

PROBLEMÁTICAS DA UNIÃO DE FACTO NA CONSTÂNCIA DE CASAMENTO ANTERIOR

Joana Gomes Beirão

NOTA INTRODUTÓRIA

Maria Margarida Silva Pereira*

Joana Beirão, aluna de Direito da Família, disciplina da licenciatura da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, abordou em prova oral a união de facto enquanto instituto jusfamiliar submetido ao princípio da exclusividade. E questionou, por isso, a sua relevância jurídica antes da dissolução de casamento anterior de qualquer dos companheiros.

O tema tem a maior pertinência nesta altura. Sabe-se que a união de facto é um instituto que tem sofrido evolução fervilhante no Direito da Família português. Da época em que parcamente se protegiam os unidos de facto heterossexuais que conviviam ‘more uxorio’ à fase hodierna, em que a protecção se viu robustecida com a entrada em vigor da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, e depois, republicada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, a qual tornou a união de facto juridicamente relevante extensiva aos casais do mesmo sexo, disto um curto arco temporal, mas ocorreu densa modificação jurídica. O Direito da Família acentuou, nas instituições familiares, o princípio da autonomia da vontade. E dignificou os casais do mesmo sexo, tal como acontecera por via do seu acesso ao casamento, poucos meses antes, com a entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio

Atenta a esta mudança de paradigma da figura, Joana Beirão percorre virtudes e insuficiências dogmáticas do instituto. E analisa um ponto nevrálgico em que a incoerência ou fragilidade legislativa se evidencia. A união de facto existe com verve (de tal modo que a sua relevância determina a outorga de responsabilidades parentais, em primeiro lugar, ao companheiro de progenitor de criança que não as possa

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

exercer, temporária ou definitivamente, de acordo com o art.º 1903.º n.º 1, a) e b), depois da entrada em vigor da Lei n.º 37/2015, de 07 de Setembro; e ainda o art.º 1904.º, n.º 1, que também ao cônjuge ou ao unido de facto devolve as responsabilidades parentais em caso de morte do progenitor salvo a existência de disposição testamentária em contrário do mesmo progenitor). Mas a mesma união de facto, em cujo seio o legislador identifica as pessoas que se encontram em melhor posição para o exercício de responsabilidades parentais nos contextos mencionados porque melhor, virtualmente, asseguram, de acordo com o pensamento legislativo, o superior interesse das crianças, é simultaneamente uma realidade fragilizada pelo facto de possuir relevância jurídica, ainda que um casamento anterior de um dos companheiros não tenha sido dissolvido: bastará que este companheiro e o seu cônjuge estejam separados judicialmente de pessoas e bens.

O legislador português não foi original nesta solução, que, designadamente, o Código da Catalunha acolhe também. Mas terá sido coerente com uma ordem jurídica que, pelo menos virtualmente, tipifica e sanciona a bigamia? Por outras palavras: se a união de facto é o lugar indicado para a educação dos filhos de qualquer dos companheiros; se a união de facto edifica uma estrutura familiar com densidade tal que o legislador reconhece no ex-companheiro, em caso de morte do progenitor, o destinatário preferencial das responsabilidades parentais sobre a criança, como se compreende que a sua relevância não imponha erradicar a sua consagração jurídica antes de dissolvido casamento anterior de um dos companheiros, desfazendo equívocos de relações familiares concomitantes?

Há uma evidente índole protecionista na união de facto, que ainda hoje explicará esta assunção legislativa de menor exigência para a sua constituição, quando comparados os requisitos que determinam o estado civil dos unidos de facto com os requisitos que determinam o estado civil de quem contrai casamento. No estro protecionista da união de facto, que radica sem dúvida na génese histórico-dogmática da figura, há uma pré-compreensão da mesma como tendencialmente aplicável a pessoas socialmente mais vulneráveis do ponto de vista social e económico; pessoas que se entende deverem poder aceder com facilidade a benefícios que a união de facto

confere, contando, para a produção desses efeitos, um tempo que inclui o tempo “equivoco”, dúplice, em que o casamento de pelo menos um dos companheiros existia ainda.

Mas pergunta-se, bem, se isso é compatível com o actual significado da figura. E Joana Beirão responde negativamente, no que a acompanhamos. O desafio jurídico das instituições familiares que a autonomia da vontade impõe é a senda da dignificação e não a índole assistencialista que esteve presente nos seus primórdios, há quarenta e um anos, com a entrada em vigor da Reforma civilista de 1977. O Estado social de Direito tem que cumprir o seu papel, o papel que a Constituição da República Portuguesa impõe, atribuindo assistência à família, bem como a todas as pessoas, independentemente de se encontrarem ligadas por laços familiares. Deverá sempre proteger os cidadãos do risco da exclusão social. Mas nunca, a expensas de uma pouco definida, e sobretudo menos digna, consideração daquilo que a família representa.

