

## SUBSTITUIÇÕES FIDEICOMISSÁRIAS

Pelo Dr. ANTÓNIO DE FIGUEIREDO DA COSTA FARO

### CAPÍTULO I

### CONCEITO

**E**MPREGA o nosso Código Civil indiferentemente as expressões substituição fideicomissária e fideicomisso. Devemos porém notar que é perigosa esta prática, visto haver quem dê a fideicomisso outro significado; por exemplo, Vitali considera o termo fideicomisso como o próprio objecto, a herança ou o legado da substituição e, para Demolombe, o instituto fideicomisso é mais amplo que a substituição fideicomissária, pois que, como ele diz, o fideicomisso pode ser instituído a termo fixo e a substituição, não.

Sendo assim, devemos evitar possíveis confusões e aqui deixamos o nosso protesto contra a falta de precisão das expressões.

Como, porém, não seremos nós o reformador do Código Civil, permito-me a continuação do emprego indiferente de substituição fideicomissária e fideicomisso, dada a acepção comum com que os nossos civilistas a empregam e o nosso Código perfilha.

Substituição fideicomissária ou fideicomisso é a disposição testamentária pela qual algum herdeiro ou legatário é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado.

Esta é também a noção consignada em outros Códigos, como o francês e o italiano, e de *jure condendo* parece ser a melhor.

Não se diga que é imperfeita sob o ponto de vista legal, por não compreender outras disposições testamentárias, como as feitas com proibição de alienar por actos entre vivos (1), ou as que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou do legado por morte do herdeiro ou do legatário (2), pois, ou temos simples disposições com proibição total de alienar, ou disposições que restringem e quase anulam a cláusula alienatória, que por esse facto e ainda porque há ou pode haver uma substituição, o legislador equiparou aos fideicomissos, isto é, o seu regime jurídico é o das substituições fideicomissárias, mas a sua natureza jurídica é diferente.

A interpretação lógica é concludente, mas a literal não o é menos, pois nunca poderemos dizer que uma coisa equiparada a outra é igual a ela e muito menos que é a mesma coisa, como teria de se concluir se dissessemos que aquelas disposições do art. 1.871.º eram fideicomissos.

«São havidas como fideicomissárias» diz o art. 1.871.º Ora se são havidas como fideicomissárias, não são fideicomissos, mas antes instituições com a mesma regulamentação jurídica dos fideicomissos. De resto, se fossem substituições fideicomissárias, o Código Civil nenhuma referência tinha que lhes fazer, pois já estariam incluídas na regra do art. 1.866.º

Mais difícil é dizer-se que a noção do art. 1.866.º não engloba o usufruto testamentário vitalício, pois que sendo o usufrutuário herdeiro ou legatário encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado, parece enquadrar-se perfeitamente naquele conceito, e daí dever chamar-se-lhe fideicomisso. Simplesmente, através do elemento sistemático

---

(1) São os casos a que a doutrina chama *fideicomissos irregulares*. Não se trata porém de substituição fideicomissária, mas, como aí, embora imperfeitamente, está o assegurar-se o ulterior destino dos bens para a morte do directo beneficiado.

(2) Costuma chamar-se a esta disposição fideicomisso de resíduo ou *de eo quod supererit*, mas com mais precisão se deveria designar por substituição de resíduo, visto não se tratar de fideicomisso.

de interpretação, a conclusão seria negativa, mesmo que estivesse em vigor o art. 1.873.º com a redacção anterior ao decreto-lei n.º 19.126.

Deixemos, no entanto, esta demonstração para outro lugar e demos como assente que *de jure condendo* a definição legal é a unânimemente adoptada e para nós também é a que contém os elementos todos e suficientes para a adoptarmos, com a menção de que, onde fala em «herança ou legado», poderia dizer-se «propriedade dos bens herdados ou legados», não porque ampliasse ou restringisse o seu âmbito, mas tão somente porque tornava mais clara a noção. Perdia no elemento extensivo, mas ganhava no elemento recíproco maior precisão.

*De jure constituto*, — substituição fideicomissária é pois a disposição testamentária pela qual algum herdeiro ou legatário é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado.

*De jure constituendo*, — substituição fideicomissária (1) é a disposição testamentária pela qual algum herdeiro ou legatário é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a propriedade dos bens herdados ou legados.

## CAPÍTULO II

### EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No direito romano, dada a proibição de alguns indivíduos terem capacidade jurídica de gozo para poderem ser contemplados, isto é, sendo alguns indivíduos incapazes de receber por testamento, como, por exemplo, nos primórdios do direito romano, os estrangeiros e os celibatários, recorria-se ao subterfúgio do

---

(1) No campo das doações aparece-nos um fenómeno equivalente à substituição fideicomissária. Simplesmente, aí trata-se e a lei fala em reversões, art. 1.473.

fideicomisso, que era afinal «uma liberalidade com que uma pessoa — fideicomitente — independentemente de quaisquer solenidades testamentárias, recomendava à fé de um amigo o beneficiar outra pessoa, que o rigor do direito civil declarava incapaz de suceder-lhe por testamento» (1).

Com a promulgação da lei Voconia, que tornava incapazes de receber por testamento as mulheres que tivessem mais de cem «asses», serviu o fideicomisso também para iludir a proibição da lei.

Como, porém, a lei não garantia esta forma de disposição da última vontade, os *fiduciários* traíam, por vezes, a confiança dos *fideicomitentes*, retendo em benefício próprio os bens deixados pelo falecido, pelo que o imperador Augusto tornou obrigatória a execução dos *fideicomissos*, e Cláudio instituiu o *pretor fideicomissário*. Advieram graves responsabilidades para os *fiduciários*, e daí recusarem-se muitos a aceitar o encargo.

Para obviar a esse inconveniente foram sucessivamente publicados os *senatus consultus Trebelliano* e *senatus consultus Pegasiano*. Por fim, Justiniano fundiu os dois *senati consulti* num só, conservando o nome de Trebelliano.

Tal foi a ideia de fideicomisso na primeira fase da sua existência.

Bem depressa, porém, se transformou, constituindo uma forma regular de testamentificação, pela qual o testador, substituindo-se antecipadamente à vontade do seu sucessor, designava a pessoa ou pessoas que a este deveriam por sua vez suceder.

E assim o *fideicomisso* propriamente dito muda de conceito, para dar lugar a uma espécie importante de substituições testamentárias (2).

### *Idade Média e Moderna*

Mas foi só depois das conquistas dos bárbaros que as substituições *fideicomissárias* tomaram largo incremento, encontrando

---

(1) José Tavares, pág. 449.

(2) José Tavares, pág. 450.

o seu reverso com a decadência das instituições feudais, sob a influência dos princípios da desamortização da propriedade e da libertação da terra. Passa-se assim do apogeu dos *fideicomissos* à redução dos vínculos *fideicomissários*.

