



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Marlene Sofia Andrade Barbosa

*A Substituição Fideicomissária no Direito
Português*

The Mortis Causa Trust in Portuguese Law

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil.

Orientadora: *Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim*

Coimbra
2017

“Ter passado do Nada para o Talvez é o que levo comigo.”

João Aguiar,
in *Os Comedores de Pérolas*

AGRADECIMENTOS

Não podia deixar de agradecer a determinadas pessoas que me acompanharam neste percurso e que, de um ponto de vista académico, profissional ou sentimental, me deram a mão.

À minha mãe, por ser a grande mulher que me inspira todos os dias e que me faz ser mais forte, mais persistente e mais corajosa.

Ao meu irmão Vítor, por estar sempre do meu lado.

Ao meu Nuno, por ser o meu porto de abrigo e meu melhor amigo.

Aos grandes amigos, como a Joana Fernandes, Cristiana Mota e, sobretudo, à Diana Machado, pelo carinho, amizade e sinceridade.

À Dra. Maria Margarida Gomes Dias Azenha pela oportunidade, disponibilidade, ajuda, compreensão, carinho e por todos os ensinamentos preciosos transmitidos.

Ao Sr. Paulo Passos, ao Pedro Passos, ao Rodrigo Machado e à Sra. Celeste Costa pelo carinho, ajuda, disponibilidade e também pela partilha de sabedoria.

À minha orientadora, a Doutora Mónica Jardim, pelo acompanhamento, apoio, sinceridade, pelos conselhos valiosos e, claro, pelo conhecimento transmitido.

E, ainda, à Dra. Lucetta Desanti, por me ter auxiliado na busca por bibliografia italiana específica e ao Dr. Luca Ghidoni por me ter enviado, tão prontamente, os seus trabalhos sobre a substituição fideicomissária à luz do Direito italiano, ajudando-me assim a enriquecer a presente dissertação. Aos dois, por não me conhecerem de todo e por, mesmo assim, me terem ajudado além-fronteiras.

O meu enorme obrigado!

Por tudo.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo a análise de alguns aspetos do regime jurídico da substituição fideicomissária. Esta consiste numa cláusula que, em termos simples, pode ser inserida num testamento, numa convenção antenupcial ou num contrato de doação e permite que o testador ou outorgante defina alguém como fiduciário, o qual terá o gozo e a administração dos bens fideicomitidos e o encargo de conservar os mesmos até ao momento da sua morte. Esta, por sua vez, dará lugar à reversão automática dos referidos bens para o fideicomissário: o final e principal beneficiário. Começamos por elaborar uma breve resenha histórica da sua evolução para estudar, com precisão, o seu regime e natureza jurídica, e os seus elementos essenciais. Na construção deste perfil, aproveitamos para tratar de alguns problemas ou questões que consideramos pertinentes, designadamente: o facto de a figura em análise ser, nos termos do art. 962.º do CCiv., admitida nas doações; a contraposição entre os direitos e deveres do fiduciário e do usufrutuário, à luz do n.º 2 do art. 2290.º do CCiv., e ainda os contornos com que se desenha a possibilidade de venda ou alienação dos bens fideicomitidos no Ordenamento Jurídico Português. O término tem lugar com a análise da validade e condicionalidade das disposições fideicomissárias.

Ressalva-se o facto de esta disposição poder levantar outras questões, a cuja análise não nos dedicamos. Optamos por tratar das questões que se relacionam, de forma mais íntima, com o Direito Patrimonial das Sucessões.

PALAVRAS CHAVE: Direito das Sucessões; Testamento; Usufruto; Princípio do respeito pela última vontade do testador; tipos de substituição; substituição fideicomissária; fideicomisso; doação; convenção antenupcial; aplicação extensiva; ordem sucessiva; vocação; fideicomissos irregulares; fideicomissos condicionais; grau de substituição.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze some aspects of the legal regime of the *mortis causa* trust in Portuguese Law. It consists of a clause that, in simple terms, can be inserted into a will, a pre-nuptial agreement or a donation. It allows the testator or grantor to define someone as fiduciary or trustee, who will have the administration of the trust assets and the charge to preserve them until the moment of his death, which, in turn, will give rise to the automatic reversal of said assets to the fideicomissary: the final and principal beneficiary. We begin by drawing up a brief historical review of its evolution in order to precisely study its legal regime and nature as well as its essential elements. In the construction of this profile, we take advantage of some issues or matters that we consider pertinent, namely: the fact that the figure under analysis is, in terms of art. 962 of the CCiv., admitted in the donations; the contraposition between the rights and duties of the fiduciary and the usufructuary, in light of paragraph 2 of art. 2290 of the CCiv., plus the contours with which the possibility of selling or encumbering the trust assets in the Portuguese Legal Order is drawn. The dissertation theme closes with the analysis of the validity and conditionality of the trustees provisions.

It should be noted that this provision may raise other issues, which we do not focus on. We have chosen to deal with the issues that relate, in a more intimate way, to the inheritance law.

KEYWORDS: Succession or Descent Law; Will; Usufruct; Principle of respect for the ultimate will of the testator; Types of substitution; grantor; trustee or fiduciary; fideicomissary; incumbrance; Donation; Pre-nuptial agreement; Extensive application; Successive order; Irregular trusts; Conditional trusts; Degree of substitution.

LISTA DE SIGLAS E DE ABREVIATURAS

Al.	Alínea
Art.	Artigo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CCiv.	Código Civil
Cfr.	Confira
Cit.	Citada
CN	Código do Notariado
Coord.	Coordenador
CPC	Código de Processo Civil
CRPredial	Código de Registo Predial
DL	Decreto-Lei
Edi.	Edição
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
I. é.	Isto é
n.º	Número
Ob.	Obra
p.	Página
pp.	Páginas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
Segs.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
V.	<i>Vide</i>
v.g.	<i>Verbi Gratia</i>
Vol.	Volume

INDÍCE

RESUMO	4
ABSTRACT	5
LISTA DE SIGLAS E DE ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA: UM PERCURSO HISTÓRICO DESDE A SUA GÊNESE AOS DIAS DE HOJE	13
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
2. NOÇÃO E DISTINÇÃO FACE AOS DEMAIS TIPOS DE SUBSTITUIÇÃO PREVISTOS NO DIREITO PORTUGUÊS.....	20
CAPÍTULO II – NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTO SUBJACENTE	23
1. DOCTRINA DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA	23
2. DOCTRINA DA DEIXA SEPARADA DE USUFRUTO E DA PROPRIEDADE DE RAIZ OU NUA PROPRIEDADE.....	24
3. DOCTRINA DA DUPLA DISPOSIÇÃO (A TERMO INICIAL E FINAL)	24
4. DOCTRINA DA DISPOSIÇÃO SUJEITA A CONDIÇÃO IRRETROATIVA	25
5. DOCTRINA DA DEVOLUÇÃO INDIRETA A FAVOR DO FIDEICOMISSÁRIO	26
CAPÍTULO III – A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA COMO DISPOSIÇÃO PRIVATIVA DO TESTAMENTO?	28
1. <i>A Substituição fideicomissária no Testamento</i>	29
2. <i>A substituição fideicomissária na Sucessão Contratual</i>	37

3. A substituição fideicomissária na Doação.....	39
--	----

CAPÍTULO IV – OS ELEMENTOS DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA ...42

1. A dupla disposição testamentária	43
1.1. Posição jurídica do fiduciário	45
1.1.1. Fiduciário versus usufrutuário: contraposição de deveres e poderes.....	46
a) Quanto aos direitos que assistem ao usufrutuário e fiduciário.....	49
i. Aplicação extensiva dos preceitos que se inserem no cumprimento do dever de conservação	50
ii. Aplicação extensiva dos preceitos que não colidem com a natureza da substituição fideicomissária.....	60
iii. Preceitos cuja aplicação extensiva não é defensável por colidir com a natureza da substituição fideicomissária.....	64
b) Quanto às obrigações	72
c) Quanto ao regime de extinção.....	76
1.1.2. Posição jurídica do fideicomissário	81
1.2. O encargo do instituído.....	83
1.2.1. O artigo 2291.º e a alienação ou oneração dos bens fideicomitidos	84
1.3. A ordem sucessiva do chamamento.....	86
1.3.1. Modos típicos de vocação.....	94
1.3.2. Modos atípicos de vocação.....	94

CAPÍTULO V – A ANÁLISE DE QUESTÕES PARTICULARES COLOCADAS À LUZ DO DIREITO PATRIMONIAL DAS SUCESSÕES96

1. O ART. 2288.º E A VALIDADE DA DISPOSIÇÃO	96
1.1. O raciocínio subjacente ao art. 2288.º: as razões que sustentam a limitação da validade	99
1.2. Posição adotada	102
2. OS FIDEICOMISSOS CONDICIONAIS	104
3. OS FIDEICOMISSOS IRREGULARES	107

CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

INTRODUÇÃO

A presente dissertação conjuga duas áreas do Direito pelas quais nutrimos um particular e curioso interesse: Direito das Sucessões e Direito Notarial. A primeira traz à colação, nomeadamente, o fascínio que possuímos em saber que o testador é o único outorgante, de todos os negócios jurídicos, que não pode clarificar a sua vontade *a posteriori*, ou seja, depois da produção dos efeitos que só é despoletada com a sua morte. Já a segunda – o Direito Notarial –, consubstancia a pedra basilar de uma profissão pautada pelo rigor, seriedade, honestidade, correção e nobreza. Sendo a feitura de testamentos públicos competência exclusiva dos Notários, não poderíamos deixar de dedicar o presente estudo a uma conjugação dos dois.

O primeiro problema já identificamos: o testador não pode clarificar a sua vontade. Assim, tudo que possa ser inserido no testamento, designadamente uma cláusula fideicomissária, exige um estudo cuidado, uma feitura rigorosa e uma interpretação atenta. As três coisas só são possíveis com a dedicação dos estudiosos ao estudo do Direito das Sucessões. Este ponto de vista irá nortear as nossas reflexões em tudo que se relacionar com o testamento, o qual irá ocupar um lugar basilar neste estudo.

Ora, em ordem a elaborar uma análise da figura em apreço, começaremos por estudar a evolução histórica da substituição fideicomissária ou fideicomisso, a qual demonstrará a sua génese romanística, a sua natureza jurídica, fundamentos, elementos essenciais e alguns problemas cuja análise se mostra pertinente. Das várias questões dotadas de interesse, decidimos analisar apenas algumas, sobretudo as que se relacionam com o Direito Patrimonial das Sucessões.

Assim, com o propósito de determinar em que contexto pode ser usada a substituição fideicomissária, questionaremos, na linha do que o art. 2286.º do Código Civil dá a entender, se a mesma é ou não privativa do testamento.

Uma vez concluída a questão supra indicada, iremos analisar de forma criteriosa e cuidada os três elementos essenciais da substituição fideicomissária, a saber: a dupla disposição testamentária feita a favor do fiduciário e do fideicomissário; o encargo do instituído, ou seja, do fiduciário em conservar a herança ou legado fideicomitido até à sua morte; e, por fim, a ordem sucessiva que distingue a substituição fideicomissária dos outros tipos de substituição (vulgar, pupilar e quase-pupilar) e que caracteriza a sua natureza, o que mais reforça o seu estatuto de figura estranha ao curso normal do fenómeno sucessório.

No decurso da análise do primeiro elemento, afigura-se imperiosa a análise das posições jurídicas dos intervenientes nesta figura jurídica: os dois que já enunciamos e o fideicomitente, até porque tal análise consubstanciará o mote que precisamos para contrapor o fiduciário e o usufrutuário, uma vez que o legislador optou, no art. 2290.º do Código Civil, por estender, quanto aos direitos e obrigações do primeiro sujeito, as normas do regime jurídico do usufruto. É seguro afirmar que configurou uma opção interessante, sobretudo devido ao facto de o fiduciário ser titular de um verdadeiro direito de propriedade, ao contrário do usufrutuário.

Destarte, a análise dos seus direitos e obrigações e da possível aplicação extensiva obedecerá à seguinte organização: em primeiro lugar, analisaremos individualmente as normas cuja aplicação extensível é aceitável por decorrerem do encargo do fiduciário de conservar a herança ou legado fideicomitido; em segundo lugar, assinalaremos aquelas cuja aplicabilidade não contraria a natureza jurídica da substituição fideicomissária; e, por fim, terminaremos esta contraposição com a enumeração das normas que, por serem contrárias à dita natureza, são inaplicáveis por meio desta ferramenta hermenêutica. Findo este ponto, dedicar-nos-emos à análise da possibilidade de aplicação extensiva das normas que compõem o regime da extinção do usufruto.

Ao retomarmos a dinâmica central do presente estudo, e aquando da análise da posição jurídica do fideicomissário, cuidaremos de determinar, de uma forma crítica, se é ou não possível alienar ou onerar a herança ou legado fideicomitido. De seguida, iremos proceder ao exame dos vários tipos de vocação sucessória para, e de forma cabal, expor a ordem sucessiva do chamamento sucessório que tanto caracteriza esta figura.

Feita esta análise, discorreremos sobre um dos mais pertinentes problemas colocados a propósito da figura em estudo: a condicionalidade e a validade das disposições fideicomissárias.

Note-se que a análise de todos os problemas citados terá como bitola o respeito pela vontade do testador, princípio enformador desta temática e terá ainda em apreço o seguinte raciocínio: dentro dos devidos e razoáveis limites da lei, um cidadão deve ter a liberdade para determinar o destino do produto da sua vida de trabalho, tal como dita o princípio da liberdade testamentária. É claro que não queremos com tal raciocínio, justificar qualquer tipo de disposição testamentária, mas sim, e em especial, libertar a substituição fideicomissária do obsoletismo.

Para além do exposto, não poderíamos terminar sem dedicar um ponto de reflexão aos fideicomissos irregulares.

O Direito das Sucessões em geral precisa de ser estudado, dissecado e atualizado! Sabemos nós, juristas, que só com a colocação de problemas e estudo da matéria, é que o Direito se desenvolve, é que o Direito cria e revitaliza.

CAPÍTULO I – A substituição Fideicomissária: um percurso histórico desde a sua génese aos dias de hoje

A substituição fideicomissária ou fideicomisso traduz-se numa disposição através da qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança para que esta reverta, à data da sua morte, para outro sujeito. Trata-se de uma verdadeira substituição na medida em que, por meio dela, “um terceiro é chamado a receber uma liberalidade à falta de uma pessoa primeira beneficiada ou depois dela” segundo, entre outros, FERNANDO AGUIAR BRANCO¹, LOMONACO, AUBRY e RAU².

Contudo, coloca-se logo à partida uma questão terminológica que cumpre solucionar: serão o fideicomisso e substituição fideicomissária exatamente a mesma coisa? Podemos usar as duas expressões de forma indiscriminada?

FERNANDO AGUIAR BRANCO advoga que sim na linha do pensamento de VITALI³, opondo-se a certos autores como LUÍS DA CUNHA GONÇALVES que defende que a palavra fideicomisso “designa mais corretamente a herança ou legado acerca da qual é feita a substituição”⁴.

Ora, segundo o nosso entendimento, não há razões para distinguir as terminologias, porque, na verdade, não causa qualquer inconveniente como nota FERNANDO AGUIAR BRANCO, até porque a própria lei, no art. 1866.º do Código de Seabra e no art. 2286.º do Código Civil vigente, as equipara (“*diz-se substituição fideicomissária ou fideicomisso*”).

1. Evolução Histórica

Nas palavras certas de OLIVEIRA ASCENSÃO, “poucas disciplinas dependem tanto da história para a sua compreensão atual como o Direito das Sucessões”⁵. Neste sentido, por concordarmos inteiramente com o Professor, pretendemos discorrer de forma

¹ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *Dos Fideicomissos*, Prefácio e Anotações de Maria Elisabete Ramos, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 2000, p. 25.

² *Apud*, FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 25.

³ Esta parece ser a posição dominante, partilhada nomeadamente por LUÍS CARVALHO FERNANDES, *in Lições de Direito das Sucessões*, *Quid Juris* Editora, 1999, p. 215.

⁴ O autor afirma-o face ao art. 1866.º do Código de Seabra que designava a instituição de forma indiscriminada pelos dois termos. Contudo, consideramos que a sua apreciação se coaduna com o Código Civil vigente. Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. X, Coimbra Editora, Coimbra, 1935, p. 146.

⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª Ed. Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 19.

breve, mas precisa, sobre a evolução história da substituição fideicomissária, de modo a compreendê-la integralmente.

Em termos etimológicos, o termo *fides* do qual deriva o termo *fidei* compõe o vocábulo fideicomisso ou substituição fideicomissária e que significa fé, confiança e lealdade. Era esta a ideia subjacente ao fideicomisso quando foi criado no Direito Romano. Segundo ANTÓNIO SANTOS JUSTO⁶, *fideicommissum* traduzir-se-ia “na súplica ou encargo que uma pessoa (fideicomitente), confiando na lealdade e honradez de outra pessoa (fiduciário) lhe dirige para que realize determinada atividade a favor de terceira pessoa (fideicomissário) depois da morte do fideicomitente”.

A sua validade dependia da capacidade testamentária ativa do fideicomitente, mas dispensava a capacidade testamentária passiva e a idoneidade para ser herdeiro ou legatário. Era um instituto informal na medida em que, segundo o autor, podia ser feito por meio do codicilo⁷, do testamento, verbalmente ou por gestos. Para que fosse eficaz, era tão-só necessária a lealdade e confiança (*fides*) do fiduciário. JOÃO DE ABREU LIMA considerou que esta figura era um forma de “defraudar a lei”⁸ porque o Direito Romano vedava a disposição dos bens a favor de certas pessoas, como incapazes e estrangeiros, tendo-se tornado bastante trivial.

O fideicomisso podia ter como objeto uma coisa, a “manumissão de um escravo” ou uma “herança (total ou parte)”. Pelo que, segundo ANTÓNIO SANTOS JUSTO, podíamos distinguir entre duas formas de fideicomisso: o fideicomisso particular e o fideicomisso universal⁹. No primeiro, o testador pedia ao fiduciário que transmitisse ao fideicomissário uma coisa, e se pertencesse a um terceiro devia adquiri-la ou oferecer o preço que resultasse da sua avaliação. No segundo, o testador pedia ao fiduciário que transmitisse toda ou parte da sua herança ao fideicomissário. Para cumprir o encargo, o herdeiro vendia *dicis causa*¹⁰ de modo a conservar o seu título, mas este procedimento era tão complexo ao

⁶ Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações)*, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 260.

⁷ O codicilo traduzia-se no documento no qual constariam disposições de última vontade. Segundo CAPELO DE SOUSA, este documento prevaleceu de forma paralela face ao testamento desde o Direito romano até ao Código de Seabra, embora se tratasse de uma “forma menor” porque apenas podia conter “actos de disposição de legados e fideicomissos”. V. *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4ª Edição Renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 166 (nota de rodapé n.º 348).

⁸ Cfr. JOÃO G. DE ABREU LIMA, *Substituição Fideicomissária*, Dissertação para a Licenciatura em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, maio de 1950, p. 33.

⁹ Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *ob. cit.*, p. 261.

¹⁰ Um negócio *dicis causa* é um negócio que não cumpre o seu fim normal, permitindo assim alcançar um fim estranho ao que o determinou originalmente. Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *A “Fictio Iuris” no Direito*

ponto de o fiduciário ter de responder judicialmente nos processos instaurados contra o herdeiro.

Neste sentido, como se começou a verificar o incumprimento por parte dos fiduciários, o Imperador Augusto tomou medidas para o impor: “tornou obrigatória a execução do fideicomisso e (...) integrou-o na legislação romana”¹¹. Mais tarde, e partilhando a mesma preocupação do seu par, o Imperador Cláudio instituiu dois pretores fideicomissários, que tinham como função controlar o cumprimento e o respeito pelos fideicomissos. Consequentemente, os fiduciários começaram a não aceitar os encargos porque podiam ser demandados judicialmente em virtude dos bens de que estavam encarregados mesmo depois de os ter entregue aos fideicomissários como já referimos, daí que, posteriormente, na época do Imperador Nero, tivesse surgido o *Senatus Consultum Trebelianum* que obrigou à demanda dos fideicomissários e não dos fiduciários. Porém, como nota JOÃO DE ABREU LIMA, o *Senatus Consultum Trebelianum* não configurou um “estímulo suficiente”¹², o que originou a publicação do *Senatus Consultum Pegasianum*, na época no Imperador Vespasiano, o qual admitia ao fiduciário reter a “quarta trebeliana”.

Todavia, também este sistema demonstrava ser muito complexo, o que levou Justiniano a reformulá-lo fundindo os atos que enunciamos. Segundo Justiniano, o fiduciário teria direito à dita “quarta pegasiana” e o fideicomissário seria sucessor relativamente ao restante (aos três quartos da herança), vista como uma “unidade, que compreende o ativo e o passivo”¹³. Desta forma, Justiniano “fundiu os dois (...) num só, conservando o nome de Trebelliano”¹⁴.

A Substituição Fideicomissária, em concreto, traduzia-se na “outorga de um fideicomisso a favor de uma pessoa com o encargo de, após a sua aquisição, o transferir decorrido certo prazo ou cumprida determinada condição”, por meio da qual o fideicomissário sucedia depois do herdeiro, o que não parecia depender apenas da morte do fiduciário, ao contrário do que exige o atual Direito Português. Porém, a figura identificada

Romano: Actio Ficticia: época clássica, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Históricas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989, p. 437, in <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/12254> (24/09/2016).

¹¹ Cfr. JOÃO G. DE ABREU LIMA, *ob. cit.*, p. 34.

¹² Cfr. JOÃO G. DE ABREU LIMA, *ob. cit.*, p. 34.

¹³ Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *ob. cit.*, p. 264.

¹⁴ ANTÓNIO DE FIGUEIREDO DA COSTA FARO, “Substituições Fideicomissárias”, in ROA, N.º 3 e 4, Vol. I, 1948, p. 108, consultado a partir do sítio: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1948/1948-vol-i-ano-8-n%C2%BA-3-e-4/doutrina/> (04/12/2016).

como sendo a mais importante da substituição fideicomissária por ANTÓNIO SANTOS JUSTO era o Fideicomisso de família¹⁵: o testador vinculava a herança (em parte ou na sua totalidade) à família, “dispondo uma ordem sucessiva de restituições que retira ao beneficiado a faculdade de alienar os bens” que recebeu. Caso o fiduciário não cumprisse o seu encargo, recorrer-se-ia à ordem sucessiva, tendo Justiniano permitido a instituição do fideicomisso em mais de um grau, embora tivesse permitido a alienação dos bens depois da quarta geração¹⁶.

Este fideicomisso de família conquistou um lugar de grande importância na época, uma vez que era permitida a instituição de fideicomisso sem qualquer limite de grau. Contudo, como esta figura era vista como um símbolo da aristocracia, caiu juntamente com o pensamento feudal.

A revolução francesa acentuou o declínio da figura do fideicomisso por meio da Lei de 14 de novembro de 1792 que proibiu, de forma absoluta, “as instituições fideicomissárias” por serem “contrárias aos novos princípios políticos”. Apesar disso, começaram a serem adotadas outras figuras como os morgados¹⁷ ou usados outros institutos para “iludir” a proibição de constituição de fideicomissos, como o usufruto sucessivo ou legado condicional¹⁸.

Em Portugal, o fideicomisso ou substituição fideicomissária já existia há muitos anos, algo ocultado pela regulamentação fraca e pela parca utilização desta instituição¹⁹. Neste sentido, já é possível ver uma definição nas Ordenações (Livro IV, Título 87.º que já referimos) da substituição compendiosa. Aliás, existia uma grande incerteza relativamente à validade desta figura, uma vez que, segundo ANTÓNIO COSTA FARO, “o próprio autor do Código Civil” (de 1867) “hesitava neste ponto, declarando que os fideicomissos temporários de pretérito somente produziram os seus efeitos no 1.º e 2.º graus”, pese embora houvesse jurisprudência que se pronunciava no sentido de admitir o fideicomisso até ao quatro grau!

¹⁵ Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *ob. cit.*, pp. 264 e 265.

¹⁶ Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *ob. cit.*, p. 265

¹⁷ Os morgados foram instituídos no direito francês em 1806. Podiam ser constituídos pelo imperador ou “pelos particulares com autorização do governo” e chegaram a ser admitidos até aos dois graus de substituição. Foram, no entanto, abolidos em 1849. Cfr. ANTÓNIO COSTA FARO, *ob. cit.*, p. 109.

¹⁸ ANTÓNIO COSTA FARO, *ob. cit.*, pp. 109 e 110.

¹⁹ Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 148.

Esta figura foi regulamentada de forma muito mais eficiente no art. 1866.º do Código de Seabra que ditava o seguinte:

“A disposição testamentária, pelo qual algum herdeiro ou legatário é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado, diz-se substituição fideicomissária ou fideicomisso”.

Apesar da maior eficiência, a verdade é que este preceito se limitava a definir a substituição fideicomissária e a regulá-la em termos muitíssimo estreitos no campo da sua validade. Esta questão encontrava-se postulada no art. 1867.º que proibia as substituições fideicomissárias para o futuro, salvo se fossem feitas por *“pai ou mãe nos bens disponíveis, em proveito dos netos, nascidos ou por nascer”* e/ou *“em favor de descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador”*. É, portanto, notório o controlo de ferro em que o legislador embrulhou a substituição fideicomissária, em termos semelhantes ao legislador italiano no art. 662.º do Código de 1942, como notam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA²⁰. Segundo estes autores, a razão subjacente a este regime restrito residia no facto de se considerar que os fideicomissos envolviam *“riscos graves para os interesses da sociedade”* devido *“à imobilização da propriedade criada pelo vínculo, e para os interesses da própria família”*²¹.

Trinta e seis anos antes da entrada em vigor de um novo Código Civil surge o Decreto-Lei n.º 19/126, de 16 de dezembro de 1930 que visou alterar um grande número de preceitos e figuras, entre os quais a figura da substituição fideicomissária.

A principal diferença residia na questão da validade, uma vez que o legislador da reforma decidiu introduzir um preceito que veio limitar a validade da disposição fideicomissária até um grau²². Ou seja, apesar de se ter destruído a proibição *“quase absoluta”* presente no Código de Seabra possibilitando-se as substituições fideicomissárias para o futuro, o legislador limitou a validade desta figura no art. 1867.º. Desta norma decorre, precisamente, o descontentamento dos membros da sociedade civil relativamente à imobilização (potencial e perigosamente perpétua) do património. Este descontentamento era veemente partilhado por VITALI que afirmava abertamente: *“o feudalismo que (...)*

²⁰ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 450 e 451.

²¹ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 453 e 454.

²² Note-se que grau não toma, nem neste diploma, nem no código atual, o sentido de grau de parentesco, visa, pelo contrário referir-se ao fideicomissário instituído, estivesse este ligado ao testador por um grau de parentesco ou não.

avassalou todo o espírito de liberdade, dilatando por toda a Europa, e talvez além dos mares, as suas funestas propagações, gerou a triste planta das substituições fideicomissárias, destinada a perpetuar os frutos da vaidade”²³; e ainda pelos jurisconsultos da escola liberal do séc. XIX, que entre várias críticas ferozes que apontavam à substituição fideicomissária destacamos as seguintes: a substituição fideicomissária “é contrária à igualdade e equidade”, configura “uma das molas mais poderosas da sociedade aristocrática, e, por isso, é contrária aos princípios por que se governa uma sociedade democrática”, e consiste ainda num “entrave à circulação de bens, obstáculo à boa cultura e aos melhoramentos das terras, enfim, um instrumento de fraude aos credores”²⁴²⁵.

Este prisma opõe-se a outra ordem de razões que sustentaram (e porventura, sustentam) a sobrevivência do instituto referidas por CAPELO DE SOUSA: permite que os bens se mantenham no seio da família, e, mais importante ainda, acarreta a vantagem de “evitar a dissipação dos bens pelos sucessíveis”²⁶, designadamente pelos herdeiros do fiduciário. Esta segunda razão é aquela que, a nosso ver, mais se destaca. Ao evitar a referida dissipação está-se a cumprir e respeitar a vontade do testador, contornando-se o curso normal do fenómeno sucessório por meio da substituição fideicomissária.

Para além desta questão, tratou também de alterar mais dois preceitos: os arts. 1868.º e 1870.º. O primeiro determinava que, se o fideicomissário não aceitasse a herança ou legado, ou falecesse antes do fiduciário caducaria a substituição, caso em que o fiduciário ficaria com a propriedade definitiva dos bens. O segundo preceito visou clarificar que não seriam disposições fideicomissárias aquelas através das quais o testador deixasse o usufruto a uma pessoa e a propriedade a outro, e ainda aquelas que consubstanciassem um usufruto sucessivo. Depois, regulou aquilo que hoje chamamos de “fideicomissos irregulares”. Ou

²³ *Apud* ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 451.

²⁴ Cfr. LUÍS DA CUNHA GONGALVES, *ob. cit.*, p. 148 e 149.

²⁵ CUNHA GONÇALVES reagiu contra as críticas ou argumentos formulados pelos jurisconsultos liberais. Sobre a afirmação de VITALI afirmou tão-só que não valia a pena “discutir este palavreado retumbante, em que há mais exaltada fantasia do que o sentido das proporções e das realidades”. Face à improcedência dos argumentos enunciados, o autor formulou alguns argumentos dos quais se destacam: “não está provado que os bens não-sujeitos às substituições fideicomissárias entram em incessante circulação”, para além de que a “demasiada facilidade da circulação de bens, também, tira o estímulo aos melhoramentos e culturas”, e, “quanto aos credores, só sendo imprudentes é que deixam de certificar-se da exata natureza do título do devedor e da sua solvência”. Por fim, o autor termina com palavras sábias, que embora sejam referentes ao Código de Seabra pautam pela atualidade: “o nosso legislador, mantendo a substituição fideicomissária, embora com necessários limites (...) implicitamente reconheceu não haver nelas os inconvenientes apontados”.

Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 150 e 151.

²⁶ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 221.

seja, determinou que as disposições com proibição de alienar por atos *inter vivos*²⁷ e as disposições que chamassem um terceiro ao que restasse da herança ou de legado por morte do herdeiro ou legatário seriam havidas como fideicomissárias, desde que respeitassem a regra da validade já referida. Esta questão dos fideicomissos irregulares já estava presente no Código de Seabra, contudo o preceito não se referia à questão do usufruto e identificava mais um fideicomisso irregular: as disposições que impusessem ao herdeiro ou ao legatário o encargo de prestar a mais uma pessoa, sucessivamente, certa renda ou pensão. Essa renda ou pensão resultaria, ao que nos parece, da herança ou bens que o fideicomissário recebesse em virtude da substituição fideicomissária, pelo que consideramos que a retirada desta alínea se deve à proibição da substituição fideicomissária em mais de um grau.

Finalmente, volvidos trinta e seis anos, entra em vigor um novo código civil que vem, à semelhança da Reforma de 1930, alterar profundamente o regime da substituição fideicomissária. A primeira diferença salta à vista: a definição constante do art. 2286.º é claramente distinta da presente no art. 1866.º do Código de Seabra porque, a partir deste momento legislativo, o fiduciário deixou de ter a obrigação de transmitir a herança. Agora, tem apenas o encargo de conservar a herança. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, tal diferença deve-se ao facto de se ter passado a considerar que não há no fideicomisso nenhuma transmissão da herança do fiduciário para o fideicomissário, pois entende-se que esta reverte de forma imediata para o segundo sujeito no momento da morte do primeiro “por força da instituição sucessiva lavrada” pelo testador, alheia à vontade do fiduciário. Isto é, o fiduciário não tem qualquer encargo de transmitir o que está obrigado a conservar, uma vez que a sua morte despoleta automaticamente essa transmissão²⁸. Este entendimento transporta-nos para outra consideração firmada: o termo de que depende a substituição do fideicomissário é, indubitavelmente, a morte do testador, e apenas esta. Como notam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA²⁹, esta questão, discutida no seio da Comissão Revisora do Código Civil foi respondida na linha do entendimento restrito do Código de Seabra.

Por fim, a substituição fideicomissária ganhou um novo perfil. Distancia-se dos outros dois tipos de substituição precisamente porque não envolve um chamamento alternativo, mas sucessivo.

²⁷ A nota “por ato *inter vivos*” foi adicionada pelo Decreto-Lei n.º 19/126, de 16 de dezembro.

²⁸ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 224.

²⁹ Cf. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 452.

Uma vez concluída esta breve resenha histórica cumpre, agora, analisar de forma profunda a figura da substituição fideicomissária.

2.Noção e distinção face aos demais tipos de substituição previstos no Direito Português

A Substituição Fideicomissária traduz-se na disposição de carácter patrimonial por meio da qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança para que esta reverta, à data da sua morte, para outro sujeito, e encontra-se postulada nos artigos 2286.º e segs. do CCiv.

Tem como intervenientes três sujeitos: o *fideicomitente* que impõe o encargo ao fiduciário, o *fiduciário* que, por sua vez tem a incumbência de conservar a herança ou legado, e, por último, o *fideicomissário* que se traduz no “beneficiário definitivo”³⁰ e “final da liberalidade”³¹.

Não se pense, contudo, que a substituição fideicomissária se restringe aos herdeiros. De acordo com OLIVEIRA ASCENSÃO a definição presente no art. 2286.º é “enganosa”³² porque apenas se refere aos herdeiros e não inclui os legatários, aos quais a disciplina desta instituição se aplica por força do art. 2296.º do CCiv. Este preceito é claríssimo quando ordena a aplicação da disciplina da substituição fideicomissária aos legados³³. Por isso, acompanhamos OLIVEIRA ASCENSÃO nesta questão.

Esta substituição corporiza um dos três tipos de substituição previstos no Direito Português a par da Substituição Direta e da Substituição Pupilar e Quase-Pupilar³⁴, sendo que a matéria das substituições integra a secção IV do capítulo respeitante ao conteúdo do testamento no nosso Código Civil³⁵.

Como já resulta do exposto, a principal missão desta figura é afagar a preocupação do testador, uma vez que, apesar de este ter cuidado de determinar por via da sucessão testamentária o destino de certos bens, a verdade é que não consegue precaver, a longo prazo,

³⁰ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 223.

³¹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Testamento – Apontamentos”, *in Temas de Direito da Família*, Vol. I, 2ª Edição aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 186.

³² Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 223.

³³ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 27.

³⁴ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão Testamentária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 94. E JOÃO ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 442.

³⁵ No código de 1867, a matéria das substituições encontrava-se plasmada nos arts. 1858.º e seguintes.

hipóteses de frustração, como a morte de um herdeiro ou a não aceitação por parte do chamado. Portanto, acautela as hipóteses de o chamado não poder ou não querer aceitar.