Foi grande o gosto que o júri teve de verificar que, em oral de disciplina do 2.º ano da licenciatura da nossa Faculdade, Joana Beirão identificou a diferença entre a dignidade familiar e a dignidade pessoal; e logrou assumir o repto de chamar à colação o crime de bigamia, que, posto que não seja alvo de aplicação há muito tempo, pelos tribunais portugueses, está contemplado no Código Penal para casamentos simultâneos, em profunda distonia com a consagração de uniões de facto de pessoas que permanecem casadas, uma situação isenta de tipificação penal.

Justifica-se hoje o crime de bigamia? Esse é um problema penal muito interessante, mas que não veio aqui à discussão. Que se não justificam dois pesos e duas medidas para dois casamentos simultâneos, considerados criminosos pelo legislador, e uma união de facto relevante e um casamento, também simultâneos, que não constituem crime, é consideração jurídica incoerente com a exclusividade da união de facto. A união de facto é diferente do casamento e como tal deve ser considerada. Mas tal não lhe determina relevância axiológica menor.

I. INTRODUÇÃO



união de facto pode ser definida como uma união informal de casal heterossexual ou homossexual com modo de vida próximo ao conjugal, à qual se atribuem alguns efeitos jurídicos, apesar de esses efeitos serem menores do que os atribuídos aos cônjuges. Nos termos do artigo 1º da Lei nº 7/2001 de 11 de Maio, a união de facto tutelada pelo Direito é a situação jurídica de duas pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos. Para parte da doutrina¹ estas condições análogas às dos cônjuges correspondem à comunhão de mesa, de leito e de habitação, enquanto que outro sector da doutrina² acrescenta a estas condições a observância dos deveres conjugais para que a união de facto seja tutelada pelo Direito.

O regime da união de facto levanta duas questões relevantes, às quais nos dedicámos neste artigo: (1) a extensão, de direito a constituir, da proibição penal e civil da bigamia à união de facto na constância de casamento anterior; (2) a contagem do prazo, de direito instituído, para a protecção legal da união de facto na constância de casamento anterior.

No entanto, antes de prosseguirmos, é importante esclarecermos uma questão prévia e essencial ao entendimento defendido neste artigo. Partimos da premissa segundo a qual a união de facto assume a natureza de relação familiar, na medida em que a união de facto (tal como o casamento) consiste, do ponto de vista antropológico e sociológico, numa comunhão de vida em que cada um dos seus membros contribui com parte substancial dos seus proventos para a comunidade familiar³.

¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, “*O Direito da Família Contemporâneo*”, 5ª edição, Almedina, 2017

² MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Direito da Família*”, Nova Causa, 2017

³ No mesmo sentido: Caso Vallaiantos et autres c. Grèce de 7 de Novembro de 2013 do TEDH e MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Direito da Família*”, Nova Causa, 2017. Em sentido contrário: JORGE DUARTE PINHEIRO, “*O Direito da Família Contemporâneo*”, 5ª edição, Almedina, 2017; FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Curso de Direito da Família*”- Volume I:

Para além disto, a Lei reguladora da Procriação Medicamente Assistida equipara os cônjuges aos unidos de factos, de tal forma que uma interpretação sistemática da legislação da Família aponta para a natureza familiar da união de facto. Assim, apesar da concessão pela lei de menos efeitos jurídicos à união de facto, trata-se na mesma de uma comunidade familiar, enquanto instituto sociologicamente definido e juridicamente reconhecido de tal forma que dessa relação familiar decorrem da lei efeitos patrimoniais.

Ultrapassada esta questão prévia, passemos à análise das problemáticas da união de facto na constância de casamento anterior não dissolvido.

II. A EXTENSÃO, DE DIREITO A CONSTITUIR, DA PROIBIÇÃO PENAL E CIVIL DA BIGAMIA À UNIÃO DE FACTO NA CONSTÂNCIA DE CASAMENTO ANTERIOR

De acordo com o disposto no art. 2º/c da mesma lei, o casamento não dissolvido de um ou de ambos os cônjuges impede a atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto. No entanto, se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens, o casamento não dissolvido não impede a atribuição desses direitos decorrentes da união de facto.

