

A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão(*)

SUMÁRIO:

1. Generalidades. 2. Evolução histórica. 3. Elementos constitutivos da substituição fideicomissária. 3.1. Generalidades. 3.2. Dupla liberalidade com o mesmo objecto. 3.3. Encargo imposto ao beneficiário da liberalidade de conservar durante a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário. 3.4. Ordem sucessiva. 4. Âmbito de aplicação. 5. Limites de validade. 6. Situação jurídica do fiduciário. 7. Situação jurídica do fideicomissário. 8. Os fideicomissos irregulares. 9. Natureza da substituição fideicomissária.

(...) o fideicomisso não passa de uma velharia inútil, de mera patacoada jurídica, que só serve para dar que fazer a advogados e juizes, sobre a interpretação de cláusulas que os testadores ou notários redigiram mal, e que origina, nos tribunais, frequentes iniquidades (...).

CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, X, p. 164.

1. Generalidades

De acordo com a definição do art. 2286.º, “diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pelo 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”(1). O art. 2296.º

(*) Bastonário da Ordem dos Advogados, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(1) Cf. sobre a substituição fideicomissária, JOSÉ TAVARES, *Sucessões e Direito Sucessório*, I — *Introdução. Noções e princípios fundamentais. Primeira parte: Sucessão testamentária*, 2.ª ed. Lisboa,

estende a aplicação desta figura aos legados. Trata-se assim de uma situação em que o sucessor instituído em primeiro lugar (o fiduciário) fica obrigado a conservar o objecto da sucessão para que ele reverta por sua morte em benefício de um segundo sucessor (o fideicomissário). Em ordem a permitir o conhecimento da situação por terceiros, a cláusula fideicomissária está sujeita a registo, nos termos do art. 94.º b) C.R.P.

A substituição fideicomissária corresponde a uma hipótese típica de vocação sucessiva, em que se verificam duas vocações, primeiro a favor do fiduciário e depois do fideicomissário, após a morte deste. Ao contrário do que se verifica na vocação indirecta, que toma por referência outro chamado cuja vocação não se concretizou, aqui verificam-se e concretizam-se duas vocações, as quais resultam do mesmo negócio jurídico (testamento ou pacto sucessório) celebrado pelo *de cuius*, o que vai permitir a aquisição sucessiva dos bens por parte dos dois chamados⁽²⁾. As vocações originadas pela substituição fideicomissária são especiais, porque a vocação do fiduciário, sendo originária, extingue-se-á pela sua morte, estando assim sujeita a termo incerto, enquanto que a vocação do fideicomissário, sendo subsequente, se encontra suspensa até à morte do fiduciário, não retroagindo ao momento da abertura da sucessão⁽³⁾.

Assim, a substituição fideicomissária distingue-se da substituição directa pelo que nesta o substituído não chega a exercer o direito de suceder, enquanto que naquela esse direito é efectivamente exercido. Enquanto que na substituição directa há apenas um chamamento eficaz, a substituição fideicomissária pressupõe a eficácia dos dois chamamentos, sendo o

Portugal-Brasil, s.d. (mas 1925), p. 411, ss., CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, X, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, p. 145, ss., ANTÓNIO DE FIGUEIREDO DA COSTA FARO, “Substituições fideicomissárias”, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, pp. 105-134, GALVÃO TELLES, *Sucessão testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 97, ss., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 232, ss., RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 220, ss., PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid iuris, 2012, p. 260, ss., LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 240, ss., JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, p. 239, ss., e CARLOS OLAVO, “Substituição fideicomissária”, em António Menezes Cordeiro/Luís Menezes Leitão/Januário Costa Gomes (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I — *Direito Privado e Vária*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 391-521.

(2) Precisamente por esse motivo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Das Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, Livraria Morais, 1962, pp. 250-251, chegou a contestar que a substituição fideicomissária fosse uma verdadeira substituição, considerando-a um fenómeno semelhante ao do usufruto sucessivo, “dada a impossibilidade de se transmitir por morte um direito que com ela se extingue”. Mas, como refere CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 393, a designação de substituição é correcta, uma vez que “o fideicomissário vem ocupar o lugar do fiduciário quanto à titularidade dos bens deixados”.

(3) Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões*, p. 261.

substituto chamado depois do substituído. Por isso se pode dizer que “a substituição directa consiste numa dupla disposição alternativa, que se resolverá necessariamente numa única disposição de bens”, enquanto que “a substituição fideicomissária consiste numa dupla disposição sucessiva, que se traduz normalmente numa aquisição sucessiva dos bens”⁽⁴⁾.

A substituição fideicomissária também se distingue da substituição pupilar e quase-pupilar, uma vez que nesta o progenitor se substitui ao filho ou ao maior acompanhado na realização do seu testamento, e portanto na qualidade de testador, enquanto que naquela é o herdeiro ou legatário que é substituído. Para além disso, o substituto pupilar não é herdeiro do testador, nem vem a receber quaisquer bens deste, adquirindo bens que foram do filho ou do maior acompanhado, após a sua morte, e que este tenha adquirido por via do testador.

2. Evolução histórica

Os fideicomissos surgem no Direito Romano como forma de reagir contra as incapacidades sucessórias, que nesse ordenamento tinham grande amplitude, assim como para ultrapassar as formalidades testamentárias. Em consequência, perante a impossibilidade de determinada pessoa suceder ao testador, este solicitava a um seu herdeiro ou legatário (o fiduciário), que após a sua morte transmitisse todos esses bens ou parte deles a um terceiro (fideicomissário). Esta vinculação não tinha, porém, força jurídica, sendo apenas um dever moral, frequentemente incumprido pelo fiduciário⁽⁵⁾. Apenas com Augusto veio a ser reconhecida força jurídica aos fideicomissos (Iust. Inst. 2.23.1.), ainda que, diferentemente dos legados, não pudessem ser sujeitos à *actio ex testamento*, mas a uma jurisdição especial, o *praetor fideicommissarius*, que poderia reconhecê-los através do processo da *cognitio extra ordinem*⁽⁶⁾. O fideicomissário tornou-se assim credor do fiduciário que era obrigado a cumprir as disposições testamentárias, transmitindo-lhe os bens. No caso dos fideicomissos parciais, tal decorria de *stipulationes* parciais semelhantes ao cumprimento do legado pelos her-

(4) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 394.

(5) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 399-400.