Destarte, em virtude da natureza inevitável e certa da morte, o legislador encontrou, no Direito Romano, uma forma de solucionar imprevistos que possam surgir por meio das substituições. Trata-se de uma preocupação que continua a ecoar na sociedade atual, daí que este tema seja sobejamente importante para cumprir o principal desígnio: a vontade do testador.

Começemos, então, por definir e abordar de forma breve a substituição vulgar ou direta e a substituição pupilar e quase-pupilar, distinguindo-as da substituição fideicomissária.

A substituição direta ou vulgar³⁶ encontra-se preceituada no art. 2281.º do CCiv. Segundo CAPELO DE SOUSA³⁷, traduz-se na “convenção pela qual o testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário, para o caso destes não poderem ou não quererem aceitar a herança ou legado”, ou seja, no caso de repúdio da herança pelo instituído (nos termos dos arts. 2032.º do CCiv.) ou, segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, no caso de surgirem variáveis como a incapacidade sucessória (prevista no art. 2034.º do CCiv.), nulidade da disposição (art. 2308.º), caducidade (art. 2059.º), direito de aceitação ou pré-morte do chamado (art. 2032.º, n.º1 e art. 68.º, n.º1)³⁸. O testador prevê a possível “frustração da vocação hereditária”, daí que o n.º 2 do art. 2281.º presuma, no silêncio do testamento, que apesar de o testador apenas ter previsto um dos dois grupos de casos de frustração, tenha tido a intenção de precaver os dois grupos. Trata-se de uma presunção *iuris tantum* que vem reforçar a proteção dos interesses e da vontade última do testador.

Esta substituição direta será plural nos termos do art. 2282.º do CCiv. quando visar substituir uma pessoa por várias ou várias por uma, e recíproca quando, de acordo com o art. 2283.º, o testador determinar que os co-herdeiros se substituirão reciprocamente, respeitando-se a proporção instituída pelo testador, mesmo que as proporções que cabem a cada um dos sujeitos sejam desiguais (como dita n.º 2 do último preceito).

A substituição pupilar e quase-pupilar são reguladas pela secção III do capítulo respeitante ao conteúdo do testamento. A substituição pupilar, prevista no art. 2297.º do CCiv., remonta §7.º, Título 87.º do Livro IV das Ordenações, tendo sido preceituada nos

³⁶ Esta era a expressão usada no Código de 1867, no art. 1858.º.

³⁷ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 219.

³⁸ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 443.

arts. 1859.º e 1860.º do Código Civil de 1867³⁹ e no art. 2297.º do Código de 1966, embora em termos mais restritos como nota GALVÃO TELLES⁴⁰. Consiste numa disposição através da qual o progenitor, não inibido de forma parcial ou total do poder paternal⁴¹, tem a faculdade de substituir os filhos e designar os respetivos herdeiros ou legatários que entender, de forma a acautelar a hipótese de os seus filhos falecerem antes de perfazerem dezoito anos de idade. Neste sentido, e de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 2297.º do CCiv., se o substituído completar dezoito anos, momento em que passa a possuir capacidade para testar, ou falecer deixando descendentes ou ascendentes, a disposição deixa de ter qualquer efeito ou validade.

Apesar da sua previsão na legislação atual, a verdade é que autores como GUILHERME DE OLIVEIRA, perspetivam a substituição pupilar como “uma das sobrevivências do direito romano que mudou de carácter, perdeu o sentido e se articula mal com o resto do sistema”⁴².

A substituição quase-pupilar, à semelhança das anteriores, encontrava-se prevista nos arts. 1861.º e 1862.º do Código de 1867, tendo transitado para o art. 2298.º do Código Civil de 1966, com a seguinte diferença: hoje a substituição quase-pupilar traduz-se na faculdade de o testador se substituir aos seus descendentes, interditos por anomalia psíquica, independentemente da idade destes, e que são, por isso, incapazes de testar como comanda os arts. 2188.º e 2189.º do CCiv., ao passo que, no Código Civil anterior o legislador mandava aplicar este regime aos “descendentes judicialmente declarados dementes”⁴³. Tal como na substituição pupilar, a quase-pupilar fica sem efeito se a interdição for levantada ou se o substituto falecer e deixar descendentes ou ascendentes.

Destacam-se duas diferenças entre as figuras: por um lado, a substituição direta e a fideicomissária distinguem-se da substituição pupilar e quase pupilar uma vez que, nas primeiras, a substituição ocorre na pessoa do instituído, ao passo que nas segundas a substituição se faz na pessoa do testador; por outro lado, na substituição direta ou vulgar, a vocação é indireta, ao passo que na substituição fideicomissária a vocação é sucessiva.

³⁹ Cfr. JACINTO F. RODRIGUES BASTOS, *Código Civil Português – Anotado e Atualizado*, 14ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 718.

⁴⁰ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 101.

⁴¹ Ou das suas responsabilidades parentais.

⁴² Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 188.

⁴³ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 102.

Devido à particularidade do tipo de vocação sucessória da substituição fideicomissária e ao facto de a vocação sucessiva consubstanciar um dos elementos da substituição fideicomissária, iremos dedicar-nos ao estudo deste tipo de vocação aquando da análise dos elementos desta figura.

CAPÍTULO II – Natureza jurídica e fundamento subjacente

A questão da natureza jurídica da substituição fideicomissária não é pacífica. Tal é demonstrado pela existência de cinco doutrinas ou entendimentos diferentes que se propõem a defini-la: a Doutrina da propriedade fiduciária, a Doutrina da deixa separada do usufruto e de propriedade de raiz ou nua propriedade, a Doutrina da dupla disposição a termo inicial e final, a Doutrina da disposição sujeita a condição irretroativa, e, por fim, a Doutrina da devolução indireta a favor do fideicomissário⁴⁴.

1. Doutrina da Propriedade Fiduciária

A doutrina em apreço sustenta que a substituição fideicomissária se traduz numa relação fiduciária, isto é, numa relação obrigacional entre o fiduciário e o fideicomissário. Por conseguinte, o fiduciário teria o dever de entregar o objeto fideicomitido e o fideicomissário teria o direito de exigir a entrega do mesmo.

Contudo, e na linha de pensamento de CARLOS OLAVO e RICCA, não podemos aceitar este entendimento de origem romanística, precisamente porque na substituição fideicomissária a reversão ocorre automaticamente⁴⁵ por força da lei e da morte do fiduciário⁴⁶, não havendo, por conseguinte nenhum dever de entrega ou direito a exigir a mesma. CARLOS OLAVO acrescenta ainda que, em sentido contrário ao postulado por esta doutrina, o fiduciário não se encontra limitado em termos obrigacionais, mas sim em termos reais, na medida em que o encargo de conservar implica a impossibilidade de alienar o objeto fideicomitido.

Destarte, acompanhamos o entendimento de RICCA e CARLOS OLAVO quanto à rejeição desta doutrina com base nas razões explanadas.

⁴⁴ Cfr. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 412.

⁴⁵ Tal configuração automática é, segundo RICCA, típica do direito germânico. RICCA, Cfr. “Fedecomesso (Diritto Civile)”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVII, Dir. Francesco Calasso, Giuffrè, Milano, 1968, p. 121.

⁴⁶ Cfr. LUCETTA DESANTI, *La Sostituzione Fedecommissaria – Per un corso di Eseggi dele fonti del diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 199; e RICCA, *ob. cit.*, p. 121

2. Doutrina da deixa separada de usufruto e da propriedade de raiz ou nua propriedade

De acordo com esta doutrina, a substituição fideicomissária traduzir-se-ia numa deixa separada de usufruto e da propriedade da raiz, em que o testador teria como objetivo atribuir de forma imediata a propriedade bens “a uma pessoa, embora o gozo dos mesmos” fosse “atribuído a outrem”⁴⁷.

Rejeitamos esta doutrina logo à partida porque defendemos⁴⁸ que, apesar de vários Autores considerarem que estas figuras são próximas, tal não significa que sejam coincidentes, sobretudo devido ao facto de o fiduciário ser, ao contrário do usufrutuário, considerado um verdadeiro proprietário do objeto fideicomitado. Neste sentido, não podemos aceitar que a natureza jurídica da figura em estudo passe pela equiparação entre a relação que se estabelece entre o usufrutuário e o radiciário, e o fiduciário e o fideicomissário.

3. Doutrina da dupla disposição (a termo inicial e final)

Os propugnadores desta doutrina entendem que a substituição fideicomissária “tem a natureza de dupla disposição a termo final quanto ao fiduciário, e inicial quanto ao fideicomissário, coincidentes com o momento da morte do primeiro”⁴⁹.

Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, o termo traduz-se numa “cláusula negocial que tem como conteúdo típico a sujeição do início ou da cessação da eficácia do negócio, ou de parte dele, a um facto futuro e certo”, sendo final o termo que determina a cessação da dita eficácia e inicial o que determina o seu início⁵⁰.

De facto, alguns autores como CARLOS OLAVO, acompanham este entendimento, argumentando que o facto de o fideicomitente sujeitar a designação a um evento futuro e incerto faz com que se esteja face a um termo, mesmo que este termo em particular (a morte do fiduciário) seja incerto quanto aos seus efeitos jurídicos.

Todavia, o mesmo Autor ressalta o facto de esta doutrina ser alvo de críticas, das quais se destaca, pela retidão, a que contrargumenta com base na proibição consagrada no art. 2243.º do CCiv. Ora, à luz deste preceito, o testador não pode sujeitar a termo inicial a

⁴⁷ Cfr. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 414.

⁴⁸ A nossa posição sobre esta questão encontra-se devidamente explanada no ponto 6.1.1.1. da presente dissertação.

⁴⁹ Cfr. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 418.

⁵⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edi., Almedina, Coimbra, 2015, p. 527.

instituição de herdeiro ou legatário, sob pena de as cláusulas serem tidas por não escritas, exceto se a disposição versar sobre direito temporário (n.º 2).

Não consideramos que esta seja a perspectiva mais correta para caracterizar a natureza jurídica da substituição, uma vez que, mesmo que tentássemos inserir a substituição fideicomissária na exceção prevista no preceito, teríamos o mesmo resultado inadequado, na medida em que a substituição fideicomissária não se traduz num direito temporário, a propriedade que está afetada à instituição em estudo é que é temporária.

4. Doutrina da disposição sujeita a condição irretroativa

À luz desta doutrina, a substituição fideicomissária “tem a natureza de dupla disposição sujeita a condição irretroativa, respetivamente resolutiva e suspensiva, coincidentes”, isto é, a consideração do fiduciário enquanto tal dependerá da própria morte que despoleta a reversão do objeto fideicomitido para o fideicomissário, e a consideração deste, enquanto tal, estará, por sua vez, dependente da sua sobrevivência face ao fiduciário. É claro que estas condições nunca poderiam ter efeito retroativo, sob pena de se tornarem incompatíveis⁵¹⁵².

Acompanhamos CARLOS OLAVO quando este rejeita a doutrina em apreço, com base no seguinte *iter* argumentativo: em primeiro lugar, a sobrevivência do fideicomissário face ao fiduciário não é suficiente, na medida em que, apesar de o fideicomissário suceder ao fideicomitente, tal como o fiduciário, a verdade é que o primeiro apenas é chamado à sucessão (ou seja, a vocação face a este sujeito só ocorre) depois da morte do fiduciário, pelo que nesse momento o fideicomissário tem ainda de existir e de possuir capacidade sucessória⁵³; o Autor chama ainda a atenção para o disposto art. 2059.º do CCiv., o qual distingue de forma clara a instituição sob condição suspensiva e a disposição a favor do fideicomissário, o que dá, desde logo, a entender que o legislador não considerou que a disposição a favor deste tivesse sujeita a condição suspensiva.

⁵¹ CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, pp. 421 e 422.

⁵² No seio do Direito Italiano, há quem entenda que a substituição se traduz numa condição suspensiva, e há ainda que considera que se trata de uma condição alternativa. Ora, LUCA GHIDONI considera que a primeira tese é justificável e defensável devido ao facto de a substituição ser, de facto, condicionada pela possibilidade de um herdeiro instituído não querer ou não poder aceitar, o que não decorre de uma norma imperativa, mas da própria vontade do testador. Cfr. LUCA GHIDONI, *Commentario del Codice Civile – Delle Donazioni* (artt. 769 – 809), Diretto da Enrico Gabrielli, UTET, Milano, 2014, pp. 394 e 395.

⁵³ *Recorde-se*: a capacidade sucessória traduz-se na idoneidade para ser chamado a suceder, como herdeiro ou legatário, de acordo com o disposto no art. 2033.º do CC.

Mais: a substituição fideicomissária é uma figura anómala, que não encaixa no curso normal do fenómeno sucessório. Tal leva-nos, por um lado, a considerar que a sua análise deve ser o mais cuidada possível e, por outro, tentar definir a sua natureza jurídica, de modo a que seja devidamente adequada e fiel aos seus contornos especiais.

5. Doutrina da devolução indireta a favor do fideicomissário

A doutrina ora em apreço considera que a substituição fideicomissária assenta na devolução direta a favor do fideicomissário, isto é, o fideicomissário sucede ao fiduciário, na medida em que ocupa o lugar por ele deixado à data da sua morte. É pressuposto essencial da vocação indireta o facto de o sucessível não poder ou não querer aceitar, caso em que é substituído por outro, ao qual sucede. Ou seja, o fiduciário sucede ao fideicomitente, e o fideicomissário ao fiduciário, mediante o óbito dos primeiros, sucessivamente.

Facilmente se compreende que isto não corresponde à estrutura da substituição fideicomissária. Como veremos mais à frente, um dos elementos caracterizadores essenciais da substituição fideicomissária é ordem ou vocação sucessiva como anómala face aos demais tipos de vocação. Clarificando, o fideicomissário não sucede ao fiduciário, mas sim ao fideicomitente! Tanto que, como nota OLIVEIRA ASCENSÃO, se o fiduciário não poder ou não quiser aceitar a herança, a substituição converte-se em direta, devolvendo-se a herança ao sujeito que seria fideicomissário no momento da morte do *de cuius* (do fideicomitente).

Recapitulando, face à rejeição de todas as doutrinas apontadas, facilmente se compreende que da mesma resulta o nosso entendimento de que a natureza jurídica da substituição fideicomissária se traduz na **vocação sucessiva**, isto é, a ordem sucessiva pela qual são chamados à sucessão os dois sujeitos que sucederam simultaneamente ao *de cuius*.

Uma vez apreciadas as várias doutrinas que se propõem a definir a natureza da figura em estudo e da nossa tomada de posição, cumpre analisar o fundamento subjacente ao fideicomisso.

Segundo CARLOS OLAVO, o “interesse que as substituições fideicomissárias prosseguem é o de permitir que o testador, atribuindo os bens a certa pessoa, assegure a eventual sucessão de outrem”⁵⁴.

⁵⁴ CARLOS OLAVO, “Substituição fideicomissária”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Est. Organizados por António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa, Vol. I, Almedina, Coimbra, p. 408.

Este interesse decorre, em primeira linha, da “liberdade de testar”, ou seja, da liberdade que o fideicomitente tem de dispor sobre a sua propriedade privada da forma que entender. Na linha de pensamento de OLIVEIRA ASCENSÃO⁵⁵, e tendo em apreço que o testamento é o “negócio jurídico por excelência” devido ao papel importantíssimo assumido pela vontade do testador, podemos afirmar que este possui, tal como qualquer contraente, uma ampla liberdade de contratar e de fixar o conteúdo dos contratos que celebra, dentro das condições que entender, com respeito pelos limites fixados na lei, o que se designa por princípio da autonomia privada, na sua vertente da liberdade contratual, tal como consagrado no art. 405.º do CCiv. Sendo o testamento um negócio jurídico, aplica-se, na senda do pensamento de OLIVEIRA ASCENSÃO que acompanhamos, subsidiariamente, a parte geral ou a teoria geral do negócio jurídico⁵⁶.

Em segunda linha, e seguindo de perto o pensamento do mesmo Professor, o fundamento da substituição fideicomissária assenta ainda no Direito à Propriedade Privada previsto no art. 62.º da Lei Fundamental. Segundo o Professor, “a admissão da sucessão por morte é uma consequência necessária da admissão de uma propriedade privada”. Com efeito, o próprio reconhecimento da existência da propriedade privada envolve a concessão ao titular de um direito a dispor dela da forma que bem entender, dentro dos limites fixados na lei, como o será um testamento cujo fim não seja “contrário à lei”, “à ordem pública ou aos bons costumes”, como determina o art. 2186.º do CCiv.

Em suma, podemos afirmar que o fundamento da substituição fideicomissária é bifurcado, uma vez que assenta no reconhecimento de uma propriedade privada e, por conseguinte, na liberdade de testar, *maxime* na liberdade contratual.

Nas substituições fideicomissárias em especial, e gozando da referida liberdade, o fideicomitente pode fideicomitir tendo por base inúmeras razões (morais, económicas⁵⁷ ou outras). A título de exemplo, o fideicomitente, aqui designado por **A**, pode ter o ensejo de deixar a sua casa a **C**, mas não quer deixar **B**, seu amigo de longa data e consigo residente, desamparado e sem habitação, pelo que decide instituir **B** como fiduciário, podendo este

⁵⁵ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Teoria Geral do Negócio Jurídico e o negócio testamentário”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 873.

⁵⁶ Para mais desenvolvimentos V. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria do ...*, *ob. cit.*, pp. 871-885.

⁵⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO considera que a substituição fideicomissária possui uma finalidade económica: a de “assegurar que certos bens beneficiem uma pessoa, durante a vida desta, e revertam para um terceiro, após a sua morte”. Cfr. *Direito civil ...*, *ob. cit.*, p. 223.

residir na dita casa como verdadeiro proprietário, conservando-a, até à sua morte, momento em que reverterá para C, o verdadeiro e final beneficiário.

CAPÍTULO III – A substituição Fideicomissária como disposição privativa do Testamento?

O artigo 2286.º do CCiv. define a substituição fideicomissária nos seguintes termos: “Diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição”.

O legislador, ao referir apenas o testador, leva a crer que a substituição fideicomissária como disposição de carácter patrimonial é privativa ou exclusiva do testamento. Ou seja, que apenas é possível fideicomitir através do testamento. Será assim?

Cumprе recordar algumas noções.

O Direito das Sucessões, regulado no livro V do Código Civil, tem como pressuposto a morte de um sujeito. Esta vicissitude da vida que corresponde à extinção da personalidade jurídica (art. 68.º do CCiv.) dá lugar a uma “crise nas relações jurídicas” de que o sujeito era titular e que devem sobreviver-lhe. A partir do momento em que as relações se desligam do primeiro sujeito e se ligam a um novo, ocorre um conjunto complexo de factos a que chamamos “fenómeno sucessório ou fenómeno da sucessão por morte”⁵⁸, regulado no art. 2024.⁵⁹ do CCiv. Deste modo, a lei visa dar continuidade⁶⁰ à vida social e negocial do *de cuius*.

A sucessão pode ser singular ou universal: no primeiro caso envolve o legado, ou seja, a transmissão de uma situação ou bem determinado, ao passo que o segundo caso respeita à transmissão de uma situação indeterminada, a uma universalidade ou fração desta. É ainda distinta consoante os factos designativos subjacentes, enunciados pelo artigo 2026.º, e que são a lei, o testamento e o contrato. Nos artigos seguintes encontramos os vários tipos de sucessão: a sucessão legal (prevista nos arts. 2027.º e 2131.º a 2167.º) que se subdivide

⁵⁸ Cfr. F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, edição policopiada, Coimbra, 1992, p. 2 e 3.

⁵⁹ “Diz-se sucessão chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e consequente devolução dos bens” que pertenciam à autora da herança.

⁶⁰ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito ...*, *ob. cit.*, p. 11 e 12.

em sucessão legítima⁶¹ e legitimária⁶²; a sucessão testamentária (prevista nos arts. 2179.º a 2334.º⁶³) e, por último, a sucessão contratual (prevista nos art. 2028.º do CCiv.).

O fenómeno sucessório é, assim, composto por três momentos essenciais e quatro momentos eventuais. Os momentos essenciais são a abertura da sucessão, a vocação sucessória e a aquisição sucessória, sendo que a respeito da substituição fideicomissária iremos, mais à frente, incidir em particular sobre o momento da vocação uma vez que neste a substituição fideicomissária possui contornos específicos. Os momentos eventuais, por sua vez, são a petição, a alienação, a administração, a liquidação e a partilha, sendo que os últimos três devem ser considerados uma vez que, geralmente, a herança necessita de ser liquidada e partilhada, o que pressupõe a administração da mesma até à ocorrência destes momentos.

1. A Substituição fideicomissária no Testamento

Retomando a *vexata quaestio* em discussão, o negócio jurídico *mortis causa* subjacente à designação testamentária é o Testamento. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, este consiste no “negócio jurídico unilateral pelo qual alguém procede a disposições de última vontade”⁶⁴. É caracterizado com base em nove caracteres: trata-se de um negócio jurídico *mortis causa*, unilateral, não receptício, formal, pessoal, singular, livremente revogável, gratuito e um negócio de orientação subjetivista⁶⁵:

Configura um negócio *mortis causa*⁶⁶, uma vez que só produz os seus efeitos depois da morte do testador. Até este momento o testador pode livremente revogar o seu testamento, o que também caracteriza este facto designativo, e o herdeiro ou legatário possui, tão-só,

⁶¹ Título II do Livro V.

⁶² Título III do Livro V.

⁶³ Título IV do Livro V.

⁶⁴ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, pág. 43. Seguindo de perto o pensamento de FERNANDO NETO FERREIRINHA, também preferimos esta noção porque consideramos que a mesma é a mais adequada por envolver, numa única frase, os caracteres que caracterizam o testamento de forma explícita ou implícita sem negligenciar a possibilidade de o mesmo poder conter disposições de carácter não patrimonial. V. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 261.

⁶⁵ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 167-172.

⁶⁶ Nas palavras de CAPELO DE SOUSA, o testamento é o “mais puro negócio *mortis causa*”, uma vez que só produz efeitos depois da morte do testador e é livremente revogável até tal momento. Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 167.

uma expectativa de facto⁶⁷, pelo que só depois da morte do testador é que o herdeiro ou legatário passa a possuir um direito subjetivo sobre os bens deixados⁶⁸.

Trata-se de um negócio jurídico *unilateral* porque apenas possui uma declaração de vontade, constituindo, assim, um ato jurídico dentro da categoria dos negócios jurídicos⁶⁹. Apesar disso, CAPELO DE SOUSA e OLIVEIRA ASCENSÃO consideram que, e nas palavras do primeiro, “não estamos perante um simples ato jurídico” devidos aos interesses que enseja proteger. Assim, aplicam-se as regras dos negócios jurídicos, previstas nos arts. 217.º e segs. do CCiv. É ainda, segundo CAPELO DE SOUSA, uma das situações “ressalvadas no art. 457.º” do CCiv. Ora, segundo este preceito, a promessa unilateral (ou seja, o negócio jurídico unilateral porque constituído por uma declaração de vontade) só obriga nos casos previstos na lei, designadamente no caso do testamento cuja definição com referência ao seu carácter unilateral consta do art. 2179.º do CCiv.

É um negócio jurídico unilateral *não receptício* porque a declaração não tem de ser dirigida e levada ao conhecimento do destinatário para produzir os seus efeitos⁷⁰.

Consequentemente, é um negócio *formal* porque a lei não o sujeita ao princípio da liberdade de forma previsto no art. 219.º do CCiv. Destarte, o testamento deve revestir uma das formas comuns previstas nos arts. 2204.º e segs., designadamente a forma do testamento público ou do testamento cerrado⁷¹, ou uma das formas especiais previstas nos arts. 2210.º e segs. do CCiv., sendo que estas últimas apenas podem ser usadas em circunstâncias “anómalas, em que não é possível recorrer a um cartório notarial e o testador se encontre perante certo perigo”⁷². Segundo CAPELO DE SOUSA, a exigência de uma forma especial compreende-se devido à “elevada ponderação de que deve rodear-se o testador, protegendo-

⁶⁷ Cfr. JORGE PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 373.

⁶⁸ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 167; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra 2015, p. 219.

⁶⁹ Em sentido contrário V. CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ob. cit.*, p. 220.

⁷⁰ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 168.

⁷¹ FERNANDO NETO FERREIRINHA acrescenta uma terceira forma comum de testamento: *o testamento internacional*. Trata-se do testamento que é “escrito pelo testador ou por terceiro em qualquer língua, à mão ou por outros meios, elaborado nos moldes dos arts. 2.º a 6.º da Lei Uniforme sobre a Forma de Um Testamento Internacional, aprovada pela Convenção de Washington de 26 de outubro de 1973”, o qual tem de ser aprovado pelo notário. Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 268. Portugal aderiu à referida Convenção por meio do DL n.º 252/75, de 23 de maio. Posteriormente designou, por meio do DL n.º 177/79, de 7 de junho, as pessoas habilitadas a tratar das matérias relativas ao testamento internacional no respetivo território, as quais são: os notários e agentes consulares portugueses em serviço no estrangeiro. Esta designação deriva da exigência feita pelo art. II do anterior DL, a qual determina que cada parte contratante deve designar as pessoas habilitadas a tratar das matérias relativas ao testamento internacional no respetivo território.

⁷² Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 193.

o contra a própria precipitação”, para além de ser uma forma de facilitar a identificação do testamento e do seu conteúdo por meio dos devidos mecanismos administrativos, precisamente porque produz efeitos na esfera jurídica de terceiros.

Segundo o nosso entendimento, a formalidade é imprescindível e ocupa um lugar de extrema importância sobretudo relativamente nas formas comuns que o mesmo pode assumir à luz do art.2204.º: público e cerrado. O testamento público é aquele que é exarado pelo notário no seu livro de notas, de acordo com o art. 2205.º do CCiv., ao passo que o testamento cerrado é aquele que é escrito e assinado pelo testador (ou por outra pessoa a rogo) e que é aprovado, posteriormente, pelo notário por meio do instrumento de aprovação nos termos do art. 106.º e segs. do CN. Ora, ambos passam pelo crivo da legalidade exercido pelo notário o que acarreta, de forma automática, certeza e segurança jurídica, pese embora o crivo referido seja muito mais significativo no testamento público, pois no testamento cerrado o Notário apenas redige o Instrumento de Aprovação. Submeter o testamento a este tipo de formalidade implica o ensejo de alcançar estas máximas e permite a proteção do testador perante terceiros, perante a lei e sobretudo perante ele próprio, uma vez que o notário aconselhará o testador da forma mais correta e justa possível, não se intrometendo no conteúdo, mas garantindo que este não desrespeita a lei e de que o testador compreende de forma cabal o conteúdo do seu testamento, esclarecendo todas as suas dúvidas.

Contudo, estamos em crer que a identificação dos testamentos referida por CAPELO DE SOUSA não é tão fácil ou eficaz como seria suposto, devido ao facto de ainda se verificar a existência de certas situações como a que passamos a exemplificar: **A**, de 80 anos, decide fazer um testamento num cartório notarial em Braga; meses mais tarde, arrependendo-se das decisões tomadas no mesmo, decide fazer outro testamento num cartório notarial no Porto; depois, passados mais alguns meses volta a mudar de ideias e decide dirigir-se a um outro cartório notarial sito em Aveiro para que este lavre outro testamento. Pressupondo que **A** não informou os notários que lavraram o segundo e terceiro testamento da existência dos anteriores, e que apenas disse à sua filha, **B**, que tinha feito um testamento em Braga, é claro que **B**, aquando a morte da sua mãe, vai dirigir-se ao primeiro cartório notarial. O problema é que este testamento já não corresponde à última vontade do testador (*in casu*, da testadora) que constitui o valor principal a proteger. É caso para dizer, *quid iuris?*

Sabemos que o testamento é livremente revogável e que o testador pode fazê-lo de modo expresso ou tácito, isto é: se, declarar num outro testamento ou escritura pública de revogação que o conteúdo deste revoga em todo ou em parte o anterior, o testador está a revogar o testamento de forma claramente expressa; se, pelo contrário, o conteúdo deste último testamento for, em todo ou em parte, incompatível com o anterior, ou tiver como objeto a alienação, *inter vivos*, no todo ou em parte a coisa legada, já estaremos perante uma revogação tácita (como resulta dos arts. 2312.º, 2313.º e 2316.º do CCiv.)⁷³. O testamento revogado pode recuperar a sua força se o testador declarar, no último testamento, que é da sua vontade a revitalização das disposições constantes do primeiro, nos termos do art. 2314.º, n.º 2 do CCiv. Isto no que respeita ao testamento público, ou seja, aquele que é “exarado pelo notário no seu livro de notas”. O testamento cerrado é, normalmente, revogado por meio da sua destruição ou inutilização, apelidado por alguns autores de revogação real.

FERNANDO NETO FERREIRINHA considera (e bem, segundo o nosso entendimento) que apesar desta expressão, esta forma de revogação é tácita uma vez que o testador demonstra a sua vontade de forma indireta, v. g. incendiando o testamento. O que parece também resultar do disposto no art. 2315.º do CCiv. Por último, sabemos que cada cartório possui um índice privativo no qual são inscritos os testamentos públicos, escrituras de revogação, instrumentos de aprovação, depósito e abertura de testamentos cerrados e internacionais nos termos dos arts. 25.º, n.º1 e 2 e 26.º do CN; e que os notários devem⁷⁴ remeter para a Conservatória dos Registos Centrais a informação constante nesses índices cujos atos tenham sido celebrados no mês anterior e a identificação do testador ou interveniente, sendo que estas informações se destinam a compor o índice geral dos testamentos, previsto no art. 188.º, n.º1, al. a) do CN. Contudo, a verdade é que, retomando o exemplo, **B** ainda não tem como saber que a sua mãe possui outros dois testamentos, mesmo tendo em apreço a obrigação que assiste ao notário de abertura oficiosa do testamento nos termos do art. 115.º do CN quando tenha conhecimento do falecimento de alguém cujo testamento se encontra no seu cartório⁷⁵. Até porque, em grandes centros populacionais é impossível ter conhecimento de todos os falecimentos.

Deste modo, colocam-se três problemas: em primeiro lugar, os notários não têm como saber da existência de outros testamentos no caso de o testador os omitir ou mentir

⁷³ Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 270.

⁷⁴ Este dever resulta da al. a), n.º 1 do art. 187.º do Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro.

⁷⁵ Por todos, V. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 261 e segs.

sobre a sua existência; em segundo lugar, se o testador não informar os seus familiares da existência de todos os testamentos, o familiar que pretender requerer a abertura de testamento vai dirigir-se ao cartório onde se encontra o único testamento de que tem conhecimento, pelo que não sendo o último, a vontade última do testador ficará por respeitar; em terceiro e último lugar, não se justifica (esta apreciação é mais próxima de uma crítica do que propriamente a verificação da existência de um problema, embora se trate de um) que, em pleno século XXI caracterizado pela dinâmica eletrónica a nível estadual, não haja uma comunicação a este nível entre os notários, e entre as conservatórias dos registos centrais e os notários.

FERNANDO NETO FERREIRINHA, tendo em vista a resolução dos três primeiros problemas propôs, de forma brilhante a seguinte solução que acompanhamos: “melhor seria que *a lei fosse alterada no sentido da Conservatória do Registo Civil*⁷⁶, detentora do assento de nascimento de alguém que morre ou é declarado presumivelmente morto, *ser obrigada a comunicar o facto à Conservatória dos Registos Centrais*⁷⁷, onde se encontra o índice geral de testamentos”, e esta, por sua vez, “verificaria se o *de cuius* deixou testamento e, em caso afirmativo, comunicaria o facto ao cartório que o lavrou, tratando-se de testamento público, ou que o tem depositado, sendo cerrado”. Neste caso, ainda segundo o autor “o cartório já poderia facilmente desencadear o procedimento estabelecido no citado art. 115.º, alterando-se, em concordância, o disposto no art. 187.º, n.º1, al. a) do CN”⁷⁸. Trata-se de uma solução simples, realista e que vai de encontro às necessidades e preocupações demonstradas⁷⁹.

Se assim fosse, **B** saberia qual tinha sido o último testamento lavrado e em que cartório. Como não é assim, por enquanto, **B** não saberia e a última vontade de **A**, testadora, não seria respeitada⁸⁰! Por todo o exposto, acompanhamos FERNANDO NETO

⁷⁶ Itálico nosso.

⁷⁷ Itálico nosso.

⁷⁸ Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 279.

⁷⁹ Deve ter-se em apreço o seguinte: o Notário está, ao abrigo do disposto no art. 134.º do CN, obrigado a comunicar determinados factos a outros cartórios, como será o caso de revogação parcial ou total de um testamento. Mas, este mecanismo só funciona se o testador informar o notário de que já fez um ou mais testamentos noutros cartórios notariais e precise os mesmos.

⁸⁰ Note-se, contudo, que é possível pedir aos Registos Centrais informação sobre a existência ou inexistência de um ou mais testamentos feitos por alguém em concreto, desde que se verifique a existência do assento de óbito da mesma. Aliás, este pedido de informação (e ainda o relativo a instrumentos de aprovação, de depósito ou abertura de testamentos cerrados e internacionais, escrituras de revogação de testamentos, de renúncia ou repúdio de herança ou legado) pode ser feito online nos termos da recente Portaria 182/2017 de 31 de maio.

FERREIRINHA na solução apresentada e aproveitamos para reafirmar a necessidade de consagração da mesma.

Para terminar esta característica da formalidade, cumpre acrescentar que o testamento cerrado necessita obrigatoriamente de ser aprovado pelo notário nos termos do art. 106.º e segs. do CN, pelo que não são admitidos no Direito Português os chamados testamentos nuncupativos, que se caracterizam pela manifestação oral da vontade do testador, perante seis testemunhas, os testamentos hológrafos (meros escritos sem qualquer autenticidade), o codicilo a que já nos referimos, o testamento particular aberto, e o testamento *per relationem* que se caracteriza pela disposição que depende de instrução ou recomendação feitas a outrem secretamente ou faz referência a documentos não autênticos, ou não escritos, assinados pelo testador em data anterior ao do testamento ou contemporânea desta, nos termos do art. 2184.º do CCiv. Estes testamentos são nulos ao abrigo do art. 220.º por não respeitarem a formalidade exigida pela lei⁸¹.

É um negócio *pessoal*. Desta característica podemos retirar três⁸² sentidos:

Primo, significa que a declaração de vontade deve ser feita pelo disponente e apenas por ele, pelo que não pode ser representado, nem por simples núncio, tal como dispõe o art. 2182.º, n.º 1 do CCiv., embora hajam negócios de natureza pessoal em que se admite a representação, designadamente o casamento (art. 1620.º do CCiv.). Tal decorre do respeito pela autonomia e dignidade humana do testador, o que faz com que ato de testar seja “pessoalíssimo”, segundo CAPELO DE SOUSA⁸³.

