

DA EXPECTATIVA JURÍDICA

Pela Dr.^a Maria Raquel Aleixo Antunes Rei

SUMÁRIO:

Introdução

I — Expectativa de facto e expectativa jurídica

II — Alguns casos de expectativas jurídicas

A. *A situação jurídica do sucessível legitimário*

B. *A situação jurídica do fideicomissário*

C. *A situação jurídica do adquirente sob condição suspensiva e do alienante sob condição resolutiva*

III — Expectativa jurídica: situação jurídica activa

IV — Conclusões

Bibliografia

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAFDI	— Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
BMJ	— Boletim do Ministério da Justiça
CPC	— Código de Processo Civil
CRegPre	— Código de Registo Predial
RDES	— Revista de Direito e Estudos Sociais

INTRODUÇÃO

O tema da expectativa é abordado em Direito a três níveis diferentes:

- a) em sede de Direito Transitório, no âmbito da teoria dos direitos adquiridos, num sentido negativo ou de oposição em relação aos direitos adquiridos;
- b) em relação a situações «a priori» não tuteladas em que o sujeito confia justificadamente num determinado estado de coisas e o Direito, em atenção a essa confiança, acaba por tutelar a «expectativa» (= posição de confiança, de expectativa) do sujeito ⁽¹⁾. Este fenómeno normalmente anda associado à boa fé em sentido objectivo, instituto privilegiado no tocante à protecção da confiança;
- c) enquanto situação jurídica activa que se caracteriza pela posição jurídica daquele a favor de quem «já começou a produzir-se um facto complexo, de formação sucessiva, donde há-de vir a resultar, quando concluído, um direito ou a sua atribuição» ⁽²⁾.

O presente trabalho debruça-se apenas sobre a expectativa enquanto situação jurídica. Numa primeira parte tenta-se fazer uma primeira abordagem da expectativa jurídica, da sua função no quadro das outras situações jurídicas e da sua caracterização básica.

Em vez de me embrenhar em considerações abstractas sobre o conceito igualmente abstracto de expectativa jurídica, escolhi três figuras particulares de expectativas jurídicas que são versadas na segunda parte. Tratam-se de exemplos, de casos ilustrativos. Podiam ser outros, podiam ser mais. Optei por estes por considerar que (a) o negócio condicional é uma figura geral do Direito, que se aplica em inúmeras situações (por vezes até a propósito de situações que, a um primeiro olhar, não relacionamos com a condição — v.g. o fideicomisso); (b) o fideicomisso resolve de um

⁽¹⁾ V.g. o abuso do direito, «maxime» nas manifestações da «surrectio» ou da «suppressio».

⁽²⁾ I. Galvão Telles, «Expectativa Jurídica, algumas notas» in O Direito, ano 90, p. 3.

modo muito interessante e original (a remissão do art. 2290.º/2) o problema do conflito de interesses entre o titular do direito subjectivo e o titular da expectativa jurídica; (c) a posição do sucessível legitimário consubstancia uma questão prática importante e, de ordinário, é relacionada pelos Autores à expectativa jurídica.

Na terceira e última parte do presente estudo, apoiada na análise dos casos exemplares, tentei caracterizar a expectativa jurídica e elaborar o seu conceito.

Seguem-se as conclusões.

I — EXPECTATIVA DE FACTO E EXPECTATIVA JURÍDICA

A expectativa singulariza-se por se situar nas fronteiras do jurídico, entre o nada jurídico e o direito subjectivo. Nessa fronteira também, mas no sector dos factos sem relevância jurídica, encontra-se aquilo a que os Autores chamam expectativa de facto.

A expectativa de facto traduz-se numa mera aspiração ou previsão de um certo facto ou efeito jurídico. A expectativa de facto corresponde ao sentido vulgar da palavra ⁽³⁾ e não beneficia de qualquer protecção jurídica. Por exemplo, têm uma expectativa de facto, os presuntivos herdeiros não legitimários, os sócios em relação a futuras distribuições de lucros, o proponente no que concerne à eventual celebração do contrato. Todos estes indivíduos «contam», «esperam» vir a ser investidos numa determinada posição. No entanto essa sua aspiração não encontra meios jurídicos destinados a consolidar a probabilidade da investidura desejada.