Ora, estamos aqui perante uma clara desconformidade entre o regime do casamento e o regime da união de facto. De facto, se for celebrado casamento na constância de casamento anterior a lei prevê não só a invalidade do casamento posterior (art. 1601º/c do CC), mas atribui relevância criminal a esta situação: o crime de bigamia previsto no art. 247º do CP.

Importa averiguar as supostas razões que levaram o legislador a estabelecer um regime diferente para a união de facto. Começemos por analisar a ratio legis da criminalização da

bigamia. Num segundo momento, analisaremos se no âmbito do direito civil a proibição da bigamia deveria ser extensiva à união de facto.

1) É certo que, atendendo ao seu conceito, a bigamia supõe a celebração de casamento na constância de casamento anterior não dissolvido. Deste modo, não poderá integrar-se no conceito de bigamia a situação em que é constituída união de facto na constância de casamento anterior. No entanto, será que não há semelhanças significativas entre a união de facto e o casamento que justifiquem que o crime de bigamia possa também corresponder a uma situação de constituição de união de facto na constância de casamento anterior? Importa analisar, para responder a esta questão, qual o bem jurídico que a criminalização da bigamia visa proteger.

Começando pelo Direito português, importa percorrer a evolução do instituto da monogamia. Nas Ordenações, a bigamia surge como um crime contra a religião, contra a violação do casamento. Não se vislumbrava a consideração da mulher ou do homem com quem o casamento era celebrado como vítima do crime. Só mais tarde, com o iluminismo e o liberalismo, a bigamia passa a ser concebida como afectando um bem jurídico com natureza eminentemente pessoal ou também institucional e colectiva.

Na doutrina portuguesa actual, há uma divergência quanto ao bem jurídico protegido pela criminalização. Parte da doutrina entende que o bem jurídico protegido pela incriminação é a família monogâmica. Não está aqui em causa a protecção da pessoa, mas a protecção dos interesses de uma instituição: a família⁴.

No entanto, a doutrina maioritária portuguesa acentua a matriz pessoal do bem jurídico protegido pela criminalização da bigamia. Entende que se protege simultaneamente a pessoa

⁴ Neste sentido: Paulo Pinto de Albuquerque, “*Comentário do Código Penal*”, 3ª edição, Editora da Universidade Católica, 2015

humana lesada pelo bígamo e a comunidade. Simplesmente, a doutrina maioritária coloca em primeiro lugar o dano pessoal. Para este entendimento, por um lado, a criminalização da bigamia visa proteger a condição social da pessoa lesada pelo bígamo. Por outro lado, a bigamia lesa interesses da comunidade, a ordem pública e o interesse colectivo, a transparência das relações jurídicas. Uma pessoa que não tem o estado de casado validamente constituído passa a ser encarada como se fosse detentora desse estado, com as correspectivas consequências. Mas, como se disse já, o que está em primeiro plano para a doutrina maioritária é o dano pessoal e não o dano para a sociedade. Assim, o bem jurídico tutelado é a pessoa e não a comunidade.

Analisando agora o Direito Comparado, comecemos pela doutrina italiana. Carmignani entendia a bigamia enquanto crime político-civil que, tal como o adultério, perturbava a ordem familiar, desestabilizando o matrimónio anteriormente contraído. Carmignani não refere, pois, directamente o dano contra a pessoa do cônjuge não bígamo, mas a família, o que evidencia o primado do bem colectivo. Já Carrara acentua o dano pessoal, entendendo que a bigamia tem como fundamento o incumprimento dos direitos-deveres dos cônjuges. Por fim, Manzini refere a lesão do ordenamento jurídico familiar e o instituto jurídico-social da monogamia.

No direito alemão, a lesão provocada pela bigamia é uma lesão pessoal. Para Jhering, a lesão da família era, antes de mais, uma lesão incidente sobre as pessoas que a integram. De facto, Jhering afirmou que o propósito do legislador não foi punir comportamentos contrários aos bons costumes (o casamento celebrado na constância de outro matrimónio), mas sim a provocação de danos sociais determinados: danos que incidem sobre a pessoa daquele com quem o casamento contrário à lei for celebrado.