Secundo, “significa que a expressão da vontade da pessoa tem de ser integral”.

Tertio, o ato de testar não pode (nem deve) ficar dependente do arbítrio de outra pessoa;

Todavia, encontramos dois grupos de situações que contornam ou excecionam este princípio da pessoalidade do testamento. Ora, em primeiro lugar temos as limitações previstas nos arts. 2182.º, n.º1 e 2183.º do CCiv⁸⁴ que permitem ao testador cometer a um terceiro a repartição da herança ou legado, quando o testador institua ou nomeie uma

⁸¹ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 187.

⁸² GUILHERME DE OLIVEIRA apenas identifica dois sentidos. Contudo, acompanhamos CAPELO DE SOUSA e FERNANDO NETO FERREIRINHA na identificação de três sentidos, devido à pertinência do terceiro. GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 123. V. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 168; e FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 264.

⁸³ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 168.

⁸⁴ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 123.

generalidade de pessoas (al. a) do n.º2 do art. 2182.º), a nomeação do legatário entre as várias pessoas determinadas (al. b)) e ainda, a escolha da coisa legada (n.º1 do art. 2183.º do CCiv.). Esta última tarefa pode ser encarregada a um terceiro, a um legatário ou onerado, e implica uma reserva: a escolha da coisa legada fica à justa apreciação do sujeito que o testador encarregar desde que este indique o fim do legado e seu o género ou espécie. Nesta medida, a última limitação distingue-se das outras duas quanto aos aspetos referidos, sendo mais ampla no que respeita aos sujeitos que o testador pode encarregar, sem prejuízo da natureza eminentemente pessoal do testamento. Nas situações descritas, segundo o n.º 3 do art. 2182.º do CCiv., qualquer interessado pode requerer ao tribunal a fixação de um prazo para a repartição da herança ou para a nomeação de legatário, sob pena de a repartição ser encarregue a uma pessoa designada pelo tribunal no primeiro caso, ou de a distribuição ser feita pelas pessoas determinadas pelo testador de forma paritária, isto é, em porções iguais.

Em segundo lugar, esta característica tem como exceções as substituições pupilares e quase-pupilares segundo OLIVEIRA ASCENSÃO⁸⁵ e FERNANDO NETO FERREIRINHA⁸⁶, uma vez que nestas o testador institui herdeiros e legatários ao seu filho. É temerário dizer que testa pelo filho, mas, a verdade é que ocupa o seu lugar e expressa a sua vontade, substituindo-o.

É um negócio *singular* na medida que no mesmo ato apenas pode testar uma pessoa, mesmo que as várias pessoas que querem testar juntas o façam em proveito recíproco ou de terceiro, segundo o art. 2181.º do CCiv. Esta regra afasta os chamados testamentos de mão comum ou coletivos, nulos por força do art. 294.º do CCiv. O objetivo do legislador é evitar o conhecimento precoce do conteúdo do testamento e o exercício de influência sob os demais testadores, e, ainda, garantir a livre revogabilidade do testamento⁸⁷.

No entanto, e na linha do que já afirmamos, esta característica não impede a feitura de testamentos recíprocos ou favor do mesmo sujeito ou sujeitos. Ou seja, o conteúdo pode ser igual desde que o ato seja feito apenas por um testador de forma isolada, *v.g.* a feitura, por um casal, de dois testamentos cujo conteúdo se resume à deixa da quota disponível da massa da herança.

É ainda, como já temos vindo a afirmar, *livremente revogável*, o que decorre da noção plasmada pelo legislador no art. 2179.º do CCiv., da própria natureza do testamento

⁸⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 49-51.

⁸⁶ Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 265.

⁸⁷ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 169.

como ato de última vontade e do regime da revogação do testamento que, no art. 2311.º expressamente proíbe a renúncia da faculdade de revogar o testamento. Isto quer dizer que, até à sua morte, o testador pode revogar ou alterar o testamento sem restrições, à exceção da disposição cujo conteúdo constitua uma perfilhação, uma vez que esta nunca poderá ser revogada nos termos do art. 1858.º do CCiv. e se ainda se encontrar no uso pleno das suas faculdades mentais.

Trata-se de um negócio jurídico *gratuito* porque o testador atua com um intuito altruísta ou liberal, isto é, “tem a consciência e a vontade negocial de dar uma vantagem sem receber uma contrapartida”⁸⁸. Nem toda a doutrina identifica esta nota como sendo característica do testamento, porque coloca algumas reservas. Ora, em termos rigorosos é óbvio que se trata de um ato gratuito, mas isso não significa que o testador não atue com intuito de receber uma contrapartida em vida. Mas, tais intuítos são, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, “estranhos ao conteúdo do negócio”, e inserem-se na vontade do testador que, não ofendendo os bons costumes e ordem pública, não afetam a consideração deste ato como gratuito. Até porque, na maioria das vezes, esses motivos não chegam a ser conhecidos.

É um negócio de *orientação subjetivista* nas palavras de CAPELO DE SOUSA. Opõe-se à expressão usada por PEREIRA COELHO⁸⁹, nomeadamente: “negócio estranho ao comércio jurídico”, mas querem dizer a mesmíssima coisa: a natureza da expressão de última vontade afasta este negócio dos demais negócios jurídicos que, segundo CAPELO DE SOUSA, são dominados por uma orientação objetivista, protetora da confiança do destinatário e dos interesses gerais da contratação. De acordo com esta orientação subjetivista, um dos quatro elementos⁹⁰ que se tem em apreço na interpretação dos

⁸⁸ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 122.

⁸⁹ Cfr. F. M. PEREIRA COELHO, *ob. cit.* p. 237.

⁹⁰ Cfr. Art. 2187.º do CCiv. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA identificam as “quatro coordenadas fundamentais através das quais a lei define a interpretação da disposição testamentária”:

- 1) A orientação subjetivista a que já nos referimos;
- 2) O facto de se considerar o testamento “não só como um negócio formal, mas também como um ato de disposição global da herança”, sendo que “é no conjunto das disposições” que o testador pretendeu incluir no testamento que se deve centrar o intérprete;
- 3) O facto de se possibilitar (nos termos do n.º 2 do citado art. 2187.º) o uso de prova complementar para interpretar a vontade ou intenção do testador e a busca por auxílio em elementos estranhos ao testamento que sejam esclarecedores do seu conteúdo;
- 4) E, por fim, a seguinte limitação: “a vontade real do testador, para valer como sentido relevante da disposição, há-de ter no contexto desta um mínimo de correspondência, posto que imperfeitamente expressa”.

testamentos é a vontade ou intenção do testador, afastando-se assim dos negócios de orientação objetivista, uma vez que, neste negócio jurídico o interesse protegido é sobretudo do testador, sendo até considerado egoísta, o que choca com as disposições altruístas que compõem o seu conteúdo⁹¹.

Expostas as características essenciais do testamento, cumpre responder à questão inicial: apesar de o art. 2286.º dar a entender que a substituição fideicomissária é privativa do testamento, a verdade é que a mesma pode estar presente em convenção antenupcial e nas doações, pelo que não é privativa da sucessão testamentária.

2. *A substituição fideicomissária na Sucessão Contratual*

Traduz-se na possibilidade de instituição da substituição fideicomissária na sucessão contratual, ou melhor, na inclusão na convenção antenupcial de uma disposição por morte considerada lícita nos termos do n.º 2 do art. 1700.º do CCiv. De acordo com FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, a convenção antenupcial traduz-se no “acordo entre os nubentes destinada a fixar o seu regime de bens” e constitui um contrato acessório do casamento. Daí que a celebração posterior de um casamento válido constitua “condição legal de eficácia da convenção antenupcial”⁹².

A convenção antenupcial é norteadada por dois princípios: o princípio da liberdade e o princípio da imutabilidade. De acordo com o primeiro, os nubentes podem escolher um dos regimes de bens previstos na lei (regime de separação de bens ou regime de comunhão geral), incluir cláusulas de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial que entenderem e criar um regime de bens misto à luz do art. 1698.º, dentro dos limites fixados na lei elencados no art. 1699.º do CCiv. De acordo com o segundo princípio, não é permitida a alteração das convenções antenupciais e dos regimes de bens legalmente fixados depois da celebração do casamento, tal como dita o n.º 1 do art. 1714.º, do CCiv. Em caso de ausência, caducidade, invalidade ou ineficácia de convenção antenupcial, o regime de bens supletivo aplicável é o regime de comunhão de bens adquiridos⁹³⁹⁴.

Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria V. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 303 e segs.; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Teoria ...*, *ob. cit.*, pp. 871 – 886.

⁹¹ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 171 e 172.

⁹² Cfr. F. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 484.

⁹³ Regulado a partir do art. 1721.º do CCiv.

⁹⁴ Apesar do disposto, a verdade é que esta característica da imutabilidade que remonta ao Direito Romano, tem sido abandonada pela maioria dos sistemas jurídicos europeus. Países como a França, Espanha, Bélgica e Itália consagram, hoje, a regra da mutabilidade da convenção e/ou do regime de bens dentro de certos limites.

Ora, a substituição fideicomissária pode ser estabelecida em convenção antenupcial nos termos do art. 1700.º, n.º 2, uma vez que o preceito referido considera como lícitas certas disposições por morte, entre as quais a substituição fideicomissária, pese embora a proibição dos pactos sucessórios que vigora no Direito Português. Nesta medida, a substituição fideicomissária presente em convenção antenupcial configura uma exceção ao princípio da proibição dos pactos sucessórios proclamado no art. 2028.º do CCiv., o que se justifica com base na ideia de *favor matrimonii* ou *princípio de favorecimento do casamento*.

A sucessão contratual é, a par da sucessão testamentária, uma subespécie da sucessão voluntária que se caracteriza pelo facto de a sucessão *mortis causa* resultar de um ato voluntário do autor. Possui um carácter excepcional e decorre, segundo CAPELO DE SOUSA, “do contrato de doação *mortis causa*”. Contudo, o art. 2028.º, n.º 2 proíbe, como já referimos, a celebração de contratos ou pactos sucessórios antes da abertura da sucessão⁹⁵, à exceção das situações taxativamente previstas na lei, designadamente, no art. 1700.º. Ao contrário das disposições tidas como lícitas pela lei no n.º 1 que se caracterizam pela irrevogabilidade após a aceitação nos termos do art. 1701.º e 1705.º, n.º 1, salvo mútuo acordo dos contraentes no sentido da revogabilidade do contrato ou pacto, as cláusulas de reversão ou fideicomissárias são livremente revogáveis nos termos do art. 1707.º do CCiv., provavelmente devido à sua natureza testamentária prevista nos arts. 2286.º e segs. do CCiv. que regulam o regime da substituição fideicomissária.

A este nível não se colocam dificuldades, pelo que a substituição fideicomissária vale nos termos em que é regulada nos preceitos referidos, sem necessidade de correções.

Em Portugal também já se discute a possibilidade de consagração do princípio da mutabilidade. V. Para mais desenvolvimentos: RICARDO MONTEIRO OLIVEIRA, *O princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens legalmente fixados – Algumas considerações sobre um princípio em declínio*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Cfr. F. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 499 e 500.

⁹⁵ A abertura da sucessão ocorre no momento da morte do seu autor ou no lugar do último domicílio deste (art. 2031.º e 82.º do CCiv.). Tendo a abertura da sucessão como evento central, CAPELO DE SOUSA distingue dois momentos: antes ou depois da abertura da sucessão. No momento anterior à abertura, é proibida a celebração de qualquer contrato ou pacto sucessório nos termos que indicamos. Todavia, depois da abertura da sucessão, é possível renunciar à sucessão de pessoa viva, dispor da própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda que não aberta nos termos do art. 2028.º, n.º 1 do CCiv. Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 46 – 50.

3. A substituição fideicomissária na Doação

De acordo com o n.º 1 do art. 962.º do CCiv. “são admitidas substituições fideicomissárias nas doações”, às quais se aplica o regime postulado nos arts. 2286.º e segs. do mesmo diploma com as necessárias correções.

Esta aplicabilidade levanta algumas dúvidas, uma vez que a substituição fideicomissária ocorre num momento posterior à morte do fideicomitente, ao qual sucedem o fiduciário e o fideicomissário, mas parece que esta exigência não se coloca quanto às substituições fideicomissárias nas doações, caso contrário não haveria necessidade de fazer uma doação, bastava proceder à feitura de um testamento. Apesar de lei frisar que a aplicabilidade deve ser feita com alguma cautela, procedendo-se às devidas correções, a verdade é que fica em aberto as seguintes questões: é necessária a morte do fideicomitente para que se esta figura se ative? Se considerarmos que não, tal desenho não ferirá o reduto da substituição fideicomissária?

Afinal, a doação configura um negócio jurídico *inter vivos*, que pressupõe a aceitação do donatário durante a **vida** do doador, sob pena de caducidade (de acordo com o art. 945.º do CCiv.), pese embora a tradição da coisa (ou do seu título representativo) seja tida como aceitação (à luz do n.º 2 do preceito enunciado), opondo-se, assim ao desenho que traçamos da substituição fideicomissária que depende da morte do fideicomitente para que os bens entrem na esfera jurídica do fiduciário.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA consideram que a aceitação da doação por parte do donatário “está sujeita à regra do art. 2294.º” de acordo com a qual o fideicomissário não pode aceitar antes da devolução da herança, sendo que esta se “afasta do princípio geral de que as doações têm de ser feitas em vida do doador (art. 945.º, n.º 1)”. Mais afirmam que, conseqüentemente, “em vida do doador, tem de ser aceite apenas a doação pelo fiduciário, relativamente à qual a substituição representa um simples encargo”⁹⁶. Ou seja, de acordo com o entendimento dos Professores, aplica-se tanto o art. 945.º (que exige a aceitação da doação em vida do doador) como o art. 2294.º que proíbe o fideicomissário de aceitar a herança antes de esta lhe ser devolvida, porque a única aceitação que se exige é a do fiduciário, adaptando-se, assim, o regime da substituição fideicomissária ao regime jurídico da doação.

⁹⁶ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, vol. II, p. 257.

Com todo o respeito, não concordamos com esta “correção”, porque a substituição fideicomissária pressupõe a vocação sucessiva do fiduciário e fideicomissário, isto é, o fideicomissário não sucede ao fiduciário, mas sim ao fideicomitente juntamente com o fiduciário. Destarte, por um lado, ao aceitarmos esta correção, que é permitida pela letra do n.º 2 do art. 962.º, estamos a descaracterizar em demasia a figura da substituição fideicomissária e, por outro, se tivermos em apreço a exigência do fiduciário de aceitar a doação em vida do doador, chegamos à conclusão de que tal situação também não é compatível com o regime da substituição fideicomissária que pressupõe a morte do fideicomitente. Deste modo, consideramos que o fiduciário não pode nem deve aceitar em vida do fideicomitente⁹⁷.

A comissão revisora do Código Civil⁹⁸, designadamente VAZ SERRA colocou a problema da amplitude do fideicomisso, ou seja, se o código civil português devia permitir mais algum termo para além da morte do testador⁹⁹ e acabou por manter o regime que já se encontrava previsto no código civil anterior, pelo que é seguro concluir que o único termo permitido é a morte do fideicomitente. Portanto, a sucessão do próprio fiduciário depende, como dissemos, da morte do fideicomitente. Depois, coloca-se ainda as seguintes questões: e se o doador sobrevive ao fiduciário? Suspende-se a substituição até que morra o doador? A resposta é negativa, a nosso ver.

Deste modo, consideramos que a substituição fideicomissária instituída pela ou na doação é inútil e incorreta, pelo que se deve proceder a uma alteração legislativa, devido a três ordens de razões:

Em primeiro lugar, como já o afirmamos, o único termo que ativa a substituição fideicomissária é a morte do fideicomitente, pois, caso assim não fosse, seria possível a ocorrência de situações bizarras, como o seria aquela em o doador sobrevive ao fiduciário como nota OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁰⁰.

⁹⁷ Na verdade, esta aplicação não é inócua. Tem um campo de aplicação na vida prática e não coloca grandes problemas, apesar da incompatibilidade entre as duas figuras, mesmo fazendo todas as correções possíveis.

⁹⁸ Na Ata n.º 10 – Sessão de 25 de janeiro de 1957. V. *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões do Futuro Código Civil Português*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 133, Lisboa, 1964, p. 170.

⁹⁹ À semelhança do código civil suíço.

¹⁰⁰ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, ob. cit., p. 233.

Em segundo lugar, o art. 946.º proíbe as doações por morte, pelo que a substituição fideicomissária acabaria por ser considerada uma disposição testamentária, sendo inútil a sua inclusão nas doações;

Por último, devemos atender ao Direito Italiano que inspirou o legislador na construção do nosso Código Civil. O dito Código Civil Italiano proíbe de forma expressa e imperativa as substituições nas doações no artigo 795 §1¹⁰¹, exceto se as mesmas forem instituídas dentro dos casos e limites estabelecidos por atos de última vontade, designadamente por meio do testamento. Sendo assim, a substituição ocorre dentro dos trâmites concordantes com a sua natureza jurídica e que a definem¹⁰², o que pressupõe a morte do fideicomitente e a morte do fiduciário para que ocorra a reversão. Segundo LUCA GHIDONI, o propósito desta norma é, precisamente, evitar que sejam praticados atos proibidos à luz do Direito Sucessório por ato entre vivos¹⁰³, como forma de contornar as restrições e limites impostos, *in casu*, à substituição fideicomissária.

Na nossa prespetiva, toda esta confusão seria evitada com a simples exclusão do preceito referido ou com a sua reformulação no sentido de proibir, à semelhança do que se encontra disposto no Código Civil Italiano, as substituições nas doações, a não ser que sejam respeitados os seus regimes jurídicos e limites. O regime adotado no referido país é o que se coaduna, verdadeiramente, com a natureza de ambas as figuras e com o nosso entendimento, uma vez que era a ausência desta factualidade e o carácter *inter vivos* da doação que mais nos repugnava na aplicação pura e simples da substituição fideicomissária nas doações.

Se os sujeitos pretenderem instituir a substituição fideicomissária têm ao seu dispor a sucessão testamentária e a sucessão contratual. Se pretenderem atingir o mesmo propósito da substituição fideicomissária em vida do doador por meio da doação, o doador pode impor ao donatário o encargo de conservar o bem (ou bens) doados e de transmitir estes bens ao

¹⁰¹ O preceito está presente no Livro II, Título V do Código Civil Italiano, e dita, na sua redação original o seguinte:

“Art. 795. *Divieto di sostituzione.*

Nelle donazioni non sono permesse le sostituzioni se non nei casi e nei limiti stabiliti per gli atti di ultima volontà.

La nullità delle sostituzioni non importa nullità della donazione.”

¹⁰² É importante referir o carácter mais restrito que caracteriza a substituição fideicomissária no Direito Italiano. Neste, e após a reforma de 1975, o art. 692.º do Código Civil Italiano que regula a figura em estudo circunscreveu a possibilidade de instituição desta figura nos seguintes termos: só o ascendente em linha reta, pai ou cônjuge do interdito pode constituir como fiduciário o descendente, filho ou cônjuge, o qual tem a obrigação de conservar e restituir os bens fideicomitidos. À morte deste, os bens revertem para uma outra pessoa ou instituição. Cfr. LUCETTA DESANTI, *ob. cit.*, p. 207 e segs.

¹⁰³ Cfr. LUCA GHIDONI, *ob. cit.*, pp. 403 e 404.

terceiro sujeito, apondo ao contrato de doação uma cláusula modal nos termos do art. 963.º do CCiv.¹⁰⁴

Este nosso ponto de vista vai ao encontro do pensamento de certos autores como LOPES PRAÇA, TEIXEIRA DE ABREU e DIAS FERREIRA demonstrado em face do disposto no Código de Seabra, tendo por base o elemento “disposição testamentária” presente na norma definidora da substituição fideicomissária. Com efeito, os autores consideravam que, sendo o testamento um “elemento formal do fideicomisso” não era admissível que uma cláusula de reversão nas doações pudesse ter semelhante natureza.

LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, HINTZE RIBEIRO e CARLOS OLAVO pronunciaram-se no sentido oposto. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES contestou este pensamento tendo em conta a nova redação do revogado art. 1473.º e o direito civil francês e italiano que admitiam a existência da substituição fideicomissária tanto na doação *inter vivos*, como na sucessão testamentária¹⁰⁵, embora o Direito Italiano já não o permita nos dias de hoje, como firmamos. HINTZE RIBEIRO¹⁰⁶ opôs-se veemente, destacando a semelhança entre as cláusulas de reversão e a substituição fideicomissária no que respeita aos efeitos. CARLOS OLAVO, por fim, para além de concordar com o disposto na lei, afirmou ainda que “as cláusulas fideicomissárias revelam uma autonomia que lhes permite ser apostas a diversos tipos de negócios de disposição”¹⁰⁷.

CAPÍTULO IV – Os elementos da Substituição Fideicomissária

Da noção de substituição fideicomissária postulada no art. 2286.º do CCiv. podemos extrair os três elementos que compõem esta figura: a dupla disposição testamentária, o encargo do instituído ou nomeado, e a ordem sucessiva do chamamento. Estes três elementos foram identificados pela doutrina designadamente por LUÍS DA CUNHA GONÇALVES¹⁰⁸ e FERNANDO AGUIAR BRANCO¹⁰⁹. Iremos aproveitar para,

¹⁰⁴ Afastamos a possibilidade de incluir na doação uma cláusula de reversão na doação nos termos do art. 960.º porque esta cláusula visa a possibilidade de a coisa reverter para o doador e não para um terceiro.

¹⁰⁵ Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 152.

¹⁰⁶ *Apud* CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 398.

¹⁰⁷ Cfr. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 399.

¹⁰⁸ Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES afirmava que se podia extrair os mesmos elementos do art. 1866.º do Código de Seabra, sendo que a diferença reside no facto de o instituído possuir o encargo de conservar e transmitir, ao passo que à luz do Código Civil de 1966, o instituído apenas tem o encargo de conservar os bens fideicomitidos. Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 151.

¹⁰⁹ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 65 e 66.

aquando da exposição dos três elementos referidos, discorrer sobre o regime jurídico da substituição fideicomissária.

1. *A dupla disposição testamentária*

É essencial para a instituição da substituição fideicomissária a existência ou ocorrência de uma dupla disposição do mesmo objeto, seja este uma herança ou um legado. Trata-se de uma dupla disposição do mesmo objeto, na medida em que o fideicomitente dispõe do mesmo duas vezes, “uma a favor do fiduciário” e “outra a favor do fideicomissário”¹¹⁰. A diferença é que o fideicomissário só recebe por intermédio do fiduciário e após a sua morte, momento em que a herança ou legado revertem para si (fideicomissário).

O autor desta dupla disposição é o fideicomitente. É este sujeito que transmite a herança ou legado ao fiduciário e ao fideicomissário, e que encarrega o primeiro de conservar o objeto da substituição até à sua morte, pelo que não existe qualquer tipo de transmissão entre o fiduciário e o fideicomissário¹¹¹, daí que o Código de 1966 tenha abolido o encargo de transmitir associado a este tipo de substituição. Ocorre sim, uma reversão automática dos bens desencadeada pela morte do fiduciário.

Resta saber quem pode ser fideicomitente. Ora, tendo em apreço o que já referimos acerca do negócio jurídico em que pode ser instituída uma substituição fideicomissária, consideramos que o mais correto é analisar a capacidade de certo sujeito para fideicomitir do ponto de vista da sucessão testamentária. Tal deve-se ao facto de, apesar de termos exposto os vários negócios jurídicos em que pode haver substituição fideicomissária, a verdade é que o mais comum é a sua inclusão no testamento.

Do ponto de vista da sucessão testamentária, o sujeito tem de ter capacidade testamentária ativa, o que configura um dos requisitos de fundo do testamento¹¹². Isto é, o sujeito tem de possuir “capacidade para dispor dos próprios bens, por meio de testamento

¹¹⁰ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 66.

¹¹¹ Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES quando escreveu sobre a substituição fideicomissária na obra por nós citada, defendeu o mesmo ponto de vista: de que não existe uma transmissão entre o fiduciário e o fideicomissário, mesmo face ao velho Código de Seabra que postulava precisamente o contrário. Do seu ponto de vista claramente vanguardista, LUÍS GONÇALVES afirmou ainda que o preceito continha uma fórmula “confusa e errónea”. Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 152 – 154.

¹¹² A par da capacidade testamentária passiva e do consentimento testamentário, exige-se ainda, como já referimos, o cumprimento de requisitos formais, ou seja, a adoção de uma das formas comuns do testamento (cerrado ou público) nos termos do art. 2204.º ou uma das formas especiais que só podem ser adotadas em situações, também elas, “anómalas”. Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 193.

para além da morte”¹¹³, que é aferida pela data do testamento (caso o testamento assuma a forma de testamento público) ou pela data da sua aprovação (caso configure um testamento cerrado), de acordo com o art. 2191.º do CCiv.

O princípio dominante é o da “plena capacidade testamentária”¹¹⁴, salvo o disposto no art. 2188.º, de acordo com o qual são incapazes para testar os indivíduos que a lei considere como tal, nomeadamente os menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica (art. 2189.º). Para além destes dois casos de incapacidade testamentária, devemos ainda referir a “incapacidade especial para fazer testamento cerrado daqueles que não sabem ou não podem ler” prevista no art. 2208.º do CCiv. Tal deve-se à necessidade de se ter a certeza sobre o conhecimento do testador do conteúdo do testamento, e consequentemente, à necessidade de se assegurar que tal conteúdo espelha a sua vontade de forma clara¹¹⁵. Este ensejo encontra-se presente na exigência feita pelo n.º 3 do art. 108.º do CN: no caso de não ter sido o testador a escrever o testamento, o respetivo instrumento de aprovação deve conter a declaração, feita pelo testador de que conhece o conteúdo do mesmo por já o ter lido. No caso previsto pelo art. 2208.º, o sujeito deve dirigir-se a um notário tendo em vista a feitura de um testamento público¹¹⁶. Com efeito, a falta de capacidade testamentária em qualquer um dos casos enunciados gera a nulidade, de acordo com o art. 2190.º do CCiv.

Para além disso, deve ainda ter-se em conta as indisponibilidades relativas contempladas nos arts. 2192.º a 2197.º, em que a proibição de testar decorre da existência de um “vínculo especial” entre os sujeitos (o testador e o beneficiário). Deste modo, são nulas as seguintes disposições feitas: por interdito ou inabilitado a favor do seu tutor, curador, administrador legal de bens (mesmo que as respetivas contas sejam aprovadas, tal como dispõe o n.º1 do art. 2192.º) e ao protutor; por qualquer pessoa a favor de médicos, enfermeiros, sacerdotes, da pessoa com quem o testador cometeu adultério, do notário ou de outra entidade com funções notariais a quem tenha incumbido lavrar o testamento, das pessoas que tenham escrito o testamento cerrado, das testemunhas, dos abonadores e dos intérpretes que intervenham no testamento ou na sua aprovação, mesmo que estas

¹¹³ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 29 (anotação de MARIA ELISABETE RAMOS).

¹¹⁴ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 128.

¹¹⁵ Sob pena de nulidade, uma vez que o art. 2180.º dispõe essa será a invalidade de que padecerá o testamento se o mesmo não exprimir de forma cumprida e clara a sua vontade, mas sim através de sinais ou monossílabos, em resposta a perguntas feitas.

¹¹⁶ FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, pp. 266 e 267.

disposições sejam feitas por meio de interposta pessoa¹¹⁷¹¹⁸ e tenham em vista determinados “objetivos sociais e deontológicos” obstando a que “certos cargos, funções ou posições propiciem a obtenção de benefícios testamentários inaceitáveis”, do ponto de vista moral e jurídico¹¹⁹.

A razão que sustenta a existência e previsão destas indisponibilidades relativas reside no ensejo de defender “o testador contra si mesmo (...)”.

1.1. Posição jurídica do fiduciário

A posição ou situação jurídica do fiduciário encontra-se regulada nos arts. 2290.^o¹²⁰ a 2294.^o do CCiv., dos quais resulta o seguinte: o sobredito fiduciário é titular de um direito sobre os bens que constituem o objeto da substituição fideicomissária, embora este direito se encontre limitado quanto às faculdades de oneração e alienação, nos termos do art. 2291.^o do CCiv.

O direito de propriedade do fiduciário sobre esse mesmo objeto, é considerado pela doutrina¹²¹ um direito de propriedade temporário, que só é admitido pelo legislador em casos excepcionais (de acordo com o art. 1307.^o, n.º2 do CCiv.), na medida em que o fiduciário é considerado verdadeiro proprietário embora limitado no tempo. Encontra-se encarregado de conservar o objeto da substituição fideicomissária de modo a salvaguardar “a expectativa do fideicomissário”, conquanto possua os poderes de gozo e de administração¹²² dos bens sujeitos a esta instituição.

Todavia, um sujeito só pode ser determinado como fiduciário se for titular de capacidade testamentária passiva. Ora, nas palavras de CAPELO DE SOUSA, a capacidade testamentária passiva (à semelhança da capacidade testamentária ativa) “é a regra”, uma vez que “em princípio, toda e qualquer pessoa física tem capacidade sucessória”, o que decorre

¹¹⁷ Segundo o disposto no art. 2198.^o, consideram-se interpostas pessoas as designadas no n.º2 do art. 579.^o, a saber: o cônjuge ou o herdeiro presumido do testador.

¹¹⁸ Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 267; CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 174.

¹¹⁹ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 175.

¹²⁰ Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, o legislador pretendeu determinar o conteúdo da substituição fideicomissária por “sugestão”. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p.457,

¹²¹ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 222; ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 458.

¹²² Esta administração não é, como notam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, livre. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 458.

do princípio geral de que a capacidade civil também abarca a capacidade sucessória, tal como resulta do art. 67.º, cujo princípio é ampliado pelo disposto no art. 2033.º do CCiv.¹²³

No entanto, apesar do seu carácter excepcional, é necessário referir a possibilidade de ocorrer uma das situações de incapacidade passiva previstas no art. 2034.º do CCiv. Este preceito prevê os casos de indignidade, mas encara-os como situações de incapacidade que derivam da indignidade, pelo que qualquer fiduciário que se integre numa das situações descritas nas alíneas do preceito padece de incapacidade testamentária passiva. Segundo CAPELO DE SOUSA, estas situações distinguem-se dos casos de indisponibilidade relativa, desde logo, devido ao facto de se caracterizarem pela ocorrência ou prática de um ato ilícito ou de um crime¹²⁴.

1.1.1. Fiduciário versus usufrutuário: contraposição de deveres e poderes

De acordo com a doutrina maioritária na qual se inclui, entre outros autores, PIRES DE LIMA, o fiduciário “é o verdadeiro e próprio proprietário dos bens” que constituem objeto da substituição fideicomissária. Apesar desta conclusão que se impõe, e do facto de concordarmos com ela, a verdade é que o n.º 2 do art. 2290.º¹²⁵ do Código Civil diz-nos que são extensivas ao fiduciário as disposições legais relativas ao usufruto¹²⁶, desde que não sejam incompatíveis com a natureza do fideicomisso.

O legislador retirou o adjetivo “livre” que precedia a administração dos bens no seu n.º1, devido, fundamentalmente, a LOPES NAVARRO que propôs a sua eliminação em sede de Comissão Revisora do Código Civil, uma vez que, segundo o seu entendimento, o referido adjetivo indiciava que o fiduciário não estava limitado pelos interesses do fideicomissário, o que não se coadunava, nem se coaduna com a realidade¹²⁷. Isto é, apesar de ser verdadeiro proprietário, o direito de propriedade do fiduciário está onerado com o fideicomisso e limitado no tempo pelo mesmo, daí que o fiduciário não possa, por exemplo, alienar livremente um dos bens que componha o objeto do fideicomisso, pois tal poder pertence ao proprietário que não se encontra onerado por nenhum outro direito. Mesmo com a retirada do citado adjetivo, alguns autores como PIRES DE LIMA e GALVÃO TELLES, entendem que o disposto no referido preceito continua a ser “perigoso” porque o fiduciário

¹²³ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 174 e 291.

¹²⁴ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 174 (nota de rodapé n.º 377).

¹²⁵ Este preceito não existia no de Seabra. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 457.

¹²⁶ No Código de Seabra, o usufruto encontrava regulado pelos artigos 2197.º a 2253.º.

¹²⁷ BMJ, *ob. cit.*, p. 180.

pode administrar mal os bens, prejudicando o fideicomissário. Para fazer frente a tal possibilidade, discutiu-se, em sede de comissão revisora, a hipótese de elaborar uma regulamentação abstrata de todos os direitos e obrigações do fiduciário, contudo, o autor do Anteprojecto considerou ser uma opção mais sábia a referência às disposições aplicáveis ao usufruto, a título de *guide line*, deixando para o juiz a resolução das dúvidas que pudessem brotar de um caso concreto.

Mesmo assim, segundo o nosso entendimento, é fulcral delinear, em abstrato (ou, pelo menos, tentar) as disposições do regime do usufruto que são ou não aplicáveis ao fiduciário. Tal como notam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, a verdade é que o direito do fiduciário e o usufruto se aproximam¹²⁸, pelo que se revela imperioso explorar o conteúdo de ambos de modo a detetar os pontos de intersecção entre os dois regimes.

De acordo com o disposto no art. 1439.º do CCiv.¹²⁹, o usufruto traduz-se no direito real menor de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância¹³⁰¹³¹.

Na linha de pensamento de, entre outros, ANTUNES VARELA, PIRES DE LIMA e LUÍS MENEZES LEITÃO, o usufruto é caracterizado por quatro¹³² aspetos essenciais: *primo*, é um direito temporário, isto é, dura enquanto durar a vida do seu titular ou durante 30 anos se este for uma pessoa coletiva (nos termos do art. 1443.º do CCiv.), contrariando, assim, a característica da perpetuidade que se atribui ao direito de propriedade¹³³; *secundo*, “confere ao titular o gozo pleno da coisa”, podendo o usufrutuário trespassar ou onerar o seu direito de acordo com o disposto no art. 1444.º; *tertio*, configura um direito não exclusivo

¹²⁸ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 458.

¹²⁹ Influenciado, tal como os demais artigos do seu regime, pelo Direito Italiano.

¹³⁰ Segundo os Professores, esta noção está próxima da noção clássica formulada por PAULO: *usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*”, embora considerem que a noção presente no Direito Português é “pouco clara”.

¹³¹ Pode ser constituído por meio do testamento, contrato ou negócio jurídico bilateral, por disposição da lei adquirido por usucapião. Cfr. LUÍS M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, Almedina, 3ª Ed. 2012, p. 321.

¹³² Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 458. Os Professores identificam cinco notas essenciais, porém consideramos que seria melhor unir a terceira e quarta nota, por acharmos que simplifica a explanação sem implicar um tratamento inferior de qualquer uma das duas.