### *Idade Contemporânea*

Em França, essa tendência em reduzir o número de graus das substituições *fideicomissárias* atingiu o auge com a Revolução Francesa, que influenciou decisivamente a lei de 14 de Novembro de 1792, pela qual se proibiam totalmente as instituições *fideicomissárias*, por contrárias aos novos princípios políticos, pois suprimiu as substituições que não estivessem ainda abertas naquela data.

O Código de Napoleão reproduziu a proibição das substituições e com ela a nulidade da própria instituição de herdeiro. Admitiu porém uma excepção, no interesse de certas pessoas, mas numa medida muito restrita» (1).

Em 1806 foi criada em França uma forma particular de *fideicomissos*, chamados *morgados*, instituídos pelo Imperador ou pelos particulares com autorização do Governo, sendo em 1826 admitida a substituição em dois graus, e logo em 1835 surgindo a proibição de novas substituições, embora mantendo com nova regulamentação os *morgados particulares*, que ficaram limitados a dois graus, e em 1849 estes mesmos *morgados* foram abolidos, salvo se ao tempo da publicação da lei os *substitutos* fossem nascidos ou concebidos, e pelo que respeita às substituições revogou-se a lei de 1826, só se mantendo as substituições cujos *substitutos* tivessem nascido ou estivessem concebidos.

Com a proibição dos *fideicomissos*, começou em França a iludir-se a lei e a atingir quase os mesmos fins através das disposições de usufruto — deixa de usufruto a *A* e da propriedade nua a *B*, ou por meio do usufruto sucessivo, — dos chamados *fideicomissos* de resíduo — o primeiro beneficiado pode dispor

---

(1) *Manuel élémentaire de Droit Civil*, René Foignet, pág. 581.

livremente dos bens deixados, mas o que deles restar passa para o segundo beneficiado, — da fidúcia — acto pelo qual o primeiro beneficiado aparente é encarregado de administrar e conservar determinados bens e de os transmitir ao verdadeiro beneficiado, depois de alguns anos, — e ainda através de certos legados condicionais — legado de bens sob a condição de pré-morte do primeiro beneficiado, a um segundo beneficiado, sob a condição suspensiva de sobreviver ao primeiro. São afinal processos indirectos de iludir a proibição dos fideicomissos, entre os quais sobreleva aquele último.

*Em Portugal*: até aos princípios do século XIX os fideicomissos eram conhecidos, mas não havia leis que regulassem com precisão esta classe de substituições. Tinham tão pouca importância que só raramente as Ordenações (1) e as leis extravagantes se lhes referem. Eram, como diz Melo Freire, regulados *moribus magis quam legibus*.

A incerteza da jurisprudência neste capítulo do direito sucessório era grande, pois ora se afirmava que os fideicomissos deviam ser válidos até ao 4.º grau, ora até ao 2.º, ora até ao 1.º. E o próprio autor do nosso Código Civil hesitava neste ponto, declarando que «os fideicomissos temporários de pretérito somente produziam os seus efeitos no 1.º e 2.º graus» (2).

O Código Civil toma posição no problema com a proibição em princípio das substituições fideicomissárias e só as admitiu em casos excepcionais, tal como as feitas por pai ou mãe nos bens disponíveis em proveito de netos, nascidos ou por nascer, ou sendo feitos em favor dos descendentes, em 1.º grau, de irmãos do testador (3).

Em 1930 a doutrina legal passou a ser outra. Assim, faz-se a permissão genérica das substituições fideicomissárias desde que se trate de fideicomissos em um grau.

Daí que hoje «são proibidas as substituições fideicomissárias em mais de um grau» (art. 1.867.º do Código Civil).

(1) Ordenações. liv. 87, § 12.º

(2) Art. 2.009.º do projecto do Código Civil, correspondente ao actual, art. 1.874 do Código Civil.

(3) Confr. art. 1.867.º do Código Civil, na sua redacção primitiva.

## CAPÍTULO III

## ELEMENTOS DO FIDEICOMISSO

## SECÇÃO I — IDEIA GERAL

Da definição legal — art. 1.866.º do Código Civil — resulta que os elementos da substituição fideicomissária são :

- 1.º — Dupla liberalidade testamentária ;
- 2.º — Encargo imposto ao herdeiro ou legatário de conservar e transmitir por sua morte ao fideicomissário a herança ou o legado ;
- 3.º — Ordem sucessiva (1).

## SECÇÃO II — DUPLA LIBERALIDADE TESTAMENTÁRIA

É condição essencial de existência dos fideicomissos o serem feitos por testamento, dada a concreta e taxativa expressão do art. 1.866.º do Código Civil — disposição testamentária, — além de que aí se fala exclusivamente em herdeiros ou legatários.

Discutiu-se muito se a substituição fideicomissária poderia ser constituída por doação, fundamentando-se aqueles que o afirmavam nos arts. 1.473.º e 1.474.º

Segundo eles, a doação feita com a cláusula de reversão a favor de terceiro só é integralmente válida nos mesmos casos em que é permitido o fideicomisso, sendo nos outros casos válida a doação e nula a cláusula, como acontecia igualmente com as substituições fideicomissárias proibidas (art. 1.869.º). Argumenta-se hoje, depois da nova redacção dada ao art. 1.473.º pelo decreto n.º 19.126, que esta doutrina é particularmente exacta (2) e a confirmação advém até do direito comparado, pois os Códigos Civis da França e da Itália a admitem expressamente.

---

(1) Cunha Gonçalves, pág. 151.

(2) Cunha Gonçalves, pág. 152.

Não concordamos com tal doutrina.

1.º — O fideicomisso é regulado no Código Civil, *expresso*, como *disposição testamentária*.

2.º — o art. 1.866.º só fala em herdeiros e legatários e não em doadores ou donatários, como o faria se lá quisesse integrá-los.

3.º — «De jure condito» a cláusula de reversão das doações não pode identificar-se como o fideicomisso, porque há diferenças importantes, como as que dizem respeito aos nascituros, para os quais há regulamentação em termos diferentes no art. 1.479.º, para as doações, e no art. 1.777.º para os testamentos.

Nem se diga que os efeitos são em geral os mesmos, sobretudo após a nova redacção do art. 1.473.º, que remete para os arts. 1866.º e segs., pois isso prova somente que o regime aplicável é idêntico num e noutro caso, e que a sua regulamentação é a mesma dos fideicomissos.

Que se atingem em regra os mesmos efeitos, não o negamos e daí que lhe atribuamos pouco valor prático; mas que digamos que há fideicomissos constituídos por doação, isso também não, pois até o Código fala em doações com a cláusula de reversão.

Nota-se, realmente, a tendência para a aproximação formal dos dois institutos; contudo não está feita e, se lamentamos disparidades, uma delas é a que tem origem a propósito deste problema, relativa à diferente regulamentação imposta pelos arts. 1.479.º e 1.777.º, já referidos. Haveria toda a conveniência em harmonizá-los e só de lamentar é que se não tenha feito. Enquanto, porém, se mantiverem tais disposições, há diferença, há incompatibilidade entre elas, que não podemos ocultar ou afastar, nem com boa vontade, a não ser por deturpação da lei.