(6) Cf. THOMAS RÜFNER, “Testamentary Formalities in Roman Law”, em KENNETH G C REID/MARIUS J DE WAAL/REINHARD ZIMMERMANN, *Comparative Succession Law, I-Testamentary Formalities*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 1-26 (12-13).

deiros. No caso dos fideicomissos universais, o cumprimento dos mesmos passava por vendas fictícias da herança (*stipulationes emptae et vendita hereditatis*; Gai Inst. 2.256 e Iust. Inst. 2.23.6). Essa solução tinha, no entanto, o problema de manter o fiduciário responsável, o que levou a que, no tempo de Nero, o *Senatusconsultus Trebellianus* decidisse que a transmissão dos bens se fazia através de um único acto, a *restitutio*, através do qual o fideicomissário assumia a qualidade de herdeiro. Como a posição do fiduciário continuava a ser considerada frágil, o *Senatusconsultus Pegasianus*, permite-lhe reter a quarta parte dos bens que a *Lex Falcidia* reconhecia aos herdeiros testamentários excessivamente onerados⁽⁷⁾.

Com o Direito Justiniano, tanto fiduciário e fideicomissário foram reconhecidos como herdeiros, podendo o primeiro reter a quarta parte dos bens e ficando o segundo com direito a receber os bens através da *restitutio*. Nessa época, permitiu-se ainda que os fideicomissos fossem sujeitos a termo, o que permitia que a restituição só se fizesse após determinado lapso de tempo⁽⁸⁾.

No âmbito do Direito Intermédio, o objectivo de manutenção dos bens da família permitiu o desenvolvimento das substituições fideicomissárias, com a estipulação de verdadeiras condições. Foi assim comum no fideicomisso a estipulação da condição *si sine liberis decesserit*, que apenas permitia a transmissão dos bens para o fideicomissário no caso de o fiduciário falecer sem descendentes, destinada a permitir a conservação dos bens na família do gravado, que em regra era parente do testador. A Glosa viria mesmo a considerar essa condição implícita nos fideicomissos⁽⁹⁾. O fideicomisso viria por outro lado a ser associado à proibição de alienação e a ser admitido em vários graus, permitindo assim ao testador criar uma ordem de sucessores, a quem os bens deveriam ser sucessivamente atribuídos e cuja alienação era proibida⁽¹⁰⁾.

Em Portugal, o costume levou ao desenvolvimento de duas formas particulares de fideicomisso: as capelas e os morgadios, os quais eram perpétuos, sucessivos, inalteráveis e indivisíveis, sendo os primeiros deixados para cumprimento de obras pias e os segundos com o fim de conservar o nome da família. Os morgados vieram a ter grande aplicação, embora tenham vindo a ser regulados apenas nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Tit. 100)⁽¹¹⁾.

(7) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 400-401.

(8) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 401.

(9) Cf. GALVÃO TELLES, *Direito de Representação*, p. 161.

(10) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 402.

(11) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 402-403.

Com o advento do liberalismo e a absolutização do direito de propriedade os fideicomissos entram em decadência, vindo a Revolução Francesa a proibir as substituições fideicomissárias através da Lei 14 de Novembro de 1792 que considerou nulas as disposições a favor do fideicomissário. Indo ainda mais longe, o Código Civil francês de 1804 considerou nulas as mesmas também em relação ao fiduciário (art. 896.º)⁽¹²⁾. A difusão das ideias revolucionárias francesas pela Europa levou à proibição geral das substituições fideicomissárias nos diversos países europeus⁽¹³⁾.

Em Portugal, os fideicomissos perpétuos foram reduzidos pelo Decreto de 4 de Abril de 1832 e definitivamente abolidos pelas Leis de 30 de Junho de 1860 e de 19 de Maio de 1863. Os restantes continuaram, no entanto, a ser admitidos, gerando controvérsia na doutrina sobre qual o grau até ao qual poderiam vigorar⁽¹⁴⁾.

O Código Civil de 1867 viria a restringir ainda mais as substituições fideicomissárias, apenas as admitindo para o futuro em proveito dos netos ou de sobrinhos do testador (art. 1867.º). Já os fideicomissos de pretérito só foram considerados válidos até ao primeiro grau (art. 1874.º). A sanha contra os fideicomissos viria, no entanto, a ser atenuada pelo Decreto n.º 19126, de Dezembro de 1930, que alterou o art. 1867.º, voltando a permitir todas as substituições fideicomissárias em um grau. Foi essa a solução que igualmente passou para o actual Código Civil (art. 2288.º).

3. Elementos constitutivos da substituição fideicomissária

3.1. Generalidades

A substituição fideicomissária possui os seguintes elementos constitutivos:

- a) Dupla liberalidade com o mesmo objecto;

(12) Code Civil, art. 896.º: “*Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l’héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l’égard du donataire, de l’héritier institué ou du légataire*”. Hoje esta disposição limita-se a prever: “*La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d’effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi*”.

(13) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 406.

(14) Cf. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 110, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 406.

- b) Encargo imposto ao primeiro beneficiário da liberalidade de conservar durante a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário;
- c) Ordem sucessiva⁽¹⁵⁾.

Examinemos sucessivamente estes elementos.

3.2. Dupla liberalidade com o mesmo objecto

O primeiro elemento da substituição fideicomissária é a existência de uma dupla liberalidade, pretendendo assim o autor da mesma beneficiar sucessivamente duas pessoas, o fiduciário e fideicomissário. Essa dupla liberalidade corresponde habitualmente a uma disposição testamentária (arts. 2286.º e ss.), podendo ser uma deixa a título de herança ou um legado (art. 2296.º). Mas pode igualmente a dupla liberalidade resultar de uma doação por morte (art. 1700.º, n.º 2) ou mesmo de uma doação em vida (art. 962.º).

A dupla liberalidade tem que ter, porém, o mesmo objecto, tendo assim o fideicomissário que receber os mesmos bens deixados ao fiduciário, sem o que se estaria perante um encargo a termo inicial e não uma substituição fideicomissária⁽¹⁶⁾. A substituição fideicomissária envolve assim necessariamente uma disposição de bens, não podendo consistir na simples constituição de obrigações e esses bens terão que pertencer ao autor da liberalidade, sem o que também não existirá substituição fideicomissária⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Cf. VAZ SERRA, “Sobre o problema dos fideicomissos condicionais”, na *RLJ* 62 (1929-1930), pp. 145-147, 161-163, 177-179, 193-196, 209-212, 225-228, 241-244, 257-259, 273-276, 289-291, 305-308, 321-324, 337-340, 353-356, 369-372, 385-388, 401-404 e 63 (1930-1931), pp. 2-4 e 17-202 (354), CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, X, pp. 151 e ss., ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.os 3 e 4, p. 111, ss., e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 431.