¹³³ Porém, é admissível no Direito Português o usufruto simultâneo e o usufruto sucessivo a favor de diversas pessoas, caso em que o direito pode ser transmitido por “morte, designadamente através do direito de acrescer” na hipótese do “usufruto conjunto (art.1441.º)”. No entanto, exige-se que os sujeitos “existam ao tempo em que o direito do primeiro usufrutuário se torne efetivo (art. 1441.º)”, de modo a “evitar o prolongamento do usufruto que resultaria da designação de concepturos como novos titulares”. Cfr. LUÍS M. T. DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 319.

porque incide sobre uma coisa ou direito alheio¹³⁴, existindo (e comprimindo) ao lado de outro direito; *quartus*, não confere ao seu titular “o poder de alterar a forma ou substância”.

No que respeita à primeira característica, deparamo-nos logo com uma semelhança: o usufruto possui carácter temporário, aproximando-se assim da propriedade fiduciária¹³⁵ (direito de propriedade afeto à substituição fideicomissária) que se traduz numa propriedade temporária de carácter excepcional, tal como dita o n.º 2 do art. 1307.º do CCiv. Seria temerário dizer que ambos são caracterizados por uma propriedade temporária, porque o usufrutuário, como vamos ver, não é proprietário da coisa que constitui objeto do usufruto, tem apenas o gozo de coisa ou direito alheio, distinguindo-se do fiduciário que se traduz num verdadeiro proprietário, embora (e é neste ponto que se aproximam) o exercício de poderes sobre a coisa também seja temporário.

A segunda característica distingue as duas figuras na medida em que: por um lado, o usufrutuário pode trespassar ou onerar o seu direito a terceiro ou a favor deste, mas não pode alienar os bens objeto do seu direito; por outro lado, em contrapartida, o fiduciário pode alienar, efetivamente, os bens que compõem o objeto da substituição fideicomissária, pese embora só o possa fazer mediante autorização judicial nesse sentido e em caso de evidente necessidade ou utilidade para os referidos bens ou para o fiduciário, desde que a alienação não seja prejudicial para os interesses do fideicomissário, de acordo com os arts. 2291.º e 2292.º do CCiv.¹³⁶

Atendendo à terceira característica, é clara a diferença abismal que separa o fiduciário do usufrutuário: o usufrutuário, não sendo proprietário da coisa, possui um direito sobre coisa alheia, distinguindo-se, assim, do fiduciário que se traduz num verdadeiro proprietário da *res*.

Por fim, a condição de não alterar a forma ou substância, tem suscitado dúvidas à doutrina portuguesa e estrangeira. O Direito alemão e o Direito italiano substituíram esta fórmula romanística pelo dever de o usufrutuário respeitar o destino económico da coisa, algo que já consta no nosso Código Civil, mas no art. 1446.º. OLIVEIRA ASCENSÃO, a

¹³⁴ O Código de Seabra ditava o seguinte: o usufruto é o direito de converter em utilidade própria o uso ou produto de coisa alheia, mobiliária ou imobiliária”. À data, o legislador visou abranger, com esta redação, a possibilidade de o direito incidir sobre uma coisa ou direito, mas limitava a sua aplicação porque não abrangia os direitos de créditos, comumente aceites como objeto do usufruto. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 458.

¹³⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* (Reprint – 1979), Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, p. 629.

¹³⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 228.

respeito da relação entre os dois preceitos, considera que a primeira obrigação é “genérica e imperativa”, ao passo que a segunda é “estrita e supletiva”. Partindo desta linha de pensamento, e nas palavras de MENEZES CORDEIRO, o usufrutuário “não pode reconstruir um prédio” porque tal irá alterar a sua forma, mas já pode “transformar um lar de repouso em central nuclear” devido à supletividade do segundo dever enunciado. Assim, formula outra solução que considera mais correta e que passa pela não imperatividade do art. 1439.º que impõe o dever de não alterar a forma e substância do bem: a obrigação que deve prevalecer é a de respeitar o destino económico da coisa que esta tiver à data da constituição do usufruto.

Já MENEZES LEITÃO acompanha OLIVEIRA ASCENSÃO no entendimento supra explanado, acrescentando que sendo o respeito pelo destino económico uma norma supletiva, a sua observância não é essencial, opondo-se, assim, à proibição de alteração da forma ou substância que faz parte do tipo legal do usufruto¹³⁷.

Acompanhamos MENEZES CORDEIRO quanto a esta questão, até porque os dois deveres ou obrigações poderiam colidir entre si: se respeitar o destino económico passasse pela alteração da forma da *res*, que valor deveria o usufrutuário proteger em detrimento da coisa, a forma ou o destino económico? Consideramos que o essencial é respeitar o destino económico, e não deixar ao abandono um hotel enquanto negócio, por exemplo, só porque não pode alterar a sua forma, quando o poderia ter feito, e tê-lo transformado, aumentando significativamente as suas instalações, o que o tornaria bem mais lucrativo.

Para além disso, deve ter-se em conta que esta limitação não é absoluta se o usufruto tiver por objeto constituição do usufruto sobre coisas consumíveis¹³⁸ e é “atenuada” quando este objeto é composto por coisas deterioráveis¹³⁹.

a) Quanto aos direitos que assistem ao usufrutuário e fiduciário

Podemos, desde logo, dividir a apreciação dos direitos que assistem aos dois sujeitos em dois grupos: a apreciação dos artigos do regime do usufruto cuja aplicação extensiva é, à luz do art. 2290.º e de acordo com o nosso entendimento, admissível, por, como dita a letra da lei, não colidir com a natureza da substituição fideicomissária e por

¹³⁷ LUÍS M. T. DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.320.

¹³⁸ Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.º Edição, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 403.

¹³⁹ Cfr. LUÍS M. T. DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.323.

decorrer do dever de conservação imposto ao fiduciário; e a apreciação dos artigos cuja aplicabilidade não é defensável. A apreciação terá como bitola os três elementos da substituição fideicomissária: a dupla disposição, o encargo do instituído (dever de conservação) e a ordem sucessiva (e anómala) do chamamento.

O capítulo II do Título III do Livro III do Código Civil dedicado ao Direito das Coisas, incide sobre os Direitos do Usufrutuário, sendo composto por vinte e dois preceitos cuja aplicabilidade vamos apreciar.

i. Aplicação extensiva dos preceitos que se inserem no cumprimento do dever de conservação

O **dever de conservar** é um encargo que compete ao fiduciário e que limita o seu direito, consubstanciando, assim, como realça FERNANDO AGUIAR BRANCO, um dos elementos mais importantes da substituição fideicomissária¹⁴⁰. Este dever implica, “não apenas a preservação da (...) substância da coisa, mas também a manutenção da sua aptidão produtiva”¹⁴¹, para que ele reverta para o fideicomissário no estado em que se encontrava no momento em que o fiduciário o recebeu.

A análise destes preceitos do regime do usufruto permite uma maior definição dos limites que este dever implica para o exercício do direito de propriedade pelo fiduciário. Ora vejamos.

O *artigo 1450.º do Código Civil* trata das benfeitorias úteis e voluptuárias que podem ser feitas na coisa pelo usufrutuário. De acordo com MANUEL DE ANDRADE, as benfeitorias são “despesas feitas para melhorar uma coisa, ainda que não seja senão preservando-a de ser perdida, destruída ou deteriorada”¹⁴². Segundo o Professor e ainda de acordo com o disposto no art. 216.º do CCiv. que as define, existem três tipos de benfeitorias: as necessárias, as úteis e as voluptuárias.

¹⁴⁰ O Professor diz mesmo que o fiduciário se encontra “gravado com o encargo”, apesar de se referir ao encargo de transmitir e conservar que estava preceituado no Código de Seabra. Como ressalta MARIA ELISABETE RAMOS, na sua anotação final à obra do Professor, “*pese embora as mutações legislativas ocorridas em virtude da publicação do novo Código Civil, continuam de pé as conclusões firmadas pelo Dr. Fernando Aguiar-Branco*”. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p.71 e p. 162.

¹⁴¹ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 524. Apesar de os professores definirem o dever de conservação a respeito do usufruto (mais concretamente no apontamento ao art. 1472.º), aproveitamos a dita definição para encorpar a definição do dever de conservação do fiduciário.

¹⁴² MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I (Sujeitos e Objetos), Almedina, Coimbra, 1987, p. 273.

As primeiras visam evitar a perda, deterioração ou destruição da coisa, sendo por isso indispensáveis; as segundas são “dispensáveis” porque não se mostram necessárias para evitar uma das referidas situações, mas aumentam o valor da coisa; as terceiras, são aquelas que não tem como propósito a conservação da coisa ou o aumento do seu valor, servindo apenas para “gozo ou regalo de quem as fez” segundo COELHO DA ROCHA¹⁴³, aumentando apenas o seu valor subjetivo.

Ora, de acordo com o disposto no preceito, o usufrutuário pode fazer na coisa as benfeitorias úteis e voluptuárias que quiser, desde que não altere a forma e/ou substância da coisa, nem desrespeite o seu destino económico, aplicando-se-lhe o preceituado no código quanto ao possuidor de boa-fé, ou seja, o disposto nos arts. 1273.º e seguintes, segundo o n.º 2 do artigo em análise. Deste regime decorre que o possuidor de boa-fé tem direito a ser indemnizado das benfeitorias necessárias que tenha feito e levantar as benfeitorias úteis, feitas na coisa, desde que o levantamento não prejudique a mesma. Se, por essa mesma razão, o levantamento não for possível, o radiciário deverá compensar o usufrutuário pelo valor delas, devendo o cálculo ser feito à luz das regras do enriquecimento sem causa. Tratando-se de benfeitorias voluptuárias, estas podem ser levantadas pelo usufrutuário, contudo, se o levantamento prejudicar a coisa, o usufrutuário não pode levantá-las nem receber o valor delas¹⁴⁴.

Cumpra apreciar a aplicabilidade deste preceito à substituição fideicomissária. A prática das benfeitorias necessárias faz parte do dever de conservação da coisa que impende sobre o fiduciário e inclui-se nos vários deveres que enfermam a administração da coisa objeto do usufruto, e sendo necessárias não podem ser levantadas, pelo que o usufrutuário tem, tão-só, um direito de indemnização.

Pergunta-se: terá o fiduciário direito a uma indemnização pelas despesas feitas? De acordo com o nosso entendimento, a resposta é negativa. A solução contrária não seria compatível com a natureza da substituição fideicomissária uma vez que: se o objeto do fideicomisso só reverte para o fideicomissário no momento da morte do primeiro, é

¹⁴³ *Apud* MANUEL DE ANDRADE, in “*Teoria Geral ...*”, *ob. cit.*, p. 275.

¹⁴⁴ É ponto assente na doutrina e na lei a possibilidade de o usufrutuário fazer benfeitorias, contudo já se mostrou discutível a indemnização sobre as mesmas. O Código de Seabra (no art. 2217.º), a par do Direito francês, espanhol e italiano (no código de 1865), negava qualquer o direito tipo de indemnização, ao contrário do que dispunha o Direito alemão e o Código Civil italiano de 1942, que determinavam o direito do usufrutuário de ser ressarcido nos termos do gestor de negócios. Em terras lusas, o nosso legislador acabou por fazer remissão para o disposto nos arts. 1273.º e seguintes do CCiv. determinando a aplicação do regime do possuidor de boa-fé ao usufrutuário.

incompreensível que o segundo tenha de ressarcir os herdeiros do primeiro pelas benfeitorias realizadas na coisa que não integra a massa da herança, uma vez que a substituição fideicomissária não encaixa no curso normal do fenómeno sucessório.

O fiduciário, enquanto verdadeiro proprietário, faz as benfeitorias que entende, a despeito do tipo, com o intuito de cumprir o dever de conservar a coisa para que ela reverta para o fideicomissário. Fá-lo em proveito próprio e com a consciência de que não terá qualquer tipo de compensação.

Deste modo, apesar de advogarmos a aplicação extensiva do art. 1450.º, consideramos que o disposto no art. 1273.º para o qual remete deve ser objeto de uma interpretação restritiva, no sentido de excluir a possibilidade de indemnização porque tal hipótese colide com a natureza da substituição fideicomissária de acordo com os termos já explanados.

Cumpra agora analisar o *artigo 1451.º do Código Civil*. As coisas consumíveis traduzem-se nas coisas “cujo uso regular importa sua destruição e alienação”, de acordo com o art. 208.º do CCiv. Segundo MANUEL DE ANDRADE o referido consumo pode ser material ou jurídico: o consumo material é aquele que importa a destruição da coisa, sendo por isso absoluto e não suscetível de repetição pelo sujeito; ao passo que o consumo civil ou jurídico, por sua vez, traduz-se, tão só, na alienação da coisa, transferindo-se a propriedade da mesma, sendo por isso relativo pois o ato pode ser repetido várias vezes pelo sujeito.

São, por contraposição, não consumíveis, as coisas “cuja utilização, em harmonia com o seu destino, não importa o consumo, nem material nem civil”, importa sim uma deterioração “mais ou menos lenta” que vai alterando, a pouco e pouco, a forma primitiva da *res*¹⁴⁵.

O primeiro preceito determina que, se o usufruto tiver por objeto coisas consumíveis (v.g., cereais, sementes ou dinheiro), pode o usufrutuário servir-se ou alienar as mesmas, sendo obrigado a restituir o seu valor findo o usufruto, no caso de as coisas terem sido estimadas. Se não o foram, o usufrutuário tem de entregar coisas do mesmo género, qualidade ou quantidade, ou o valor destas no momento do término do seu direito¹⁴⁶.

¹⁴⁵ MANUEL DE ANDRADE, in “*Teoria Geral ...*”, *ob. cit.*, pp. 254 e 255.

¹⁴⁶ Este regime é bastante distinto do consagrado no código de Seabra: neste o legislador referia-se a coisas fungíveis (que são “se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objeto de relações jurídicas”, de acordo com o art. 207.º do CCiv.) em vez de consumíveis, o que foi desde logo criticado por não descrever a figura nos termos corretos. Segundo DE MARTINO “em regra, as coisas consumíveis são simultaneamente coisas fungíveis”, mas “nem todas as coisas fungíveis se podem considerar consumíveis”.

Destaca-se ainda o facto de esta figura ser designada por “quase-usufruto”, devido à repugnância que os autores sentiam em chamar usufruto a um direito que “atingia a própria substância da coisa”. A denominação “quase-usufruto” é considerada a designação clássica, precisamente porque era admitida no Direito romano.

Porém, a figura do “quase-usufruto” deu lugar a problema relevante: será que o usufruto sobre este tipo de coisas envolve a transferência da propriedade?

Os autores sustentavam os seus entendimentos tendo em apreço o risco de perecimento da coisa (e sobre quem corre o mesmo) e a execução, por terceiros, do património do usufrutuário, caso em que o proprietário da raiz concorreria com os credores do usufrutuário para que lhe fosse restituído o valor da coisa ou coisas. O nosso legislador decidiu responder negativamente à questão, determinando, de forma explícita, no n.º 2 do art. 1451.º que o “usufruto de coisas consumíveis não importa transferência da propriedade”, na medida em que se a coisa perecer antes de ser consumida, “por facto não imputável ao usufrutuário”, a perda corre por conta deste e do radiciário, uma vez que o primeiro perde a hipótese de consumir a coisa, e o segundo perde o valor da restituição.

Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA a solução do n.º 2 é supletiva, pelo que nada obsta a que seja estabelecido um regime diferente no título constitutivo.

Conjugando os conhecimentos explanados e o que já dissemos sobre a substituição fideicomissária, cumpre questionar se o dever de conservação que impende sobre o fiduciário obriga a que este, a par do usufrutuário, tenha ainda o dever de restituir o valor da coisa ou entregar coisas do mesmo género, valor ou quantidade.

De acordo com o nosso entendimento, a resposta é positiva. Seguindo de perto a linha de pensamento de FERNANDO AGUIAR BRANCO, no seguinte: se a herança ou legado podem ser constituídos por coisas fungíveis ou consumíveis, também o fideicomisso pode ter como objeto este tipo de bens¹⁴⁷. E, tendo o fiduciário o dever de conservar os bens fideicomitidos, o que se traduz num “verdadeiro encargo juridicamente exequível”¹⁴⁸, tal implica que revertam para o fideicomissário os mesmos bens de que era o fiduciário

Para além disso, o preceito conjeturava a possibilidade de o usufruto abranger coisas fungíveis, mas os autores consideravam que a aplicação do verbo “abranger” era incorreta ou inadequada, embora coincidente com a sua génese histórica, uma vez que o Direito Romano previa esta figura pressupondo que as coisas consumíveis faziam parte de um património ou universalidade de bens. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 285.

¹⁴⁷ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, pp. 84 e 85.

¹⁴⁸ Cfr. ANTÓNIO DE FIGUEIREDO DA COSTA FARO, *ob. cit.*, p. 114.

proprietário. Assim, deve o fiduciário cumprir o disposto no art. 1451.º, ou seja: restituir o seu valor ou entregar coisa equivalente em espécie, qualidade ou quantidade.

Não consideramos que a aplicação deste preceito ao fiduciário fira ou colida com a mesma, contudo, achamos que ela exige que o fiduciário tenha o cuidado de, à medida que vai consumindo a coisa, ir preparando a restituição ou entrega, pois não pode antecipar a própria morte. Como a reversão só ocorre com a morte do fiduciário, há possibilidade de existir uma certa margem de bens consumíveis cujo valor não foi restituído ou não foi entregue qualquer bem equivalente, caso em que se deve admitir a não coincidência exata dos bens, precisamente porque é inevitável e desconhecido o momento de reversão.

O *artigo 1453.º do Código Civil* dispõe que o usufrutuário pode, licitamente, aproveitar-se das árvores e arbustos que forem perecendo naturalmente. Se estes forem frutíferos¹⁴⁹ deve, de acordo com o n.º 2 do preceito, plantar tantos pés quantos os que pereceram naturalmente ou, caso seja impossível a renovação das plantas da mesma espécie, substituir a cultura perecida por outra que seja útil para o proprietário. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, a citada substituição é “uma obrigação autónoma, imposta *ex lege*”¹⁵⁰ que se insere dentro dos atos praticados por um proprietário prudente.

O *artigo 1454.º* prevê, por sua vez, o perecimento accidental de árvores e arbustos. Determina que as árvores ou arbustos que caíam, sejam arrancados ou partidos por acidente pertencem ao proprietário, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do preceito seguinte quando se trate de matas ou árvores de corte (*v.g.*, tendo em vista a produção de madeira). Apesar disso, o usufrutuário pode fazer as reparações que está obrigado a fazer, ou pedir ao proprietário que retire as referidas plantas do terreno, de acordo com o n.º 2 deste preceito.

Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, estas duas disposições normativas completam-se, o que nos leva a analisá-las conjuntamente.

É imperioso distinguir entre a árvore que representa capital (*v.g.*, as árvores ornamentais) e aquela que constitui um simples fruto do prédio (*v.g.*, árvores criadas para venda em viveiros). No primeiro caso, considerou-se que a solução consagrada no art. 2210.º

¹⁴⁹ Isto é, capazes de produzir frutos em sentido estrito. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 489.

¹⁵⁰ Os Professores discordam de VENEZIAN que considera que a referida substituição consiste numa “condição de aquisição de árvores ou arbustos perecidos” e de DE MARTINO quando este autor afirma que a mesma se traduz no “correspetivo da apropriação” que a lei faculta ao usufrutuário. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 490.

do Código de Seabra era a “mais criteriosa e equilibrada”¹⁵¹: o prejuízo deve ser suportado pelos dois titulares na medida dos seus direitos. Este regime assenta, essencialmente, na distinção entre o perecimento natural e acidental das árvores e/ou arbustos, que se mostra fulcral para determinar quando é que o usufrutuário tem o dever de substituição. Como já dissemos, tem-no no primeiro caso, o que decorre do seu dever de respeitar o destino económico da coisa e do dever de adotar uma postura cuidadosa.

Apesar de esta questão se mostrar bastante pacífica em terras lusas, a verdade é que no plano do direito comparado, a opinião não é consensual. Se, por um lado, a legislação italiana atribui ao usufrutuário apenas as árvores frutíferas derrubadas acidentalmente, por outro, a legislação espanhola atribui ao sujeito o direito de aproveitar as árvores (frutíferas ou não) percidas naturalmente, mas obriga-o a substituir por outras. Caso esta substituição se mostre impossível ou extremamente onerosa, deve o usufrutuário deixar os pés mortos à disposição do proprietário¹⁵².

Cumpre agora determinar se estes preceitos se aplicam ao fiduciário. De acordo com o nosso entendimento, a resposta é positiva e o fundamento da aplicação extensiva é simples: mesmo sendo considerado um verdadeiro proprietário, o fiduciário tem o dever de conservar a coisa, devendo adotar uma atitude prudente, própria de um bom pai de família, o que passa, naturalmente, por plantar tantos pés quantos os que pereceram ou substituir a cultura por outra, e efetuar as reparações ordinárias que sejam necessárias.

Todavia, mostra-se necessário fazer alguns reparos no que respeita ao art. 1454.º: em primeiro lugar, o n.º1 do preceito diz-nos que as árvores ou arbustos arrancados ou partidos por acidente pertencem ao proprietário, mas face ao fiduciário esta determinação perde a utilidade, uma vez que, ao contrário do usufrutuário, o fiduciário é o verdadeiro proprietário, pelo que a ele pertencem as árvores ou arbustos percidos naturalmente; em segundo lugar, o n.º 2 também se mostra inútil, à exceção da possibilidade de efetuar as reparações ordinárias necessárias, porque determina que o usufrutuário pode exigir ao proprietário a retirada das árvores ou arbustos do terreno, ora, se o fiduciário é o proprietário, ele não tem de o exigir a ninguém, cabe-lhe, tão só proceder às ditas reparações que se mostrem necessárias.

¹⁵¹ Apesar da opção pela solução que já se encontrava consagrada, a destruição causada pelo ciclone ocorrido no dia 15 de fevereiro de 1941 abalou a certeza que esta era a solução mais criteriosa, tendo, inclusive, havido autores que defendiam uma atenuação dos efeitos desta solução face ao usufrutuário, por considerá-los pouco justos. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 490.

¹⁵² Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p.p. 489-490.

Assim, advogamos a aplicação extensiva dos preceitos e consideramos que tal não colide com a natureza da substituição fideicomissária, mas não podíamos deixar de fazer as advertências expostas, que visam, sobretudo, adaptar o conteúdo dos preceitos à natureza da figura em análise.

O *artigo 1455.º do Código Civil*¹⁵³ preceitua, no seu n.º1, o dever de o usufrutuário, em caso de usufruto de matas ou árvores de corte, observar, nos cortes, a ordem e as praxes usadas pelo proprietário ou, na sua falta, o uso da terra. O n.º 2 dita que em caso de ocorrência de uma situação anómala (v.g., um incêndio) que prejudique a fruição normal do usufrutuário, para além de lhe serem atribuídos as árvores e arbustos caídos como determina o n.º 2 do preceito anterior, o usufrutuário tem ainda direito a uma compensação equitativa dos prejuízos por parte do proprietário até ao limite dos juros da quantia correspondente ao valor das árvores mortas ou até ao limite dos juros da importância recebida. Presume-se que o respeito pela praxis usada pelo proprietário era vontade do mesmo.

Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, tendo presente a distinção feita no ponto anterior, o preceito em análise visa apenas as árvores de fruto, quer estas se encontrem em matas ou espalhadas por terrenos, sendo fulcral que “se destinem a cortes, em regra periódicos, de acordo com a sua afetação económica” – produção de madeira ou lenha –, podendo o usufrutuário apropriar-se das árvores que abater, sem que tal exceda o âmbito do usufruto instituído.

Esta norma é supletiva, na medida em que o título constitutivo do usufruto ou normas imperativas de “interesse e ordem pública” podem determinar certa ordem e forma de corte. Apesar disso, é a que se aplica na maioria das vezes, como notam os Professores.

Resta saber se a norma exposta se aplica à substituição fideicomissária. À semelhança das posições tomadas anteriormente, temos em atenção, principalmente, o dever de conservação que assiste ao fiduciário. Porquanto, e de acordo com o nosso entendimento, apenas se deve aplicar o n.º 1: é perfeitamente razoável exigir ao fiduciário que este respeite a ordem e forma de corte. Consideramos que o desrespeito pela praxis poderá prejudicar a manutenção e conservação da coisa e, em consideração pelo dever que lhe assiste, este deve, tal como o usufrutuário, respeitar a ordem e forma de corte usadas pelo fideicomitente.

¹⁵³ A solução patente neste preceito, apesar de resultar de uma forte influência do Direito Italiano, remonta ao Direito Romano. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp. 492 e 493.

Já o n.º 2 é inaplicável à substituição fideicomissária por colidir com a sua natureza, uma vez que é inconcebível que o fiduciário receba uma indemnização do fideicomitente (já falecido) ou dele próprio.

O *artigo 1456.º do Código Civil* determina que o usufrutuário é ainda obrigado a conformar-se com a ordem e praxes do último proprietário, no que respeita ao arranque das plantas. Na falta de indicações do proprietário, o usufrutuário deve respeitar o uso da terra, no que toca ao tempo, modo de arranque e tempo e modo de retanchar, isto é, de replantar o viveiro. Decorre da faculdade de perceber os frutos produzidos pela *res* o direito de arrancar as plantas, pese embora este direito esteja limitado pelas praxes usadas pelo último proprietário.

Mais uma vez, consideramos que devemos aplicar este artigo extensivamente à substituição fideicomissária, e em especial ao fiduciário, porque, para além de não colidir com a natureza do fideicomisso, o dever de conservação o obriga a, de facto, manter as praxes respeitantes à forma e momento de arranque dos viveiros. A diferença, tanto a respeito deste preceito como ao anteriormente analisado, é a seguinte: no usufruto, o usufrutuário deve respeitar as praxes usadas pelo atual proprietário, ao passo que no fideicomisso, o fiduciário deve respeitar as praxes usadas pelo fideicomitente, sem prejuízo de poder melhorá-las, a nosso ver, se o dever de conservação o exigir.

O *artigo 1457.º do Código Civil* trata da exploração de minas como objeto de usufruto. Neste tipo de situações, deve o usufrutuário conformar-se (à semelhança dos preceitos anteriores) com as praxes seguidas pelo proprietário (n.º 1). De acordo com o n.º 2 deste preceito, o usufrutuário de terrenos onde existam explorações mineiras de terceiros, tem direito às quantias devidas ao proprietário do solo, a título de renda ou sob outro título, durante o período que durar o usufruto. A lei separa, assim, os casos em que o usufruto incide sobre uma exploração ou concessão mineira (n.º 1) ou sobre terrenos onde existam explorações mineiras a cargo de terceiros.

Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, a solução consagrada no n.º 1 possui a principal vantagem de “evitar que a ânsia do lucro do usufrutuário o leve a cansar excessivamente a mina, em detrimentos dos legítimos interesses do proprietário”¹⁵⁴, respeitando-se a mesma ordem de ideias que subjaz aos artigos anteriores: respeito pela praxis usada pelo proprietário. O direito às quantias que resultem da exploração mineira

¹⁵⁴ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 496.

durante o período do usufruto, que o n.º 2 do preceito consagra, decorre, desde logo, do direito de perceber os frutos civis (v.g., as rendas¹⁵⁵) durante esse mesmo período de tempo.

Destaca-se a impossibilidade de o usufrutuário, o proprietário ou qualquer outro sujeito, explorar jazigos de minério sem concessão do governo, uma vez que as minas pertencem ao domínio público¹⁵⁶. No entanto, qualquer um dos sujeitos enunciados pode requerer citada concessão.

Por fim, quanto à prestação cuja quantia é proporcional ao valor do minério extraído, calculado de acordo com o imposto que for liquidado a favor da fazenda nacional, recebida, normalmente pelo proprietário, os Professores consideram que, apesar das dúvidas suscitadas, a sua atribuição no caso de incidir um direito de usufruto sobre a concessão, deve respeitar a regra *pro rata temporis* consagrada no art. 213.º, n.º 2, equiparando-se a prestação a um fruto civil. Ou seja, a prestação ou a partilha da mesma deve ser feita de forma proporcional à duração dos direitos dos sujeitos¹⁵⁷.

O artigo 1458.º do Código Civil, por sua vez, trata da exploração de pedreiras. O n.º 1 proíbe, de forma explícita, o usufrutuário de abrir novas pedreiras sem consentimento do proprietário, contudo, se a pedreira já existir à data da constituição do direito de usufruto, o usufrutuário pode explorá-la, devendo respeitar o mesmo critério subjetivo descrito na análise dos preceitos anteriores: as praxes do proprietário na exploração. O direito de exploração explica-se, segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, com recurso à ideia de que “deve presumir-se a intenção (do usufrutuário) de assegurar ao respetivo titular a continuidade da exploração anterior”.

Já a não proibição de o usufrutuário extrair pedra do solo para reparações ou obras a que esteja obrigado explanada no n.º 2, decorre, segundo os Professores, do seguinte entendimento: a propriedade rústica consiste numa unidade económica, como tal deve bastar-se a si própria na medida do possível, o que pressupõem a possibilidade de recorrer aos elementos do solo para cumprir o dever ou encargo de fazer as reparações ordinárias.

¹⁵⁵ Art. 212.º, n.º 2 do Código Civil.

¹⁵⁶ Tal como o estipulou o art. 49.º, n.º 1 da Constituição Política de 1933. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 496.

¹⁵⁷ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 497.

Por fim, o *Artigo 1459.º do Código Civil*.¹⁵⁸ disciplina a exploração de águas como objeto do direito de usufruto. O preceito determina que o usufrutuário pode procurar águas subterrâneas através de poços, minas ou outras escavações em benefício do prédio usufruído. Ora, apesar de tal solução constituir uma exceção ao disposto no art. 1450.º do CCiv. a que já nos referimos e que proíbe o usufrutuário de fazer benfeitorias que alterem a forma ou substância da coisa, a verdade é que é explicável tendo em conta os “benefícios que as obras trazem para o prédio, sem prejuízo relevante para o proprietário”, segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA. De acordo com os Professores, esta solução espelha a extensão do poder, consagrado no art. 1394.º, de procurar águas subterrâneas no seu prédio por meio de poços, minas ou escavações, do proprietário para o usufrutuário.

Segundo o n.º 2 da disposição em análise, às benfeitorias referidas no número anterior aplica-se o disposto no Código Civil a respeito do possuidor de boa-fé, a que já nos referimos a esta matéria.

Ora, de acordo com o nosso entendimento e à luz dos critérios já enunciados (natureza da substituição fideicomissária e o dever de conservação pertencente ao usufrutuário), os três preceitos são aplicáveis, devendo, no entanto, fazer-se a seguinte correção: quando a lei diz “proprietário” devemos ler *anterior proprietário ou fideicomitente*, devido à diferença essencial que afasta o fiduciário do usufrutuário, bem firmada na presente dissertação.

A aplicação extensiva destes preceitos é perfeitamente defensável¹⁵⁹, porque o seu cumprimento implica o respeito pelo dever de conservar a *res* imposto ao fiduciário. É óbvio que o próprio dever enunciado se inclui no reduto da natureza jurídica da substituição fideicomissária, até porque consubstancia um dos elementos essenciais da mesma. Todavia, achamos por bem destrinçar os casos em que aceitamos a aplicação extensiva por força de cada um dos argumentos porque há, de facto, certas situações em que o dever de conservação se destaca por decorrer dos poderes de administração, tornando-se óbvia a aplicação de normas que se incluam nos poderes normais de administração que o fiduciário possui.

¹⁵⁸ O § único do art. 2213.º do Código de Seabra fazia também referência a obras de pesquisa de adubos minerais, matéria que se encontra regulada, hoje, em legislação especial, nomeadamente no DL n.º 18/713, de 11 de julho de 1930. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 497.

¹⁵⁹ Em sentido oposto: V. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 492 e segs.

ii. *Aplicação extensiva dos preceitos que não colidem com a natureza da substituição fideicomissária*

O artigo 1448.º do Código Civil determina que, se o usufruto se extinguir por qualquer razão (decurso do prazo fixado no título, morte do usufrutuário, etc) antes que os frutos (que constituem o objeto da alienação anterior) sejam colhidos, a alienação persiste, mas o preço, ou, no dizer da lei, “o produto” da alienação, pertence ao proprietário.

Esta solução, já consagrada no art. 2252.º do Código de Seabra, visa a proteção das legítimas expectativas do adquirente, daí que se mantenha a validade da venda, apesar de a extinção do direito que suportou e legitimou a alienação, como notam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, na linha de PUGLIESE¹⁶⁰.

Tem por objeto a situação em que, *por exemplo*, o usufrutuário morre antes da colheita dos frutos que já vendeu a título de bem futuro. Tal desenho conjectural pode ser visualizado no seio da substituição fideicomissária: o fiduciário pode ter vendido frutos em vida que só foram colhidos na era do fideicomissário, isto é, depois de fiduciário ter falecido e de o fideicomissário se ter tornado proprietário da coisa. Neste caso, e tendo em apreço os mesmos interesses protegidos pelo preceito em observação, consideramos que a alienação se deve manter, devendo o fideicomissário receber o preço. Assim, e de acordo com o nosso entendimento, este preceito deve ser aplicado extensivamente à substituição fideicomissária por não chocar com a sua natureza.

Cumpramos agora analisar o artigo 1452.º do Código Civil. São deterioráveis, as coisas que “se gastam com o uso, mas não se destroem ou consomem num ato”, sendo por isso bastante distintas das coisas consumíveis que já descrevemos. Se o usufruto incidir sobre coisas deterioráveis, o usufrutuário é apenas obrigado a restituir a coisa no estado em que ela se encontrar, exceto se a deterioração se dever a um uso diverso daquele que era próprio ou se dever à culpa do usufrutuário, caso em que o usufrutuário terá de reparar as deteriorações ou indemnizar o proprietário da raiz. Se não as entregar, terá também de indemnizar o dono da coisa, sendo a sua responsabilidade aferida tendo por bitola o estado em que a coisa se encontraria se tivesse sido usada nos “termos próprios”. Já não tem lugar de destaque as questões sobre o quase-usufruto, uma vez que as coisas não se destroem num só ato ou pelo uso.

¹⁶⁰ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 479.