Concluimos, afinal, pela negação de que por meio de doações se possam constituir fideicomissos. Haverá, sim, doações com a cláusula de reversão, mas que não deixam de ser doações, com o regime do art. 1.479.º — quando aplicável — e não fideicomissos.

Mas dir-se-á: nos casos em que não seja aplicável o art. 1.479.º



há paridade de situação entre os fideicomissos e as doações revertíveis. A sua natureza, porém, é diferente e daí que continuemos a designar pelos seus nomes próprios umas e outras.

Daí que digamos haver diferença entre o fideicomisso e a cláusula de reversão, embora geralmente se equivalham, e embora ainda reconheçamos pouca importância prática em os distinguir, devendo no entanto manifestar o nosso apoio à tendência esboçada na aproximação do regime de um e de outra e a necessidade de as concatenar de forma a que os seus efeitos sejam comuns e, em nenhum caso, dispares.

A substituição fideicomissária supõe, além da cláusula formal testamentária, uma dupla liberalidade — uma a favor do fiduciário, substituído, e outra a favor do fideicomissário, substituto — feita pelo testador, da mesma herança ou legado a duas pessoas diferentes, de tal sorte que a propriedade dos bens que constituem aquela herança ou legado se integre, sucessivamente, no primeiro e no segundo beneficiados.

Deve notar-se que as transmissões se realizam por vontade do testador independentemente da vontade do substituído e que o substituto, à morte do testador, fica somente como presumido proprietário (1).

Que o fiduciário não tem de praticar acto algum de transmissão mostra-o o art. 1.868.º na redacção antiga. E que ainda assim é, prova-o a actual redacção do mesmo artigo, ao estabelecer a caducidade da substituição, pois só pode caducar uma herança ou legado se se tiver adquirido direito a ela ou a ele, por morte do seu autor.

---

(1) As substituições fideicomissárias resultam geralmente de uma só cláusula testamentária redigida concisamente, mas nada impede que elas nasçam da combinação de dois testamentos sucessivos.

SECÇÃO III — ENCARGO IMPOSTO AO HERDEIRO OU LEGATÁRIO DE CONSERVAR E TRANSMITIR POR SUA MORTE AO FIDEICOMISSÁRIO A HERANÇA OU LEGADO

A substituição fideicomissária pressupõe necessariamente que o primeiro beneficiado conserve e por sua morte transmita ao fideicomissário os bens herdados ou legados. Mas não basta o simples pedido ou conselho, deixando ao primeiro beneficiado liberdade de acção; é necessário que da disposição resulte um verdadeiro encargo jurídicamente exequível. De resto não são exigidas palavras sacramentais para traduzir tal ideia. Para tanto basta poder-se verificar que o direito de um dos beneficiários cessa com a sua morte, que não se transmite aos seus herdeiros legítimos por vontade do fiduciário, porque os bens passam para o outro beneficiário.

a) — A expressão «conservar e transmitir» é talvez obscura por não exprimir com a clareza devida a situação jurídica do fiduciário, nem a dos bens, pois o fiduciário não tem de fazer acto algum de transmissão. Esta é designada pelo testador ao fideicomissário. Significa tal expressão que o primeiro instituído não pode alienar ou onerar para além da sua morte os bens que o testador lhe deixou e não os pode danificar. Todos os ónus reais constituídos pelo fiduciário, todas as alienações por ele feitas, são anuláveis pelo fideicomissário, que poderá reivindicar os bens testados tão livres como o testador os tinha.

b) — O fideicomissário não pode ser indeterminado, nem ficar à escolha do fiduciário. É o testador quem o designa e desde logo tem de ser uma pessoa determinada ou facilmente determinável. Não é preciso designar-se pelo seu nome, até porque em alguns casos isso era impossível, como seja em relações aos nascituros e concepturos. Mas a facilidade de determinação envolverá a possibilidade de o determinar por qualquer processo? Não. É manifesto que a lei pressupõe a possibilidade de lançar mão de um processo legítimo, e não poderá considerar-se processo legítimo, por exemplo, o que depende do arbítrio de ter-

ceiros. Ou, como escreve o Prof. José Tavares (1) : «Não pode considerar-se *modo legítimo* de tornar certas as pessoas incertas qualquer documento, desde que não seja autêntico, ou escrito e assinado pelo testador, porque se assim não fora, seria fácil qualquer terceiro iludir a disposição do testador». E por isso mesmo, também os documentos autênticos devem ser só aqueles em que intervenha o testador com o seu consentimento. Também não é modo legítimo de tornar certas as pessoas incertas a simples prova por meio de testemunhas ou de juramento, a não ser precisamente para reformar um documento donde constasse essa certeza. Como princípio geral devem reputar-se incapazes de fornecer tal certeza os meios de prova que dependam simplesmente do arbítrio ou da vontade de terceiro». O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-12-901 foi ainda mais longe, deixando de considerar fideicomisso a instituição de pessoas incertas que podem tornar-se certas. (2).

c) — 1.º — A obrigação de *conservar* até à morte envolver necessariamente a ideia de só poder referir-se aos próprios bens testados e não a legados com encargo a prazo, que podemos exemplificar com a seguinte disposição testamentária : — «Lego a *F* o meu prédio *X* e determino que, por sua morte, *B* receba 50.000\$00». O mesmo se dá, se em vez de uma soma, a coisa a transmitir for outra propriedade (3). Em ambas as hipóteses, desaparece a ideia de conservação, pois o primeiro beneficiado pode dispor de herança ou do legado, e só terá de deixar aquela quantia ou o outro prédio ao segundo instituído.

2.º — O fideicomisso consiste não só no encargo, imposto ao herdeiro ou legatário, de conservar os bens deixados, mas também de os *transmitir* por sua morte ao fidei-

---

(1) *Sucessões*, pág. 125.

(2) *Colecção Oficial*, pág. 92 e *O Direito*, págs. 34 e 68.

(3) Cunha Gonçalves, pág. 156. e Coviello, vol. II, pág. 328.

comissário. Os dois encargos são cumulativos. Sendo assim, será fideicomissária a disposição em que o testador deixa os seus bens, ou uma parte deles, a um indivíduo, com a restrição de que por morte deste serão vendidos, e o seu produto entregue a outro?

Neste exemplo está abrangido o encargo de conservar, mas não o de transmitir os próprios bens, como a tal se refere o art. 1.966.º Não tem a hipótese grande interesse prático, porque, se aquela disposição de bens não é um fideicomisso, segundo a definição legal, e os dois números do art. 1.871.º não constituem fideicomissos, o que é certo é que ambos estão sujeitos ao regime jurídico daqueles e o exemplo referido é, por outras palavras, o mesmo caso do n.º 1 do art. 1.871.º, porque o encargo de conservar os bens importa necessariamente a proibição de os alienar por acto entre vivos (1).