⁽¹⁶⁾ Assim, ABRANCHES FERRÃO, *Das doações segundo o Código Civil Português*, I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1911, pp. 289-290 e ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.os 3 e 4, p. 115. Na verdade, se alguém deixar a outrem determinados bens e determinar que, no momento da morte deste, sejam pagos € 50.000 a terceiro, a situação não é de substituição fideicomissária, mas antes de legado a termo inicial (art. 2243.º, n.º 1). Efectivamente, nesta situação não há qualquer obrigação de conservação dos bens, pelo que o beneficiário pode dispor dos mesmos, sendo apenas constituída, uma dívida que se vencerá no momento da sua morte.

⁽¹⁷⁾ Assim, e conforme salienta CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 433, e nota (117), se o testador impuser ao herdeiro ou legatário instituído o encargo de conservar bens do próprio her-

3.3. Encargo imposto ao beneficiário da liberalidade de conservar durante a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário

O segundo elemento da substituição fideicomissária é a inclusão de um encargo imposto ao primeiro beneficiário da liberalidade de conservar durante toda a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário. No art. 1868.º do Código Civil de 1867 falava-se antes que o herdeiro ou legatário era “encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou legado”. Tal levava a que a doutrina falasse na altura na existência de um encargo de “conservar e transmitir”⁽¹⁸⁾, posição que estranhamente se manteve perante o Código Civil actual⁽¹⁹⁾. A verdade é que desde sempre se admitiu que essa formulação é incorrecta, uma vez que a mesma não expressa nem a situação jurídica do fiduciário nem a dos bens, dado que o fiduciário não tem que praticar qualquer acto de transmissão para o fideicomissário, ocorrendo esta de forma automática com a morte daquele⁽²⁰⁾. O encargo limita-se assim à conservação dos bens, sendo a sua transmissão por morte para o fideicomissário uma consequência legal, que embora corresponda ao fim da obrigação de conservação, não corresponde a qualquer nova obrigação autónoma. Se o fiduciário não alienar e mantiver os bens durante a sua vida, cumpriu os termos do encargo existente na substituição fideicomissária.

3.4. Ordem sucessiva

O último elemento da substituição fideicomissária consiste no facto de as duas disposições gratuitas dos mesmos bens deverem produzir efeitos numa ordem sucessiva (*ordo successivus*). Efectivamente, a segunda disposição gratuita deve ser realizada em ordem a só ter eficácia após a extinção da eficácia da primeira, com a morte do fiduciário. O fiduciário

deiro ou legatário para os atribuir por morte deste a terceiro, aplicar-se-á o art. 2251.º, com a especialidade de se tratar de um legado a termo inicial.

⁽¹⁸⁾ Cf. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 114.

⁽¹⁹⁾ Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 451.

⁽²⁰⁾ Cf. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 114, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 451.

poderá assim aproveitar dos bens durante toda a sua vida, passando depois os mesmos a beneficiar o fideicomissário, salvo se este não sobreviver ao fiduciário. Daqui resulta esta ordem sucessiva na propriedade dos mesmos bens, que passam a ser propriedade de uma pessoa, depois de terem pertencido a outrem durante toda a vida desta última.

A ordem sucessiva é estabelecida através da sujeição a termo final da atribuição ao fiduciário e a um coincidente termo inicial da atribuição ao fideicomissário. Em consequência, os dois são chamados sucessivamente à herança ou ao legado de acordo com a ordem fixada pelo testador, a qual opera com eficácia real. No entanto, a ordem sucessiva não corresponde a uma sucessão do fideicomissário em relação ao fiduciário, sendo ambos sucessores do testador, a cuja sucessão são chamados⁽²¹⁾.

4. Âmbito de aplicação

A substituição fideicomissária encontra-se especialmente prevista no âmbito da sucessão testamentária, regulada pelos art. 2286.º e ss. O art. 962.º autoriza igualmente a utilização de substituições comissárias nas doações em geral, o que permite igualmente a sua aplicação no quadro da doação por morte, no âmbito da sucessão contratual. O art. 1700.º, n.º 2, é aliás expresso em permitir o recurso a substituições fideicomissárias em relação aos pactos sucessórios estabelecidos na convenção antenupcial. A substituição fideicomissária pode naturalmente também ser realizada no caso de doações em vida.

Já no âmbito da sucessão legitimária, a substituição fideicomissária é vedada pelo art. 2163.º, que impede o testador de instituir encargos sobre a legítima contra a vontade do herdeiro. Também não é conceptualmente admissível a aplicação da substituição fideicomissária em relação à sucessão legítima, uma vez que a sua instituição por testamento ou pacto sucessório implicaria que os herdeiros legítimos passassem a sucessores testamentários ou contratuais. É, aliás, o que sucede no caso previsto no art. 2295.º, n.º 2, em que, no caso de proibição ao herdeiro de dispor dos bens da herança, são considerados como fideicomissários os herdeiros legítimos do fiduciário⁽²²⁾.

(21) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 451-452.

(22) Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, p. 242.

5. Limites de validade

A lei admite a possibilidade de a substituição fideicomissária ser plural, não havendo assim obstáculos à designação simultânea de vários fiduciários ou de vários fideicomissários (art. 2287.º). Nesse caso, naturalmente que a aquisição para o ou para os fideicomissários só se verifica com o falecimento do último dos fiduciários.

São, porém, nulas as substituições fideicomissárias em mais de um grau, como na hipótese de o fideicomissário ser por sua vez designado fiduciário de outro fideicomissário (art. 2288.º). Trata-se de uma regra que se justifica pelo facto de se pretender estabelecer excessivos encargos sobre os bens, restringindo a faculdade de disposição dos mesmos, como inevitavelmente resultaria da instituição de duas substituições sucessivas.