De acordo com o nosso entendimento, a aplicação extensiva deste preceito é defensável, uma vez que estamos perante coisas que se vão deteriorando com o uso normal da coisa. Ao usá-la, o fiduciário não está a violar o dever de conservar a coisa, está sim a exercer seu direito de uso e administração da coisa como verdadeiro proprietário que é, sendo que a coisa reverte no estado em se encontrar à data da morte do fiduciário. *Por exemplo*, um livro é uma coisa deteriorável, cujo uso e manuseamento vai deixando marcas, mas sendo o mesmo objeto da substituição, o fiduciário não está a violar qualquer dever (inclusive de cuidado) pelo uso normal do livro. Porém, a aplicação extensiva que defendemos refere-se apenas ao n.º 1 do preceito, uma vez que o n.º 2 prevê a possibilidade de o usufrutuário responder pelo valor da coisa se não a entregar no término do seu direito. Tal como já referimos, no seio do fideicomisso, não é possível exigir ao fiduciário finado o valor da coisa, porque tal possibilidade não se coaduna com a natureza da substituição fideicomissária.

O artigo 1460.º do Código Civil consagra, no seu n.º1, a capacidade do usufrutuário de constituir servidões¹⁶¹ ativas (*i. é*, em proveito do prédio usufruído), gozando, assim, dos mesmos direitos do proprietário, pese embora determine a ilicitude dos encargos que ultrapassem a duração do usufruto. O n.º 2 trata da impossibilidade de o proprietário constituir servidões passivas (*i. é*, sobre o prédio usufruído em proveito de um prédio alheio) sem consentimento do usufrutuário se da constituição resultar a diminuição do valor do usufruto.

É ponto assente a possibilidade de o usufrutuário poder constituir servidões ativas, na medida em que estas aumentam o valor do prédio, desde que a sua duração não seja superior à do usufruto¹⁶². Também nada obsta à constituição de servidões ativas por parte do proprietário segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, uma vez que o seu exercício não pode ser imposto ao usufrutuário. Apenas se exige que as servidões não estejam sujeitas a um termo inicial ou uma condição suspensiva. Se o usufrutuário prestar o devido consentimento para a constituição das servidões, e tendo em conta que só o pode fazer face às constituídas no decurso do seu usufruto, é considerado contitular das mesmas, juntamente com o proprietário. Se não existir consentimento ou contitularidade voluntária, o usufrutuário não tem de suportar a contraprestação da servidão.

¹⁶¹ A servidão traduz-se “num encargo imposto a um prédio em proveito exclusivo de outro prédio”, à luz do art. 1543.º do CCiv. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 501.

¹⁶² Caso o usufrutuário constitua uma servidão, o radiciário pode, de acordo com o art. 1476.º, n.º1, al. e) renunciar ao encargo, depois do término do usufruto. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp. 500-501.

No que às servidões passivas diz respeito, o usufrutuário pode constituí-las, pese embora não exista, neste número, um princípio de equiparação entre os direitos dos dois sujeitos plasmado no n.º 1, no entanto, estas caducam à data do término do usufruto. O proprietário também o pode fazer, desde que as mesmas não diminuam o valor do usufruto, todavia, já está proibido de renunciar às já constituídas antes deste direito, protegendo, assim, os interesses do usufrutuário.

Parece-nos que nada obsta à constituição de servidões ativas pelo fiduciário enquanto titular de um direito de propriedade plena. Mas, será que o fiduciário pode constituir servidões passivas?

A nosso ver, a resposta mais adequada depende do entendimento que possuímos acerca do dever de conservar. É óbvio que o mesmo afasta, como já o afirmamos nas análises anteriores, a possibilidade de o fiduciário destruir a coisa por completo, pois o citado dever implica a reversão da mesma coisa (ou, no caso de coisa consumível, de mesma espécie ou valor) para o fideicomissário. Consequentemente, também se questiona: a constituição de encargos sobre a coisa (*in casu*, uma servidão passiva) envolve o desrespeito por este dever?

A resposta é negativa, desde que a servidão termine à data da morte do fiduciário. O direito de propriedade sobre a coisa que foi restringido pelo encargo reexpande-se à data da morte e da consequente reversão, o que permite a entrega do objeto da substituição fideicomissária intacto.

Assim, podemos concluir que: o n.º 1 é aplicável, mas devemos apenas ler fiduciário (quando a lei se refere ao usufrutuário e ao princípio da equiparação) e incluir as servidões passivas de modo a que o preceito não colida com a natureza da figura em estudo; o n.º 2, por sua vez é inaplicável, sendo desnecessário no seio da substituição fideicomissária.

O artigo 1462.º do Código Civil dispõe acerca do usufruto sobre uma universalidade de animais, considerada pela lei como “um todo orgânico, distinto das unidades concretas que em cada momento o integram, em obediência à sua finalidade económica específica”¹⁶³, configurando assim, uma coisa composta nos termos do art. 206.º do CCiv.

A disposição determina que o usufrutuário possui o dever de substituir por crias novas as cabeças de gado que estiverem em falta (n.º 1)¹⁶⁴ e que se o gado se perder, por causa que lhe é estranha, na totalidade ou em parte, tem o dever de entregar, tão-só, as que

¹⁶³ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p.503.

¹⁶⁴ Corresponde ao *summissio* do Direito Romano e traduz-se, segundo os Professores, no traço essencial deste regime. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p.503.

restarem (n.º 2), mas é responsável pelos despojos dos animais se os tiver aproveitado para si. Deve cumprir estes deveres como um bom pai de família o faria, respeitando o seu destino económico próprio e específico.

Assim, e de acordo com o nosso entendimento, este preceito é perfeitamente aplicável à substituição fideicomissária quando tenha por objeto uma universalidade de animais, porque o dever de conservação implica que sobre o fiduciário impendam os mesmos deveres que impendem sobre o usufrutuário. Mais se esclarece que, do nosso ponto de vista, a aplicação não colide com a natureza da substituição fideicomissária. Pelo contrário, completa-a face à parca regulação, tal como o fazem os preceitos cuja aplicabilidade também advogamos.

Por fim, o *artigo 1463.º do Código Civil* dita o seguinte: o usufrutuário de rendas vitalícias tem o direito de perceber as prestações correspondentes à duração do usufruto, não sendo obrigado a restituir qualquer valor.

De acordo com FERNANDO NETO FERREIRINHA, a renda vitalícia traduz-se num negócio jurídico¹⁶⁵ “através do qual uma pessoa aliena, a favor de outra, certa soma de dinheiro, qualquer outra coisa móvel ou imóvel, ou um direito, e a segunda se obriga a pagar certa quantia em dinheiro ou outra coisa fungível durante a vida do alienante ou de terceiro”. Este contrato encontra-se regulado no art. 1238.º e segs. do CCiv. e pode possuir natureza gratuita ou onerosa, conforme a renda assuma o carácter de simples encargo modal ou de correspondente da alienação efetuada, respetivamente¹⁶⁶.

De acordo com o nosso entendimento, nada obsta à aplicação extensiva deste preceito à substituição fideicomissária se o fideicomitente fideicomitir uma renda vitalícia como objeto da substituição. Por ser imperiosa a análise do critério da natureza jurídica, cumpre afirmar que também não colide com a natureza jurídica da substituição fideicomissária.

Estes são os preceitos que, segundo nosso entendimento, são aplicáveis extensivamente à substituição fideicomissária, devido ao facto de a sua aplicação não colidir com a natureza da mesma.

¹⁶⁵ Referimo-nos à renda vitalícia como um negócio jurídico, uma vez que, como nota o autor, a mesma pode ser ultimada por um negócio jurídico bilateral (contrato) ou unilateral (v.g., testamento). Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 807.

¹⁶⁶ Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, *ob. cit.*, p. 807.

iii. *Preceitos cuja aplicação extensiva não é defensável por colidir com a natureza da substituição fideicomissária*

De acordo com o artigo 1446.º do Código Civil, o usufrutuário pode “usar, fruir e administrar a coisa ou o direito como faria um bom pai de família”, respeitando o citado destino económico da coisa. Este poder geral “multiplica-se”, nas palavras de ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, “numa infinidade de poderes e deveres que variam consoante a natureza da coisa usufruída”¹⁶⁷.

O nosso legislador faz, desde logo, uma distinção clara entre o poder de *usar* e o poder de *fruir* para destringir a “dupla forma que pode revestir o gozo da coisa”: a utilização direta e a percepção dos seus frutos ou produtos. É comum dizer-se que o primeiro poder é indivisível e que o segundo é divisível, contudo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA discordam na medida em que consideram que “nada impede a divisibilidade do uso da coisa”, uma vez que podem ser vários sujeitos a usar a dita *res* a título de usufrutuário. Por exemplo, **A** e **B**, casados, decidem vender a sua propriedade ou a raiz do prédio urbano onde vivem, reservando o usufruto para ambos.

Este poder de uso e fruição tem como bitola o “bom pai de família”¹⁶⁸. Apesar da imprecisão desta fórmula romanística, a verdade é que a mesma pretende através da citada imprecisão, abranger uma grande panóplia de situações, cabendo ao julgador, no caso concreto, aferir se o usufrutuário atuou como um bom pai de família ou não.

Contudo, é importante frisar que esta bitola é limitada pelo dever de respeitar o destino económico da coisa e vice-versa, uma vez que, como notam os citados Professores, o usufrutuário pode usar a coisa em termos impróprios de um bom pai de família e não violar o destino económico da coisa, tal como pode violar o destino económico da coisa sem a usar em termos impróprios de um bom pai de família. O cumprimento do citado dever implica a não alteração da sua forma e a não estipulação de uma finalidade diferente, uma vez que o mesmo visa garantir ao proprietário a restituição da coisa tal como ela se encontrava.

Por fim, apesar de a lei não o prever expressamente, o usufrutuário pode fazer uso das ações possessórias, sendo que a não inclusão expressa na letra da lei teve como intuito

¹⁶⁷ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 476.

¹⁶⁸ Esta fórmula substituiu a de “proprietário prudente”, usada no art. 2223.º do Código de Seabra, precisamente porque, segundo os Professores, se visou deixar claro que a não aderência à tese do usufruto como um direito de propriedade temporária.

evitar a criação da “falsa impressão de que assim se pretendeu constituir mais um caso de posse jurídica ou civil”, o que não era a intenção do legislador.

Se tivermos em atenção o disposto no art. 2290.º do CCiv., vemos que o legislador também concedeu ao fiduciário o poder de gozo e de administração dos bens que constituem objeto do fideicomisso. Destarte, e de acordo com o nosso entendimento, o art. 1446.º não é extensível ao fiduciário¹⁶⁹ por uma razão: o preceituado colide, desde logo, com a natureza do fideicomisso, uma vez o poder de gozo associado ao usufruto incide sobre uma *res* alheia que comprime o direito de propriedade do proprietário de raiz, ao passo que, no fideicomisso, os poderes de gozo e administração do fiduciário incidem de forma plena sobre o fideicomitido, do qual aquele é um verdadeiro (embora temporário) proprietário, apesar de estar limitado pelo fideicomisso¹⁷⁰.

O artigo 1447.º do Código Civil¹⁷¹ determina que o proprietário da nua propriedade, findo o usufruto, tem a obrigação de indemnizar o usufrutuário de todas as despesas de produção feitas pelo mesmo até ao valor dos frutos que vierem a ser colhidos.

É um regime extremamente criticado pela doutrina, por colocar o usufrutuário numa posição mais privilegiada do que a ocupada pelo proprietário da nua propriedade ou propriedade de raiz. Daí que certos ordenamentos jurídicos como o italiano que adota o “sistema da reciprocidade”, determine que a distribuição das despesas pelo usufrutuário e proprietário seja feita na proporção dos seus direitos aos frutos. Opõem-se a outros, como o

¹⁶⁹ No mesmo sentido V. acórdão do STJ de 15 de Março de 2012, relatado pelo Juiz Conselheiro Gabriel Catarino (n.º de proc. 458/07.7TBTND.C1.S1), consultado através do sítio www.dgsi.pt.

No caso concreto procedeu-se à apreciação do excesso de poderes de administração por parte da fiduciária: a fiduciária arrendou o prédio urbano fideicomitido, tendo incluído no contrato de arrendamento a obrigação de o locador indemnizar a locatária de todas as benfeitorias úteis e necessárias que pudessem ser levantadas. O juiz conselheiro entendeu, e bem, que tal cláusula “é extremamente onerosa para os fideicomissários, bem como desajustada e desproporcionada aos fins específicos do contrato”, uma vez que, tendo falecido a fiduciária, foram os fideicomissários chamados para assumir tal obrigação. Nada impede a fiduciária de arrendar o imóvel, uma vez que este ato não é considerado como um ato de administração “extravagante”, contudo, o juiz conselheiro concluiu pela necessidade de análise de todas as obras feitas, devendo distinguir-se as benfeitorias úteis e necessárias, as quais são ressarcíveis se não puderem ser levantadas, e aquelas obras que visaram, tão-só, “dar comodidade e funcionalidade ao estabelecimento de restauração” que foi instituído pela locatária.

¹⁷⁰ Seguimos de perto o entendimento da Comissão Revisora do Código Civil: “o fiduciário, como proprietário que é, deve ter poderes mais amplos que o usufrutuário”; e de CARLOS OLAVO: sendo a coisa própria, os poderes que sobre ela incidem hão de ser normalmente mais latos, pelo que o respetivo gozo e administração se devem processar plenamente, sem tal restrição”, daí que o autor entenda, e bem, que o art. 1446.º “limita a atuação do usufrutuário ao respeito pelo destino económico da coisa, não aplicável ao fiduciário”. Cfr., respetivamente, BMJ, *ob. cit.*, pp.179-180 e CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 485.

¹⁷¹ Este preceito jaz sobre a ideia tradicional do direito pátrio de acordo com a qual é o momento da percepção que assinala o direito à aquisição dos frutos naturais, distinguindo-se assim dos frutos civis cuja partilha é proporcional à duração do direito (“*pro rata temporis*”), como dita o art. 213.º, n.º 2 do CCiv. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 477.

suíço que atribui o direito de indemnização aos dois sujeitos ou o francês que não atribui o citado direito a nenhum deles!¹⁷²

De acordo com o nosso entendimento, colocando a questão central um pouco de parte, esta solução é justa, uma vez que se compreende que o usufrutuário seja indemnizado pelas despesas que fez para tornar possível a produção dos frutos de que não vai gozar. É o proprietário que deve arcar com as mesmas, uma vez que ele é que irá perceber os referidos frutos. Contudo, consideramos também que esta norma tem uma aplicação parca na vida prática, na medida em que na maioria das vezes o usufruto é vitalício, como o permite o art 1443.º, morrendo juntamente com o seu titular, caso em que não haverá lugar à indemnização.

Retomando a questão central, este preceito assenta na ideia nuclear de que o usufrutuário semeia e frutifica coisa alheia até ao final do usufruto, tendo um direito à indemnização das despesas dos frutos de que não irá perceber. Ora, tal ideia não se coaduna com a natureza da substituição fideicomissária, uma vez que o fiduciário é proprietário da *res*, pelo que padece de sentido obrigar o fideicomissário que adquire a coisa depois da morte do fiduciário a indemnizá-lo porque, para além de não ser justo nem equitativo, o mesmo só adquire a propriedade com a morte daquele! E, mesmo que se vislumbre o direito de os seus herdeiros receberem essa indemnização, essa ideia é automaticamente rejeitada pelo entendimento assente de que o objeto do fideicomisso não se integra no decurso normal do fenómeno sucessório¹⁷³.

O *artigo 1449.º do Código Civil* diz respeito ao âmbito do usufruto, no qual se incluem as coisas acrescidas e todos os direitos inerentes à coisa usufruída.

As coisas acrescidas resultam do fenómeno da acessão natural (por avulsão ou aluvião) preceituado no art. 1325.º e seguintes do CCiv. ou do fenómeno da acessão industrial, mobiliária ou imobiliária. Com a previsão normativa a respeito do usufruto, o

¹⁷² Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 478.

¹⁷³ Em sentido oposto temos CARLOS OLAVO: este ilustre autor considera que este preceito é perfeitamente aplicável, tal como o seguinte. Cfr. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 486.

A diferença de entendimentos assenta, segundo cremos, em dois prismas: ao rejeitarmos a aplicação da substituição fideicomissária em negócios *inter vivos* como a doação, afastamos desde logo a possibilidade de indemnização, pois o sujeito que ocuparia, hipoteticamente, a figura de fiduciário já não a pode receber; e segundo lugar, temos bastante dificuldade em aceitar que os herdeiros do fiduciário possam receber a título sucessório algum bem que tenha sido fideicomitado ou que resulte deste, devido ao facto de a substituição fideicomissária não encaixar no curso normal do fenómeno sucessório. Aceitamos, sim, que os referidos herdeiros o recebam no caso de o fiduciário finar, se o fideicomissário não quiser ou não poder aceitar a herança ou legado, ou em caso de morte do fideicomissário, depois da aceitação (nos termos do n.º 2 e 3 do art. 2293.º).

legislador pretendeu determinar que “desde que se trate de coisa que (por lei) haja acrescido à coisa usufruída, ela entra na esfera material sobre a qual incidem os poderes de uso e fruição do usufrutuário”. Como diz PUGLIESE, sendo a acessão considerada uma extensão do objeto sobre o qual incide o direito de propriedade, “se se amplia o objeto, é natural que se amplie também o usufruto que a ele se refere”¹⁷⁴.

Sem embargo da possibilidade de o proprietário da nua propriedade definir os limites do direito do usufrutuário no título constitutivo do direito deste, é perfeitamente compreensível que, aumentando o objeto sobre o qual incide o direito, o mesmo aumente em proporção daquele. Uma vez ocorrido o término do usufruto, o direito de propriedade do radicário estende-se novamente e abrange as “partes” do objeto adquiridas por via da acessão. Apesar disso, consideramos que a aplicação extensiva deste preceito levanta inúmeras dúvidas, designadamente: será que esta questão se coloca no quadro da substituição fideicomissária tendo em apreço que o facto de o fiduciário ser o verdadeiro proprietário do objeto do fideicomisso?

O preceito determina ainda que o âmbito do usufruto é composto pelos direitos inerentes que se traduzem, nomeadamente, nas servidões que sejam constituídas em benefício do prédio¹⁷⁵. É uma solução normativa que se mostra perfeitamente razoável face ao usufrutuário e à sua posição jurídica, mas de aplicação duvidosa à substituição fideicomissária.

Pese embora o fiduciário seja titular de uma propriedade fiduciária, temporária e onerada pelo encargo de conservar a coisa, tal não significa que os seus poderes enquanto proprietário sejam diminuídos ou restringidos, pelo que é seguro afirmar que é um proprietário normal, detentor da referida *plena in re potestas*.

Assim, carece de sentido a aplicação extensiva deste preceito ao fiduciário porque ele já é titular de um direito de propriedade pleno, sendo o seu âmbito mais extenso do que o direito do usufrutuário sobre coisa alheia, pressupondo, desde logo, as coisas acrescidas e todos os direitos inerentes. É, de acordo com o nosso entendimento, uma aplicação inútil devido ao simples facto de o fiduciário ser um verdadeiro proprietário, carecendo de sentido, em consequência, a aplicação de um preceito cujo conteúdo define o âmbito do direito de um sujeito sobre coisa alheia.

¹⁷⁴ *Apud* ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 480.

¹⁷⁵ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 481.

O artigo 1461.º do Código Civil trata da descoberta de tesouros pelo usufrutuário, enquanto achador em propriedade alheia, remetendo-o para o artigo 1324.º do CCiv. Ora, a aplicabilidade deste preceito à substituição fideicomissária mostra-se, também neste caso, desnecessária. Basta aplicarmos o disposto no art. 1324.º diretamente ao fiduciário¹⁷⁶.

A diferença é substancial, ora vejamos: se o usufrutuário achar um tesouro no prédio usufruído, é considerado achador de propriedade alheia, pelo que apenas lhe cabe metade do valor do mesmo; se o fiduciário encontrar um tesouro no prédio que que é proprietário, cabe-lhe a totalidade do tesouro, sem prejuízo, naturalmente, do dever de comunicação às autoridades se não souber a quem pertence o dito tesouro.

O artigo 1464.º do Código Civil, por sua vez, trata do usufruto de capitais postos a juro, determinando que, se o usufruto incidir sobre tais capitais ou capitais investidos em títulos de crédito, o usufrutuário tem o direito de perceber os frutos correspondentes à duração do usufruto, de acordo com o disposto no n.º 1 do preceito. Todavia, o n.º 2 considera ilícito o levantamento ou investimento de capitais pelo usufrutuário sem o acordo dos dois titulares, ou seja, sem o acordo do radiciário, sendo que, em caso de divergência, pode ser suprido judicialmente o consentimento de qualquer um dos sujeitos em causa¹⁷⁷. Desta forma, exige-se o consentimento do usufrutuário e do proprietário da raiz para o levantamento ou investimento de capitais, quando um dos dois sujeitos o pretenda fazer, na senda do que dispõe também o Código Civil Italiano de 1942¹⁷⁸. No entanto, esta norma é supletiva, pelo que os sujeitos podem dispor diferentemente, designadamente, no título constitutivo do usufruto.

ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA entendem que a afirmação que consta no n.º 1 é “desnecessária” porque já resulta do disposto nos artigos 1446.º e 213.º do CCiv. Acompanhamos os Professores citados neste entendimento, uma vez que, sendo os juros (ou outros interesses) considerados frutos civis do capital investido pelo art. 213.º, é claro que o usufrutuário tem direito de os perceber à luz do art. 1446.º do CCiv.

Relativamente ao n.º 2 que acompanha a doutrina plasmada no Código de Seabra, os Professores consideram que a exigência do consentimento tem a seguinte justificação: ambos os sujeitos tem interesse na forma de colocação dos capitais, embora tenham

¹⁷⁶ Seguimos de perto o pensamento de CARLOS OLAVO quanto a este preceito. V. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 488.

¹⁷⁷ Nos termos dos artigos 1000.º e seguintes do CPC.

¹⁷⁸ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 508.

interesses específicos diferentes uma vez que, enquanto que o proprietário, visando a restituição, “prefere uma colocação segura” e menos rentável, o usufrutuário, como tem em apreço “o rendimento imediato da sua fruição”, prefere uma colocação menos segura mas mais rentável.

Por fim, sobre este objeto de usufruto, incide ainda uma questão duvidosa: será que o usufrutuário pode levantar a prestação principal se esta se tornar exigível no decurso da duração do usufruto? Segundo o entendimento de ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, qualquer um dos dois pode exigir o levantamento, mas o devedor só se desobriga se cumprir perante o usufrutuário e o proprietário da raiz.

Pese embora o preceito não distinga entre os títulos de crédito ao portador e nominativos, como notam os Professores, é importante referir que, tendo em apreço a “natureza especial do título ao portador”, nas relações com terceiro, o usufrutuário surge como um verdadeiro proprietário (apesar de não o ser, como tantas vezes firmamos), estando na posse e detenção do título, pelo que pode receber o reembolso do capital e transmitir “validamente os títulos a terceiros de boa-fé”¹⁷⁹.

Cumpra agora apreciar a sua aplicabilidade extensiva à substituição fideicomissária. De acordo com o nosso entendimento, já resulta do art. 2290.º do CCiv., da consideração do fiduciário como proprietário e do art. 213.º, o direito de o fiduciário perceber os frutos civis (como o são os juros como resultado do capital investido), à semelhança do que ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA advogaram em relação ao usufrutuário. Destarte, o fiduciário pode investir ou levantar capitais postos a juro, sem necessidade de consentimento de outro sujeito, desde que, com tal atividade, não atrepele o seu dever de conservar a coisa, pelo que a aplicação deste preceito se mostra desnecessária e não conforme com a natureza da substituição fideicomissária.

O artigo 1465.º do Código Civil determina que, quando o usufruto tenha por objeto uma determinada quantia ou no decurso do usufruto sejam levantados capitais nos termos do art. 1464.º, o usufrutuário tem a faculdade de administrar esses valores desde que preste caução, caso em que corre por sua conta o risco da perda da soma usufruída, de acordo com o n.º 1. Já o n.º 2 determina que, se o usufrutuário não pretender usar da dita faculdade, aplica-se o disposto do n.º 2 do art. 1465.º.

¹⁷⁹ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 509.

Sem grandes delongas, podemos desde já afirmar que o nosso entendimento acerca do preceito anterior se estende a este, por duas razões: em primeiro lugar, a única coisa que este preceito traz de novo é o facto de o usufruto ter por objeto certa quantia, dando possibilidade ao usufrutuário de a administrar desde que preste caução necessária para garantir a restituição de outro tanto, ou seja, do valor administrado, contudo, advogamos a não aplicação extensiva porque a administração do objeto da substituição fideicomissária (seja ele uma quantia, ou outra coisa qualquer) já é regulado pelo art. 2290.º, pelo que aplicação carece de utilidade; em segundo lugar, mesmo que advogássemos a aplicação extensiva deste artigo, seria temerário, senão incompreensível, a exigência de caução ao fiduciário para que pudesse administrar os bens, uma vez que ele já se encontra adstrito ao cumprimento da conservação do bem objeto da substituição fideicomissária, o que salvaguarda a restituição de uma quantia de igual valor à semelhança do que afirmamos acerca das coisas consumíveis¹⁸⁰. Da conjugação destas afirmações com as conclusões afirmadas no ponto anterior, resulta a não aplicabilidade extensiva deste preceito por ser claramente desnecessária e incompatível com a natureza da substituição, sobretudo quando manda aplicar o n.º 2 do art. 1464.º que, como vimos, pressupõe, embora supletivamente, o consentimento de dois sujeitos – do usufrutuário de *res* alheia e do radiciário.

O artigo 1466.º do Código Civil dispõe sobre os prémios e outras utilidades aleatórias enquanto objeto do usufruto. Determina que o usufrutuário tem direito à fruição dos mesmos quando produzidas pelo título.

Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, o levantamento destes prémios ou outras utilidades aleatórias pressupõe a aplicação do n.º 2 o art. 1464.º, apesar de este preceito distinguir entre “a raiz ou o casco dos bens e a sua fruição”, o que permite ao usufrutuário usufruir, gratuitamente de “certo número de ações” que “engrossarão o capital

¹⁸⁰ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA acrescentam o seguinte: “o proprietário da raiz converte-se, assim, à semelhança do que sucede ou pode suceder no usufruto de coisas consumíveis (art. 1451.º), num simples credor do usufrutuário, vencendo-se o crédito no momento da extinção do usufruto”. Cfr. *Ob. cit.*, p. 510.

No que respeita à substituição fideicomissária, se observarmos a quantia enquanto coisa consumível, então o fiduciário, em ordem a respeitar o dever que sobre ele impende de conservar o objeto da substituição, tem de *ir restituindo* à medida que vai gastando a quantia. E escrevemos, propositadamente, “*ir restituindo*”, porque a reversão ocorre com a sua morte, incerta por natureza. Pelo que podemos afirmar que o dever envolve a conservação e o cuidado de ter em apreço, dia-a-dia, o gasto que faz na ou com a coisa, de forma a que, quando ocorra a reversão, a coisa esteja o mais próxima possível da forma com que foi transmitida do fideicomitente para o fiduciário.

do proprietário, mas os respectivos dividendos, enquanto o usufruto se mantiver, competirão ao usufrutuário”.

O facto de apenas referir o direito de propriedade e o direito de usufruto leva-nos a considerar a não aplicação desse regime, nos casos em que o prémio consista numa “prestação suscetível de uma só utilização”, como o exemplo dado por PUGLIESE¹⁸¹, numa viagem oferecida por uma companhia de navegação.

Ora, sendo este regime tão semelhante ao dos artigos anteriores, e ainda ao regime de coisas consumíveis como objeto do usufruto, estende-se entendimento supra explanado e que passa pela não aplicabilidade deste preceito. De acordo com o nosso entendimento, o regime exposto neste preceito resulta, também ele, do art. 2290.º, pelo que é desnecessária a sua aplicação. Para além disso, colide com a natureza da substituição fideicomissária porque pressupõe a aplicação do citado n.º 2 do art. 1464.º do CCiv.

O artigo 1467.º é o último preceito do capítulo II dedicado aos direitos do usufrutuário, que se insere no Título III dedicado ao Usufruto, uso e habitação.

Regula o usufruto de títulos de participação, determinando no seu n.º 1 que o usufrutuário de ações ou partes sociais, cingindo-se, assim, às participações sociais em sociedades anónimas ou comandita por ações, tem direito: aos lucros distribuídos correspondentes ao tempo de duração do seu direito; a votar nas assembleias gerais, exceto se as deliberações visarem a alteração dos estatutos ou dissolução da sociedade; e a usufruir dos valores que caibam à parte social sobre que incide o usufruto, em caso de liquidação da sociedade ou quota.

O n.º 2, por sua vez, obriga ao voto conjunto do proprietário da raiz e do usufrutuário nas deliberações que tenham em vista a alteração dos estatutos sociais ou dissolução da sociedade.

No que a este preceito diz respeito, apesar de o usufruto sobre participações sociais levantar vários e complexos problemas e divergências doutrinárias, o nosso entendimento é firmado sem necessidade de ulteriores desenvolvimentos, até porque o problema da partilha dos lucros ou dividendos entre o proprietário e o usufrutuário, o problema da titularidade do direito de voto e o problema de saber a quem pertence a valorização resultante da liquidação da sociedade ou da quota não se colocam face à substituição fideicomissária porque estamos perante apenas um sujeito, o fiduciário. Assim sendo, advogamos a não aplicação extensiva

¹⁸¹ *Apud* ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp. 511 e 512.

deste preceito à substituição fideicomissária porque pressupor, em vários momentos, a existência de dois sujeitos – do usufrutuário e do radiciário, colide com a natureza da substituição fideicomissária que se caracteriza, como vimos, por três elementos: a dupla disposição testamentária, o encargo do instituído ou nomeado (que se afigura como único e verdadeiro proprietário enquanto for vivo), e a ordem sucessiva do chamamento. Nesta medida, consideramos que, também neste caso, o direito de receber os lucros correspondentes às ações, partes ou quotas sociais, o direito de voto e o direito de usufruir dos valores que caibam à sua participação social em caso de liquidação da sociedade ou da participação, resultam do referido art. 2290.º do CCiv. Mais: para além de resultar do referido preceito, aplica-se às participações sociais de qualquer tipo societário e que sejam objeto da substituição fideicomissária; e, ainda, não limitam o direito de voto ou de intervenção nas assembleias gerais, salvo se o pacto social dispor noutro sentido, algo que já não decorre do regime da substituição fideicomissária.

Em suma, estes são os preceitos cuja aplicabilidade rejeitamos pelo facto de colidirem com a natureza jurídica da substituição fideicomissária, e ainda por serem inúteis face ao regime jurídico da mesma.

Contudo, é importante chamar a atenção para a necessidade de atender sempre, na aplicação de qualquer um dos preceitos analisados, ao caso concreto. É mais fácil averiguar a sua aplicabilidade quando os contornos casuísticos não complicam a interpretação, pelo que, apesar de termos tomado uma posição face a todos, consideramos que, em certos casos da vida, a resposta dada poderá não ser a mais correta.

b) Quanto às obrigações

O Capítulo III, que começa no art. 1468.º e termina no art. 1475.º do citado Título e Livro do Código Civil trata das obrigações do usufrutuário. No entanto, apesar da verificada proximidade que existe entre a figura do usufrutuário e do fiduciário, a verdade é que não encontramos pontos de intersecção neste capítulo. Vejamos.

Os arts. 1468.º, 1469.º e 1470.º respeitam à caução que deve ser prestada pelo usufrutuário após a constituição do seu direito.

O art. 1468.º impõe ao usufrutuário dois deveres “preliminares e essenciais”: o dever de relacionar os bens que constituem objeto do usufruto e o dever de prestar caução como forma de prestação de garantia, quando lhe seja exigida pelo proprietário da raiz.

O primeiro dever traduz-se na obrigação¹⁸² de enumeração, descrição do estado e declaração do valor dos bens, configurando, assim, uma prova pré-constituída, usada para avaliar o comportamento do usufrutuário (v.g. comparação do estado do bem no início do usufruto e no final, porventura para definir o carácter anormal ou normal do desgaste) e ainda para fixar o objeto da restituição e das reparações que o usufrutuário deve fazer, segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁸³. Se o usufrutuário não cumprir este dever, estará sujeito à execução específica nos termos do art. 827.º do CCiv.

O segundo dever, por sua vez, tem por objetivo a “garantia do cumprimento das obrigações *propter rem*”¹⁸⁴ que impendem sobre o usufrutuário, mas só terá de ser cumprido se o proprietário da raiz o exigir. Contudo, mesmo que este o faça, a verdade é que o usufrutuário pode recusar-se a prestar a caução, sem que de tal ato derivem consequências graves como a perda do direito. Porém, o direito de usufruto pertencente ao usufrutuário transforma-se numa outra forma de fruição da coisa garantística dos direitos e interesses do usufrutuário¹⁸⁵.

O *artigo 1469.*¹⁸⁶, por sua vez, determina que a caução é inexigível ao alienante com reserva de usufruto, podendo ser dispensada no título constitutivo do mesmo. Este preceito visa incidir sobre os casos em que, por exemplo, marido e mulher alienam o prédio urbano onde residem, reservando para si o usufruto do mesmo até à morte de ambos.

Por fim, o *artigo 1470.º* consagra o regime aplicável à falta de caução. De acordo com o preceito, se o usufrutuário não prestar a devida caução, o proprietário tem à sua disposição uma panóplia de medidas explanadas no preceito a título exemplificativo: pode exigir que os imóveis sejam arrendados ou postos em administração, ou adotar qualquer outra medida “coativa” que seja adequada. Em qualquer uma delas, o usufrutuário perde a posse

¹⁸² Segundo os Professores e de acordo com a letra e espírito do preceito, a obrigação supracitada configura uma “autêntica obrigação”, opondo-se a OLIVEIRA ASCENSÃO, para quem o referido dever configura um ónus”. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 517.

¹⁸³ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp. 516 e 517.

¹⁸⁴ A obrigação “*propter rem*” ou obrigação real traduz-se numa “obrigação imposta, em atenção a certa coisa, a quem for titular desta”. distingue-se das obrigações comuns pelo vínculo que tem com a coisa, uma vez que se estabelece esta obrigação entre o credor e o devedor por causa da coisa. Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 191.

¹⁸⁵ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 518.

¹⁸⁶ Este preceito foi profundamente alterado pela Reforma de 1977, operada pelo DL n.º 496/77 de 25 de novembro: antes da reforma, o preceito determinava que a caução não era exigível aos pais como usufrutuários legais dos bens dos filhos menores. No entanto, com a redefinição do poder paternal, foi extinto e substituído o direito de usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores por um “direito de utilização dos rendimentos dos bens do filho para satisfação das despesas com o sustento, segurança, saúde e educação deste ou com outras necessidades da vida familiar”. V. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp. 518 e 519.

do objeto do usufruto, mas não o direito, como salientam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA¹⁸⁷.

No entanto, em todas elas, o usufrutuário tem de consentir quanto ao destino dado aos bens. Na ausência do referido consentimento, decidirá o tribunal (como preceitua o n.º 2 do mesmo artigo).