Contudo, a Revista de Legislação e Jurisprudência (2) sustentou que uma tal disposição é uma substituição fideicomissária, nos termos do art. 1.866.º O problema resume-se afinal em saber se é condição essencial do fideicomisso o encargo de o fiduciário transmitir ao fideicomissário os mesmos bens que recebeu do testador, ou se pelo contrário existe fideicomisso, quando o fiduciário é encarregado de transmitir ao fideicomissário quaisquer outros bens ou valores.

Segundo José Tavares (3), estamos em face de uma verdadeira substituição fideicomissária, pois que, diz ele, para a disposição ser cumprida é necessário que o herdeiro *A* conserve o valor dos bens, para por sua morte os transmitir ao legatário *B*; é necessário que conserve a herança no todo ou em parte, pois que a herança, no seu verdadeiro e real sentido, não é outra coisa senão o conjunto de valores deixados por uma pessoa falecida. E precisamente o que o art. 1.866.º considera como fideicomisso é o encargo de conservar e transmitir por morte a herança ou o legado, sem falar de certos e determinados bens.

---

(1) Cfr. José Tavares, pág. 460.

(2) Ano XV, pág. 210.

(3) Idem, pág. 461.

E que a lei se não refere exclusivamente aos *mesmos bens* deixados pelo testador, é evidente para as heranças que na sua maioria consistiram em bens ou coisas consumíveis ou fungíveis, como dinheiro, títulos de crédito amortizáveis, que, no movimento natural e contínuo de circulação económica, são sucessivamente substituídos por outros valores; e não há dúvida de que o conceito legal dos fideicomissos abrange todas as espécies de bens da herança.

Generalizando agora esta conclusão: são fideicomissárias todas as disposições que obrigam o herdeiro ou o legatário a deixar por sua morte quaisquer bens ou valores a um terceiro contemplado pelo testador. O herdeiro ou legatário, continua o mesmo autor, sujeito a deixar por sua morte certos valores, não pode livremente dispor dos bens, porque, estando obrigado àquele encargo, é necessariamente obrigado a caucionar o seu cumprimento, o que muitas vezes terá de fazer com os próprios bens de herança ou do legado.

Em suma, refere José Tavares, não há dúvida de que o herdeiro ou o legatário onerado com tal encargo não goza do livre exercício do seu direito de administrar e dispor dos próprios bens e este direito, conjuntamente com a responsabilidade das correlativas obrigações, é que o legislador se propôs assegurar com a proibição dos fideicomissos.

*Crítica:* Não me parece haver fideicomisso, no caso apontado, porque o testador, embora dissesse que os bens deviam ser vendidos, após a morte do herdeiro, não proibia que este os vendesse ou doasse em sua vida; e só queria que o respectivo valor fosse entregue a outro. Ora isto não é fideicomisso, mas legado a prazo incerto.

Para haver fideicomisso, deve uma herança manter-se idêntica, quer na instituição a favor do fiduciário, quer na substituição, tanto mais que o fideicomissário é presuntivo sucessor, que logo com a morte do testador adquire certos direitos sobre os bens.

Ora se o segundo instituído só tinha direito a uma quantia de dinheiro, após a morte do primeiro instituído, sendo os bens do testador vendidos sem o seu consentimento, aquele não podia ser tido como herdeiro, nem fideicomissário. Se para haver fidei-

comisso, basta a transmissão de qualquer valor proveniente da herança, então devia ser fideicomisso a disposição que o art. 1.870.º declara não ser fideicomissária, como o referem, no terreno dos princípios, as doutrinas francesa e italiana (1). A confirmar esta doutrina está a letra da lei, onde fala em «a herança ou o legado» empregando o artigo definido, o que leva à convicção de que aquilo e só aquilo que o testador deixar à sua morte, isto é, os bens ou valores, e só eles, quando nas condições do art. 1.866.º, passam a um terceiro, é que há fideicomisso, e não quando haja a sua representação em dinheiro à morte do fiduciário. Não é a mesma coisa dizer-se que se transmite a herança ou o legado, ou o valor da herança ou do legado, pois que se assim fosse e para haver absoluta coerência, teríamos de, na interpretação e aplicação do art. 1.774.º, dizer que era possível ao testador deixar todos os seus bens a um só herdeiro, com o encargo de inteirar a dinheiro os quinhões legitimários dos herdeiros legitimários, com o que não concordamos, e se assim fosse (2), isto representava uma invasão — que a lei não pode consentir — dos domínios da legítima, que é uma «porção de bens» (3) e não o valor dessa porção de bens. Ora José Tavares é o primeiro a não manter essa coerência... «porque isso era admitir que o testador com herdeiros legitimários, pode dispor de toda a herança...» (4).

E não falemos também nas coisas consumíveis ou fungíveis, como dinheiro, títulos de crédito amortizáveis, pois exigir que passassem eles próprios ao segundo instituído era impedir a sua utilização, era dizer que havia fiduciário e dizer que o fiduciário não recebia nada, era deixar entrar pela porta, para atirar pela janela fora, era dar com uma das mãos o que se tirava com a outra. Por isso, dada a impossibilidade de aplicação àqueles casos, não deve dizer-se que não há fideicomisso aqui, nem se diga que tendo de haver aqui fideicomisso, também além tem de o haver.

---

(1) Cunha Gonçalves, pág. 158.

(2) Neste sentido: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, V-87; VI-375; XXIII-532 e XXXI-406; *Boletim dos Tribunais*, III-658; Carneiro Pacheco, *Sucessão testamentária*, pág. 88.

(3) Art. 1.784.

(4) José Tavares, *ob. cit.*, pág. 208.

## SECÇÃO IV — ORDEM SUCESSIVA

A substituição fideicomissária deve conter duas disposições a título gratuito dos mesmos bens, feitas pelo testador em ordem sucessiva, isto é, para produzirem efeito uma após outra; a primeira em proveito do fiduciário (1), durante toda a sua vida, e a segunda a favor do fideicomissário, «salvo se não sobreviver ao fiduciário».

## CAPÍTULO IV

## DISPOSIÇÕES NÃO FIDEICOMISSÁRIAS

Expostos os elementos característicos do fideicomisso, fácil é dar exemplo de muitos casos em que, por falta de, pelo menos, um desses elementos, a disposição testamentária não será fideicomissária, embora sobre alguns deles tenha havido larga confusão.

