise. Nenhuma dessas mudanças legislativas abalará a estrutura essencial da família e do matrimônio, que é sua pedra angular. O casamento sobrevive sem a conotação de ‘instituição em decadência’, como tem ocorrido em todas as ordens jurídicas, entre elas a civil, em que temporariamente sofre algum eclipse, como o provocado por dois fenômenos de construção histórico-política: a) descodificação do direito civil, [...]; b) constitucionalização do

direito civil [...]. Tais fenômenos são conducentes a uma releitura de todo ordenamento jurídico-positivo, baseada na prudência objetiva, levando em consideração os valores positivados na Constituição Federal, a exaltação de uma reforma do direito civil e o respeito à dignidade da pessoa humana. Isto é assim porque será preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis [...]. É preciso que no seio da família haja uma renovação do amor e sucessivos recasamentos, para que ela possa manter-se, numa época como a atual, marcada pela disputa, pelo egoísmo e pelo desrespeito. A família continua e deve sobreviver feliz. Este é o desafio para o século XXI.

Antes de iniciar o debate sobre as situações de famílias paralelas à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a questão da monogamia ainda precisa ser debatida. Madaleno (2017, p. 90) adverte que respeitável parcela da doutrina sustenta ser a monogamia um princípio implícito no sistema de direito civil, “um princípio organizador e sobre o qual se assentam todas as formas de família” e, após analisar argumentos, arremata:

Presentes na cultura ocidental o princípio e o espírito da monogamia, em seus estreitos limites, até agora, majoritariamente, não tem sido reconhecido perante os tribunais superiores a possibilidade de constituição de uma família paralela que segue direcionando cônjuges e conviventes para uma relação da mais absoluta fidelidade de sentimentos, propósitos e atitudes. (MADALENO, 2017, p. 91)

Por outro lado, conforme assinala Dias (2013, p. 63), não seria um princípio do direito de família – e aliás sequer possui assento na Constituição –, “mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializada, constituídas sob a chancela do Estado”. Trata-se de uma condição essencial para a certeza e segurança patrimonial daquele que mantém relações paralelas e do respectivo cônjuge em detrimento da parte em condições de maior vulnerabilidade social.

O próprio Código Civil de 2002, no art. 1.727, dentro do próprio capítulo destinado à união estável, estipula que o concubinato se caracteriza por relações não eventuais entre pessoas impedidas de casar. Resta claro que o propósito do legislador aqui era vetar o tratamento equiparado entre as situações; contudo, vedar tal equiparação poderia afrontar o conceito constitucional de família baseado na pluralidade de formas e na prevalência da afetividade. A interpretação mais consentânea com a isonomia das entidades familiares também conduz à conclusão de se enquadrar a relação adúltera não apenas no caso de ser um dos parceiros casado, mas também se tiver uma união estável (SILVA; BRITO, 2010, p. 35).

Há, no pano de fundo, uma presunção de que as relações paralelas, seja no caso do casamento, seja no caso da união estável, seriam dotadas de clandestinidade e, nesse quesito, faltar-lhes-ia o caractere essencial da publicidade (SILVA; BRITO, 2010, p. 35). Para os

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 817-842, Set.-Dez. 2017. 837

defensores da evolução reacionária, “em sentido jurídico, o critério de formação de uma família é a publicidade, e não o afeto” (BRITO, 2014b, p. 106-107). Nesse sentido, Brito (2014a, p. 113-132), por sua vez, assinala que as decisões judiciais emanadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça determinam a impossibilidade de rateio de pensão previdenciária por morte entre cônjuge supérstite e concubino. Da mesma forma, não caberia a possibilidade de aplicação de qualquer regime de bens para a situação deflagrada, à luz do princípio monogâmico, diante do risco “de uma interminável confusão patrimonial” associado à fraude; no entanto, a aversão do direito civil ao enriquecimento sem causa redundaria como solução possível a identificação da relação paralela como sociedade de fato, cuja diferença, na prática, é de suprimir a presunção da contribuição recíproca para formação do patrimônio comum, devendo ser comprovada (SILVA; BRITO, 2010, p. 36-37). Um vínculo com aspecto semelhante ao familiar seria considerado, assim, uma relação estritamente obrigacional.

Mesmo diante desse contexto evolutivo do reconhecimento das famílias, o concubinato recebe a nota da indiferença quanto aos efeitos à vista da lei civil, embora para o que concerne à esfera penal tenha ocorrido o fim da clandestinidade. “As uniões paralelas são sentenciadas ao anonimato, tendo a legislação pátria não lhe atribuído direitos próprios” (SEVERIANO; MELO, 2014, p. 101). A reprovação social, diferentemente do que ocorria na Grécia, perdura, mas de forma mais branda, a ponto de não ser mais capaz de imputar a culpa penal. “No imaginário popular ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e ‘a outra’, por conseguinte, satanizada” (FERRARINI, 2010, p. 89). É preciso, todavia, distinguir, dentro dessa noção de relações concubinárias, aquelas que possam se qualificar como família.