De acordo com o nosso entendimento, os três preceitos que analisamos e que respeitam à caução não devem ser aplicados à substituição fideicomissária por uma razão: a substituição fideicomissária é, como tantas vezes firmamos, uma figura bem distinta do usufruto, desde logo porque o usufrutuário possui um direito sobre uma coisa alheia e o fiduciário é um verdadeiro proprietário, detentor de um *plena in re potestas*. Por isso, exigir ao fiduciário um pagamento de uma caução é injustificável, uma vez que não existe na estrutura da figura em estudo um sujeito que tenha legitimidade para exigir a caução ao fiduciário, pois após a morte do fideicomitente, o fiduciário é o único proprietário do bem e o fideicomissário possui apenas uma expectativa de vir adquirir o mesmo.

No entanto, nada impede o fideicomitente de determinar, no testamento, a obrigação de o fiduciário prestar caução ao fideicomissário, apesar de este ainda não ser um verdadeiro proprietário, de modo a salvaguardar a existência do bem fideicomitido. Contudo, esta mesma ideia já nos repugna se pensarmos: se o fiduciário prestar a citada caução, a verdade é que nunca a receberá, uma vez que a reversão do bem fideicomitido só se dá com a sua morte. É certo que a aplicação extensiva deste preceito como forma de garantia visaria, sobretudo, proteger o fideicomissário, mas tal não justifica o desrespeito pelos interesses do fiduciário. Aquilo que a caução pretende pode ser alcançado pelo dever de conservar a coisa fideicomitada que impende sobre o fiduciário, pelo que concluímos pela não aplicação extensiva dos citados preceitos.

Todavia, devemos excepcionar desta rejeição o disposto na al. a) do art. 1468.º que respeita ao dever de relação dos bens que compõem o fideicomisso. Acompanhamos FERNANDO AGUIAR BRANCO quando afirma que, à semelhança do que obrigava a lei francesa, é defensável a “introdução da obrigatoriedade do inventário em matéria de fideicomisso sobre legado”¹⁸⁸, apoiando assim uma reforma legislativa no sentido que inserir esta obrigação no regime jurídico da substituição fideicomissária¹⁸⁹. Esta exceção, que tem

¹⁸⁷ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 520.

¹⁸⁸ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 85.

¹⁸⁹ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 85.

como fundamento a proteção da expectativa jurídica que assiste ao fideicomissário, visa proteger a reversão e conseqüente devolução dos bens fideicomitidos para este sujeito. Portanto, o fiduciário deve relacionar os bens deixados pelo fideicomitente, obviando, assim, ao possível desaparecimento doloso de alguns bens durante a era do fiduciário. Pretende-se, sobretudo, proteger a última vontade do testador e a expectativa jurídica do fideicomissário.

Cumpra apenas salientar que, o disposto no art. 1469.º nunca seria aplicado extensivamente por regular um aspeto tão específico do regime do usufruto, e que é incompatível com a natureza jurídica da substituição fideicomissária.

Os *artigos 1471.º, 1472.º e 1473.º* regulam as obras e melhoramentos, e as reparações ordinárias e extraordinárias, respetivamente. Ora, quando existe um ou mais proprietários e outros sujeitos detentores de direitos reais menores, como é o caso do usufruto, é natural que haja necessidade de determinar a quem pertence o dever de proceder às obras e melhoramentos e a quem pertence o dever de proceder às reparações ordinárias e extraordinárias¹⁹⁰. Por isso, é imprescindível a previsão normativa destes deveres no âmbito do usufruto, mas não o é no seio da substituição fideicomissária, uma vez que apenas existe um proprietário: o fiduciário. É a ele quem cabe as obras e melhoramentos, e é também a ele que cabe proceder às reparações ordinárias e extraordinárias.

No seio da Comissão Revisora do Código Civil, surgiu precisamente a questão de saber a quem pertencia o dever de proceder às reparações extraordinárias. A Comissão entendeu que o fideicomissário não seria obrigado a proceder às mesmas, porque tal seria contrário à natureza do fideicomisso¹⁹¹: sobretudo ao facto de o fiduciário ser um verdadeiro proprietário e o fideicomissário possuidor de uma mera expectativa, pelo que o nosso pensamento exposto vai de encontro ao definido pela Comissão Revisora.

Por outro lado, CARLOS OLAVO salienta o facto de a feita das reparações extraordinárias se traduzir, também para o fiduciário, num encargo pesado e injusto, pelo que considera (e bem) que o mais adequado aos interesses de ambos os sujeitos seria “fazer recair as reparações extraordinárias sobre o património fideicomissário”¹⁹², isto é, sobre o objeto fideicomitido.

¹⁹⁰ Para mais desenvolvimentos sobre esta questão V. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp.521 – 528.

¹⁹¹ BMJ, *ob. cit.*, p. 181.

¹⁹² Cfr. CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 490.

O *artigo 1474.º* regula os impostos (v.g. “contribuição predial rústica e urbana” como o IMI) e outros encargos anuais. Determina que o pagamento destes incumbe a quem for titular do usufruto no momento do vencimento, mas abrange, tão-só, os impostos ou encargos que incidam sobre os rendimentos e não sobre o capital, pois estes estarão a cargo do proprietário da raiz. De acordo com o nosso entendimento, a aplicação extensiva deste preceito é desnecessária, uma vez que o pagamento dos impostos e encargos anuais cabe ao proprietário, ou seja, ao fiduciário até à sua morte, e ao fideicomissário a partir desse momento¹⁹³.

Por fim, o *artigo 1475.º* prevê a obrigação de o usufrutuário avisar o proprietário de qualquer facto de terceiro que possa lesar os direitos do proprietário, podendo responder pelos danos que este venha a sofrer caso não o faça. A sua responsabilidade pelo incumprimento desta obrigação ou dever de conduta, consubstancia uma responsabilidade civil, direta e solidária face a um terceiro que seja responsável pelos mesmos danos. A construção de um juízo sobre a aplicabilidade deste preceito à substituição fideicomissária é mais complexo, porque conseguimos vislumbrar uma hipótese em que o fiduciário tenha conhecimento da iminente prática de algum ato lesivo ao seu direito e, conseqüentemente, o direito que o fideicomissário virá a adquirir com a sua morte.

O fiduciário pode, de facto, ter conhecimento de que alguém pretende apropriar-se da coisa após a sua morte, o que irá lesar o direito do fideicomissário. Parece-nos, então, que existe um dever de o fiduciário avisar o fideicomissário caso tenha conhecimento de que algum terceiro visa lesar o seu direito e a expectativa daquele. Todavia, é desnecessária a aplicação extensiva da sanção prevista na segunda parte do *artigo 1479.º*, pois, por um lado, sendo o fiduciário um proprietário encarregado de conservar a coisa, é, antes de tudo, o proprietário que velará, naturalmente, pela coisa até que fine, por outro não nos repugna que se inclua no citado dever de conservação um dever de informar o fideicomissário quando o fiduciário suspeite que um terceiro tem a intenção de lesar o seu direito.

c) Quanto ao regime de extinção

A extinção do direito de usufruto encontra-se regulada no Capítulo IV do já citado Título III do Livro III do Código Civil.

¹⁹³ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp. 528-530.

De acordo com o disposto no *artigo 1476.º*, a extinção deste direito pode dever-se às seguintes causas específicas¹⁹⁴: à morte do usufrutuário ou a decorrência do prazo fixado para o exercício do direito; à reunião do usufruto e do direito de propriedade; ao não exercício deste direito durante vinte anos, também designado por consolidação¹⁹⁵; e à perda total da coisa usufruída e a renúncia.

O *artigo 1477.º*, por sua vez, regula a possibilidade de usufruto ser concedido a um sujeito até determinada idade de um terceiro, o qual durará mesmo que o terceiro sujeito faleça antes do decurso do prazo. Por exemplo, **A** constitui um direito de usufruto a favor de **B**, o qual deverá perdurar até aos 70 anos de **C**; se **C** morrer aos 50 anos, o direito de usufruto constituído a favor de **B**, deverá manter-se por mais vinte anos, em cumprimento do disposto no preceito em análise.

É certo que o legislador imprimiu, no usufruto, um carácter pessoal ao determinar que este direito não poderia prevalecer para além da vida do seu titular na al. a) do n.º 1 do art. 1476.º, contudo, o disposto no art. 1477.º não fere o carácter pessoal do direito do usufruto porque apenas pretende, como realçam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, usar a idade de uma terceira pessoa como “limite temporal”. Aliás, mantém-se o respeito por este traço característico, pois se o usufrutuário morrer antes do terceiro sujeito, o direito do usufruto extingue-se, naturalmente, mesmo que o citado terceiro ainda não tenha alcançado a idade que foi definida como limite temporal do direito constituído a favor do usufrutuário.

No entanto, a lei ressalva a possibilidade de o “usufruto ser concedido *só em atenção à existência de tal pessoa*”¹⁹⁶, cuja inclusão no título constitutivo não tem de ser expressa, basta que resulte das declarações de vontade que compõem o mesmo¹⁹⁷.

O *artigo 1478.º* do Código Civil regula a continuidade do usufruto em caso de perda parcial da *res* (n.º 1), o que também é aplicável no caso de a coisa se transformar noutra com uma diferente finalidade económica (n.º 2)¹⁹⁸. A doutrina moderna considerou que não seria justo sujeitar o usufrutuário à perda do seu direito, quando a perda parcial ou a *rei mutatio* sejam resultado de “circunstâncias fortuitas ou de força maior” e mesmo quando se devam

¹⁹⁴ Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, o preceito em análise prevê apenas as causas que podem ditar a extinção deste direito em especial, não repetindo aquelas que, sendo gerais, já se encontram previstas para os direitos em geral, designadamente a “declaração de nulidade ou anulação do negócio constitutivo do usufruto”. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 531.

¹⁹⁵ Por alguns autores como DE MARTINO. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 532.

¹⁹⁶ Itálico nosso.

¹⁹⁷ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 534.

¹⁹⁸ O que também é denominado “*rei mutatio*”.

a facto imputável deste ou do proprietário, sem prejuízo das consequências que advêm do disposto nos artigos 1478.º e 1479.º e ainda da responsabilidade civil que poderá incidir sobre eles.

O supracitado *artigo 1479.º* trata, assim, da destruição dos edifícios. Determina que: se o prédio urbano sobre o qual incida um direito de usufruto for destruído, o usufrutuário tem direito a desfrutar do solo e dos materiais restantes (n.º 1); se o proprietário pretender reconstruir o prédio, ocupando o solo e os materiais só pode fazê-lo mediante o pagamento, ao usufrutuário e durante o período do exercício do direito deste, dos juros correspondentes ao solo e aos ditos materiais (n.º 2), o que funciona como uma compensação que é atribuída ao usufrutuário pelo facto de este não poder exercer o seu direito sobre a coisa; por fim, o disposto nas alíneas descritas aplica-se mesmo que o usufrutuário seja titular do direito de usufruto sobre o prédio rústico onde se encontra edificado o prédio urbano (n.º 3) Do último número do preceito resulta o seguinte: o usufrutuário tem direito a desfrutar do solo e materiais ou ao pagamento dos juros correspondentes, quer o seu direito incida sobre o prédio urbano (objeto principal) ou sobre o prédio rústico onde o edifício está construído (coisa acessória)¹⁹⁹.

O *artigo 1480.º* regula as indemnizações a que há lugar em caso de perda, deterioração do direito ou coisa usufruída, ou ainda na hipótese de diminuição do valor da coisa. De acordo com o n.º 1, o direito de usufruto passa a incidir sobre a indemnização por equivalente ao que o proprietário tiver direito em caso de ocorrência de alguma das hipóteses citadas. O legislador estende este entendimento aos casos em que, de acordo com o n.º 2, a indemnização resulte de expropriação ou requisição da coisa, extinção do direito de superfície, preço da reunião do foro ou de outras situações análogas estas. Isto é: se o exercício do direito de usufruto for impedido pela destruição da coisa ou pelo seu desaparecimento causado por um facto da vida ou jurídico, o direito passa a incidir sobre a compensação a que o proprietário tiver direito, até ao término do usufruto.

Este preceito abrange os casos em que o perecimento da coisa se deva a responsabilidade de terceiro, o qual, em vez de ressarcir o usufrutuário e o proprietário, tem apenas a obrigação de ressarcir o segundo, devendo o direito do primeiro estender-se ao valor pago a título indemnizatório. Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, estamos face a uma verdadeira “sub-rogação real”, que ocorre nos casos descritos no preceito

¹⁹⁹ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 537.

em análise, nos casos análogos a estes e ainda nos casos em que ocorra uma *rei mutatio* da coisa ou diminuição do seu valor! Se houver lugar a uma “reconstituição natural ou reintegração específica”, o usufruto “continuará sobre a coisa restaurada ou reparada”, segundo os Professores.

O *artigo 1481.º* regula o seguro da coisa destruída, determinando que se o usufrutuário tiver subscrito um seguro sobre a coisa e/ou pago o prémio do mesmo, o usufruto passa a incidir sobre a indemnização paga pela seguradora (n.º 1). Contudo, se o pagamento dos prémios do seguro estiver a cargo do proprietário, só este tem direito a receber a indemnização, não havendo qualquer hipótese de sub-rogação real (n.º 3). Por fim, e de acordo com o n.º 2 do preceito, se o prédio destruído for reconstruído, o direito de usufruto passa a abranger o novo edifício até ao limite da indemnização a que o usufrutuário tiver direito (no caso de ser ele a pagar o prémio do seguro ou seguros), sendo o direito proporcional à indemnização recebida. Por conseguinte, ou o excedente pertencerá ao proprietário da raiz, ou o usufrutuário utiliza dinheiro próprio para terminar a reconstrução, pertencendo-lhe esta parte a título de direito de propriedade. O prémio do seguro é visto como um encargo cujo pagamento cabe ao usufrutuário, como já o referimos na análise do art. 1474.º do CCiv., pelo que é seguro afirmar que, na maior parte das vezes, será o usufrutuário o beneficiário da referida indemnização, mas já será temerário dizer, como notam os Professores, que o valor desta abrangerá exatamente o valor despendido da reconstrução de um edifício novo.

O *artigo 1482.º* determina as consequências que resultam do mau uso²⁰⁰ da coisa pelo usufrutuário. De acordo com o preceito, o direito do usufrutuário não se extingue, mas se o mau uso for desfavorável para o proprietário da raiz, aplica-se uma de duas consequências: ou o proprietário exige a entrega da coisa, caso em que tem a obrigação de pagar ao usufrutuário o produto líquido desta (depois de subtrair as despesas e o prémio arbitrado pela sua administração); ou, aplica-se o disposto no art. 1470.º, ou seja, se o usufrutuário não tiver prestado caução, o proprietário da raiz de um prédio urbano, por exemplo, poderá exigir que este seja arrendado ou administrado por outrem. O proprietário da raiz tem à sua disposição um largo conjunto de medidas preventivas contra o mau uso por parte do usufrutuário, podendo ainda usar a carta da responsabilidade civil.

²⁰⁰ Segundo ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, a ausência de uma enumeração exemplificativa de atos próprios do mau uso é propositada. Visa, sobretudo, possibilitar uma análise casuística ao julgador. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 543.

O último preceito deste capítulo prevê o regresso da coisa à esfera jurídica do proprietário da raiz, por ocorrência de uma das várias causas de extinção anunciadas. Em caso de ocorrência de qualquer uma delas, a despeito do disposto acerca das coisas consumíveis e deterioráveis, ou a existência de um direito de retenção, de acordo com o preceituado no *artigo 1483.º*, a coisa é-lhe restituída pelo usufrutuário ou *ipso iure* por morte deste.

Não analisamos a possibilidade de aplicação extensiva de cada um dos preceitos ou de um conjunto determinado deles à substituição fideicomissária propositadamente. Podemos, desde já, afastar a aplicabilidade de três preceitos: o art. 1477.º que se refere ao usufruto até certa idade de terceira pessoa; o art. 1482.º que alude ao mau uso da coisa pelo usufrutuário e, por fim, o art. 1483.º que respeita à restituição da coisa usufruída.

A rejeição, julgada de acordo com a bitola da natureza jurídica da substituição fideicomissária, baseia-se no seguinte: de acordo o nosso entendimento, são inaplicáveis porque transpiram elementos característicos do usufruto que não são compatíveis com a substituição fideicomissária, como o facto de ser possível, no usufruto, determinar um prazo ou um termo que não o da morte do usufrutuário, de responsabilizar o usufrutuário (e bem, claro está) pelo mau uso da coisa porque existe um proprietário da raiz, um lesado com um direito real a proteger, e sobretudo, devido ao facto de, no usufruto a coisa ser restituída, mesmo que por morte do usufrutuário, o que se opõe totalmente ao que ocorre na substituição, em que a coisa reverte, automaticamente e por força da lei, para a esfera jurídica do fideicomissário.

O que podemos realmente questionar, a respeito do mau uso por parte do sujeito que está na posse da coisa, é a extensão da proteção da expectativa jurídica do fideicomissário. Até que ponto serão os seus interesses protegidos enquanto futuro proprietário, mas detentor de uma mera expectativa jurídica? É uma questão verdadeiramente curiosa que abordaremos no ponto seguinte.

Em contrapartida, defendemos a aplicação extensiva dos seguintes preceitos: o n.º 1, al. a) e d) do art. 1476.º que respeitam à extinção por morte do usufrutuário e perda total da coisa usufruída; o art. 1478.º que alude à perda parcial e à *rei mutatio*; o n.º 1 e n.º3 do art. 1479.º que respeita à destruição do edifício que seja objeto do fideicomisso ou que esteja edificado em prédio rústico que seja propriedade do fiduciário, pelo que excluimos o n.º2 por ser completamente contrário à natureza da figura em estudo; o art. 1480.º que se refere

às indemnizações devidas por terceiro, e por fim, o n.º 1 e 2 do art. 1481.º que respeita ao seguro da coisa, pelo que rejeitamos o n.º 3, uma vez que, não sendo o fideicomissário proprietário, não faz sentido, nem se vislumbra na realidade, a possibilidade de ser ele a pagar o prémio do seguro que incida sobre o objeto da substituição.

Terminamos, assim, a análise e contraposição dos direitos, deveres e regime jurídico do usufruto e da substituição fideicomissária, que visa auxiliar aqueles que se deparam com situações concretas não reguladas pelo regime jurídico da substituição fideicomissária, e que têm de recorrer ao regime jurídico do usufruto, tendo sempre como limite a citada natureza jurídica da primeira. Contudo, não nos podemos esquecer que tudo depende do caso concreto. O mesmo pode oferecer contornos tão controversos, que só uma análise casuística é capaz de determinar a aplicabilidade de um preceito que pertença ao regime do usufruto ou à resolução com recurso à analogia.

É certo que não podemos olvidar a utilidade do regime do usufruto para cobrir as falhas de regime que a realidade origina na substituição fideicomissária, mas consideramos que é imprescindível a criação de um capítulo no regime da desta figura que regule aos direitos e deveres do fiduciário e fideicomissário, uma vez que estes foram os temas mais complicados de analisar devido as diferenças abismais que separam o fiduciário do usufrutuário, das quais se destaca o facto de o primeiro ser, ao contrário do segundo, titular de um direito de propriedade.

1.1.2. Posição jurídica do fideicomissário

O fideicomissário tem de possuir, à semelhança do fiduciário, capacidade testamentária passiva. Todavia, e na senda do entendimento de FERNANDO AGUIAR BRANCO, esta capacidade afere-se face ao fideicomitente, no momento da morte do fiduciário, pois é neste momento em que ocorre a devolução da herança ou do legado fideicomitido a favor do fideicomissário²⁰¹.

Ou seja, apesar de a capacidade do fiduciário e do fideicomissário se aferir face ao mesmo sujeito, a verdade é a devolução dos bens é diferida no tempo, o que decorre do facto de, na substituição fideicomissária, ocorrer uma vocação sucessiva, que corporiza a especial natureza jurídica da figura em estudo.

²⁰¹ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 33 a 35.

Durante o hiato de tempo em que vive o fiduciário, o fideicomissário é detentor de uma expectativa jurídica. Segundo o entendimento de MARIA REI que acompanhamos, a expectativa jurídica²⁰² traduz-se na situação jurídica autónoma, complexa e ativa²⁰³ “que corresponde à posição daquele a favor de quem foi restringida a liberdade do titular atual do direito”, sendo instrumental face à consolidação do direito por parte do fideicomissário. Assenta, precisamente, nos limites que são impostos à liberdade de alienação e oneração pelo fiduciário que este teria enquanto proprietário da *res*.

Em ordem a proteger a efetiva titularidade do objeto fideicomitido pelo fideicomissário, sob a égide do respeito pela vontade do testador fideicomitente, a ordem jurídica confere ao primeiro uma verdadeira tutela jurídica que assenta nos seguintes meios: na possibilidade de inscrever no registo predial a substituição fideicomissária (al. b) do art. 94.º do CRPredial); no poder de requerer a notificação judicial do fiduciário (art. 2049.º do CCiv.); no poder de autorizar o fiduciário a dispor dos bens fideicomitidos nos fideicomissos irregulares (art. 2295.º do CCiv.); na proteção conferida pela impossibilidade de o fiduciário onerar ou alienar a *res*, que decorre do dever de conservação que sobre ele impende (art. 2291.º do CCiv.); e, por fim, na proteção que deriva do próprio encargo que impende sobre o fiduciário de conservar a coisa fideicomitada²⁰⁴, de modo a que a reversão a favor do fideicomissário possa ocorrer à data da sua morte, ao qual se somam os deveres que resultam da aplicação de certos preceitos do regime jurídico do usufruto à substituição fideicomissária que atrás defendemos. Também encorpa a proteção da expectativa jurídica do fideicomissário a possibilidade de este intervir em juízo em várias situações, *v.g.* nos termos do n.º 3 do art. 2290.º e n.º 3 do art. 2295.º, e o facto de possuir legitimidade processual para tal²⁰⁵, segundo MARIA REI.

²⁰² A expectativa jurídica distingue-se da expectativa de facto que, por sua vez, se traduz na “mera aspiração ou previsão de um certo facto ou efeito jurídico”. Cfr. MARIA RAQUEL ALEIXO ANTUNES REI, “Da Expetativa Jurídica”, ROA, Ano 54, Vol. I, Abril de 1994, in <https://portal.oa.pt/> (13/02/2017), p. 151.

²⁰³ A Autora afasta-se do entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO que entende que a expectativa jurídica configura um direito subjetivo “a suceder”, adquirido pelo herdeiro legitimário (e, *in casu*, pelo fideicomissário) no momento da vocação ou do chamamento. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 412; e MARIA REI, *ob. cit.*, p. 176.

²⁰⁴ Cfr. MARIA REI, *ob. cit.*, pp. 166 e 167.

²⁰⁵ Veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de dezembro de 2015, relatado pela desembargadora Ondina Carmo Alves (n.º proc. 11243/1.0SNT-B.L1-2). Neste discutiu-se precisamente a legitimidade dos fideicomissários para reconvir (tendo presente que, como firma o acórdão, a reconvenção se traduz numa ação declarativa proposta por meio da contestação, sendo necessária legitimidade processual para o fazer), negada pelo Tribunal de 1ª Instância. O tribunal da relação, apoiado no facto de os fideicomissários possuírem uma verdadeira expectativa jurídica, revogou (e bem, de acordo com o nosso entendimento) a decisão recorrida, reconhecendo aos fideicomissários o direito reconvirem tendo em vista o

Em suma, o fideicomissário sucede ao fideicomitente no momento da abertura da sucessão, mas só é chamado (ou seja, a vocação só ocorre) posteriormente, à data da morte do fiduciário. Até lá, o fideicomissário não tem um direito de propriedade, mas o facto de ter sido designado como tal pelo *de cuius* e de vir a adquirir o direito levam a que a ordem jurídica sobreponha os interesses deste aos do fiduciário, limitando a sua liberdade enquanto verdadeiro proprietário da *res*, reconhecendo ao primeiro uma verdadeira expectativa jurídica, protegida pela possibilidade de o fideicomissário fazer uso das várias armas supra identificadas.

1.2. O encargo do instituído

Este elemento, tantas vezes por nós referido, ocupa um lugar nuclear na substituição fideicomissária. Traduz-se no dever de conservar os bens fideicomitidos que foram deixados pelo fideicomitente ao fiduciário e fideicomissário, sucessivamente. Implica, como já dissemos, a manutenção da sua substância, sem prejuízo daqueles casos em que o objeto fideicomitido consiste numa soma de dinheiro ou títulos de crédito, caso em que, e segundo FERNANDO AGUIAR BRANCO “a sua determinação apenas se pode fazer quanto ao valor que representam”²⁰⁶.

Deste dever de conservar o objeto fideicomitido decorre um conjunto de tantos outros deveres, que resultam da aplicação extensiva de certos preceitos por nós defendida. Assim, decorre do dever de conservação instituído no art. 2286.º do CCiv. o dever de proceder às benfeitorias úteis (art. 1450.º), o dever de restituir as coisas consumíveis por outras do mesmo género, qualidade e quantidade (art. 1451.º), a plantar tantos pés quantos os que tenham perecido ou substituir a cultura que pereceu por outra igualmente útil (art. 1453.º), a fazer as reparações a que esteja obrigado em caso de perecimento accidental de árvores e arbustos, e a manter, dentro dos possíveis as praxis usadas pelo fideicomitente nos termos dos arts. 1455.º, 1457.º, 1458.º e 1459.º do CCiv., e ainda o dever de não alienar ou onerar o objeto fideicomitido, salvo nos termos do disposto nos arts. 2291.º e n.º 3 do 2295.º do CCiv.

reconhecimento de que certos bens integravam o acervo hereditário do *de cuius* (o fideicomitente), até porque a fiduciária tem o dever de relacionar os bens que compõem o fideicomisso, obrigação que resulta da aplicação extensiva do art. 1468.º, al. a) do CCiv. por nós defendida na presente dissertação.

²⁰⁶ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 85.

Sendo o fiduciário um verdadeiro proprietário, é óbvio que ele se encontra fortemente limitado por este encargo. Daí que FERNANDO AGUIAR BRANCO considere que este dever produz uma verdadeira **indisponibilidade real**²⁰⁷.

De todos os deveres que resultam deste encargo, afigura-se como mais importante o dever de não onerar ou alienar o objeto fideicomitido, o que garante a titularidade do direito de propriedade pelo fideicomissário depois de o fiduciário morrer. Nada impede, contudo, a alienação ou oneração do bem ou bens fideicomitidos nos termos do disposto no art. 2291.º do CCiv.: o tribunal pode autorizar a dita alienação ou oneração *em caso de evidente necessidade ou utilidade para os bens* (v. g., no caso de desvalorização acentuada do bem fideicomitido²⁰⁸) *ou para o fiduciário*, desde que os interesses do fideicomissário não sejam afetados.

Mas será esta norma imperativa?

1.2.1. O artigo 2291.º e a alienação ou oneração dos bens fideicomitidos

Quanto à questão que deixamos em aberto no ponto anterior, acompanhamos JOSÉ FONSECA E SILVA²⁰⁹ quando respondemos negativamente. Só se aplica o disposto no art. 2291.º quando o fideicomitente não tenha regulado esta hipótese, ou seja, quando o fideicomitente/testador não tenha previsto a possibilidade de o fiduciário ou o fideicomissário, ou mesmo ambos em conjunto, alienarem ou onerarem a *res*, determinando ou não a ocorrência de circunstâncias específicas que o justifiquem. Consideramos que a única razão que impede a possibilidade de alienação ou oneração em caso de consentimento mútuo do fiduciário e do fideicomissário sem que o testador o tenha previsto, assenta no respeito pela última vontade deste.

Porém, a dúvida persiste: se a norma não é imperativa, e se o testador nada disser quanto a uma possível transmissão, será que o fiduciário ou fideicomissário podem transmitir?

²⁰⁷ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p. 86.

²⁰⁸ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 461. E GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p.185.

²⁰⁹ Mais: acompanhamos o ilustre Autor quando considera que apenas são imperativos os arts. 2288.º e 2294.º do CCiv., sendo que os restantes preceitos do regime jurídico da substituição fideicomissária pautam pela supletividade. Isto porque, sendo a substituição fideicomissária uma cláusula testamentária, a mesma pode ser regulada de forma diferente, nos seus vários aspetos, pelo testador, dentro dos limites da lei. Cfr. JOSÉ FONSECA E SILVA, “Fideicomissos. Algumas Interrogações.”, *in* Revista do Notariado, Associação Portuguesa dos Notários, 1993/1-3, pp. 147-149.

De acordo com o nosso entendimento, a resposta é positiva, contanto que haja acordo entre os dois sujeitos e haja necessidade em fazê-lo. É certo que temos de respeitar a vontade do testador, mas consideramos que é desnecessária a intervenção do tribunal, com todos os custos e demora que a mesma implica, quando ambos estão de acordo quanto à alienação ou oneração. Afinal, o testador decerto não quererá que um ou ambos os sujeitos se mantivessem numa situação de carência económica, por exemplo, cuja resolução passaria pela venda de um prédio urbano fideicomitado. Todavia, deve-se firmar que este nosso ponto de vista pressupõe, sempre, o acordo entre o fiduciário e fideicomissário quanto ao destino do bem.²¹⁰

No entanto, adverte-se para o seguinte: apesar de entendermos que deve existir o consentimento do fiduciário e fideicomissário, tal não implica que o fideicomissário participe na dita alienação ou oneração como transmitente, até porque o art. 2294.º que tem, por sua vez, natureza imperativa, proíbe, de forma expressa, o fideicomissário de repudiar ou dispor os bens fideicomitados, a título oneroso ou gratuito, antes da devolução dos bens a seu favor.

Ou seja, de acordo com o Princípio da Legitimação Registral plasmado no art. 54.º do Código de Notariado e tendo em apreço o facto de o fideicomissário não ser um verdadeiro proprietário até à morte do fiduciário, só pode transmitir determinado bem quem for titular registal do mesmo, pelo que só o fiduciário, enquanto verdadeiro e atual proprietário é que pode transmitir. O consentimento do fideicomissário deve ser obtido através de um Instrumento de Consentimento ou por meio da sua intervenção, *v.g.*, na escritura pública, em que apenas dará o seu consentimento. Tal é efetivamente necessário porque, estando a substituição fideicomissária sujeita a inscrição no registo predial (al. b) do art. 94.º do CRPredial), o Conservador que proceder ao registo do título pelo qual o bem fideicomitado for alienado ou onerado, provavelmente irá rejeitar a respetiva inscrição à luz do art. 2291.º do CCiv., mesmo que perfilhe o entendimento exposto.

Por fim, a própria inclusão da cláusula testamentária e do regime que o testador pretender instituir sobre a mesma deve ser expressa e clara, ou pelo menos, ser facilmente identificável esta intenção no texto do testamento²¹¹, pois face à dificuldade inerente de

²¹⁰ Do exposto resulta o seguinte: se um dos sujeitos possuir o ensejo de alienar ou onerar a *res*, e se não obtiver o consentimento do outro, a única solução será requerer a autorização judicial nos termos do art. 2291.º do CCiv.

²¹¹ Neste sentido Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, p.70.

interpretação dos testamentos, entende-se que o teor dos mesmos deve ser redigido de forma cuidadosa. Segundo JOSÉ FONSECA E SILVA, tal não passa pela simplificação do texto, mas sim pela qualidade da redação, uma vez que, nas suas sábias palavras, “*simplificar é empobrecer, e, no limite, trair a vontade do testador*”²¹²²¹³.

1.3. A ordem sucessiva do chamamento

O chamamento ou a vocação sucessória, regulada no art. 2032.º e segs. do CCiv. consiste na fase do fenómeno sucessório em que são chamados os herdeiros do *de cuius*. É frequente a confusão entre os termos devolução, vocação e chamamento.

Contudo, acompanhamos PEREIRA COELHO²¹⁴ e OLIVEIRA ASCENSÃO²¹⁵ no sentido em que a distinção entre os referidos conceitos deve ser feita à luz do seguinte critério: o termo vocação assume um carácter subjetivo, na medida em que se traduz no chamamento “à sucessão, feita pela lei ou pelo *de cuius* no momento da morte”²¹⁶, momento em que o sucessível adquire um “direito a suceder”, ao passo que o termo devolução assume um carácter objetivo na medida em que se traduz no momento em que é devolvido ao sucessível (ou sucessíveis) as posições ou relações jurídicas que sobreviveram à morte do *de cuius* ou, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, no momento em que os bens são colocados “à disposição do chamado”²¹⁷.

Assim, e por outras palavras, a vocação consiste no momento em que os sucessíveis são chamados a suceder às relações jurídicas que sobreviveram ao *de cuius*, sendo que, só mais tarde, no momento da devolução, é os bens que compõem a herança ou o legado, são colocados à sua disposição. Contudo, não devemos proceder a uma distinção rígida, pois, segundo CAPELO DE SOUSA, o termo devolução deve ser apreciado “caso a caso” devido ao carácter pouco claro que por vezes assume em normas como a identificada pelo Professor: no n.º 2 do art. 2032.º que determina a retroatividade da devolução sucessória a favor dos sucessíveis subsequentes ao momento da abertura da sucessão, o termo supra identificado é usado de forma lata uma vez que abrange também a vocação sucessória²¹⁸.

²¹² Itálico nosso.

²¹³ Cfr. JOSÉ FONSECA E SILVA, *ob. cit.*, p. 158.

²¹⁴ PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 93 e segs.

²¹⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 121 e segs.

²¹⁶ Cfr. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 94.

²¹⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 122.

²¹⁸ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 281 e 282. O Professor afirma ainda que “só uma interpretação compreensiva” do termo vocação, “nos casos de vocação subsequente” justifica que se tenham de verificar os requisitos “no momento da abertura da sucessão”.

Todavia, para que ocorra o momento da vocação, é necessária a verificação de três pressupostos essenciais, “cumulativos e de verificação simultânea” que, segundo CAPELO DE SOUSA²¹⁹, são enunciados no n.º1 do art. 2032.º do CCiv.: **designação sucessória prevalecente detida pelo sucessível; a existência do mesmo e a sua capacidade**, sendo estes dois últimos pressupostos devem verificar-se no momento da abertura da sucessão.

O primeiro pressuposto enunciado reporta-se à **designação sucessória** que se traduz, segundo PEREIRA COELHO²²⁰, na “indicação de um sucessível feita antes da morte do autor da sucessão”.