A lei esclarece que esta proibição se verifica, ainda que a reversão da herança para o fideicomissário fique sujeita a condição (art. 2288.º). A lei não proíbe a estipulação de fideicomissos condicionais, admitidos nos termos gerais do art. 2229.º, como na hipótese de alguém condicionar a reversão para o fideicomissário para o caso de o fiduciário falecer sem descendentes (condição *si sine liberis decesserit*)⁽²³⁾. A lei já proíbe, no entanto, a utilização da condição para tentar elidir essa proibição, como na hipótese de alguém determinar uma reversão para um segundo fideicomissário, subordinada a um acontecimento futuro e incerto. Seria o caso de alguém determinar a atribuição dos seus bens a António, com o encargo de os transmitir por morte para Bernardo, mas que, se este último falecesse sem descendentes, os seus bens passariam para Carlos.

A maioria da doutrina considera, porém, que o facto de o art. 2288.º apenas se referir a que a reversão para o fideicomissário fique subordinada a um acontecimento futuro e incerto impede a estipulação apenas da con-

⁽²³⁾ No âmbito da doutrina mais antiga, sustentava-se a incompatibilidade entre a estipulação de condições e a substituição fideicomissária. Cf. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*, I — *A condição*, Coimbra, Imprensa da Universidade, pp. 449-450, nota (para quem o fideicomisso condicional é uma “figura jurídica impossível”) e ABRANCHES FERRÃO, *Das doações*, I, p. 286, ss. Em conformidade com esta orientação, o Assento STJ 14/12/1937 (Carlos Alves), processo 049523, publicado no D.G. I Série de 28/12/1937, estabeleceu que “o legado de certa coisa a uma pessoa, sob a condição de passar a terceira se aquela falecer sem descendentes é condicional e válido e não substituição fideicomissária”. Mas essa concepção foi rapidamente ultrapassada, tornando-se pacífica a admissibilidade dos fideicomissos condicionais, podendo a condição ser aposta à instituição, à reversão ou simultaneamente a ambas. Cf. GALVÃO TELLES, *Direito de representação*, pp. 160 e ss., VAZ SERRA, na *RLJ* 62 (1929-1930), pp. 323 e ss. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 121, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 441 e ss. Na jurisprudência, veja-se o Ac. STJ 7/11/2019 (MARIA ROSA TCHING), processo 3077/16.3T8VIS.C1.S1.

dição suspensiva, mas já não da condição resolutiva, uma vez nesta verifica-se antes a resolução da vocação (art. 270.º), sendo assim a mesma permitida pelo art. 2229.º. Neste enquadramento seria possível instituir uma vocação subordinada à condição resolutiva de o herdeiro instituído falecer sem descendentes, caso em que os bens seriam antes atribuídos a terceiro. Nesse caso, o falecimento sem descendentes resolveria a vocação, considerando-se esse herdeiro como nunca tendo sido chamado, o que afastaria o carácter sucessivo da substituição fideicomissária. A questão de saber se uma cláusula *si sine liberis decesserit* seria uma condição resolutiva em vez de uma substituição fideicomissária dependeria da estipulação do seu efeito retroactivo, sendo matéria a resolver pela interpretação do testamento⁽²⁴⁾.

Parece-nos, no entanto, que o espírito do art. 2288.º é de evitar a utilização da condição para elidir a proibição das substituições fideicomissárias em mais de um grau, o que tanto se verifica na condição suspensiva como na condição resolutiva. Somos assim de opinião que ambas são vedadas por essa disposição.

Em caso de instituição de uma substituição fideicomissária em mais de um grau, a nulidade dessa substituição fideicomissária não envolve a nulidade da instituição ou da substituição anterior, apenas se considerando a segunda cláusula fideicomissária como não escrita, salvo se o contrário resultar do testamento (art. 2289.º). Trata-se de uma solução questionável, uma vez que o que o testador pretendeu, ao instituir uma substituição fideicomissária em mais de um grau, foi que os bens ficassem em definitivo com o último fideicomissário, enquanto que a solução legal atribui definitivamente esses bens a um fideicomissário intermédio. *De iure condendo*, talvez fizesse por isso mais sentido considerar antes nulos os graus intermédios na substituição fideicomissária.

6. Situação jurídica do fiduciário

Um vez que estamos perante uma situação de vocação sucessiva, a vocação do fiduciário concretiza-se logo no momento da abertura da sucessão, ainda que este tenha o encargo de conservar os bens em ordem a

⁽²⁴⁾ Neste sentido, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, sub art. 2288.º, n.os 5 e 6, pp. 455-456, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, pp. 227-228, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, pp. 244, e nota (456).

permitir a futura vocação do fideicomissário, após a sua morte. O fiduciário assume assim com a abertura da sucessão o estatuto de herdeiro ou legatário do *de cuius*, consoante sucede na totalidade ou numa quota da herança ou em bens determinados (art. 2030.º, n.º 2). Apesar da extensão ao fiduciário do regime do usufruto (art. 2290.º, n.º 2), o mesmo não é considerado necessariamente como legatário (cf. art. 2030.º, n.º 4), podendo ser herdeiro, conforme refere expressamente o art. 2286.º. Como herdeiro, o fiduciário pode exigir a partilha da herança (art. 2101.º), à sua instituição não pode ser aposto termo inicial (art. 2243.º, n.º 2) e goza do direito de acrescer (art. 2301.º)⁽²⁵⁾. Já enquanto legatário, não beneficia das duas primeiras situações, tendo apenas direito de acrescer, caso seja nomeado conjuntamente em relação ao mesmo objecto (art. 2302.º).

A vocação do fiduciário é, porém, uma vocação impura, uma vez que é estabelecida a título provisório, caducando com a sua morte a menos que o fideicomissário não lhe sobreviva, e se encontra onerada com um encargo de conservação dos bens atribuídos⁽²⁶⁾. Conforme acima se salientou, apesar de a lei se referir ainda a um encargo de transmitir os bens a outrem, essa formulação não é correcta, uma vez que substituição fideicomissária não é uma relação fiduciária, processando-se a devolução de bens para o fideicomissário de forma automática, sem necessidade da prática de qualquer acto por parte do fiduciário⁽²⁷⁾.

O fiduciário tem o gozo e administração dos bens (art. 2290.º, n.º 1), nos mesmos termos do que o usufrutário, salvo no que for incompatível com a natureza do fideicomisso (art. 2290.º, n.º 2). No entanto, o fiduciário, salvo em circunstâncias especiais, não tem possibilidade de alienar ou onerar os bens sujeitos ao fideicomisso, devendo considerar-se nulos os negócios jurídicos que celebre nesse sentido, nos termos gerais dos arts. 280.º e 294.º⁽²⁸⁾. Efectivamente, a obrigação de conservação dos bens que recai sobre o fiduciário implica não apenas a obrigação de evitar a sua deterioração ou desvalorização, mas também a proibição da sua disposição ou oneração.

