

## FIDEICOMISSO DE RESÍDUO

Pelo Prof. Doutor LUIZ DA CUNHA GONÇALVES

**É** tão enraizado nos portugueses, e também nos demais povos em que a família não se tornou uma instituição instável, o amor pela descendência, que, apesar de ser uma velharia, os fideicomissos surgem a cada passo e às vezes aparecem nos tribunais. Parece que os testadores, impedindo que os seus bens sejam alienados pelo sucessor imediato e assegurando a transmissão deles para os descendentes de grau subsequente, têm a sensação de que prolongam a sua própria existência e o seu próprio bem-estar.

Algumas vezes, porém, o testador, deixando a sua herança ou legado a determinada pessoa, não se opõe à alienação dos bens, — geralmente porque o sucessor, sendo pessoa relativamente pouco abonada, pode ter necessidade de os vender; mas prevê que esta venda não se realize, no todo ou em parte, até à morte do herdeiro ou legatário, e determina que, nesta hipótese, os mesmos bens ou o resto deles passem a terceiro. É o que se chama *fideicomissô de resíduo* ou *fideicomisso por equiparação*, expressamente previsto no art. 1.871.º do Código Civil.

Note-se que, embora esta disposição legal se refira *ao que restar* da herança ou legado, não é forçoso que o herdeiro ou legatário venda uma parte. Ainda que ele, de facto, não venda parte alguma, a totalidade, que ficou no seu património, será

também o *que restar*; e assim haverá, também neste caso, um *fideicomisso de resíduo*.

Alguns testadores, porém, para mais claramente afirmarem a liberdade de alienação que conferem ao herdeiro ou legatário, esclarecem que lhe deixam os bens *em domínio pleno*, acrescentando em seguida a cláusula característica: «mas, se *houver algum resto da herança na data da sua morte, quero que esse resto passe para Fulano*».

Poderá afirmar-se que, mesmo em tal hipótese, há um *fideicomisso de resíduo*? Sem dúvida alguma. Todavia, a Relação de Coimbra, num Acórdão recente cuja data não fixámos, julgou que não existia tal fideicomisso, já porque não se verifica a definição do fideicomisso consignada no art. 1.866.º do Código Civil, no qual se exige que o fiduciário *consERVE e transmita os bens*, já porque o testador havia deixado os bens *em domínio pleno*, já enfim porque o herdeiro havia já alienado os bens todos, no exercício do mesmo *domínio pleno*, do qual é característica legal a faculdade de alienar. Tudo isto, porém, são equívocos e sofismas, como se verá do seguinte:

1.º — As palavras «conservar e transmitir» são aplicáveis, apenas, ao fideicomisso-tipo, ao fideicomisso normal ou regular, e não ao *fideicomisso de resíduo*, em relação ao qual a lei expressamente prevê a alienação parcial dos bens. Nem pode deixar de ser assim; pois, sem a venda parcial, como pode haver *resto*?

Damos como reproduzido o que a este respeito dissemos no vol. X, págs. 154 a 156 do nosso *Tratado de Direito Civil*.

O citado art. 1.871.º do Código Civil dizia e ainda diz:

«Serão *havidas* ou são *havidas* como *fideicomissárias*:

2.º — As disposições que chamarem um terceiro *ao que* (possivelmente, é claro) *restar da herança ou do legado* por morte do herdeiro ou do legatário».

Ora, se tais disposições são *fideicomissárias*, apesar de nelas não haver a obrigação de *conservar e transmitir* os bens, e, pelo contrário, se prevê a alienação parcial, ficando só *um resto* que se transmite, não há razão nem justiça em se afirmar que elas não são *fideicomissárias*. Isto é julgar contra lei expressa!

De outro lado, sendo certo que o herdeiro pode não alienar os bens ou só alienar parte deles, — porque a alienação é uma *faculdade* e não *obrigação cominatória*, é claro que toda a herança ou parte dela passará forçosamente para o terceiro; e assim o herdeiro, mesmo sem o ter querido, *conserva e transmite* à pessoa designada. O herdeiro não pode dispor desses bens *causa mortis* ou em testamento; eles não se transmitem tampouco aos seus sucessores legítimos. Portanto, a definição do art. 1.866.º é extensiva aos *bens não alienados*, ao *resto* ou *resíduo* herdado pelo terceiro. Daí a justeza da equiparação legal do fideicomisso de resíduo ao fideicomisso-tipo.

Isto basta para se verificar o êrro do primeiro fundamento do citado Acórdão.

3.º — O fideicomisso de resíduo é, como já vimos, caracterizado pela faculdade conferida ao fiduciário, tanto pela lei como pelo autor da herança, de alienar todos ou parte dos respectivos bens. Não se pode sequer conceber um tal fideicomisso sem a faculdade de alienar, ao menos em parte, pois sem esta alienação não pode haver a *parte restante* que se transmitirá ao terceiro.