Entendemos ser esta última a visão mais consistente. O bem jurídico tutelado pela criminalização da bigamia é um bem

pessoal: a dignidade da pessoa casada com o bígamo. Há prova suficiente nos estudos sociológicos de que, enquanto sistema, a poligamia cria riscos substanciais de exploração de mulheres jovens, recrutadas como últimas esposas e de marginalização humilhante daquelas que foram as primeiras⁵. Por esta razão, a permissão da poligamia acarreta perigos insuportáveis de violação dos valores da democracia, da dignidade da pessoa humana e da igualdade no seio da esfera familiar, (1) prejudicando a participação de todos na decisão dos assuntos da família, (2) pondo em risco a consideração de todos os membros da família enquanto pessoas, fins em si mesmos, cuja dignidade não pode ser comprimida; e (3) lesando a igual dignidade de todos os membros da família. Por outras palavras, o princípio da monogamia pretende proteger a parte socialmente mais fraca, garantindo-lhe uma posição paritária de co-direcção e auto-realização pessoal.

Damos assim por provado que a bigamia pode ser criminalizada, dado que se trata de um comportamento com dignidade penal por afectar um bem jurídico. No entanto, tal não significa que deva ser criminalizada. Entendemos que não há necessidade penal e, por isso, a criminalização da bigamia deve ser subtraída do nosso ordenamento jurídico⁶. De facto, há meios menos graves de obter uma protecção igualmente eficaz do bem jurídico em causa: é o caso do direito civil na medida em que estabelece que a existência de casamento anterior impede a celebração de novo casamento (art. 1601º/c do CC) ou a constituição de união de facto (art. 2º/c da Lei nº 7/2001 de 11 de Maio).

Ora, defendendo nós que a bigamia não deve ser crime quando esta consiste na celebração de casamento na constância de casamento anterior, entendemos que o legislador não deve operar a extensão do crime de bigamia no caso em que é

⁵ Neste sentido: John Eekelaar, *“Family Law and Personal Life”*, 2ª edição, Oxford, 2017

⁶ Neste sentido: Maria Margarida Silva Pereira, *“Reminiscência de um direito penal da família face ao actual direito da família?”* in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real- Coimbra, 2016

constituída união de facto na constância de casamento anterior⁷.

Consequentemente, a bigamia, entendida em sentido lato como a coexistência entre dois casamentos, duas uniões de facto ou um casamento e uma união de facto, não deveria ter efeitos penais, mas tão-só efeitos civis.

2) Analisada a questão relativa ao Direito Penal da Família, deparamo-nos agora com uma problemática no âmbito do Direito Civil. Como já vimos, há uma desconformidade entre o regime do casamento e o regime da união de facto quanto a este aspecto, na medida em que a constância de casamento anterior não dissolvido obsta à celebração de novo casamento, mas não obsta à constituição de união de facto tutelada pelo Direito (desde que tenha sido decretada a separação de pessoas e de bens).

A proibição da bigamia no âmbito do casamento tem como ratio legis a salvaguarda da dignidade e da igualdade do cônjuge do bigamo e do valor da democracia no seio da família. Não é concebível qualquer razão que justifique que o unido de facto não mereça a mesma protecção, sob pena de se evitar os riscos insuportáveis inerentes à poligamia para uma, mas não para outra. É que o desvalor da bigamia não tem o seu fundamento na existência de dupla constituição de família baseada no matrimónio, mas na existência de dupla constituição de família, quer esta decorra de casamento ou de união de facto.

A própria natureza de relação familiar da união de facto impõe que esta não possa coexistir com outra relação familiar, nomeadamente decorrente de matrimónio anterior ou de união de facto anterior. De facto, não pode haver vida análoga à conjugal durante a fase em que não cessou ainda o casamento anterior, pois tratando-se a união de facto de uma relação familiar, não se pode conceber a formação de uma nova relação familiar enquanto a primeira não cessar.

Assim, de direito a constituir, a solução legal deveria ser

⁷ Ver nota 6.

a de impedir a constituição de união de facto na constância de casamento anterior, idêntica à cláusula que consagra como impedimento dirimente o casamento anterior não dissolvido (art. 1601º CC). E mais: tendo em conta que é também uma relação familiar, deve também obstar à constituição de união de facto a existência de união anterior não cessada. É esta a solução adoptada no Direito Alemão e no Direito Inglês. É esta a solução compatível com princípios de rigor, ordem pública e justiça.

De facto, tanto na Alemanha como na Inglaterra, optou-se claramente pela extensão do princípio da monogamia às uniões informais. Em Inglaterra, só tem capacidade para casar a pessoa que não pertença a uma *civil partnership*; e só se pode registar como *civil partner* a pessoa que não esteja casada ou integrada numa *civil partnership*. Na Alemanha, o membro de uma “parceria de vida” está impedido de casar e uma pessoa casada não pode constituir uma “parceria de vida” eficaz.