A lei admite, porém, que, em caso de evidente necessidade ou utilidade para os bens da substituição, o tribunal possa autorizar a sua alienação ou oneração, com as devidas cautelas (art. 2291.º, n.º 1). A alienação ou oneração pode ainda ser autorizada, nas mesmas condições, em caso de

⁽²⁵⁾ Neste sentido, CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 441, ss., e 468, ss.

⁽²⁶⁾ Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, p. 245.

⁽²⁷⁾ Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 451.

⁽²⁸⁾ Neste sentido CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 473, ss.

evidente necessidade ou utilidade para o fiduciário, contanto que os interesses do fideicomissário não sejam afectados (art. 2291.º, n.º 2)⁽²⁹⁾. É de salientar que a alienação tanto pode ser requerida pelo fiduciário como pelo fideicomissário (art. 1013.º, n.º 1, CPC), ainda que pareça que neste último caso apenas pode estar em causa a hipótese do art. 2291.º, n.º 1. Efectivamente, a alienação ou oneração não pode ser pedida no interesse do fideicomissário, e não se compreenderia que fosse este a avaliar da necessidade ou utilidade da mesma para o fiduciário⁽³⁰⁾.

Se a autorização for concedida, deve a sentença fixar as cautelas que devem ser observadas (art. 1013.º, n.º 5, CPC). A lei não explica, porém, em que consistem essas cautelas, parecendo que, no caso de a necessidade ou utilidade ser referida aos bens, as cautelas se satisfarão com a sub-rogação real dos bens, assegurando-se que os bens substituídos não se percam ou diminuam no futuro. Já se a necessidade ou utilidade corresponder ao interesse do fiduciário, a questão é mais controversa. OLIVEIRA ASCENSÃO e MARIA RAQUEL REI sustentam que o interesse do fideicomissário será assegurado através da inoponibilidade a este da alienação ou oneração, fazendo com que à morte do fiduciário os bens revertam para o mesmo, já que o encargo de conservação dos bens teria natureza *propter rem*, transmitindo-se assim para o adquirente dos bens⁽³¹⁾. Já ANTUNES VARELA defende que a melhor forma será “sujeitar a alienação ou oneração dos bens fideicomitidos à condição resolutiva da morte do fiduciário”⁽³²⁾.

Caso o fiduciário seja herdeiro, responde pelos encargos da herança, nos termos do art. 2068.º. No entanto, em consequência da futura reversão dos bens para o fideicomissário, os credores pessoais do fiduciário não têm o direito de executar os bens sujeitos ao fideicomisso, apenas podendo executar os seus frutos (art. 2292.º).

Com a morte do fiduciário ocorre a devolução da herança ou do legado ao fideicomissário (art. 2293.º, n.º 1) mas, se este não puder ou não quiser aceitá-la, fica sem efeito a substituição e a herança ou o legado con-

⁽²⁹⁾ A lei já não prevê, porém, que a alienação ou oneração possa ser autorizada em caso de evidente necessidade ou utilidade da mesma para o fideicomissário. Por esse motivo, no Ac. RL 10/5/2007 (GRANJA DA FONSECA), processo 3403/2007-6, indeferiu-se o pedido de alienação dos bens deduzido pela fiduciária com o fim de obter recursos financeiros para custear a aquisição de uma moradia para a fideicomissária, sua filha.

⁽³⁰⁾ Neste sentido, MARIA RAQUEL REI, *ROA* 54 (1994), p. 162, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 481.

⁽³¹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Observações ao Projecto do Código Civil — A) Direito das Coisas. B) Direito das Sucessões. C) Das Coisas”, na *RDES* 13 (1966), n.ºs 3-4, pp. 217-258 (242-243) e MARIA RAQUEL REI, *ROA* 54 (1994), p. 163.

⁽³²⁾ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, sub art. 2291.º, n.º 4, p. 460.

sidera-se definitivamente adquirida pelo fiduciário desde a morte do testador (art. 2293.º, n.º 2). Neste caso, não funciona o direito de representação a favor do fideicomissário, ainda que este tenha descendentes [art. 2041.º, n.º 2, b)]⁽³³⁾.

A aquisição definitiva da herança pelo fiduciário em caso de o fideicomissário não poder ou não querer aceitar a herança não corresponde a uma nova aquisição por parte daquele, sendo apenas uma consequência da extensibilidade da situação jurídica de que é titular⁽³⁴⁾.

7. Situação jurídica do fideicomissário

Nos termos do art. 2294.º não há lugar à aceitação ou repúdio da herança ou legado por parte do fideicomissário em vida do fiduciário, nem pode este praticar nesse período quaisquer actos de disposição dos respectivos bens, mesmo que a título oneroso. Efectivamente, a aceitação ou repúdio da herança ou do legado apenas pode ocorrer após a sua devolução com a morte do fiduciário (art. 2293.º, n.º 1). Uma vez que se ignora se o fideicomissário sobrevive ou não ao fiduciário, não faria qualquer sentido que ele pudesse dispor de bens que ainda não lhe foram devolvidos e que não se sabe se o chegarão a ser.

Uma vez verificada a devolução, se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança ou o legado, fica sem efeito a substituição, considerando-se os bens hereditários adquiridos definitivamente pelo fiduciário com a morte do testador (art. 2293.º, n.º 2)⁽³⁵⁾. Salienta-se, no entanto, que esta disposição não tem carácter injuntivo, pelo que se admite que o testador disponha em sentido contrário, desde que tal

⁽³³⁾ Solução inversa constava da versão original do art. 1868.º do Código Civil de 1867, o qual dispunha: “O fideicomissário adquire direito à sucessão, desde o momento da morte do testador, ainda que não sobreviva ao fiduciário. Este direito passa aos seus herdeiros”. Mas a solução nunca foi pacífica na doutrina, como se pode ver em JOSÉ TAVARES, *Sucessões e Direito Sucessório*, p. 466, ss. Esta disposição viria a ser, por isso, alterada pelo Decreto 19126, de 16 de Dezembro de 1930, passando a dispor: “Se o fideicomissário não aceitar a herança ou legado, ou se falecer antes do fiduciário, caducará a substituição, ficando o fiduciário com a propriedade definitiva dos bens”.

⁽³⁴⁾ Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 516.