## SECÇÃO I — SUBSTITUIÇÃO NÃO FIDEICOMISSÁRIA

Assim, não são fideicomissárias :

- a) — A substituição vulgar (art. 1.858.º), isto é, a disposição pela qual o testador pode substituir uma ou mais pessoas ao herdeiro ou legatário, para o caso em que o herdeiro ou legatário não possa ou não

---

(1) A lei emprega, ao lado das expressões substituído e substituto, e a elas correspondentes, estas outras expressões técnicas: fiduciário e fideicomissário. Estes dois termos técnicos, se virmos a etimologia, podiam servir indiferentemente para designar o primeiro e o segundo beneficiados. Quer uma quer outra destas duas palavras, etimologicamente, significam «aquele em quem se deposita confiança». Ambas as palavras podem, «a priori», servir para designar quer o substituído, quer o substituto. E como são palavras semelhantes, uma grande confusão vai entre nós e, a cada passo, se troca uma por outra. Que fiduciário é o primeiro beneficiado e fideicomissário é o segundo, resulta com toda a clareza do art. 1.868.º do Código Civil, ao dizer que «se o fideicomissário não aceitar a herança ou legado, ou se falecer antes do fiduciário, caducará a substi-

queira aceitar a herança ou o legado, porque são violados todos os elementos característicos do fideicomisso. Não há dupla liberalidade porque : ou o primeiro instituído aceita e o segundo nenhum pretensão direito a eles adquire; ou o não aceita e neste caso só o segundo é chamado a tomar conta dos bens.

Não há também para aquele que tomou conta dos bens o encargo de os conservar e transmitir, nem também ordem sucessiva, mas tão pouco ordem alternativa ou condicional.

b) — A substituição pupilar (art. 1.859.º), isto é, a disposição pela qual o testador que tiver filhos ou outros descendentes debaixo do pátrio poder, os quais não hajam de ficar por morte do testador sob poder de outro ascendente, poderá substituir-lhes os herdeiros e os legatários que bem lhe parecer, para o caso em que os ditos filhos ou outros descendentes faleçam, antes que perfaçam 14 anos de idade, sem distinção de sexo, ou seja antes de alcançarem a capacidade testamentária activa (art. 1.764.º, n.º 2).

Alguns autores encaram tal substituição como uma espécie de fideicomisso ou de sucessão condicional instituída pelos pais. Por outras palavras : dado que só é possível a substituição pupilar em relação aos bens que o substituído haja adquirido por via do testador, trata-se no fundo de uma cláusula condicional imposta pelo pai, dos bens se transmitirem para terceiro, se o filho falecer antes dos 14 anos (condição).

Não parece, todavia, ser esta a boa doutrina, em face das soluções do nosso Código. Rigorosamente estamos no

---

tuição, ficando o fiduciário, com a propriedade definitiva dos bens». Portanto aquele que primeiro tem os bens é o fiduciário; aquele para quem os bens passam depois, é o fideicomissário.

Por curiosidade e porque estamos a fixar terminologia e falámos das expressões genéricas, substituído e substituto, diremos que no seu emprego também há certos enganos, de que o Código Civil é exemplo frisante, tal como no art. 1.863.º, onde se fala em substituto em vez de substituído, e também a Lei do Inquilinato, art. 9.º, decreto n.º 5.411.



domínio de uma excepção ao princípio da personalidade dos testamentos. É uma verdadeira substituição de testador.

Note-se até, que a substituição pode abranger os bens recebidos pelo filho como herdeiro legítimo ou legitimário de seu pai (1).

De resto, tem sido largamente discutido o problema dos fideicomissos condicionais, isto é, o de saber se como fideicomissos devem ser consideradas, e sujeitas, portanto, às suas disposições restritivas, as deixas, com um substituto, no caso de se verificar certa condição, como no seguinte caso: — «Instituo A meu herdeiro, mas no caso de este morrer sem descendentes, a herança passará para B». Depois do profundo estudo do Prof. Dr. Vaz Serra (2) sobre as substituições fideicomissárias, foi proferido o assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 1938 (3), ficando com ele arrumado o assunto, em que se preceitua: «o legado de certa coisa a uma pessoa, sob a condição de passar a terceiro, se aquela falecer sem descendentes, é condicional e válido, e não substituição fideicomissária (4).

Desnecessário se torna, pois, ir mais além, para afastarmos, sem sombra de dúvida, da categoria dos fideicomissos, a substituição pupilar.

E como a substituição quase-pupilar, isto é, a substituição pupilar aplicada aos descendentes judicialmente declarados dementes, sem restrição de idade, é em tudo indêntica àquela, considera-se igualmente afastada a solução anterior, pelas mesmas razões.

d) — A substituição recíproca (art. 1.865.º), isto é, a substituição pela qual o testador substitui uns aos outros os herdeiros ou legatários instituídos, se algum não quiser ou não puder suceder, é uma variedade da substituição

---

(1) Galvão Teles, *Direito de Representação*, etc. págs. 143 e segs.

(2) *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 62-155.

(3) *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 70-570.

(4) Sobre o âmbito deste assento ler Galvão Teles, págs. 154 e segs.

vulgar, que para os herdeiros instituídos se aproxima do direito de crescer.

É uma verdadeira substituição, porque se trata de uma disposição mediante a qual o testador, em lugar do herdeiro ou legatário nomeado, chama outro para que venha a fruir no todo ou em parte as mesmas vantagens e encargos, quando, por qualquer causa, a sua vocação cesse (1). mas de forma nenhuma é fideicomisso, pois que se viola a dupla liberalidade, havendo apenas uma liberalidade alternativa, e com tal violação se afastam as duas outras características das instituições fideicomissárias.

## SECÇÃO II — OUTRAS HIPÓTESES

Não são fideicomissárias:

a) — A disposição testamentária a favor de duas pessoas conjuntamente porque há aqui uma só liberalidade de coisa comum; a parte de um não é a mesma em que sucede a outro e nenhum dos instituídos é obrigado a conservar e transmitir por sua morte ao outro beneficiado.

b) — A disposição a favor de uma pessoa sob condição suspensiva, e não se realizando esta a favor de outra; porque, *pendente conditione*, o primeiro instituído nada adquire e realizada a condição, nenhum direito terá o segundo; não haverá duas disposições simultâneas, puras e simples, como no fideicomisso (2). Dar-se-á *facto idêntico* com a condição resolutiva.

c) — A disposição pela qual o testador deixa os bens a F para os fruir até atingir os 50 anos, findos os quais, ou se falecer antes, passarão a C, porque se trata dum legado a termo final para um e a termo inicial para outro;

(1) Vitali.

(2) *Revista de Legislação e Jurisprudência*, XLVI-364, XLVIII-233; *Boletim Tribunais*, VII-424; *O Direito*, XXXI-96 e XLIX-231.

e o primeiro destes legados é, necessariamente, de usufruto, pois não há propriedade a prazo (1).

Estaremos perante uma herança ou legado com um encargo, mas nunca em face de uma substituição fideicomissária; de resto, se fosse fideicomissária, desnecessário se tornava o art. 1.872.º (2).

As prestações a favor de pobres podem provir do produto total dos bens do testador, a liquidar após a morte do seu herdeiro. Nesta hipótese é que a disposição tem certa semelhança com o fideicomisso. Por isso já se discutiu se constitui substituição fideicomissária proibida a disposição que deixa certos bens a determinado indivíduo, para este os desfrutar durante a sua vida, e, após a sua morte, serem vendidos e o produto ser distribuído em dotes a donzelas pobres e orfãs da freguesia da situação dos mesmos bens (3).