A designação pode ser feita pelo autor, por meio da sucessão contratual ou pela lei, por meio da sucessão legítima e legitimária, mas não se pense que a designação é arbitrária, ela obedece a um conjunto de princípios. Em primeiro lugar, a mesma pessoa pode ser chamada a vários títulos, mas só uma designação se torna prevalecente no momento da abertura da sucessão e conversão sucessória, cuja determinação envolve a estipulação de uma hierarquia que se mostra “movediça” até à morte do autor da sucessão. Assim, e segundo PEREIRA COELHO, o primeiro lugar da dita hierarquia é ocupado pelos herdeiros legitimários, à luz do disposto nos arts. 2133.º e 2157.º do CCiv. O segundo lugar, é, por sua vez, ocupado pelos herdeiros ou legatários contratuais; o terceiro posto é ocupado pelos herdeiros ou legatários testamentários. E, por fim, o quarto lugar é ocupado herdeiros legítimos, designados pela lei com base numa relação matrimonial, de parentesco ou de ainda se soberania, como nota o Professor. Não basta que a designação seja prevalecente, é ainda necessário que esta se mantenha, ou seja, que seja dotada de consistência no momento da designação e no momento da morte do autor da sucessão. Ora, para determinar a indicada consistência, mostra-se imperiosa a análise da proteção jurídica que cada posto da hierarquia possui²²¹.

A sucessão legítima é caracterizada pela imperatividade e por uma grande consistência, como decorre do disposto nos arts. 2156.º e segs. do CCiv. A referida consistência é evidenciada por um conjunto de meios jurídicos que podem ser usados pelos herdeiros legitimários com vista à proteção da legítima e ainda pelas características deste tipo de sucessão legal que são expostas nos dispositivos legais já identificados. Entre os meios

²¹⁹ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 282.

²²⁰ Cfr. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 95.

²²¹ V. a este respeito distinção feita por OLIVEIRA ASCENSÃO entre dois momentos: o anterior e o posterior à abertura da sucessão, *ob. cit.*, pp. 106-109.

jurídicos referidos destacam-se a possibilidade irrenunciável que requerer a redução por inoficiosidade regulada no art. 2168.º e segs. e ainda a possibilidade de arguir a simulação de negócios jurídicos que possam ofender a legítima pertencente a cada um dos herdeiros legitimários. É precisamente com base nesta particular e considerável consistência jurídica que alguns autores como PAULO CUNHA e VERDIER²²² consideram que os herdeiros legitimários são, durante a vida do autor da sucessão, titulares de um verdadeiro direito subjetivo. Todavia, e num sentido bem mais razoável que acompanhamos, argumentam CAPELO DE SOUSA, PEREIRA COELHO e OLIVEIRA ASCENSÃO²²³ que estamos, tão só, perante uma expectativa juridicamente tutelável.

No âmbito da designação sucessória contratual, e de acordo com PEREIRA COELHO, temos de distinguir a instituição de herdeiro, isto é, a doação de parte ou totalidade da herança a um sujeito, da nomeação de legatário, que se traduz na doação de bens certos e determinados.

No primeiro caso e segundo Professor, resulta do n.º 1 do art. 1701.º do CCiv. a impossibilidade de o doador dispor dos bens (anteriormente doados por meio de convenção antenupcial) a título gratuito, por meio de um contrato de doação ou testamento (isto é, unilateralmente). *A contrario sensu*, do exposto e do preceito resulta a possibilidade de o doador dispor dos bens a título oneroso e por meio de um negócio jurídico bilateral, e a possibilidade de um terceiro celebrar um negócio jurídico bilateral e gratuito²²⁴. A impossibilidade de dispor dos bens de forma gratuita e a título *inter vivos* é justificado pela irrevogabilidade característica da instituição contratual de herdeiro, prevista no n.º 1 do citado art. 1701.º, o qual apenas permite a revogação bilateral, mas a impossibilidade de o fazer por morte decorre, por sua vez, do respeito pela ideia ou princípio do *favor matrimonii* uma vez que, nas palavras do Professor, se estas doações fossem permitidas, as doações para casamento “(...) não seriam capazes de desempenhar a função que lhes é reconhecida por lei”²²⁵, que é a de estimular o casamento²²⁶.

²²² *Apud* CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 141.

²²³ OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que o herdeiro legitimário tem o “direito a ser herdeiro”, que adquire mesmo em vida do autor da sucessão. Segundo o Professor, este direito que se concretiza no momento da abertura da sucessão só é posto em causa pelo repúdio, deserdação ou indignidade do herdeiro. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 393 e 394.

²²⁴ Todavia, estes atos praticados por terceiros podem ser revogados a todo o tempo mediante acordo dos contraentes (2ª parte do n.º 1 do art. 1701.º do CCiv.).

²²⁵ Cfr. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, pp. 104 a 107.

²²⁶ V., para mais desenvolvimentos, F. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 470 a 473. Recorde-se, apenas que as doações para casamento são as feitas pelos esposados um ao outro, ou por

Na segunda hipótese referida – nomeação de legatário –, o doador não pode dispor dos bens, quer a título *mortis causa*, quer *inter vivos*, porque qualquer nova disposição implicaria a revogação da doação já instituída nos termos do n.º 1 do art. 1701.º, pese embora se ressalve a possibilidade de alienação dos bens em caso de extrema necessidade do doador, mediante autorização do donatário, de acordo com o disposto no n.º 2 do mesmo preceito.

Em qualquer um dos casos, segundo PESSOA JORGE, ESPINOSA²²⁷ G. SILVA, PEREIRA COELHO²²⁸ e CAPELO DE SOUSA, os donatários supra referidos têm, à semelhança dos herdeiros legitimários, uma expectativa juridicamente tutelável de vir, no futuro, a adquirir os bens. No entanto, acompanhamos CAPELO DE SOUSA²²⁹ quando o Professor afirma que a designação na nomeação de legatário possui uma maior consistência do que a que resulta da instituição contratual de herdeiro, o que se deve ao facto de doador se encontrar claramente mais limitado nos seus poderes de disposição, *inter vivos* ou *mortis causa*. Porém, não se deve olvidar ainda a possibilidade de nulidade (nos termos dos arts. 294.º e 295.º), caducidade (nos termos dos arts. 1703.º, n.º 1; 1705.º, n.º 4 e 1760.º, n.º 1 ou ineficácia (nos termos do disposto nos arts. 1705.º, n.º 1 e 1716.º)²³⁰ do negócio jurídico do qual resulta a designação do herdeiro ou legatário, sendo que todas estas possibilidades espelham, também, o carácter instável da designação sucessória.

Cumpramos agora abordar a designação sucessória testamentária.

Uma vez que já nos debruçamos sobre as características do testamento²³¹, avançamos já para a análise da proteção jurídica dos herdeiros testamentários. De acordo com o nosso entendimento, os herdeiros testamentários não possuem qualquer expectativa de vir a adquirir qualquer tipo de bem, móvel ou imóvel, antes da morte do testador ou antes do momento em que o testamento se torne público. Como facilmente se depreende, tal decorre das próprias características do testamento, sobretudo do carácter confidencial que o mesmo possui.

um terceiro a favor dos dois. Tem por base o referido princípio do *favor matrimonii* porque, nas palavras dos Professores, espelham “uma série de desvios às regras gerais das doações”, nomeadamente, a proibição dos pactos sucessórios, sendo este tipo de doações uma das exceções previstas no art. 1700.º do CCiv., que “se justificam pela ideia do favor ao casamento – do casamento que as doações matrimoniais precisamente se destinam a encorajar e promover”.

²²⁷ *Apud* CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 146.

²²⁸ Cfr. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 105.

²²⁹ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 143.

²³⁰ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 144 e 145.

²³¹ No ponto 5.1. da presente dissertação.

Ora, do facto de ser livremente revogável até ao momento da morte e de se tratar de um ato pessoal, resulta a impossibilidade de qualquer sujeito ter conhecimento do conteúdo real de um determinado testamento, salvo, claro está, o notário, o próprio testador ou um procurador com poderes especiais. Para além do segredo profissional a que estão sujeitos os notários, à luz do n.º 1 do art. 32.º do CN, que impede a revelação de qualquer pormenor sobre um testamento, a atividade deste profissional no âmbito do testamento está ainda sujeita a um verdadeiro princípio de confidencialidade, nos termos do n.º 2 do preceito supra citado, que, proíbe o notário ou os seus colaboradores de conferirem a qualquer pessoa que não seja o testador, ou seu procurador, qualquer tipo de informação sobre o ato, salvo se for apresentada uma certidão de óbito devidamente válida²³². Mesmo que os herdeiros testamentários tenham tido conhecimento do conteúdo do testamento, a sua expectativa não é juridicamente tutelável.

Por fim, cumpre examinar a proteção jurídica dos herdeiros legítimos. Ora, tal como resulta do disposto no art. 2131.º do CCiv. e da noção avançada por CAPELO DE SOUSA²³³, a designação legítima traduz-se, em bom rigor, numa forma de a lei solucionar, a título preventivo, a hipótese de o autor da herança não dispor dos seus bens. Esta designação que se afigura como supletiva e que funciona, segundo o Professor, como uma “reserva legal e moral de sucessíveis”²³⁴, tem como fundamento, à luz da doutrina moderna, a ideia de que “o património hereditário deve ser herdado pela família do falecido”. O estado integra a quinta classe de sucessíveis, apesar de não se tratar, obviamente, de qualquer membro da família, porque se considera que a sua previsão como tal previne o abandono dos bens que compõem a massa da herança e a decomposição destes enquanto não são alienados e porque subsiste, segundo o Professor, a função social da propriedade e a contribuição da sociedade na formação dos bens de cada um dos seus membros²³⁵.

A nosso ver, apesar de compreendermos a dita função social que subjaz à previsão do estado como quinta classe sucessível, consideramos que, na verdade, o estado figura como herdeiro de última linha: se o autor da herança não tiver familiares de qualquer espécie nem tiver disposto dos seus bens a favor de qualquer entidade ou pessoa, o estado herda-os. Destarte, de todas as razões explicitadas, aquela que consideramos ser a mais importante e a

²³² FERNANDO NETO FERREIRINHA, *Código do Notariado Anotado*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 63 e segs.

²³³ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 238.

²³⁴ CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 239.

²³⁵ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 240.

mais fiel à a realidade é a preocupação em evitar que os bens fiquem ao abandono. Porventura, o estado pode, de facto, usá-los em proveito da sociedade, de modo a suprir as mais variadas necessidades.

Este tipo de designação só pode ser afastada, de forma absoluta, quando o autor da herança tenha disposto de todos os seus bens e não possua herdeiros legítimos.

É importante ainda frisar que a designação legítima obedece a três princípios: ao *princípio da preferência de classes*, preceituado no art. 2134.º, à luz do qual os herdeiros de cada uma das classes previstas no art. 2133.º preferem aos herdeiros das classes imediatamente a seguir; o *princípio da preferência de graus de parentesco*, preceituado no art. 2135.º, de acordo com o qual, dentro de cada uma das classes, preferem os que forem parentes num grau mais próximo; e, por fim, o *princípio da sucessão por cabeça*, regulado no art. 2136.º, à luz do qual, e na letra da lei, os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em partes iguais.

Do breve exposto resulta o seguinte: os herdeiros legítimos possuem uma expectativa de facto de vir a adquirir os bens, expectativa esta que se torna juridicamente tutelável quando um ou mais herdeiros são designados a título da sucessão legítima e legítima, v. g., o cônjuge ou os descendentes, pese embora só uma se torne prevalecente no momento da abertura da sucessão.

Acompanhamos, assim, em jeito de conclusão, o entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO quando o professor afirma que “não há nenhuma relevância geral da qualidade de sucessível”, mormente antes da abertura da sucessão.

Em suma, é no momento da abertura da sucessão, que é despoletada pela morte do *de cuius*, que se fixa a hierarquia dos sucessíveis, pautada, até este momento, pela instabilidade, e se fixa as designações prevalecentes.²³⁶ Depois deste momento, e na maioria das situações, os herdeiros adquirem o direito a suceder, concretizando-se, assim, a expectativa que possuíam. Contudo, OLIVEIRA ASCENSÃO atenta para o facto de nem sempre tal suceder, uma vez que, tratando-se de nascituros (concebidos ou não), de pessoas coletivas e sociedades, o direito de suceder só é por eles adquirido quando ocorrer a condição suspensiva a que estão sujeitos²³⁷.

²³⁶ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 149 e 150.

²³⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 106 –109.

Feito o percurso teórico pelas várias espécies de designações sucessórias, cumpre avançar para o segundo pressuposto da vocação sucessória retomando, assim, o ponto central em análise: **a existência do chamado.**

De acordo com o art. 2033.º do CCiv., têm capacidade sucessória todos os sujeitos que forem nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão, e nas sucessões contratual ou testamentária, os nascituros não concebidos, filhos de pessoa determinada e viva no momento da abertura da sucessão²³⁸, as pessoas coletivas e sociedades.

Como alerta CAPELO DE SOUSA, a capacidade sucessória não é coincidente com a capacidade jurídica no caso dos nascituros (concebidos ou não concebidos), uma vez que, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 66.º do CCiv. a personalidade só é adquirida a partir do nascimento completo e com vida.²³⁹

Neste sentido, o segundo pressuposto da vocação pode ser resumido nos seguintes termos:

O chamado tem de existir no momento da abertura da sucessão, contudo, cumpre, em primeira linha, distinguir entre a sucessão legal e legitimária e a sucessão contratual e testamentária. Nas primeiras, e à luz do disposto no n.º 1 do art. 2033.º tem capacidade sucessória o estado, as pessoas já nascidas no momento da referida abertura e os nascituros concebidos²⁴⁰, pese embora a vocação sucessória, quanto aos estes últimos, apenas produza os seus devidos efeitos após a verificação da condição suspensiva do seu nascimento completo e com vida (n.º 1 do art. 66.º do CCiv.). Segundo CAPELO DE SOUSA, os nascituros concebidos são “entidades dotadas de operacionalidade em matéria sucessória, que cabem na letra e no espírito”²⁴¹ do tão citado n.º1 do art. 66.º do CCiv.

Nas segundas, tem ainda capacidade sucessória os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada e viva no momento da abertura da sucessão, as pessoas coletivas e as sociedades. Também quanto a estes e ainda quanto às pessoas coletivas e sociedades se denota a imperativa necessidade de verificação das correspondentes condições suspensivas: o nascimento completo e com vida, de acordo com o citado n.º 1 do art. 66.º e

²³⁸ E ainda as pessoas coletivas e as sociedades.

²³⁹ É a abrangência da capacidade sucessória que, segundo CAPELO DE SOUSA, justifica que o legislador se tenha referido a “*aqueles* que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis” no n.º 1 do art. 2032.º do CCiv. Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 284.

²⁴⁰ Na análise da conceção dos nascituros concebidos deve atender-se ao disposto no art. 1798.º e segs. do CCiv.

²⁴¹ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 288.

a aquisição da personalidade jurídica por parte das ditas pessoas coletivas e sociedades. Segundo CAPELO DE SOUSA, a diferença entre os tipos de sucessão é consequência da primazia dada à “liberdade negocial e testamentária”, aumentando assim a possibilidade de a vontade do *de cuius* encontrar lugar na lei, isto é, se enquadrar nos termos legais, podendo, assim, ser reproduzida no testamento²⁴².

A capacidade sucessória é, como resulta do exposto, mais lata nas sucessões testamentária e contratual.

Mas a existência do chamado no momento não basta. É ainda imperativamente necessário que o chamado sobreviva a este momento, “nem que seja por um instante, após a morte do *de cuius*”²⁴³, nas palavras do Professor. O melhor brocado para descrever este pressuposto é o usado por PEREIRA COELHO: o chamado “*ainda há de existir*” e “*já há de existir*”²⁴⁴.

O último pressuposto é o da **capacidade sucessória**. A regra é a da capacidade jurídica para efeitos sucessórios e resulta da leitura conjugada dos arts. 67.º e 2033.º do CCiv. que aumenta, exponencialmente, os casos de capacidade sucessória, pois, em princípio, todos têm capacidade jurídica para suceder, mesmo os incapazes (v.g., menores ou interditos por anomalia psíquica, entre outros), uma vez que, no plano sucessório, não vale qualquer tipo de incapacidade de gozo ou de exercício.

O mesmo já não se pode afirmar quanto às pessoas coletivas e sociedades, uma vez nestes vigora o princípio da especialidade do fim, resultante do art. 160.º do CCiv. A capacidade sucessória destas entidades resulta, especificamente, do disposto no art. 2033.º do CCiv.

No entanto, há que frisar o seguinte: apesar de a capacidade sucessória ser, efetivamente, a regra, a verdade é que existem situações de incapacidade sucessória, como é o caso da indignidade sucessória (preceituada no art. 2034.º e segs. do CCiv.), ou situações de ilegitimidade, como as que se verificam em decorrência das indisponibilidades relativas a que já nos referimos supra.

Estudados que estão de forma cabal todos os pressupostos da vocação sucessória, chegou o momento de distinguir os vários tipos ou modos de vocação. O estudo dos mesmos irá obedecer à seguinte distinção: começaremos por estudar os modos típicos de vocação,

²⁴² Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 287.

²⁴³ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 289.

²⁴⁴ Cfr. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, pp. 129 e segs.

nos quais se inserem a vocação originária, subsequente, pura, condicional, a termo, simples, modal e direta; e, depois, iremos analisar os modos atípicos de vocação, nos quais se inserem a vocação indireta e a vocação sucessiva. É um estudo que se afigura crucial para compreender o terceiro e último elemento caracterizador da substituição fideicomissária.

1.3.1. Modos típicos de vocação

Esta categoria é, então, composta pelos seguintes modos de vocação sucessória: originária, subsequente, pura, condicional, a termo, simples, modal e direta.

A vocação originária é aquela que, segundo CAPELO DE SOUSA, tem lugar no momento da abertura da sucessão, opondo-se diametralmente à vocação subsequente, devido ao facto de ocorrer num momento posterior à referida abertura²⁴⁵.

A vocação pura e a vocação condicional e modal distinguem-se pelo facto de as segundas estarem, ao contrário da primeira, sujeitas a uma condição (suspensiva ou resolutiva), ou termo, respetivamente. A vocação de um nascituro somente concebido no momento da abertura da sucessão, a que já nos referimos, é um exemplo mister da vocação condicional.

A vocação simples e a vocação modal, por sua vez, distinguem-se pelo facto de a segunda estar sujeita “a encargos especiais ou cláusulas modais”.

Por fim, a vocação direta é aquela que ocorre a favor de um sujeito “originalmente prioritário”, por exemplo, a favor do cônjuge sobrevivente.

1.3.2. Modos atípicos de vocação

Entre os modos atípicos ou “anómalos” da vocação figuram a vocação indireta e a vocação sucessiva.

Usamos, na linha do entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO²⁴⁶, a expressão “vocações anómalas” usada por GOMES DA SILVA, para nos referimos às vocações atípicas. Pese embora ambos os adjetivos sejam suficientes para destrinçar estes modos de vocação que não se inserem no curso normal do fenómeno sucessório, consideramos que o termo “vocação anómala” espelha, de forma mais clara, esse contexto.

²⁴⁵ Segundo CAPELO DE SOUSA, a distinção entre estes dois modos de vocação sucessória decorre do n.º 1 e 2 do art. 2032.º do CCiv. V. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 326.

²⁴⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 171.

Segundo CAPELO DE SOUSA, a vocação indireta é caracterizada pelo facto de o chamamento funcionar a favor de “uma entidade que é chamada, substitutivamente, em vez do primitivo designado prioritário, por este não ter podido ou querido aceitar a sucessão”, sendo que a transmissão dos bens ocorre de forma direta. Não há lugar a duas transmissões, mas apenas a uma que ocorre diretamente para o final beneficiário. A substituição direta consiste, assim, a par do direito de representação²⁴⁷ e do direito de acrescer²⁴⁸, numa das situações em que tem lugar a vocação indireta.

A vocação sucessiva é o terceiro elemento nuclear da substituição fideicomissária. Pese embora tenha sido, no passado, objeto de controvérsia doutrinal devido, sobretudo, à nova redação da noção legal de substituição fideicomissária, a qual deixou de ter presente o verbo “transmitir”. Consequentemente, esta retirada despoletou outras questões, designadamente: o fideicomissário sucede ao fiduciário ou ao testador? Operam, neste instituto, uma ou duas transmissões?

FERNANDO AGUIAR-BRANCO, na sua dissertação sobre os “Fideicomissos”, e ainda na vigência do Código de Seabra, já reconhecia a ordem sucessiva como elemento basilar da substituição fideicomissária²⁴⁹. No mesmo sentido, de acordo com o nosso entendimento e ainda à luz do entendimento da Comissão Revisora do Código Civil, não existem duas transmissões sucessivas, porque o fiduciário não transmite ao fideicomissário. Nas palavras de GALVÃO TELLES, prosseguidor deste entendimento, “o testador deixa os seus bens, em primeira instituição, ao fiduciário que se torna proprietário vitalício”, pelo que depois de este finir “entra em funcionamento a segunda instituição e o fideicomissário recebe esses bens por força ainda do testador”²⁵⁰.

Podemos, respondidas que estão as questões colocadas, aclarar o raciocínio subjacente à vocação sucessiva da seguinte forma: o testador deixa os seus bens ao fiduciário e ao fideicomissário, sendo este último o principal beneficiário da liberalidade, contudo, e apesar disso, este sujeito só adquire o direito de propriedade sobre os bens depois da morte do fiduciário, momento em que os mesmos revertem para a sua esfera jurídica. Destarte, ambos os sujeitos são designados pelo testador como herdeiros testamentários, mas só o

²⁴⁷ Regulado nos arts. 2039.º e segs. Para mais desenvolvimentos sobre o direito de representação V.: CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 330 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, pp.182 e segs.; *last but not least*, PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, pp. 160 e segs.

²⁴⁸ O direito de acrescer encontra-se, por sua vez, preceituado nos arts. 2301.º e segs. do CCiv.

²⁴⁹ Cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *ob. cit.*, pp. 102 – 103.

²⁵⁰ BMJ, *ob. cit.*, pp. 172 e 173.

fiduciário é chamado à sucessão no momento da abertura desta, ficando o chamamento ou vocação sucessória do fideicomissário adiado para um momento posterior à morte do fiduciário. Consequentemente, a capacidade testamentária passiva do fideicomissário deve ser apreciada face ao testador e tendo em apreço o momento da abertura da sucessão.

Fechamos o exposto com a seguinte frase, usada pela Comissão Revisora, e que logra espelhar a lógica deste entendimento: se assim não fosse, ou seja, “se o fideicomissário sucedesse ao fiduciário, tinha de se entender que o testador estava antecipadamente a dispor de bens deste”! Caso em que não estaríamos, obviamente, perante a substituição fideicomissária.

Capítulo V – A análise de questões particulares colocadas à luz do Direito Patrimonial das Sucessões

1. O art. 2288.º e a validade da disposição

O presente capítulo aborda o problema que consideramos mais pertinente e com o qual fecharemos o presente estudo sobre a substituição fideicomissária. Propomo-nos a abordar o problema da validade da substituição fideicomissária, a possibilidade de existência de fideicomissos condicionais e, por fim, os fideicomissos irregulares, tendo sempre em apreço duas bitolas: a lei e a sua interpretação, na ótica de várias perspetivas histórico-sociais e princípios como o do respeito pela última vontade do testador.

Começaremos, então, pela análise do artigo 2288.º do Código Civil e pelo problema da validade da substituição fideicomissária que o mesmo levanta.

Diz o citado art. 2288.º o seguinte: “*São nulas as substituições fideicomissárias em mais de um grau*²⁵¹, ainda que a reversão da herança para o fideicomissário esteja subordinada a um acontecimento futuro e incerto”.

O legislador pretendeu, com este preceito de natureza imperativa, estabelecer a validade da substituição fideicomissária, determinando que o testador não poderá, em caso algum, instituir esta figura em mais de um grau de substituição, porquanto o grau que se tem em apreço para este efeito é, efetivamente, o grau de substituição e não o de parentesco²⁵², pese embora possam coincidir.

²⁵¹ Itálico nosso.

²⁵² Como adverte, entre outros, CAPELO DE SOUSA. Cfr., *ob. cit.*, p. 522.

Assim, e por outras palavras, o testador só poderá instituir uma substituição fideicomissária nos seguintes termos: **A** pretende deixar a **B**, sua sobrinha, uma casa no Gerês, sendo que a mesma deverá, à morte desta, reverter para os filhos de **C**, sua outra sobrinha. Como se depreende do exemplo exposto, só existe um grau de substituição, que ocorre com a morte de **B**.

Contudo, se porventura, **A** tivesse instituído uma outra linha de substituição²⁵³ (v.g., determinando que os bens fideicomitidos reverteriam para **E**, seu sobrinho-neto, à morte dos filhos de **C**), já estaríamos perante uma nulidade, na medida que se verifica uma segunda linha de substituição a favor de **E**.

Foi precisamente a pensar na ocorrência deste tipo de invalidades que o legislador instituiu o regime disposto no preceito enunciado: a segunda linha de substituição deverá ter-se por não escrita, mantendo-se no todo, a linha de substituição anterior que se afigura como válida. Estamos, assim, perante uma redução legal, regulada pelo art. 292.º do Código Civil²⁵⁴.

Se assim não fosse, a substituição fideicomissária instituída pelo testador seria nula, o que violaria de forma flagrante a última vontade deste. Neste sentido, o legislador estabeleceu que a solução descrita é, efetivamente, a aplicável, “*salvo se o contrário resultar do testamento*”²⁵⁵²⁵⁶. Isto é, a lei permite que o testador opte por determinar que, caso a

²⁵³ Falamos em linha de substituição porque consideramos que é a expressão mais correta, uma vez que nunca nos poderíamos referir ao segundo fiduciário ou ao segundo fideicomissário, em termos latos e sem mais, sob pena de o discurso se tornar confuso, precisamente porque o art. 2287.º permite a substituição plural, ou seja, a existência de vários fiduciários ou fideicomissários, na mesma linha de substituição.

²⁵⁴ De forma sucinta e concisa, e segundo MOTA PINTO, a redução insere-se no problema dos efeitos das nulidades e anulabilidades dos negócios jurídicos. Parte do princípio de que a invalidade negocial se deve circunscrever à parte que efetivamente viola certa disposição legal, não infetando o mais com o mesmo vício. Assim, e tendo por base os princípios da divisibilidade ou separabilidade do negócio jurídico, da conservação dos negócios jurídicos e o critério da vontade hipotética ou conjetural das partes, o art. 292.º do CCiv. determina que “a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada (pese embora hajam casos em que a redução prossegue, mesmo que a vontade da parte fosse em sentido contrário). A este respeito, o Professor refere o entendimento de EMILIO BETTI, que faz um paralelo curioso desta solução jurídica com o plano social e biológico da vida, fazendo assentar a presente solução na consideração da autonomia privada e da boa-fé. É como se procedêssemos a uma amputação da parte infetada do negócio por um vício, permitindo a sobrevivência do negócio jurídico sem aquela parte específica. Para mais desenvolvimentos, em especial sobre os casos por nós referidos, em que o negócio jurídico prossegue mesmo que se conclua que a vontade hipotética da parte iria em sentido contrário, V. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.º Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, pp. 632 – 639.

²⁵⁵ Itálico nosso.

²⁵⁶ No projeto do Código Civil, a frase em itálico não estava prevista no artigo correspondente. A ideia proveio do Professor Vaz Serra, sob influência de uma solução semelhante adotada pelo ordenamento jurídico alemão (§2 do artigo 195.º do Código Civil Alemão). O Professor, entretanto, acompanhado por FERRER CORRER e LOPES NAVARRO, entendeu que devia obstar-se à rigidez da formulação existente com a possibilidade de

segunda linha de substituição não seja válida ou possível, pela manutenção ou não manutenção da primeira linha da substituição fideicomissária.²⁵⁷ Deste modo, resulta do exposto, o caráter supletivo do art. 2289.º do CCiv.

OLIVEIRA ASCENSÃO propõe uma solução diferente, uma vez que considera que “a posição mais relevante parece ser a do último fideicomissário instituído”, ou seja, o sujeito que seria o definitivo beneficiário da segunda linha de substituição, caso não se procedesse à redução nos termos descritos. Neste sentido, propõe que, em alternativa, que se proceda a uma conversão legal²⁵⁸ nos seguintes moldes: a segunda linha de substituição pode ser aproveitada, convertendo-se a substituição fideicomissária em vulgar ou direta, caso em que aquele ou aqueles que ocupar (em) o lugar de fideicomissário(s) na segunda linha de substituição serão substitutos diretos no caso de o fideicomissário da primeira linha de substituição “não poder ou não querer aceitar”. Contudo, o Professor, por considerar que a referida conversão legal é insuficiente face à necessidade imperiosa de respeitar a vontade do testador alvitra que, à luz do princípio do aproveitamento da deixa inválida, se deva proceder à conversão da deixa inválida no usufruto sucessivo, plasmado no art. 1441.º do Código Civil²⁵⁹.

CAPELO DE SOUSA, por sua vez, não considera que a conversão legal avançada por OLIVEIRA ASCENSÃO, deva ser usada para resolver esta questão, fundamentando a sua posição com base no seguinte raciocínio: apesar de o regime previsto no art. 2289.º ser supletivo, a lei determinou que o mesmo só poderá ser afastado pelo testador na sua disposição de última vontade. E mesmo que o testador determinasse um regime semelhante à solução proposta pelo Professor, CAPELO DE SOUSA considera que “estariamos perante

o testador demonstrar a sua vontade de, face a uma possível nulidade, manter ou não a substituição fideicomissária. Cfr. BMJ, *ob. cit.*, p. 177.

²⁵⁷ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 457.

²⁵⁸ Mais uma vez, cumpre tecer, a título de esclarecimento, algumas considerações. A conversão legal encontra-se prevista no art. 293.º do CCiv. e traduz-se num “meio de colaboração do ordenamento jurídico com a vontade das partes” na medida em que permite a conversão de um negócio nulo ou anulado num outro. Apesar de o negócio sucedâneo possuir um “resultado final económico-jurídico (...) mais precário”, a verdade é que se aproxima do primeiro. No entanto, para que opere esta solução jurídica, é necessária a verificação cumulativa de três requisitos: em primeiro lugar, o negócio jurídico inválido deve possuir os requisitos essenciais de forma e substância do negócio sucedâneo; em segundo lugar, a vontade hipotética /conjetural das partes aferida deve ser no sentido da conversão e devidamente provada, pese embora, segundo o entendimento de MOTA PINTO, ancorado nos artigos 239.º e 334.º, a conversão possa ocorrer, “independentemente da vontade das partes”, se a boa-fé assim o exigir; em terceiro lugar, exige ainda a doutrina que “o negócio sucedâneo diga respeito ao mesmo objeto material” a que respeitava o negócio principal ou, segundo o Professor, “a conversão deve manter-se dentro do domínio negocial traçado pelas partes”. Cfr. C. A. MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 639 – 644.

²⁵⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 225 – 227

uma instituição anómala (...) que bem se poderia considerar nula por violação do fim legal (art. 2186.º do CCiv.)”, para além de ressaltar o facto de o legislador ter imposto o referido limite para proteger determinados interesses públicos.

Esta questão também foi abordada nas atas da comissão revisora do Código Civil. Nestas, concluiu-se que o testador podia, efetivamente, fazer uma “deixa separada de usufruto e mera propriedade, ou uma substituição direta a favor de outro fideicomissário”, mas tal só seria admissível se existisse uma manifestação concreta e real da vontade do testador, e não apenas hipotética ou conjectural como a que se afere em sede de redução legal. Parece assim que a dita redução só é possível se o *de cuius* não prever no seu testamento a nulidade, caso em que se aplica a redução que terá como critério, não a sua vontade hipotética, mas a sua vontade real, expressa ou tácita. Deve, assim, recorrer-se às regras da interpretação dos testamentos para, face a um caso concreto, determinar se a vontade real do testador, expressa ou tácita, era a de manter ou não a dita substituição²⁶⁰.

Que dizer sobre a solução avançada por OLIVEIRA ASCENSÃO? Que interesses visou o legislador proteger com o limite de validade previsto pelo art. 2288.º?

1.1. O raciocínio subjacente ao art. 2288.º: as razões que sustentam a limitação da validade

Na sua génese, a substituição fideicomissária traduzia-se numa forma de contornar os fortes limites do regime jurídico sucessório vigente, que impediam os estrangeiros, os celibatários e as mulheres²⁶¹ de suceder, pois permitiu que estes sujeitos, incapazes de suceder por testamento na ótica do Direito, fossem beneficiados por meio da liberalidade em estudo.

Portanto, salvo melhor entendimento, o propósito inicial era beneficiar alguém que se encontrava impedido por lei de ser benfeitorizado por meio de uma liberalidade sucessória²⁶². Pode até considerar-se que configurava um propósito altruísta e despido de interesses fúteis, apesar de consubstanciar uma espécie de fraude à lei.

²⁶⁰ BMJ, *ob. cit.*, pp. 175 – 179.

²⁶¹ As mulheres foram declaradas como incapazes de suceder aos sujeitos que tivessem “mais de cem asses”, na vigência da lei voconia. Esclarece-se que “asses” era a moeda corrente na época. Cfr. JOSÉ TAVARES, *Sucessões e Direito Sucessório*, 2ª Edição, Portugal Brasil, Limitada – Sociedade Editora, Lisboa, p. 413.

²⁶² Acompanhamos VAZ SERRA nesta afirmação. Cfr. “Sobre o problema dos fideicomissos condicionais”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 62 (1929 – 1930), Coimbra Editora, Coimbra, 1929, p. 385.

Depois de ter sofrido fortes alterações legislativas nos vários ordenamentos jurídicos que previam esta figura, o propósito desta acabou por se tornar mais complexo e menos altruísta. No seio do feudalismo, dizia-se que a substituição fideicomissária limitava a prosperidade económica e, segundo a famosa frase de VITALI²⁶³ que já citamos, visava “perpetuar os frutos da vaidade” por várias gerações²⁶⁴.

A generalização deste entendimento e a queda do feudalismo deram lugar a uma forte restrição da validade da substituição fideicomissária em vários ordenamentos jurídicos, nomeadamente o francês que, por meio da lei de 14 de novembro de 1792 e em consequência dos ditames da revolução francesa, suprimiu de forma absoluta esta figura.

Em terras lusas, autores como CORREIA TELES chegaram a ponderar a existência de quatro ou três graus de substituição²⁶⁵, mas falou mais alto a crítica de que acusava a figura em estudo de ser perigosa para “*os interesses da família, da sociedade, do comércio e da indústria*”.²⁶⁶

Também LUÍS DA CUNHA GONÇALVES enunciou algumas críticas que foram apontadas à figura em estudo, das quais se destacam: “*as substituições fideicomissárias são uma das molas mais poderosas da sociedade aristocrática, e, por isso, contrárias aos princípios por que se governa uma sociedade democrática; serviam para perpetuar a preponderância das grandes casas, manter o esplendor dum grande nome*” e ainda seriam um “*entrave à circulação dos bens, obstáculo à boa cultura e aos melhoramentos das terras, enfim, instrumento de fraude aos credores*”²⁶⁷. O Professor demonstrou a improcedência dos vários argumentos exaltando o facto de não estar provado que os bens fideicomitidos ficam numa situação de “incessante circulação” e o facto de se permitir o usufruto testamentário sucessivo e condenar-se a instituição de uma substituição fideicomissária²⁶⁸, pese embora tenha demonstrado uma posição contrária à própria existência da figura, dizendo que o melhor seria mesmo “suprimi-la por inútil”. É óbvio que não concordamos com a sua supressão, mas acompanhamos os argumentos usados pelo Professor para combater as críticas à substituição fideicomissária ainda ancoradas no feudalismo²⁶⁹.