⁽³⁵⁾ A explicação para esta solução é dada por VAZ SERRA, na *RLJ* 62 (1929-1930), p. 211 nos seguintes termos: “Se é característica da substituição fideicomissária a *ordo successivus*, que, portanto, o fideicomissário não seja proprietário senão depois da morte do fiduciário, o fideicomisso deveria extinguir-se com o predecesso do fideicomissário em relação ao fiduciário”.

não corresponda a uma substituição de segundo grau, proibida pelo art. 2288.º⁽³⁶⁾.

Não podendo ou não querendo o fiduciário aceitar a herança ou o legado, o art. 2293.º, n.º 3, prevê a conversão da substituição fideicomissária em directa, dando-se a devolução dos bens a favor do fideicomissário com efeitos desde a morte do testador. Este regime é, no entanto, igualmente supletivo, pelo que nada impede que o testador nomeie um outro substituto directo ao fiduciário, para o caso de este não poder ou não querer aceitar a herança, como na hipótese de designar que, em caso de não sobrevivência do fiduciário, serão chamados os seus herdeiros, com o encargo de conservar a herança para o fideicomissário. Admite-se, mesmo a hipótese de essa substituição directa ser tácita⁽³⁷⁾.

Daqui resulta que durante a vida do fiduciário, o fideicomissário não é titular de qualquer direito sobre os bens da herança ou do legado, mas apenas de uma expectativa jurídica de lhe suceder⁽³⁸⁾, que por isso se pode qualificar como expectativa sucessória⁽³⁹⁾. É em função da tutela dessa expectativa jurídica que a lei limita a prática de actos de disposição dos bens por parte do fiduciário (art. 2291.º) e impede que possam ser opostas ao fideicomissário decisões judiciais em que ele não tenha intervindo relativas aos bens sujeitos ao fideicomisso (art. 2290.º, n.º 3). Em consequência, dessa expectativa deve reconhecer-se ao fideicomissário legitimidade para requerer o registo da cláusula fideicomissária⁽⁴⁰⁾.

Questiona-se, porém, se a expectativa jurídica de que beneficia o fideicomissário pode ser alienada durante a vida do fiduciário. A resposta

⁽³⁶⁾ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, sub art. 2293.º, n.º 5, pp. 462-463. Na jurisprudência, cf. Ac. STJ 29/9/1992 (CÉSAR MARQUES), processo 081544, e Ac. STJ 13/5/2014 (ALVES VELHO), processo 102/12.0T2AND.S1.

⁽³⁷⁾ Cf. GALVÃO TELLES, *Direito de representação*, p. 169, ss., e 194, ss., e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 466.

⁽³⁸⁾ Neste sentido, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Das relações jurídicas reais*, p. 251, ss., e *Sucessões*, p. 231, e MARIA RAQUEL REI “Da expectativa jurídica”, na *ROA* 54 (1994), pp. 149-180 (154). Esta última autora explica que “o fideicomissário é titular de uma expectativa jurídica porque o que no fideicomisso está em jogo é a vontade do disponente e essa determina que o direito do fiduciário se exerça de tal forma que não prejudique o futuro titular do direito — o fideicomissário. O fiduciário é titular por morte do disponente e a vontade deste implica a limitação do seu direito em atenção ao fideicomissário”.

⁽³⁹⁾ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, na *RDES* 13 (1966), n.ºs 3-4, p. 245. No entanto, este autor em *Das Relações Jurídicas Reais*, pp. 252-253, falava antes de uma expectativa real, que institui relações jurídicas reais com a propriedade do fiduciário. De expectativa sucessória fala ainda CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 503-504, o qual explica esta qualificação “porque a protecção visa apenas a eficácia prática do fenómeno sucessório a favor do segundo chamado, sem que lhe sejam atribuídos quaisquer poderes sobre os bens objecto de tal fenómeno”.

⁽⁴⁰⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, p. 230, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 502.

parece dever ser negativa⁽⁴¹⁾. Efectivamente, embora a isso não se opusesse o art. 2028.º, uma vez que já se verificou a morte do testador, a verdade é que essa alienação frustraria a vontade do testador, que era a de que fosse o fideicomissário a adquirir os bens por morte do fiduciário. Para além disso, a obrigação do fiduciário de conservar esses bens é estabelecida tomando em consideração a pessoa do fideicomissário, pelo que não se poderia estender a terceiro, até porque os bens reverterão definitivamente para o fiduciário se ocorrer previamente a morte do fideicomissário.

A vocação em benefício do fideicomissário encontra-se assim suspensa durante a vida do fiduciário, pelo que a devolução dos bens ao fideicomissário apenas se verifica no momento da morte do fiduciário (art. 2293.º, n.º 1). Uma vez verificada a devolução dos bens, o fideicomissário torna-se proprietário pleno e definitivo dos mesmos, não estando sujeito a qualquer encargo relativo à sua conservação, pelo que pode livremente dispor deles.

Ao contrário do que sucede com o fiduciário, que pode suceder a título de herança ou legado, o fideicomissário é sempre qualificado como legatário se vier a suceder ao fiduciário. Na verdade, se o fideicomisso respeita a bens certos e determinados, constitui um legado em relação ao fiduciário e naturalmente também em relação ao fideicomissário. Mas se consistir na totalidade ou numa quota da herança, embora a primeira devolução a favor do fiduciário seja uma sucessão a título universal, já a segunda devolução a favor do fideicomissário é a título particular, uma vez que incide sobre valores certos e determinados que a primeira sucessão permitiu concretizar⁽⁴²⁾.

8. Os fideicomissos irregulares

Nos termos do art. 2295.º, serão também admissíveis os denominados fideicomissos irregulares, os quais incluem:

- a) as disposições pelas quais o testador proíba o herdeiro de dispor dos bens hereditários, seja por acto entre vivos, seja por acto de última vontade;

(41) Neste sentido, no âmbito do Código de Seabra, Vaz SERRA, na *RLJ* 62 (1929-1930), p. 258.

(42) Cf. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “Regime de bens do casamento. Disposições gerais. Anteprojecto de um capítulo do novo Código Civil (Articulado e Exposição de Motivos”, no *BMJ* 63 (1957), recolhido em ID, *Obras Esparsas, III- Estudos Jurídicos. Direito de Família*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984, pp. 57-253 [148-149, nota (1) e 152].

- b) as disposições pelas quais o testador chame alguém ao que restar da herança por morte do herdeiro;
- c) as disposições pelas quais o testador chame alguém aos bens deixados a uma pessoa colectiva, para o caso de esta se extinguir.