Julgou-se negativamente e com toda a razão, já porque os bens não são *conservados e transmitidos a outrém*, já porque o primeiro instituído era mero usufrutuário.

e) — Não pode haver fideicomissos instituídos por pessoas colectivas de direito público ou de direito privado, em virtude da sua impossibilidade de testar (4). Umhas e outras só têm personalidade jurídica para a realização dos fins a que se destinam e à sua extensão não cabe a designação de morte, facto de que depende sempre o fenómeno sucessório (5).

Não são fideicomissos as disposições testamentárias a

---

(1) Cfr. Coviello, pág. 823.

(2) Esta disposição estaria melhor a seguir aos arts. 1.740.º e 1.741.º, em que se trata de instituições a favor de certa generalidade de pessoa e de pessoas incertas.

(3) Acórdãos da Relação do Porto, de 5-4-918, e do Supremo Tribunal de Justiça, de 13-6-919, em *Revista dos Tribunaes*, XXXVII-180, e *Colecção Oficial*, XVIII-88.

(4) O testamento é acto pessoal e daí falar-se até na *auto-feitura* do testamento (art. 1.740.º). Cfr. Assento de 21-7-944.

(5) Cfr. José Tavares, *ob. cit.*; Dr. Cunha Gonçalves, *Tratado*, IX, e Prof. Paulo Cunha, *Lições de Direito Sucessório*.

favor de uma sociedade com o encargo de à sua dissolução passarem a outrem.

Em primeiro lugar, porque falar em dissolução não é o mesmo que dizer morte.

Em segundo lugar, porque a sociedade não pode conservar e transmitir a outrem os bens que lhe são deixados, visto que seria isto contrário à regra da especialidade, em que se funda a concessão da personalidade.

É certo que o art. 1.873.º do Código Civil diz que «é permitido, para fins de utilidade pública, deixar os bens com a condição de que, se se extinguir a instituição... os mesmos bens passarão para outra instituição ou pessoa moral por ele designada».

Mas isto é um preceito inútil, porque já está declarado no art. 36.º e seu § único (1).

Além disso, não se trata de uma substituição fideicomissária (2), mas de uma disposição sob condição resolutiva, como o próprio artigo nos revela na frase «com a condição».

— Outro tanto não diremos quando o testador só mencionar uma sociedade como segundo beneficiado. Neste caso, pode haver uma verdadeira substituição fideicomissária, pois tal disposição é capaz de encerrar todos os requisitos do fideicomisso.

f) — *Usufruto testamentário vitalício*. Antes do decreto n.º 19.126:

Não sendo necessário empregar textualmente as palavras da lei para que houvesse fideicomissos, havia contudo disposições testamentárias que envolviam a mesma ideia, mas que não eram fideicomissárias. Eram as disposições

---

(1) Cfr. ainda os arts. 432.º, 443.º e 448.º do Código Administrativo. De resto, o art. 1.873.º do Código Civil só se explica pela eliminação do mesmo artigo pelo decreto n.º 19.126 e pela necessidade de manter a numeração dos artigos seguintes. Ora como nenhuma outra matéria haveria a incluir nele, fez-se a repetição e a pormenorização do referido art. 36.º

(2) Falta-lhe a dupla liberalidade simultânea, pura e simples.

testamentárias de usufruto vitalício (1), (art. 1.870.º do Código Civil).

Na verdade, a disposição testamentária de usufruto para um e a propriedade nua para outro, equivale a uma substituição fideicomissária; traduz afinal a ideia de uma deixa de bens a um com o encargo de os conservar e por morte os transmitir a um terceiro.

De resto, o fiduciário era havido por usufrutuário (art. 1.873.º do Código Civil) e o fideicomissário era proprietário (art. 1.868.º).

No entanto, conforme a redacção da disposição testamentária, isto é, conforme se tratasse de usufruto testamentário vitalício ou de fideicomisso, assim variavam os efeitos jurídicos da disposição. Enquanto este só excepcionalmente era admitido, a disposição daquele era geralmente válida.

A lei era imperfeita, tanto mais que muitas vezes era difícil saber se se tratava de uma ou de outra categoria.

Vejam os que acontece após a reforma do decreto n.º 19.126.

É chegado um dos pontos cruciais do estudo dos fideicomissos, aquele que tem feito gastar rios de tinta em discussões mais ou menos profundas, mais ou menos apaixonadas, mas, segundo creio, sempre com o sério propósito de acertar, de corrigir algo de iniquidades, quer por força da velha superstição do fideicomisso, quer pelo caos em que se vivia e que era necessário corrigir e aperfeiçoar, seja ainda pela solução dada a problemas anteriores que impunham, por coerência, determinada orientação que nem sempre era a mais acertada.

Sendo assim, e também com o propósito de acertar, abordaremos o assunto, sem a pretensão de atingirmos a meta final com absoluto êxito.

«Não são substituições fideicomissárias as disposições pelas quais o testador deixa o usufruto a uma pessoa e a propriedade a outra, ou o usufruto sucessivo, nos termos do art. 2.199.º...», diz o art. 1.870.º do Código Civil.

---

(1) Só falamos de usufruto testamentário vitalício, porque o usufruto de prazo certo nunca pode confundir-se com o fideicomisso.

Prevêm-se aqui duas hipóteses: deixas de usufruto simples e deixas de usufruto sucessivo, isto é, deixas em que o testador cinde a propriedade plena em propriedade nua e usufruto, de tal forma que a propriedade vem a consolidar-se por morte do usufrutuário, e deixas de usufruto a um indivíduo, de tal forma que a ele sucedem outro ou outros.

Em relação ao usufruto simples não poderia falar-se de fideicomisso (1). Não havia dupla liberalidade, visto que à morte do usufrutuário o usufruto desaparece e é da essência do fideicomisso a transmissão da herança ou legado tal como o testador o deixou ao primeiro instituído.

Além disso, o fiduciário deixou de ser, como no regime anterior à Reforma de 1930, mero usufrutuário.

Daí que com esta Reforma, a primeira parte do art. 1.870.º — exclusão expressa do usufruto simples como fideicomisso — seja uma inutilidade, pois essa exclusão ressalta dos princípios gerais da substituição fideicomissária.

Em relação ao usufruto sucessivo, surge como primeiro problema a resolver, o de saber se a disposição testamentária do usufruto, em que o usufrutuário seja encarregado de transmitir a outrem, por sua morte, o dito usufruto, poderia constituir um fideicomisso. Ou simplificando: poderá haver fideicomisso só de usufruto?

Entendem alguns civilistas, orientando-se pela jurisprudência francesa, que substituições de usufruto não existem, porque nelas o fideicomissário e o fiduciário teriam os mesmos direitos, aquele depois deste, sendo em rigor certo que um usufrutuário não pode transmitir a outra pessoa o usufruto por sua morte, pois que o usufruto é um direito pessoal, que precisamente se extingue com a morte do usufrutuário (art. 2.241.º, n.º 1).