Nesse sentido, a irrelevância jurídica da relação concubinária já vem sendo alvo de exame crítico pelos teóricos da família. Um dos argumentos apontados é o de que a indiferença civil beneficia principalmente o cônjuge infiel, em detrimento dos respectivos cônjuges e concubino, especificamente aquele que age de boa-fé e a princípio desconhecendo a existência de impedimento. Afronta-se a vedação de enriquecimento sem causa. Mas o argumento jurídico de força é, como não poderia deixar de ser no contexto do direito das famílias, a questão da isonomia e da discriminação em relação ao concubinato, cuja diferença em relação à união estável residiria – nas situações em que presentes os requisitos básicos da família – apenas na presença de um elemento circunstancial impeditivo pela lei civil. “As relações concubinárias podem ser caracterizadas como relações análogas à união estável, Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 817-842, Set.-Dez. 2017. 838

estando presente a afetividade, estabilidade e convivência pública, todavia um dos indivíduos membros da relação, ou até os dois, são impedidos de casar” (SEVERIANO; MELO, 2014, p. 102). Para essa parcela da doutrina civilista, o impedimento legal poderia ser superado pela comprovação judicial da vontade de constituir família duradoura.

É necessário verificar, caso a caso, a presença dos requisitos da afetividade, publicidade / ostensividade e estabilidade: contextos nos quais há o conhecimento explícito ou tácito pelo cônjuge ou companheiro da existência da relação paralela, gerando, em alguma medida, uma aceitação tácita. Apesar do entendimento firme nos tribunais superiores, os tribunais estaduais vêm criando precedentes de *distinguishing* em relação ao pacificado posicionamento superior. Madaleno (2017, p. 16 e ss. e 1181 e ss.) faz um relato de uma série de decisões judiciais que se iniciam no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir de 2003, reconhecendo efeitos jurídicos de direito de família para duplicidade de células familiares. Em 2008, o tribunal evoluiu, não sem posicionamentos contrários, da tese da meação da meação, para a solução da triação como efeito da dissolução dos vínculos derivado do reconhecimento judicial, ao arpejo da legislação pátria. Além do Estado gaúcho, também menciona a decisão no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, admitindo o reconhecimento da união dúplice para evitar a fuga da responsabilidade e o enriquecimento sem causa.

É possível vislumbrar decisões dessa natureza aparecendo em outros Estados, a título não exaustivo. Na Bahia, o Tribunal de Justiça local desproveu apelação que questionava a decisão monocrática que reconheceu as uniões simultâneas, no caso, reconhecendo a existência de prova robusta a fortalecer a verdade dos fatos (Segunda Câmara Cível, Apelação 0002396-95.2010.8.05.0191, Relator Desembargador Maurício Kertzman Szporer, publicado em 15 abr. 2015). Em Pernambuco, o Tribunal de Justiça também veio a reconhecer não só o paralelismo das famílias constituídas em uniões estáveis como a triação, sob a alegação de que identificar a segunda união como concubinato seria ofensa hermenêutica ao aplicar a analogia para restringir direitos (5ª Câmara Cível, Apelação 2968625, Relator Desembargador José Fernandes, publicado em 28 nov. 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das famílias no Brasil chega, no século XXI, praticamente ao mesmo *status* evolutivo a que chegou o direito ático no período clássico. As famílias paralelas não são reconhecidas ostensivamente como entidades familiares pelo legislador, e talvez de fato nem devam ser. A legislação, assim entendido o posicionamento moral da sociedade representada por políticos, nesse assunto de família, realiza uma função simbólica importante para a

manutenção da sociabilidade, satisfazendo expectativas, ainda que parcialmente, ao confirmar valores sociais do grupo dominante, introduzindo vedações apenas formais, mas que na prática não são cumpridas (NEVES, 1994, p. 34).

Marca-se aí uma diferença importante em relação ao direito de família ateniense, em que a poligamia não era vista com “maus olhos” pela opinião pública, ou seja, pelos valores dominantes da sociedade. Relacionado a isso, há ainda a diferenciação axiológica de base entre as famílias: enquanto na sociedade ateniense a família atendia a propósitos de perpetuação religiosa, e subliminarmente a propósitos econômicos de manutenção patrimonial, a família brasileira do século XXI é eudemonista, compreendida como um espaço para o livre desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes em busca da felicidade.