O impedimento não terá hoje o significado de evitar a bigamia enquanto crime, mas tem o significado de impedir a duplicação das relações que põem em causa a ordem pública e a dignidade dos parceiros na vida íntima que se afirma na ordem jurídica e aí produz efeitos.

III. A CONTAGEM DO PRAZO, EM TERMOS DE DIREITO INSTITUÍDO, PARA A UNIÃO DE FACTO NA CONSTÂNCIA DE CASAMENTO ANTERIOR

Defrontamos agora um segundo problema: em termos de direito instituído, a doutrina e a jurisprudência divergem sobre como proceder à contagem do prazo para a constituição da união de facto na constância de casamento anterior, contrapondo-se duas teses.

A primeira entende que o prazo mínimo de dois anos relevante para a união de facto deve ter decorrido quando qualquer dos sujeitos envolvidos não tenha impedimentos de casamento

anterior não dissolvido, ou seja, o prazo só começa a contar após a cessação do casamento anterior. É este o entendimento plasmado no Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 18/01/2007.

Em sentido contrário, há quem defenda a tese segundo a qual o prazo para a constituição da união de facto pode começar a contar antes da cessação do matrimónio anterior. Esta tese foi consagrada no Acórdão do STJ de 22/05/2013, que importa analisar atentamente. Por esta razão, transcrevemos parte da justificação de referida decisão:

“Estando à data da cessação da união de facto um dos unidos que vivia em situação adulterina, já liberto do vínculo conjugal por ter sido decretado o divórcio por sentença transitada em julgado, menos de dois anos antes da data de cessação da união de facto, esse facto não integra a excepção impeditiva da atribuição de efeitos jurídicos à união de facto prevista no art. 2º c) da Lei 7/2001.

O requisito de estabilidade da união de facto que a lei coloca no período de dois anos não exige que a dissolução do casamento de um dos membros que viveu em união de facto tenha ocorrido há pelo menos dois anos em relação à data em que cessou, consensualmente, a união de facto que, no caso, perdurou cerca de 14 anos.

Tendo a união de facto cessado quando um dos membros dessa união já estava divorciado não se exige que o estado de divorciado perdure há dois anos, não existindo, no caso vertente, possibilidade de concorrência ou disputa de direitos, por exemplo, previdenciais ou outros, como a atribuição da casa de morada de família entre o cônjuge e o unido de facto.

A ratio legis da al. c) do nº2 da Lei nº7/2001, não é, como no casamento, evitar a bigamia já que na união de facto não é assimilável ao estatuto jurídico daquele contrato – art. 1577º do Código Civil – com os inerentes direitos e deveres conjugais.

Como ensina França Pitão, in “Uniões de Facto e Economia Comum” – 2ª edição – pág. 94/95:

“No caso em análise, quanto a nós, porque se trata e se regula apenas uma situação de facto, está em causa a defesa da moralidade, no sentido de não atribuir quaisquer efeitos a uma

relação de facto quando um dos seus membros ainda se encontra vinculado por casamento anterior não dissolvido.

Trata-se, assim de evitar uma bigamia apenas no plano material e já não no plano jurídico, na medida em que a lei não estende ao companheiro efeitos previstos para o cônjuge, o que, a acontecer, seria gerador de conflitualidade... Tanto é assim que o impedimento não abrange a separação judicial de pessoas e bens, muito embora seja ponto assente que esta não dissolve o vínculo conjugal. Ou seja, neste caso, e apesar da subsistência do casamento, a verdade é que não há impedimento ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união do facto, ao contrário do que sucede com o impedimento ao casamento, que não a excepcionou.

Nem podia fazê-lo, na medida em que, neste caso, o casamento não se encontra dissolvido.”

Na pág. 98, abordando à questão que nos ocupa, escreve:

“Resta ainda uma breve reflexão sobre a definição do âmbito do reconhecimento dos efeitos da união de facto face à exigência da sua durabilidade superior a dois anos, quando confrontada com o impedimento do casamento anterior não dissolvido. Trata-se de saber se tal reconhecimento impõe a verificação cumulativa destas duas condições, no sentido de ser necessário que os companheiros vivam em união de facto, por período superior a dois anos, sempre no estado de não casados. Ou se, pelo contrário, poderá ser contabilizado neste prazo o tempo em que viveram juntos naquelas condições, muito embora ainda “dependentes” de casamento anterior não dissolvido de um deles.