²⁶³ V. Ponto 1 do Capítulo I da presente dissertação.

²⁶⁴ Cfr. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 415.

²⁶⁵ *Apud*, JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 417.

²⁶⁶ Cfr. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 417.

²⁶⁷ Itálico nosso.

²⁶⁸ Tal como também já o explanamos no ponto dedicado à evolução histórica da figura em análise.

²⁶⁹ Cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 148 – 151.

Destarte, quando a comissão revisora analisou a validade da substituição fideicomissária teve em apreço, obviamente, este problema. No início da análise do regime jurídico da substituição fideicomissária, a respeito da sua noção e do problema de saber se o fideicomissário sucedia ao fideicomitente ou ao fiduciário, PIRES DE LIMA afirmou que a única razão histórica que sustentaria o sobredito limite seria “*a luta contra a propriedade vinculada*”²⁷⁰, argumentando que, uma vez que se permitia o usufruto sucessivo, nada impedia a substituição fideicomissária em mais de um grau, conquanto se exigisse a mesma condição exigida para a instituição de um usufruto sucessivo: existência das “pessoas instituídas (...) ao tempo da morte do testador”.

Em sentido contrário, GALVÃO TELLES afirmou que a proibição da figura assentava na luta contra a imobilização dos bens²⁷¹,

Mais à frente, argumentou-se o facto de a substituição fideicomissária potenciar a sobredita “imobilização dos bens” e a instituição de fideicomissos “perpétuos” ou quase-perpétuos, pelo que se concluiu que a melhor solução para este problema tido pela mesma comissão como “delicado” seria manter o limite de validade previsto no anteprojeto do Código Civil, cujo entendimento legislativo se mantém: é proibida e nula a instituição de uma substituição fideicomissária em mais de um grau.

Ora, observa-se que a comissão revisora teve em vista evitar a existência dos ditos fideicomissos perpétuos, pelo que, e respondendo à questão por nós colocada no ponto anterior, as razões que subjazem à solução jurídica existente são impedir que a substituição fideicomissária consubstancie um entrave ao comércio jurídico, por imobilizar, por longos períodos de tempo, os bens fideicomitidos.

Contudo, acompanhamos o Professor GOMES DA SILVA na afirmação que expressou em sede da mesma comissão e que pode resumir-se no seguinte: ao permitir-se a existência de um 2.º ou 3.º grau de substituição, a substituição fideicomissária podia, segundo ele, “evitar, dentro de certos limites, a pulverização da propriedade”, que, apesar de ter sido aplaudida no passado, considera-se que todos a “reconhecem como um mal muito grave”²⁷².

Porém, para além da dita pulverização da propriedade imobiliária, deve ter-se ainda em apreço o seguinte ou melhor, deve questionar-se: será que a proteção do comércio

²⁷⁰ Itálico nosso.

²⁷¹ BMJ, *ob. cit.*, pp. 171 – 174.

²⁷² BMJ, *ob. cit.*, p.175.

jurídico e a circulação económica justificam tamanha limitação? Iria, v.g., a existência de um segundo grau de substituição ferir estas preocupações? Não seria razoável contrabalançar de forma justa estas preocupações e a liberdade testamentária do testador, permitindo-se a existência de um 2.º grau de substituição?

1.2. *Posição adotada*

Em ordem a prosseguir com a exposição anterior, que já evidencia o nosso entendimento acerca da norma em análise, cumpre destronar as críticas que também já assinalamos, recorrendo a um *iter* argumentativo composto por cinco pontos:

Em primeiro lugar, se atendermos ao art. 1441.º do CCiv., verificamos que o legislador consagrou a possibilidade de instituição de um usufruto simultâneo e sucessivo. Opera também aqui uma espécie de substituição entre os vários usufrutuários, pese embora tenhamos bem presentes, porque já os assinalamos, os pontos que distanciam a posição jurídica do fiduciário e do usufrutuário. O que pretendemos com esta referência é questionar se nesta norma em concreto o legislador também teve em apreço o perigo da imobilização imobiliária. Ora, de acordo com o nosso entendimento, parece que não.

Em segundo lugar, verificamos que certos autores como OLIVEIRA ASCENSÃO²⁷³ e GUILHERME DE OLIVEIRA²⁷⁴ consideram que, em termos latos, já não haverá uma concreta violação do sobredito artigo 2288.º se a segunda linha de substituição for comutada numa substituição vulgar ou direta o que, do nosso ponto de vista, é apenas uma forma de contornar o problema e estabelecer, em bom rigor, um outro grau ou linha de substituição. Pergunta-se, então, que necessidade haveria de o fazer se o art. 2288.º não fosse demasiado limitativo? Do nosso ponto de vista, nenhuma. A necessidade de “aproveitar”, digamos assim, a segunda linha de substituição demonstra que, nos dias de hoje, não há nenhum entrave sério para o aumento da validade da norma em apreço.

Em terceiro lugar, mostra-se imperioso o uso de um argumento histórico importantíssimo: as críticas apontadas e desenvolvidas no ponto anterior, nomeadamente as que assentam na imobilização dos bens, possível perpetuidade dos fideicomissos e propriedade vinculada, para além de não terem estado na génese da figura em estudo, também não se verificam nos dias de hoje, perante as circunstâncias histórico-sociais que se

²⁷³ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 226.

²⁷⁴ Cfr. GUILHERME OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 185.

observam e que o Direito deve acompanhar. É inegável a sua adequação no período feudal. Contudo, este tipo de pensamento, predominante até ao séc. XII, começou a desmoronar-se a partir de então, pelo que já não podemos continuar a usar os mesmos argumentos que só faziam sentido neste período temporal. Destarte, já não existem situações de propriedade vinculada, ou fideicomissos perpétuos ou quase-perpétuos. Mesmo que se argumente que tais situações teriam lugar no seio de grandes famílias, contrargumentamos dizendo que, à luz do regime jurídico do fideicomisso atual, o testador tem ampla liberdade de designar como fiduciário ou fideicomissário qualquer pessoa, familiar ou não. Tal só fez sentido antes da reforma de 1930, em uma vez que até esta alteração legislativa, as sobreditas posições jurídicas só podiam ser ocupadas por familiares.

Em quarto lugar, também não estamos a abordar um instituto que é aplicado com muito frequência. De um ponto de vista realista, e olhando para as estatísticas relativas ao ano de 2016, os dados dizem-nos que foram lavrados cerca de 22.578²⁷⁵ testamentos públicos²⁷⁶ em Portugal, sendo que só uma pequena parte deles deve conter uma substituição fideicomissária ou fideicomisso irregular. Deste modo, o impacto da utilização deste instituto no comércio jurídico não é, do nosso ponto de vista, expressivo!

Em quinto e último lugar, há que sopesar, com consciência e razoabilidade a liberdade testamentária do testador²⁷⁷, o respeito pela sua última vontade, e as preocupações que afligiram o legislador na manutenção desta norma aquando da feitura do Código Civil de 1966. Respondendo à questão colocada no ponto anterior, não é razoável limitar tanto a liberdade testamentária com base nas referidas preocupações.

É óbvio que não pretendemos, com isto, sugerir como alternativa a ausência de qualquer tipo de limite. Na verdade, a razoabilidade a que apelamos encontra-se espelhada na seguinte proposta: tendo em consideração todos os elementos expostos, e a contraposição de interesses supra explanada, a melhor solução seria aumentar a validade da substituição fideicomissária em mais grau, mantendo-se a formulação negativa adotada pela comissão

²⁷⁵ Cfr. <http://www.dgpi.mj.pt/DGPI/sections/home> (consultado em 04/06/2017).

²⁷⁶ Note-se que temos apenas em apreço os testamentos públicos por serem a forma de testamento mais usada em Portugal. Deve atender-se ao facto de a substituição fideicomissária ser incluída nas formas de testamentos especiais e nas doações, que contestamos. Mesmo assim, não acreditamos que a expressão do seu uso no comércio jurídico seja significativa ao ponto de se tornar um grave obstáculo à circulação de bens.

²⁷⁷ Consideramos que faz parte desta liberdade, a vontade de dispor por morte dos seus bens de forma livre, respeitadora dos limites da lei, mas não ao ponto de o testador se sentir restringido pois este limite decerto afastará os testadores do seu uso, quando o pretendiam, limitando-o em demasia.

revisora. Assim, o artigo 2288.º devia, de acordo com o nosso entendimento, ter a seguinte formulação: “*São nulas as substituições fideicomissárias em mais de dois graus (...)*”.²⁷⁸

Em suma, a presente solução tem a capacidade de equilibrar, de forma equitativa, os interesses do testador e as preocupações do legislador, apesar de as mesmas já não possuírem a expressão na sociedade e no comércio jurídico que tiveram no passado.

2. Os fideicomissos condicionais

O art. 2288.º do CCiv. a que nos referimos supra, é composto por duas partes: a primeira delas reporta-se à nulidade da substituição fideicomissária em mais de um grau; a segunda, por sua vez, dita o seguinte: “(...) *ainda que a reversão da herança para o fideicomissário esteja subordinada um acontecimento futuro e incerto*”²⁷⁹.

Como é bom de ver, esta segunda parte levanta um problema diferente, embora conexionado com o já analisado, na medida em que o legislador determina que são nulas as substituições fideicomissárias em mais de um grau, mesmo que a reversão do fiduciário para o fideicomissário seja condicional. A ausência de tal frase poderia, em teoria, permitir a instituição de um segundo grau de substituição (a que não nos opomos, como bem firmamos) que seria válida, uma vez que facilmente se poderia argumentar que a incerteza da verificação do termo do qual dependeria a reversão permitiria ao testador designar um terceiro beneficiário. Ora, foi precisamente com o propósito de olvidar este tipo de situações que o legislador português incluiu, na letra da lei, este brocado.

Para compreender de forma plena o problema, que não é novo nem estável na doutrina e jurisprudência, cumpre recordar de forma breve e precisa os conceitos de **condição suspensiva e resolutiva**²⁸⁰. De acordo com o disposto no art. 270.º do CCiv., a condição suspensiva caracteriza-se pelo facto de subordinar a produção dos efeitos jurídicos de certo negócio jurídico a um acontecimento futuro e incerto, ao passo que a condição resolutiva se caracteriza pelo facto de subordinar a resolução dos efeitos jurídicos de determinado negócio a um acontecimento da mesma natureza – futuro e incerto.

Segundo MOTA PINTO, a possibilidade de aposição de uma condição assenta na necessidade de obviar à “incerteza objetiva do futuro”²⁸¹, permitindo ao

²⁷⁸ Itálico e negrito nossos.

²⁷⁹ Itálico e negrito nossos.

²⁸⁰ Cfr. MOTA PINTO também distingue as condições potestativas (arbitrárias ou não), causais ou mistas. V., para mais desenvolvimentos, C. A. MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 565 – 566.

²⁸¹ Cfr. C. A. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 561.

outorgante, delimitar esta incerteza e prever a consequência jurídica que se irá aplicar no caso de verificar determinada circunstância específica. Nas palavras do Professor, a condição consubstancia um “elemento acidental” que, ao abrigo do Princípio da Liberdade Contratual²⁸², pode ser incluindo na maioria dos negócios jurídicos, inclusive no testamento e nas doações, pese embora o regime a aplicar em caso de ilicitude da condição seja distinto nestes últimos dois negócios²⁸³.

Com base no exposto, importa determinar se é possível apor à substituição fideicomissária uma condição suspensiva ou resolutiva, e em que termos tal pode ser concretizado.

Ora, do preceito supratranscrito, resulta, *a contrario sensu*, a possibilidade de a primeira linha de substituição estar sujeita a uma condição, pois o que a norma visa efetivamente impedir é a instituição de uma segunda linha de substituição, mesmo que esta ou a anterior esteja sujeita a uma condição e, portanto, rendida à incerteza. Foram vários os autores que se pronunciaram sobre o assunto, dos quais se destacam VAZ SERRA e OLIVEIRA ASCENSÃO.

Na verdade, o problema dos fideicomissos condicionais assumiu grande importância até à reforma de 1930, porque até essa data²⁸⁴, o Código de Seabra ditava a proibição das substituições fideicomissárias para o futuro, salvo se as mesmas fossem instituídas por “*pai ou mãe nos bens disponíveis, em proveito dos netos, nascidos ou por nascer*” e/ou “*em favor de descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador*”. Em ordem a contornar esta forte limitação e, em outros ordenamentos jurídicos como o francês e o italiano, a obviar à proibição absoluta dos fideicomissos, era comum a aposição de condições como “a falta de filhos²⁸⁵, a falta de disposição testamentária” ou “a morte antes de certa idade”²⁸⁶.

O problema central que ganhou asas na doutrina portuguesa assentava então em saber como determinar quando estamos perante uma disposição condicional ou uma

²⁸² Plasmado no art. 405.º do CCiv.

²⁸³ Para mais desenvolvimentos, V. C. A. MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 566 – 571.

²⁸⁴ Todavia, em 1937 o STJ pronunciou-se por meio do Assento de 14 de dezembro de 1937, o qual firmou o seguinte: “O legado de certa coisa a uma pessoa sob condição de passar a terceira, se aquela falecer sem descendentes, é condicional e válido e não substituição fideicomissária”. Posto isto, é seguro afirmar que o problema não reveste tamanha importância depois da reforma de 1930 em que extinguiu a limitação supracitada.

²⁸⁵ Também designada pelo brocado latino “*si sine liberis decesserit*”. Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 386.

²⁸⁶ Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 386.

substituição fideicomissária. Por conseguinte, pergunta-se: como é que a substituição fideicomissária pode ser condicional, partindo do pressuposto que o pode obviamente, à luz da letra da lei, sem perder a sua natureza ancorada nos elementos essenciais que a caracterizam e que já enunciamos?

Segundo VAZ SERRA, a questão de saber se estamos perante uma substituição fideicomissária ainda que condicional ou face a uma disposição condicional pura, constitui uma *quaestio facti*, na medida em que a sua resposta terá de ser obtida por meio da indagação da vontade do testador, à luz do princípio enformador do respeito pela mesma, e sobretudo, pela verificação da existência dos elementos essenciais da substituição fideicomissária na situação concreta²⁸⁷. Assim:

Em primeiro lugar, e seguindo de perto o entendimento de PIRES DE LIMA²⁸⁸, tudo depende da eficácia atribuída pelo testador à cláusula testamentária. Se o testador lhe atribuir eficácia retroativa (*ex tunc*), não se verifica a ordem sucessiva que caracteriza a substituição fideicomissária, pelo que estamos perante uma cláusula condicional pura e não face a um fideicomisso. Se, pelo contrário, o testador pretender que a reversão esteja dependente de uma condição (conexionada com a sua morte, uma vez que esta configura o único termo permitido para que ocorra a dita reversão), sem eficácia retroativa, isto é, com eficácia *ex nunc*, então, como se verifica a ordem sucessiva dos herdeiros, estamos, seguramente face a uma substituição fideicomissária.

Em segundo lugar, acompanhamos OLIVEIRA ASCENSÃO, na mesma linha de pensamento de VAZ SERRA, no seguinte: se o testador fizer depender o chamamento de um terceiro sujeito da verificação de determinada condição, estabelecendo um segundo grau de substituição e se a mesma se vier a verificar, então a instituição será nula quanto a esta linha de substituição, pese embora, de acordo com o nosso entendimento defensor da existência de um segundo grau de substituição não o fosse. Mas, se perspetivarmos o problema segundo o entendimento que defendemos, a instituição já seria nula se o testador o fizesse num terceiro grau de substituição.

Em suma, a caracterização de determina cláusula testamentária como condicional pura ou substituição fideicomissária condicional, depende de três aspetos: *primo*, da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* atribuída pelo testador à condição; *secundo*, da

²⁸⁷ Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pp. 353 e 354.

²⁸⁸ Cfr. PIRES DE LIMA, Anotação ao Acórdão de 26 de maio de 1967, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 101, (1968 – 1969), Coimbra Editora, Coimbra, 1969, p. 43.

verificação dos três elementos da substituição fideicomissária, pois se for atribuída eficácia *ex tunc* não se verifica a ordem sucessiva dos herdeiros, e portanto, não existirá fideicomisso; *tertio*, da consequente análise da vontade do real e concreta do testador.

3. Os Fideicomissos irregulares

Existe mais do que uma expressão para designar os fideicomissos ou disposições tidas como fideicomissárias previstas no art. 2295.º do CCiv., contudo, a verdade é que o mais correto é designá-los, em termos gerais, por fideicomissos irregulares.

Tendo por base as regras de interpretação do testamento, o legislador permitiu que certas disposições testamentárias fossem consideradas fideicomissárias, sem que o testador se tenha referido à inclusão de uma substituição fideicomissária no seu testamento, de forma expressa. O que as caracteriza é a falta de um dos três elementos típicos da substituição fideicomissária, o que não impede a produção dos mesmos efeitos.

A al. a) do citado art. 2295.º do CCiv. prevê que a disposição pela qual o testador proíbe o herdeiro de dispor dos bens hereditários configura uma disposição fideicomissária, uma vez que, ao fazê-lo, está, implicitamente, a impor-lhe a obrigação de conservar o objeto da deixa testamentária. Assim, limita-o ao nível dos poderes de disposição *inter vivos* e *mortis causa*, pese embora haja quem considere que o testador está a atentar contra a liberdade testamentária do seu herdeiro testamentário. Ora, de acordo com o nosso entendimento, e assumindo que esta disposição é considerada um fideicomisso irregular, ao ignorar o disposto no testamento neste sentido, e protegendo a liberdade testamentária do fiduciário, também estaríamos a atentar contra a liberdade testamentária do testador/fideicomitente. A verdade é que o testador está a dispor de um bem que é seu, porventura fruto do trabalho de uma vida, por isso tem direito a dispor no bem nas condições que entender, dentro dos limites da lei, prosseguindo assim outros interesses, *v.g.*: **A**, testador, decide legar a **B**, seu amigo de longa data a casa onde residia, para que ele possa lá permanecer até à sua morte, mas fá-lo porque sabe que o dito sujeito precisa desta ajuda, porque, na verdade, deseja que a casa, depois da morte de **B**, seja devolvida aos seus filhos **C** e **D**. Retomando a análise da al. a), resulta da leitura conjugada desta alínea e do n.º 2 do citado preceito, que o testador pretende que os seus bens revertam para os herdeiros legítimos²⁸⁹, o que vai de encontro ao exemplo apresentado.

²⁸⁹ Cfr. Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 465.

A al. b) prevê, em bom rigor, um fideicomisso de resíduo, na medida em que considera como fideicomissárias as disposições “pelas quais o testador chame alguém ao que *restar*²⁹⁰ da herança por morte do herdeiro”²⁹¹. O que falta neste tipo irregular de fideicomisso é o encargo de conservar o objeto do mesmo. Contudo, aquele que figurar como fiduciário, não tem, a despeito do “normal fiduciário”, o ônus ou encargo de proceder à conservação, conquanto, essa obrigação resulta de forma tácita ou implícita, uma vez que só podem restar bens, se estes forem conservados pelo sujeito que ocupe lugar de fiduciário. Naturalmente, se este sujeito os alienar ou destruir nada restará, pelo que nem se coloca em prática esta disposição. Do exposto resulta que a presente forma de fideicomisso irregular, está sujeita à seguinte condição suspensiva: existência de bens da herança depois da morte do herdeiro. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, este tipo de disposição testamentária espelha ou corresponde ao “antigo legado” de *eo quod supererit*.²⁹²

Temos, por fim, a al. c), a qual prevê um outro fideicomisso irregular muito comum no Código de Seabra²⁹³. De acordo com o legislador, será tida como disposição fideicomissária aquela que “o testador chame alguém aos bens deixados a uma pessoa coletiva, para o caso de esta se extinguir”. Ora, do exposto e da letra da lei resulta o condicionamento da disposição fideicomissária a uma condição suspensiva²⁹⁴: a da extinção da pessoa coletiva. Para prevenir esta possibilidade, o testador designa outros sujeitos que, face à verificação daquela condição, beneficiarão dos bens deixados pelo testador. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, este tipo de disposição possuía interesse sobretudo quando em causa estivesse a afetação de bens de interesse ou de ordem pública²⁹⁵.

Nas três hipóteses supra descritas, verifica-se a existência da dupla disposição e da vocação sucessiva, elementos típicos da substituição fideicomissária, pelo que só o encargo

²⁹⁰ Itálico nosso.

²⁹¹ Este tipo irregular de fideicomisso distingue-se das deixas testamentárias por meio das quais o testador dispõe sobre o remanescente da herança, uma vez que, segundo GALVÃO TELLES, o primeiro se reporta ao momento da morte do fiduciário e ao que restar do objeto da substituição fideicomissária, ao passo que as segundas se reportam ao “momento inicial da feitura do testamento”. Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Substituição Direta e Fideicomisso Condicional”, *in O Direito*, ano 127, 1995, I-II (janeiro – junho), p. 240.

²⁹² É precisamente devido à existência da expressão fideicomisso de resíduo e *quod supererit*, que decidimos afirmar, logo no início da exposição que o mais correto seria adotar o termo geral de fideicomisso irregular, até porque, por exemplo, o termo fideicomisso de resíduo apenas dever ser usado aquando da referência à al. b) em análise, pois só nesta se coloca a hipótese de algo restar, de haver um resíduo da herança que deva ser devolvida a outrem. É, contudo, apenas uma questão terminológica.

²⁹³ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 466.

²⁹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 188.

²⁹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, p. 466.

de conservar o objeto fideicomitido é que não se verifica de forma significativa nas als. a) e b), embora exista de forma implícita.

Impera ainda a necessidade de olharmos para n.º 3 do art. 2295.º em análise. Este número, para além de fixar a aplicabilidade dos preceitos que compõem o regime jurídico da substituição fideicomissária aos fideicomissos irregulares, prevê uma possibilidade particular e deveras interessante: nas als. b) e c) do n.º 1, a que já nos referimos, o fiduciário pode dispor dos bens *inter vivos* desde que tenha obtido consentimento do fideicomissário, sem que tenha de recorrer ao tribunal para obter a autorização judicial exigida pelo art. 2291.º. Ora, esta possibilidade abona a favor do entendimento que já reputamos: se neste tipo de situações pautadas pela irregularidade, o legislador permite a alienação com o consentimento do fideicomissário, havendo portanto, acordo do fiduciário e do fideicomissário, porque é que o proíbe no “puro fideicomisso” e na al. a) do n.º 1 do art. 2295.º? Que razões sustentam esta posição?

A nosso ver, não existem razões que o justifiquem. Pode invocar-se o respeito pela última vontade do testador, mas este argumento é facilmente afastado pela eventualidade de o mesmo permitir, *a priori*, e no seu testamento, a possibilidade de o fideicomissário e o fiduciário alienarem/onerarem desde que haja acordo de ambos, uma vez que o art. 2291.º não é imperativo. Assim, advoga-se a aplicação analógica deste n.º 3 aos demais tipos “puros” ou irregulares de fideicomisso.

Note-se ainda que o recurso ao tribunal para obter a citada autorização só traria despesas e percas de tempo para os dois sujeitos, porventura superiores ao benefício trazido pela disposição fideicomissária. A interpretação desta norma como sendo imperativa consubstancia uma das razões que afastam o uso do fideicomisso, o que, aliado à falta de estudo e de evolução legislativa, levam a que esta figura se torne obsoleta.

Para terminar a presente dissertação, reforçamos um apelo.

É imperioso e basilar atender à vontade real e concreta do testador. Tal é possível se foram reunidas três condições: a primeira assenta num estudo consolidado sobre a matéria sobre a qual versará o testamento; a segunda, por sua vez, assenta numa cuidadosa e criteriosa redação do seu testamento, em ordem a possibilitar uma interpretação quase que indubitável; e, por fim, a terceira implica uma interpretação ou análise hermenêutica fundada, rica em conhecimento e capaz, capaz de indagar a vontade do único outorgante, de

todos os negócios jurídicos, que não podemos consultar para clarificar a sua vontade aquando da produção dos efeitos jurídicos do seu negócio jurídico.

CONCLUSÃO

Finda esta jornada, mostra-se imperiosa a exposição de algumas conclusões.

Do estudo que antecede resulta uma análise cuidada da substituição fideicomissária, caracterizada pela antiguidade e pelos fins que lhe foram atribuídos no período feudal. O nosso propósito assentou, precisamente, em mudar a percepção que se possui sobre a figura em estudo.

Destarte, cumpre afirmar o seguinte:

Em primeiro lugar, a substituição fideicomissária deve ser usada apenas no contexto da sucessão contratual e na sucessão testamentária. Refletimos e opusemo-nos à sua presença no contrato de doação, como o admite o art. 960.º do Código Civil, pelo facto de, sumariamente, não se coadunar com a sua natureza jurídica. Face à posição que adotamos, surgem duas soluções possíveis: ou a norma é afastada, ou é alterada de modo a que preveja um conteúdo semelhante ao da norma correspondente no Direito Italiano, a qual proíbe as substituições fideicomissárias nas doações, exceto se forem instituídas com respeito pelos limites que a lei impõe aos atos de última vontade. A mesma previsão normativa no ordenamento jurídico pátrio levaria a uma solução muitíssimo mais razoável, e obviaria a situações-limite como aquela em que o fideicomitente sobreviveria ao fideicomissário.

Em segundo lugar, da contraposição dos direitos e deveres do fiduciário e do fideicomissário resulta o afastamento de alguns preceitos que colidiam com a natureza jurídica da figura em estudo. Assim, serve o estudo correspondente para clarificar a aplicação de certos preceitos, conquanto seja sempre exigível uma análise casuística.

Em terceiro lugar e em resposta ao problema da alienação ou oneração da herança ou legado fideicomitido, argumentamos fervorosamente acompanhando o entendimento de JOSÉ FONSECA E SILVA, no sentido em que o art. 2291.º que dita a necessidade de requerer autorização judicial para o fazer, é uma norma supletiva. Como tal, nada obsta que o testador determine outros limites para alienação ou oneração. Para além disso, e mais à frente, quando analisamos os fideicomissos irregulares, vimos que o n.º 3 do art. 2295.º permite a alienação ou oneração em dois casos particulares quando haja acordo entre o fiduciário e fideicomissário! Neste sentido, sugerimos também a aplicação analógica deste preceito aos fideicomissos “puros ou regulares”, pois não compreendemos o porquê da diferença de regime. Feitas as contas, o recurso à autorização judicial, com todos os custos

que acarreta, poderá ser mais dispendioso do que o benefício recebido e, porventura, a alienação ou oneração poderá ser motivada por falta de recursos económicos, o que gera um contra-senso.

Em quarto lugar, logramos apreciar a questão da validade e condicionalidade das disposições fideicomissárias, partindo da análise do art. 2288.º do Código Civil. Na senda do que já firmamos, a substituição fideicomissária não é usada com o propósito que motivou a sua utilização no período feudal, sendo que, depois e em virtude deste, os ordenamentos jurídicos começaram a abolir ou a restringir fortemente esta figura. Tal prática permanece nos dias de hoje, pese embora o propósito enunciado já tenha desaparecido! Não se pretende, com a sua utilização, obstaculizar o comércio jurídico, ou perpetuar a propriedade de alguns bens na família. Se, porventura, ocorrer um caso desses será, com certeza, raro. Nos dias de hoje, com a pulverização da propriedade notada por GOMES DA SILVA, o impacto da utilização do fideicomisso não é tão expressivo como o era no passado e como demonstramos. A melhor solução será, então, aumentar para dois graus o limite de validade da substituição, devendo o art. 2288.º passar a ter a seguinte redação: “*São nulas as substituições fideicomissárias em mais de dois graus, ainda que a reversão da herança para o fideicomissário esteja subordinada um acontecimento futuro e incerto*”.

Em quinto e último lugar, procuramos também abordar, conquanto de forma breve, o problema dos fideicomissos condicionais, por este ter sido examinado a par do problema da validade durante muitos anos. A verdade é que o problema era muito mais significativo quando, e antes da Reforma de 1930, a substituição fideicomissária era ainda mais restrita, o que levou os cidadãos a recorrer aos legados condicionais para contornar a lei. Assim sendo, consideramos que o contributo mais útil e adequado aos dias de hoje seria determinar quais as ferramentas que podemos utilizar para distinguir as duas figuras, deixando bem claro que elas podem coexistir desde que seja respeitado o limite da validade.

Posto isto, cumpre simplesmente acrescentar que pretendemos que a presente dissertação consista em algo de novo, que permita uma mudança e uma adaptação do Direito às novas circunstâncias histórico-sociais. Pois, e repetindo o que já dissemos, só assim é que o Direito evolui, cria e revitaliza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco, “A sucessão testamentária no novo código civil brasileiro”, *Revista Brasileira de Direito Comparado – Publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2007.
- AMARAL, Jorge Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I (Sujeitos e objetos), Almedina, Coimbra, 1987.
- ANTONINI, Mauro, *Código Civil Anotado – Doutrina e Jurisprudência*, Ministro Cezar Peluso (coord.), Manole, São Paulo, 2013.
- ANTUNES REI, Maria Raquel Aleixo, “Da Expetativa Jurídica”, *ROA*, Ano 54, Vol. I, abril de 1994, in <https://portal.oa.pt/> (13/02/2017), pp. 149 –180.
- ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito Civil – Sucessões*, 5ª Edição revista, Coimbra editora, Coimbra, 2000.
- “A Teoria Geral do Negócio Jurídico e o Negócio Testamentário”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, FDUC, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- BRANCO, Fernando Aguiar, *Dos Fideicomissos* (Prefácio e anotações de Maria Elisabete Ramos), Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 2000.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Código Civil Anotado e Atualizado*, 14ª Edição, Almedina, 2003.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, edição policopiada, Coimbra, 1992.

CORDEIRO, António Menezes, *Direitos Reais*, Reprint 1979, LEX, Lisboa, 1993.

DESANTI, Lucetta, *La Sostituzione Fedecommissaria – Per un corso di Esegì dele fonti del diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999.

DIAS, Cristina Araújo, *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª Edição, Almedina, Braga, 2015.

FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, Quid Juris Editora, 1999.

— *Lições de Direitos Reais*, 6ª Edição, Quid Juris, Lisboa 2009.

FARO, António de Figueiredo da Costa, “Substituições Fideicomissárias”, in *ROA*, N.º 3 e 4, Vol. I, 1948, consultado a partir do sítio:

<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1948/1948-vol-i-ano-8-n%C2%BA-3-e-4/doutrina/> (04/12/2016).

FERREIRINHA, Fernando Neto, *Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática*, Almedina, Coimbra, 2016.

— *Código do Notariado Anotado*, 2ª Edi., Almedina, Coimbra, 2014.

FONSECA E SILVA, José da, “Habilitação – eficácia – substituição fideicomissária – condição – espécie”, in *Revista do Notariado*, Associação Portuguesa dos Notários, 1991/3.

— “Fideicomissos. Algumas Interrogações.”, in *Revista do Notariado*, Associação Portuguesa dos Notários, 1993/1-3.

FONTES, José Allen de Sousa Machado, *Liberalidade e liberdade de testar, fideicomisso e legado de usufruto*, Relatório – Seminário em Direito Civil, FDUL, 1989.

GHIDONI, Luca, *Commentario del Codice Civile – Delle Donazioni (artt. 769 – 809)*, Diretto da Enrico Gabrielli, UTET, Milano, 2014.

GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. X, Coimbra Editora, Coimbra, 1935.

JUSTO, António Santos, *Direito privado romano – V (Direito das sucessões e das doações)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

— A “*Ficto Iuris*” no Direito Romano: *Actio Ficticia: época clássica*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Históricas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989, p. 437, in <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/12254> (24/09/2016).

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos Reais*, Almedina, 3ª Edi., 2012.

LIMA, João Gomes de Abreu, *Substituição Fideicomissária (Dissertação para a licenciatura em ciências jurídicas)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1950.
Nota: texto dactilografado.

LIMA, Pires de/ Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edi. Revista e aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

LIMA, Pires de/ Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. III e VI, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

LIMA, Pires, Anotação ao Acórdão de 26 de maio de 1967, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 101, (1968 – 1969), Coimbra Editora, Coimbra, 1969, p. 37 e seguintes.

MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.º Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005.

NETO / MARTINS, Abílio e Herländer A., *Código Civil Anotado*, Livraria Petrony, 1982.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Sucessão Testamentária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

— *Direito de Representação, substituição vulgar e direito de acrescer*, Lisboa, 1943.

— “Substituição Direta e Fideicomisso Condicional”, in *O Direito*, ano 127, 1995, I-II (janeiro – junho), pp. 215-242.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Testamento – Apontamentos” in *Temas de Direito da Família*, Vol. I, 2ª Edição aumentada, Coimbra editora, Coimbra.

OLAVO, Carlos, “Substituição fideicomissária”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Estudos Organizados por António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa, Vol. I, Almedina, Coimbra, p. 398

SERRA, VAZ, “Sobre o problema dos fideicomissos condicionais”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 62 (1929 – 1930), Coimbra Editora, Coimbra, 1929, pp. 145 e segs.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I e II, 4ª Edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edi., Almedina, Coimbra, 2015.

RICCA, “Fedecommesso (Diritto Civile)”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVII, Dir. Francesco Calasso, Giuffré, Milano, 1968.

TAVARES, José, *Sucessões e Direito Sucessorio*, 2ª Edição, Portugal Brasil, Limitada – Sociedade Editora, Lisboa.

Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 15, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1868.

Ministério da Justiça, “Actas da Comissão Revisora do Anteprojeto do Direito das Sucessões do Futuro Código Civil Português”, *in* Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 133, Lisboa, 1964.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do STJ de 15 de Março de 2012, relatado pelo Juiz Conselheiro Gabriel Catarino (n.º de proc. 458/07.7TBTND.C1.S1), consultado através do sítio www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Dezembro de 2015, relatado pela desembargadora Ondina Carmo Alves (n.º proc. 11243/1.OSNT-B.L1-2), consultado através do sítio www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ de 14 de Dezembro de 1937, relatado pelo Juiz Conselheiro Carlos Alves (n.º de proc. JSTJ000012702), consultado através do sítio www.dgsi.pt.