Os fideicomissos irregulares caracterizam-se por não corresponderem integralmente à situação descrita no art. 2286.º, em que o autor da sucessão atribui ao fiduciário o encargo de conservar a herança ou legado até à sua morte e ao fideicomissário o benefício da reversão da herança ou do legado após a morte daquele. Nos fideicomissos irregulares, o autor da sucessão, ou não estabelece o encargo de conservar o objecto da sucessão, ou não determina a atribuição a um fideicomissário do benefício da sua reversão⁽⁴³⁾. Não podemos, por isso, falar em verdadeiras substituições fideicomissárias, o que aliás resulta do próprio texto do art. 2295.º que, ao referir que “são havidas como fideicomissárias”, expressa apenas uma ficção legal⁽⁴⁴⁾.

A primeira hipótese de fideicomisso irregular é aquela em que se proíbe o sucessor de dispor dos seus bens por acto entre vivos ou por morte [art. 2295.º, n.º 1, a)]. Esta cláusula é válida, uma vez que o art. 2232.º apenas proíbe a condição de não transmitir os bens a determinada pessoa, sendo, porém, admitida como fideicomisso irregular a proibição de o herdeiro ou legatário instituído dispor dos seus bens, caso em que serão havidos como fideicomissários os seus herdeiros legítimos (art. 2295.º, n.º 2). Neste caso, o *de cuius* estabeleceu a obrigação de conservar os bens, mas já não atribuiu o benefício da reversão dos bens por morte a um substituto por si designado. A lei resolve assim a questão, considerando como fideicomissários os herdeiros legítimos do fiduciário.

As outras duas hipóteses de fideicomissos irregulares correspondem às disposições em que se determine a atribuição a um segundo sucessor do que deles restar por morte do primeiro sucessor [art. 2295.º, n.º 1, b)], situação denominada na doutrina de fideicomisso de resíduo (*de eo quod supererit*)⁽⁴⁵⁾, e as disposições a favor de pessoa colectiva em que se deter-

(43) Cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, pp. 242.

(44) Isso mesmo já referia ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 106, perante o art. 1871.º do Código de Seabra, afirmando que “se são havidas como fideicomissárias, não são fideicomissos, mas antes instituições com a mesma regulamentação jurídica dos fideicomissos”.

(45) Cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, “Fideicomisso de resíduo”, na *ROA* 6 (1946), n.ºs 1 e 2, pp. 176-180, e CASTRO MENDES, “Sobre a disponibilidade dos bens em fideicomisso de resíduo”, em *O Direito* 95 (1963), pp. 274-290, e CARVALHO FERNANDES, *Sucessões*, pp. 252-253. Na jurisprudência cf. Ac. STJ 4/10/2018 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), processo 2630/14.4T8VIS.C1.S1.

mina com quem ficarão os bens, no caso de esta se extinguir [art 2295.º, n.º 1, c)]. Nestes dois casos o *de cuius* já não estabelece o encargo de conservação dos bens, mas a lei mantém esse encargo, ainda que lhe estabeleça uma atenuação. O fiduciário pode dispor dos bens por acto entre vivos, sem necessidade de autorização judicial, mas para tanto tem que obter o consentimento do fideicomissário (art. 2295.º, n.º 3). Apenas no caso de o fideicomissário recusar esse consentimento é que a autorização judicial passa a ser necessária.

9. Natureza da substituição fideicomissária

Em relação à natureza da substituição fideicomissária têm surgido as seguintes teorias:

- a) Teoria da propriedade fiduciária;
- b) Teoria da deixa separada de usufruto e da propriedade de raiz;
- c) Teoria da deixa de outro direito real de gozo menor;
- d) Teoria da dupla disposição sujeita a condição suspensiva e resolutiva;
- e) Teoria da dupla disposição a termo inicial e final⁽⁴⁶⁾.

A *teoria da propriedade fiduciária* corresponde à explicação clássica da substituição fideicomissária, nos termos da sua origem romanística, sendo, no entanto, defendida modernamente por Cosattini⁽⁴⁷⁾. Efectivamente, e conforme acima se referiu, neste ordenamento o fideicomisso era visto como um mero encargo de transmitir os bens a outrem, que implicava uma transmissão fiduciária da propriedade, com a obrigação de transmitir os bens a terceiro. No direito moderno, no entanto, a posição do fideicomissário não é a de mero credor do fiduciário, não dependendo a aquisição da sua propriedade de qualquer acto de transmissão por este pra-

⁽⁴⁶⁾ Seguimos CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 412, ss.

⁽⁴⁷⁾ Efectivamente, LUIGI COSATTINI, “Sostituzione Fedecomissaria”, no *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. XII, pp. 637-649 (641), sustenta que a essência da substituição fideicomissária reside numa primeira obrigação de conservar e posteriormente restituir os bens, que se concretiza numa obrigação de *facere* (e também de *non facere*) em relação à administração dos bens e não alienação dos bens e numa segunda obrigação de *facere*, que se concretiza em fazer com que o objecto da substituição seja adquirido pelo fideicomissário.

ticado, ocorrendo automaticamente com a sua morte. Por isso, não é possível a sua qualificação como propriedade fiduciária.

A *teoria da deixa separada do usufruto e da propriedade de raiz* foi defendida na Itália por Butera⁽⁴⁸⁾, parecendo corresponder entre nós igualmente ao pensamento de Cunha Gonçalves⁽⁴⁹⁾. De acordo com esta tese ao estabelecer o fideicomisso, o testador atribuiria um usufruto ao fiduciário, recebendo o fideicomissário a propriedade de raiz, que passaria a propriedade plena com a morte do fiduciário, que desencadearia a extinção do usufruto. A tese tem algum apoio no art. 2290.º, n.º 2, que manda estender ao fiduciário, no que não for incompatível com a natureza do fideicomisso, as disposições relativas ao usufruto. Apesar disso, no entanto, as duas figuras não se podem identificar, já que os poderes do fiduciário extravasam dos que possui o usufrutuário, na medida em que em certas condições pode alienar ou onerar os bens sujeitos a fideicomisso (art. 2291.º). Para além disso, considera-se que o fiduciário adquiriu definitivamente os bens se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a sucessão (art. 2293.º, n.º 2), o que é incompatível com o estatuto do usufruto⁽⁵⁰⁾.