Por outro lado, a atividade pretoriana adquire a função precípua para conferir, caso a caso, o *status* familiar condizente com a dignidade das relações dotadas de publicidade e boa-fé para situações de paralelismo de núcleos familiares. Nas decisões judiciais, independentemente da época, a publicidade ostensiva e a estabilidade duradoura são atributos fáticos que prevalecem sobre formalidades legislativas. Entre os séculos que separam a Antiguidade grega e a realidade brasileira, pode-se perceber um sinal de libertação das amarras morais provocadas pela influência do direito romano aliado ao catolicismo nos sistemas jurídicos ocidentais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A constituição de Atenas*. São Paulo: Edipro, 2012.

ARNAOUTOGLU. *Leis da Grécia antiga*. São Paulo: Odysseus, 2003.

BEAUCHET, Ludovic. *Histoire du droit privé de la République athénienne*. vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Assembleia Constituinte, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

BRITO, Laura Souza Lima e. Esclarecimentos sobre a impossibilidade do rateio de pensão previdenciária entre cônjuge sobrevivente e amante – 1.^a parte. *Revista de Direito de Família e das Sucessões RDFAS*, São Paulo, ano 1, n. 1, jul./set. 2014a, p. 113-132.

_____. Esclarecimentos sobre a impossibilidade do rateio de pensão previdenciária entre cônjuge sobrevivente e amante – 2.^a parte. *Revista de Direito de Família e das Sucessões RDFAS*, São Paulo, ano 1, n. 2, out./dez. 2014b, p. 101-117.

A POLIGAMIA NO DIREITO PRIVADO ATENIENSE E AS RELAÇÕES PARALELAS NO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO NO SÉCULO XXI: APROXIMAÇÕES JURÍDICAS

CAILLEMER, Exupère. *Le droit de succession légitime à Athènes*. Paris: Ernest Thorin, 1879.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DEMÓSTENES. *Plaidoyer civils*. Paris: E. Plon et Cies, 1875.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 1. Teoria geral do direito civil*. 29. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: 5. Direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. O impacto das mudanças sociais no direito de família (navegando entre dois brasis: do casamento codificado às famílias não matrimonializada na experiência brasileira). *Argumentum*, Marília, SP, v. 2, p. 15-34, jan./dez. 2002. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/394>>. Acesso em: 31 out. 2017.

FERRARINI, Leticia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca de dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERNANDES, Florestan. *Investigação etnológica no Brasil e outros ensaios*. Petrópolis: Vozes, 1975.

FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'antiquité*. Paris: Sirey, 1982.

GERNET, Louis. *Droit et institutions em Grèce antique*. Paris: Flammarion, 1982.

GLOTZ, Gustave. *La cité grecque*. Paris: Albin Michel, 2014.

HOMERO. *Iliada*. Vol. 1 São Paulo: Arx, 2003.

HUMBERT, Michel. *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*. Paris: Dalloz, 1986.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A dimensão constitucional da união estável – e o direito sucessório? *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 25, p. 113-128, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20030/30682>>. Acesso em: 31 out. 2017.

A POLIGAMIA NO DIREITO PRIVADO ATENIENSE E AS RELAÇÕES PARALELAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO NO SÉCULO XXI: APROXIMAÇÕES JURÍDICAS

_____. A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, SC, v. 13, n. 1, p. 119-132, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1232>>. Acesso em: 31 out. 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
PERROT, George. *Essaie sur le doit public et privé da la republique Athénienne*. Paris: Le droit public, 1867.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do código civil, 16 jan. 1975. In: SENADO FEDERAL. *Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado*. 2. ed. Brasília: 2005, p. 21-59.

SEVERIANO, Hernandes Diego; MELO, Álisson José Maia. “Bem feito - foi se meter com homem casado!”: da possibilidade de reconhecimento do concubinato como entidade familiar. *Revista da Faculdade de Direito (UFC)*, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 99-120, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/292/244>>. Acesso em: 31 out. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Desastrosas proposições do projeto de lei estatuto das famílias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 1891-1897, mar./abr. 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1891_1897.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____; BRITO, Laura Souza Lima e. Repercussões patrimoniais da relação adúlterina na visão dos tribunais. *Revista ESASP: Escola Superior de Advocacia da OAB SP*, ano 2, n. 3, p. 34-41, 2010. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/REVISTA03.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

TABOSA, Agerson. A união estável brasileira e suas raízes romanísticas. *Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro*, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 65-80, jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/201>>. Acesso em: 31 out. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (coord.). *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-16.

VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 1992.