Não é esta doutrina aceitável, porque nada se opõe a que o

---

(1) Se o testador pretende instituir *sucessivamente* duas pessoas, sem falar de usufruto, trata-se de um fideicomisso; se pretende instituí-las *simultaneamente*, atribuindo desde logo a uma raiz dos bens, há legado de usufruto. Ou, como diz o Prof. Vaz Serra: — «No fundo não há uma instituição directa de dois indivíduos *simultaneamente* em *dois direitos diversos*, mas uma instituição *sucessiva* de ambos».

usufruto possa transmitir-se por morte a outro usufrutuário, podendo afinal, à face dos princípios, o usufruto vitalício e sucessivo ser um fideicomisso.

Não o é, porém, à face da nossa lei, que expressamente o afasta do regime jurídico das substituições, e que passa a regular-se pura e simplesmente pelas normas respeitantes ao usufruto.

E como o usufruto é geralmente um legado, referiremos a propósito a doutrina do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-12-1937 (1), já por nós mencionado, que veio fixar doutrina em matéria de distinção entre os fideicomissos e outras figuras vizinhas. Diz ele: «O legado de certa coisa a uma pessoa, sob a condição de passar a terceiro, se aquela falecer sem descendentes, é condicional e válido e não substituição fideicomissária» (2).

Quer dizer: Por força deste Assento, só haverá fideicomisso desde que a vocação do segundo nomeado seja vocação necessária e certa. Se a vocação do segundo nomeado se achar dependente de um facto futuro e incerto, a disposição testamentária representará uma simples instituição condicional e não já uma substituição fideicomissária.

São, na verdade, coisas diferentes, instituir-se alguém sob condição e estabelecer-se um fideicomisso.

Para haver fideicomisso é indispensável que tenha de verificar-se, necessariamente, a transmissão do primeiro para o segundo nomeado; essa transmissão não poderá ficar dependente de um facto futuro e incerto (3).

---

(1) D. G. de 28-12-937.

(2) O Assento só se refere aos legados, mas cremos ser igualmente de aplicar a respeito das heranças.

(3) Vidé Paulo Cunha, *Do Direito sucessório*, vol. II, pág. 175.

## CAPÍTULO V

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO FIDUCIÁRIO  
E DO FIDEICOMISSÁRIO

## SECÇÃO I — MOMENTO DA SUCESSÃO

Na vigência do direito anterior ao presente Código Civil, era ponto assente que o direito do fiduciário nascia com a abertura da herança, mantendo-se afinal ainda hoje a mesma solução.

Mas era assás controvertido o momento em que principiava o direito do fideicomissário, controvérsia que se prolongou até muitos anos após a vigência deste Código. Hoje está assente que o fideicomissário adquire direito à sucessão desde o momento da morte do testador. Não é uma espécie de herdeiro presuntivo; não é tão pouco sucessor do fiduciário. É antes um herdeiro efectivo do testador, mas cuja propriedade terá de passar pelas mãos do fiduciário, que por sua vez tem já o seu direito fortemente restringido, por ter de conservar os bens afim de que, por sua morte, se transmitam ao fideicomissário.

SECÇÃO II — TRANSMISSÃO DO PRIMEIRO  
PARA O SEGUNDO INSTITUÍDO

E o fenómeno que se opera entre o fiduciário e o fideicomissário será um verdadeiro fenómeno de transmissão?

A questão foi muito debatida.

Entendemos, porém, que à face da nova redacção do art. 1.868.º, não deve por-se em dúvida que haja uma transmissão do fiduciário para o fideicomissário. Aliás, é esta doutrina a que melhor se harmoniza com a própria definição que nos dá o art. 1.866.º

## SECÇÃO III — CONSEQUÊNCIAS DAS CONSIDERAÇÕES ANTERIORES

Das considerações anteriores resulta que o fiduciário tem os direitos inerentes ao proprietário, mas o fideicomissário pode usar



de todos os meios conservatórios do seu direito. O fiduciário pode contratar e onerar, mas, com a abertura da substituição, caducam todos os contratos celebrados, todos os encargos e direitos reais que o fiduciário, porventura, haja constituído em relação aos ditos bens; e se houver alienado alguns dos bens, pode o fideicomissário reivindicá-los.

## CAPÍTULO VI

### INCONVENIENTES APONTADOS AOS FIDEICOMISSOS

Durante o século XIX, os juristas da escola liberal increparam a instituição dos fideicomissos, atribuindo-lhe males sem conta, ao ponto de afirmarem que se propunha perpetuar os frutos da vaidade do testador.

Alega-se ainda contra os fideicomissos o seguinte :

a) — A prática dos fideicomissos é uma forma de suprimir a igualdade dos herdeiros e restringir a liberdade de disposição dos bens, mercê do desejo de manter o esplendor dum grande nome, de uma família aristocrática ou duma casa.

b) — É contrária aos princípios da economia, devido ao entrave à circulação dos bens que gera um obstáculo à boa cultura e aos melhoramentos das terras; o seu desenvolvimento, e com ele o interesse geral, está em que os bens circulem.

c) — Se o direito de dispor em testamento é consequência legítima do direito de propriedade, não pode este direito estender-se a longínquos tempos após a morte do testador, tornando ilusória a sucessão legítima e o direito de dispor, que a lei reconhece aos cidadãos.

d) — Os fideicomissos podem ser um instrumento de fraude aos credores que emprestam ao fiduciário na ignorância do encargo que afecta os bens.

## CRÍTICA

a) — A objecção da alínea a) está parcialmente reduzida pelo que toca aos herdeiros legitimários, pois que o fideicomisso não pode abranger todos os bens do testador, quando este tenha herdeiros legitimários e daí até o erro de equiparação dos fideicomissos aos morgadios.

Além disso, com fideicomissos ou sem eles, a desigualdade dos filhos ou outros herdeiros do testador utiliza-se fácil e frequentemente com o testamento a favor de um deles. Essa desigualdade pode ser justa, porque, se a natureza faz os filhos iguais no sangue, nunca os fez iguais em sentimentos, inteligência ou propensões; tanto assim que a lei permite a deserdação, até, quanto às legítimas. Essa desigualdade pode ter utilidade social, porque a absoluta liberdade de dispor conduz à prodigalidade e à ruína das famílias, à pulverização da propriedade rural, nociva à sua maior produtividade.

E se algumas vezes está no espírito do testador a vaidade ou o desejo de manter o esplendor de um nome, de uma família ou de uma casa, noutros, e talvez na maior parte, não o está.

b) — O ponto de vista económico é também falível pois os bens não fideicomitidos não entram em incessante circulação — há bens que se conservam na mesma família, e durante séculos — e a demasiada facilidade de circulação dos bens também tira o estímulo aos melhoramentos e culturas, — ninguém faz bemfeitorias naquilo que tenciona vender logo.

c) — No caso da alínea c) — temos de lhe reconhecer algum valor, mas não ao ponto de banirmos os fideicomissos, pois até os detractores dos fideicomissos são os próprios a defendê-los em casos excepcionais. Não diremos que devem manter-se os fideicomissos de forma a tornar illusória a sucessão legítima e o direito de dispor, mas afirmamos que deve apenas fixar-se o número de graus a que é aplicável.

d) — Quanto aos credores, só sendo imprudentes é que deixam de certificar-se da exacta natureza do título do devedor e da sua solvência.