A *teoria da deixa de outro direito real de gozo menor* foi sustentada por Auricchio⁽⁵¹⁾. Para este autor, o direito do fiduciário não pode ser de propriedade porque a obrigação de conservar os bens retiraria a esse direito um dos elementos essenciais da propriedade, o poder de disposição. Haveria, por isso, um direito real atípico. Embora o princípio da tipicidade (art. 1306.º) não se oponha a esta tese, uma vez que se estaria apenas a qualificar como direito real autónomo um direito consagrado na lei, a verdade é que dificilmente a situação do fiduciário pode ser considerada como um direito real distinto da propriedade, sendo antes uma verdadeira propriedade que, ainda que seja lhe atribuída a título provisório, pode vir a tornar-se definitiva.

(48) Cf. ANTONIO BUTERA, “La clausola «Si heres cum liberis vel sine liberis decesserit» e la sostituzione fedecommissaria vietata”, no *Foro Italiano*, Vol. 54 (1929), Parte I, pp. 129-145 (138), que considera que a substituição fideicomissária preenche as mesmas funções do usufruto, sendo este permitido e aquela proibida por uma pura questão de técnica jurídica.

(49) Cf. CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, X, p. 157.

(50) Conforme refere RAQUEL REI, na *ROA* 54 (1994), p. 161, “se o fiduciário fosse apenas um usufrutuário, não poderia o preceito dizer «adquirida definitivamente»: teria que prescrecer a aquisição pura e simples pois que não existia qualquer aquisição anterior que agora pudesse considerar-se simplesmente definitiva. Se o fiduciário fosse um usufrutuário, morrendo o fideicomissário, a (nua-)propriedade dos bens reverteria para os sucessores do fideicomissário e não para o fiduciário (art. 2293.º/2)”.

(51) Cf. ALBERTO AURICCHIO, “Sul Fondamento e sui Limiti del Divieto della Sostituzione Fedecommissaria”, no *Foro Italiano* 79 (1954), Parte I, pp. 1542-1546 (1544).

A *teoria da dupla disposição sujeita a condição suspensiva e resolutive* foi defendida na Itália por Natoli⁽⁵²⁾. Este autor sustenta que a substituição fideicomissária implica uma atribuição sujeita a uma dupla condição não retroactiva, suspensiva e resolutive, o que seria demonstrado pelo facto de a lei apenas considerar que o fiduciário apenas adquire definitivamente os bens quando o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança (cf. art. 2293.º, n.º 2). Assim, o fideicomissário adquiriria os bens com a sujeição à condição suspensiva de vir a sobreviver ao fiduciário, enquanto que a aquisição deste seria sujeita a uma condição resolutive em caso de não sobrevivência ao fideicomissário. Diferentemente do que sucede normalmente no regime da condição, o autor sustenta que a mesma seria irretroactiva, por considerar que a retroactividade da condição seria incompatível com o regime legal, já que implicaria que o fiduciário nunca tivesse sido proprietário, mas entende que a retroactividade não é uma característica essencial da condição, uma vez que pode ser afastada pela vontade das partes ou pela natureza do acto (cf. art. 276.º).

A *teoria da dupla disposição a termo inicial e final* considera que o testador efectua duas atribuições da propriedade a termo com o mesmo objecto, sendo a atribuição da propriedade ao fiduciário efectuada a termo resolutive e atribuição ao fideicomissário a termo suspensivo. É essa a posição dominante na doutrina portuguesa, a qual qualifica a situação do fiduciário como um proprietário a termo resolutive, considerando este um dos casos de propriedade temporária admitidos por lei (art. 1307.º, n.º 2)⁽⁵³⁾.

Parece claro que o objectivo da substituição fideicomissária, ao determinar a transmissão dos bens para o fideicomissário, em caso de morte do fiduciário, é instituir uma propriedade a termo. Na verdade, a situação não corresponde a qualquer negócio fiduciário, uma vez que não se verifica nenhuma obrigação para o fiduciário de transmitir os bens a um terceiro. Também a situação extravasa do usufruto, uma vez que não só os poderes do fiduciário são mais amplos do que os do usufrutuário, uma vez que incluem poderes de alienação dos bens (art. 2291.º), como também a aquisição dos bens pelo fideicomissário opera através de uma devolução sucessória (art. 2293.º, n.º 1) e não em virtude da elasticidade do seu direito de propriedade. Já a teoria da propriedade sob condição ignora o facto de que a sobrevivência em relação ao fiduciário não constitui uma

(52) Cf. UGO NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II- *L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 26, ss. e 32, ss.

(53) Neste sentido, PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões*, pp. 261-262, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, p. 246, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 418, ss. e 429, ss.

condição em sentido técnico, enquanto elemento accidental do negócio jurídico, mas antes de um *conditio iuris*, ou seja um facto que a lei considera pressuposto da produção de determinados efeitos jurídicos⁽⁵⁴⁾. Para além disso, a teoria da condição parece claramente incompatível com o objectivo da substituição fideicomissária, que não é a de fazer depender a transmissão da propriedade de um facto futuro e incerto, mas antes de efectivamente assegurar a aquisição da mesma pelo fideicomissário após a morte do fiduciário, o que corresponde precisamente à propriedade a termo (art. 1307.º, n.º 2).

Contra esta qualificação tem vindo a objectar-se que a lei não admite a sujeição a termo da instituição de herdeiro e só admite o termo inicial na nomeação de legatário (art. 2243.º), mas este argumento não seria decisivo, uma vez que se trata de qualificar uma situação legalmente prevista. Mais pertinente é a crítica de que a extinção da situação jurídica do fiduciário e a devolução a favor do fideicomissário não são certas, dependendo de o fideicomissário sobreviver ao fiduciário, o que seria incompatível com o conceito de termo (art. 278.º).

Não nos parece, porém, que esse argumento seja decisivo para rejeitar a qualificação da substituição fideicomissária como propriedade a termo, havendo apenas que acrescentar que a verificação do termo fica sujeita a uma *conditio iuris* de que a propriedade possa ser adquirida pelo fideicomissário, havendo assim uma condição legal inserida na disposição a termo, que por isso não é retroactiva⁽⁵⁵⁾. Tal corresponderá assim à natureza da substituição fideicomissária, permitindo explicar a devolução para o fideicomissário no momento da morte do fiduciário (art. 2293.º, n.º 1), que apenas não se verifica se ele não quiser aceitar a sucessão (art. 2293.º, n.º 2).

(54) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Das relações jurídicas reais*, p. 252.

(55) Neste sentido, CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 430.