Parece que devemos optar por esta segunda hipótese.

Na verdade, o legislador apenas pretende evitar o reconhecimento de eficácia se algum dos membros da união de facto ainda se encontrar casado, sobretudo por razões de ordem moral e social.

Por isso, bastará o trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio (ou separação judicial de pessoas e bens) para que se possa aproveitar todo prazo já decorrido desde o início da união, para que esta possa produzir os seus efeitos, pois nessa a altura já desapareceu o fundamento impeditivo destes.”

Sufragando esta opinião e tendo em consideração que ela é mais protectora dos unidos de facto, em caso de cessação da

união, e que estando à data da cessação da união um dos cônjuges que vivia em situação adúlterina, liberto do vínculo conjugal por divórcio decretado por sentença com trânsito em julgado antes de dois anos, tal facto não integra a excepção impositiva da atribuição de efeitos jurídicos à união de facto, por o requisito de estabilidade da união, que a lei coloca no período de dois anos, não exigir que a dissolução do casamento de um dos membros, que viveu em união de facto, esteja divorciado há pelo menos, dois anos.”

Não nos parece que a tese defendida neste acórdão seja de aceitar, sendo de adoptar, no nosso entendimento, a tese sufragada no Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 18/01/2007⁸. Apesar de não considerarmos meritória a opção do legislador de permitir a constituição de união de facto na constância de casamento anterior se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens, é essa a norma actualmente vigente. Não nos cabendo qualquer intenção de substituição do legislador, limitamo-nos a interpretar.

Há uma questão particular que nos leva a adoptar a tese segundo a qual a contagem do prazo só tem início com a separação de pessoas e de bens. Se tivermos em conta a atribuição de responsabilidade parentais ao membro que viva em união de facto com o progenitor em caso de impedimento do outro progenitor ou qualquer das demais circunstâncias previstas na Lei 137/2015 de 7 de Setembro, não é idóneo para assumir tais responsabilidades o membro da união de facto que viveu parte do tempo que decorreu até à produção de efeitos jurídicos com o progenitor da criança, mas ainda não tendo sido dissolvido o seu casamento anterior.

IV. CONCLUSÃO

Em termos de direito a constituir, é nosso entendimento que o legislador deve reformar o regime jurídico da união de

⁸ Também neste sentido: MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Direito da Família”, Nova Causa, 2017

facto no sentido de ser causa impeditiva da atribuição de protecção legal à união de facto a coexistência com casamento anterior não dissolvido ou com união de facto anterior não dissolvida. Os princípios da igualdade e da dignidade humana e a natureza de relação familiar da união de facto impõe que esta não possa coexistir com outra relação familiar, decorrente de matrimónio anterior ou de união de facto anterior.

De direito constituído, tendo o legislador previsto que a união de facto podia coexistir com casamento anterior não dissolvido no caso de ter havido separação judicial de pessoas e bens, deve ser entendido que o prazo de 2 anos exigido para a constituição da união de facto protegida por lei começa a contar após essa separação judicial e não antes. A coerência do sistema impõe esta solução.

Estas conclusões derivam de uma premissa que temos como certa no presente momento por ter apoio na sociologia e na antropologia: a permissão da poligamia acarreta um risco insuportável de violação de direitos humanos no seio do matrimónio, nomeadamente a igualdade e a dignidade dos seus membros. No entanto, para além de não se dever impregnar nesta discussão a moral religiosa característica das sociedades ocidentais, deve ser tido em conta que esta não é uma discussão fechada. O facto de estes estudos terem por base a poligamia em sociedades substancialmente distintas da nossa significa que as respectivas conclusões não podem ser automaticamente transpostas para o caso das sociedades ocidentais. A crescente democratização das relações familiares, nomeadamente ao nível da consagração da igualdade entre mulheres e homens e entre filhos nascidos dentro e fora do casamento, pode evoluir no sentido de esse risco insuportável deixar de estar ligado à poligamia⁹. Chegados a essa altura histórica, não parece haver razão para se proibir as relações poligâmicas estabelecidas entre adultos livres e iguais,

⁹ Num sentido semelhante: Jorge Duarte Pinheiro, “*Estudos de Direito da Família e das Crianças*”, Editora AAFDL, 2015

relações essas perfeitamente saudáveis e equilibradas do ponto de vista da saúde mental e física dos seus membros.

O Direito não pode servir para impor um determinado tipo de família. Só razões ponderosas de ordem social, mas principalmente de ordem individual podem justificar a proibição de uma determinada forma de família.