Ora, a faculdade de alienar pressupõe, forçosamente, o *domínio pleno*, visto o disposto no art. 2.359.º do Código Civil. Portanto, é puro pleonasma, é absolutamente desnecessário, escrever-se que o fiduciário de resíduo terá o *domínio pleno* dos bens legados; pois, ainda que esta frase não existisse no testamento, o herdeiro teria esse domínio, — sem prejuízo do direito condicional ou hipotético do fideicomissário a herdar o *resto da herança*, ou seja, os seus bens não alienados.

Improcede, pois, o segundo argumento do Acórdão.

4.º — Mas, a faculdade de alienar não é um requisito absoluto da propriedade plena. O citado art. 2.359.º do Código Civil, depois de dizer que «o direito de alienação é inerente à propriedade», acrescenta que «ninguém pode ser obrigado a alhear ou não alhear *senão nos casos e pela forma declarados na lei*». Por outros termos, o domínio pleno é perfeitamente compatível com a restrição legal do direito de alienar.

De facto, há *domínios plenos inalienáveis*; e há *domínios plenos* que só são *alienáveis mediante certos acordos prévios*

com outrem e com certas formalidades. Tais são os casos regulados nos arts. 1.119.º, 1.128.º, 1.149.º, 1.559.º, 1.564.º a 1.566.º, 1.677.º e 1.678.º, além de muitos outros casos previstos em leis especiais, alguns dos quais foram especificados no citado nosso *Tratado*, vol. XII, n.º 1.830, que damos como reproduzido.

Ora, a despeito da faculdade de alienar que tem o fiduciário ou herdeiro condicional, a verdade é que essa faculdade não é absoluta: porque o § único do mesmo art. 1.871.º sujeita o exercício da mesma faculdade a duas condições impreteríveis, a saber: a) ter o fiduciário alienado já os seus bens próprios, anteriores ou posteriores; b) ter a alienação sido consentida pelo fideicomissário.

Estas duas condições, ou seja, o citado § único foi aditado ao antigo art. 1.871.º pelo Decreto-lei n.º 19.126 (que alterou vários artigos do Código Civil), afim de solver a antinomia existente entre esse artigo e o antigo art. 1.871.º; pois enquanto o primeiro autorizava o fiduciário a alienar todos os bens que o testador lhe deixara, o segundo dizia:

«Os herdeiros ou legatários cujas heranças ou cujos legados estiverem sujeitos a *substituições fideicomissárias* serão havidos *por meros usufrutuários*».

Esta disposição abrangia sem dúvida o art. 1.871.º, já porque este artigo regula duas disposições *havidas por fideicomissárias*, já porque estas não foram expressamente exceptuadas.

Mas, os *meros usufrutuários* só podem alienar o seu *usufruto* e não a propriedade dos respectivos bens, como claramente dispõe o art. 2.207.º do Código Civil.

Além disto, no direito antigo, o fiduciário só podia alienar os bens sujeitos ao fideicomisso de resíduo no caso de *estar em necessidade, por falta de outros bens*.

Mas, o art. 1.871.º, nada dizia a este respeito; não obstava a que o fiduciário alienasse os bens *sem necessidade, de má fé*, só para lesar o fideicomissário. Havia que esclarecer este ponto. É o que fez o aludido § único, que, por isso, é interpretativo e inovador simultaneamente.

Lógicamente, pois, o fiduciário que alienar os bens legados,

apesar de não ter necessidade alguma disso ou tendo bens seus, até de valor superior ao daqueles, e sem obter o prévio consentimento do fideicomissário, que é o proprietário condicional deles, infringirá a lei e praticará uma alienação nula (Código Civil arts. 10.º e 671.º n.º 4).

Esta doutrina é extensiva aos fideicomissos de resíduo instituídos antes do Decreto-lei n.º 19.126, vista a nova redacção do art. 1.874.º do Código Civil, que expressamente declarou aplicáveis os novos preceitos aos *fideicomissos de pretérito* e aos futuros, isto é, anteriores e posteriores ao citado Decreto-lei.

Esta nova redacção do art. 1.871.º e o art. 1.874.º, que estabeleceu a retroactividade, tiveram outra vantagem. É que o antigo texto do art. 1.871.º se limitava a declarar nulo o fideicomisso de resíduo, sem esclarecer se este seria, ou não, válido nos mesmos casos em que o fosse o fideicomisso-tipo. Hoje, isto é indiscutível: o fideicomisso de resíduo é *válido em um grau*, e portanto, nos mesmos casos do art. 1.867.º, ao qual o art. 1.871.º está subordinado.

Quod erat demonstrandum.

*Luiz da Cunha Gonçalves*