### CONCLUSÕES

Afinal, subsiste a questão de saber se a lei deve ou não consentir os fideicomissos. Tem ela um larguíssimo alcance e é uma questão de todos os tempos.

É que admitir livremente os fideicomissos será consentir o império dos mortos sobre os vivos; será consentir que o destino dos bens vá sendo sempre regulado, através das idades, pela só vontade de alguém que deles fora proprietário em tempos passados.

Os fideicomissos têm, sem dúvida, esta vantagem: evitar que as fortunas se dispersem, permitir que elas se conservem unas através dos tempos. Esse é, com efeito, o resultado a que conduz a possibilidade de se regularem as futuras transmissões «mortis causa», as transmissões de umas para as outras das várias gerações que se vão sucedendo. Mas a verdade também é que esse desideratum só poderá ser obtido mediante uma forte restrição da liberdade testamentária de cada nova geração que surge.

Ora sendo assim compreende-se bem que as épocas de individualismo intenso se mostrem contrárias aos fideicomissos, tal como se mostraram contrárias aos vínculos, quer na forma de morgados, quer na forma de capelas.

E explica-se assim a atitude do Código Civil para com os fideicomissos: permiti-los em princípio, mas só em um grau. O legislador, consignando a sua admissibilidade, tomou sem dúvida uma posição merecedora de aplauso.

Com efeito, essa solução veio tornar possível, já uma maior concentração de fortunas, já um maior respeito pela vontade do testador, mas, prudentemente, pôs como restrição que só seriam válidos os fideicomissos em um grau. Ela tempera os interesses do testador com os dos sucessores.

«Nestes limitados termos não pareceu que oferecessem grandes perigos, além de desempenharem uma função útil e diferente

da que teria a deixa de usufruto separado da propriedade, dado que os poderes do fiduciário são mais extensos do que os do usufrutuário» (1).

## CAPÍTULO VII

### NULIDADE E CADUCIDADE DOS FIDEICOMISSOS E SEUS EFEITOS

Não teremos que nos ocupar de todas as sanções jurídicas aplicáveis aos negócios jurídicos defeituosos, isto é, não tocaremos, por falta de interesse ou inaplicabilidade, todos os aspectos dessas sanções jurídicas, que afinal se resumem no seguinte: — inexistência jurídica, nulidades, impugnabilidade, ineficácia, irregularidade e inoponibilidade.

Versaremos tão sòmente o aspecto das nulidades e da caducidade.

#### SECÇÃO I — NULIDADE

Ao falarmos em nulidades, reportamo-nos doutrinamente à consagrada distinção entre absolutas e relativas.

A distinção entre elas faz-se lançando mão de elementos colhidos no Código Civil. Não que indique este Código claramente as duas espécies; pelo contrário, limita-se a falar em nulidade ou anulabilidade, mas nunca distingue em termos expressos e directos os dois grupos de nulidade.

Não quer dizer que não se contenha no Código Civil a distinção entre as duas categorias de nulidades. Quere-se apenas salientar que, embora o Código contenha latente a distinção, não vai ao ponto de a exteriorizar na técnica que adoptou.

Com efeito, percorrendo-se o Código Civil, jãmais nele se encontram as expressões nulidade absoluta ou nulidade relativa. O que se vê é que umas vezes a nulidade é tal que qualquer

---

(1) *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 2, pág. 70.

pessoa pode, a todo o tempo, promover a sua declaração e, bem assim, que a vontade dos interessados é inoperante para suprimir a nulidade. Poderemos dizer: os preceitos violados são de interesse público.

Outras vezes o regime é diferente: só determinadas pessoas indicadas pela lei podem promover que os tribunais apreciem a nulidade, é preciso que o recurso aos tribunais se faça dentro de certo prazo e essas mesmas pessoas têm o poder de, pela sua vontade, fazer sanar a nulidade. Neste caso, o acto não é radicalmente nulo e o tribunal, cuja intervenção tenha sido promovida dentro dos prazos legais, não se limita a declarar que o acto *já é nulo*, mas diversamente, que o *anula*.

Foi em face desta nítida diversidade de regimes que a doutrina organizou uma correspondente distinção de conceitos: a um desses defeitos chamou nulidade absoluta e para o outro reservou o nome de nulidade relativa.

Posta a questão nestes termos, surge a pergunta: no campo das substituições fideicomissárias, estaremos em face de nulidades absolutas ou relativas, ou existirão ambas, quanto aos defeitos dos fideicomissos?

A ideia geral das substituições fideicomissárias é de molde a convencer-nos de que se trata de disposições de utilidade pública, cuja violação não pode ser suprida pela vontade das partes, e de que a respectiva nulidade pode ser conhecida «*ex officio*» e a todo o tempo, ressalvadas as nulidades comuns a todas as disposições testamentárias, por não ser este o lugar próprio para as versar.

## SECÇÃO II — CADUCIDADE

Para vincar a distinção entre nulidade e caducidade, focaremos que quando uma disposição testamentária não tem valor jurídico e é inutilizada por não satisfazer às condições essenciais ou formais que a lei declara indispensáveis para a sua validade actual, isto é, independentemente de qualquer facto posterior, se trata de nulidade; e quando a disposição testamentária não tem valor jurídico, porque, embora válidamente feita pelo testador, não pode produzir os seus efeitos, em virtude de algum facto

posterior e independente da vontade do testador, se trata de caducidade.

Sem falarmos dos casos gerais de caducidade das disposições testamentárias — arts. 1.759.º, 1.811.º, etc., do Código Civil, pasamos ao disposto no art. 1.868.º que diz: «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».

Outro tanto não acontecia no regime anterior ao decreto n.º 19.126, pois que se o fiduciário morresse depois do fideicomissário, mesmo nesse caso os bens seguiam para os herdeiros deste, visto a eles ter adquirido direito desde o momento da morte do testador.

Discutiu-se, porém, se o novo texto é aplicável aos fideicomissos constituídos e às heranças abertas antes do decreto n.º 19.126, e julgou-se afirmativamente, porque o art. 1.874.º, na sua nova redacção, diz que os artigos precedentes aplicam-se por igual aos fideicomissos de pretérito e de futuro, sem exceptuar os fideicomissos abertos ao tempo da publicação daquele decreto.

A meu ver, o art. 1.874.º só pode referir-se aos fideicomissos constituídos antes do decreto n.º 19.126, mas ainda não abertos por morte do testador, visto que, não contendo esse artigo qualquer excepção, subsiste a regra geral dos arts. 2.009.º e 2.011.º, segundo a qual a sucessão se regula pela lei vigente na data da abertura da herança.

*António de Figueiredo da Costa Faro*