A expectativa jurídica, ao invés, é uma posição de expectação à qual o Direito confere protecção, designadamente através de permissões atribuídas ao sujeito expectante, em ordem à defesa da probabilidade de efectivação do seu desejo (ou seja, do seu direito a haver).

⁽³⁾ Expectativa, no *Grande Dicionário da Língua Portuguesa* de MORAIS SILVA, vol. IV, Lisboa, 1952, vem definida como «esperança fundada em supostos direitos, em promessas ou em probabilidades; (...) perspectiva; (...) probabilidade», p. 1015 e ss..

Este critério de distinção, baseado na existência de meios jurídicos que o ordenamento põe na disponibilidade daquele que espera, é meramente aparente. As situações jurídicas, por definição, gozam de revestimento ou protecção jurídica; e as situações de facto podem ser unificadas sob o denominador comum de não serem juridicamente tuteladas. Este critério, portanto, é uma redundância. O relevante é saber o que leva o ordenamento jurídico a proteger, por exemplo, o adquirente sob condição suspensiva e a esquecer o herdeiro testamentário. Ou seja, o que é que, naqueles casos, caracteriza as situações, para que o Direito trate umas de uma forma e outras de outra forma.

Assim, se uma dada situação, num primeiro momento, não estiver protegida pelo Direito e o intérprete-aplicador concluir que nela se verificam as particularidades que fazem dela uma situação merecedora de tutela jurídica (= uma expectativa jurídica), então integrará a lacuna, conferindo protecção jurídica à situação em causa.

Em termos materiais, a doutrina em geral caracteriza a expectativa jurídica como a situação jurídica preliminar em relação a um direito subjectivo que se forme por etapas, através de um processo. Na expectativa, portanto, existem alguns dos factos criadores de um direito mas faltam outros ⁽⁴⁾.

Esta orientação não é esclarecedora: a proposta negocial, por exemplo, é um facto criador do direito a que falta «apenas» a aceitação do declaratório. Mais: a simples existência de um sujeito de Direito pode tomar-se como um facto jurídico a que faltam outros quantos para produzirem o nascimento de um direito.

⁽⁴⁾ De outra perspectiva, Rovira Mola fala num direito inexistente na actualidade mas cujo valor patrimonial se encontra formado por uma situação jurídica pré-existente, por um vínculo com o presente (cf. «*Derechos futuros*» in Nuova Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1955, vol. VII, p. 27).

Mas a afirmação é falaciosa: as situações jurídicas, em princípio, têm um valor patrimonial, quaisquer que elas sejam. Por outro lado, é indubitável que esse valor variará de acordo, entre outros factores, com a probabilidade ou a solidez da posição jurídica. Mais uma vez, o critério fica reduzido a uma questão quantitativa.

Todos os direitos que se formam de acordo com um processo ou até, todos os direitos cuja «Tatbestand» requeira mais que um elemento, comportam normalmente uma fase em que já se realizaram alguns elementos e outros ainda não. A questão está em saber qual é o ponto nesse processo além do qual há expectativa jurídica.

Não se me afigura correcto chamar expectativa jurídica à situação de expectação desde a existência do primeiro dos elementos da «Tatbestand». As noções descritivas são importantes enquanto permitem uma melhor compreensão dos fenómenos, mas mais importantes e úteis que elas, são as qualificações que facultam diferenças de regime. Ora se existem posições jurídicas específicas no curso de formação de um direito, e se essas posições não são atribuídas logo que há leves indícios da formação de um direito, parece-me tecnicamente mais aconselhável, guardar o qualificativo de expectativa jurídica para as situações em que o regime jurídico se altera.

Aquilo que a meu ver caracteriza a expectativa jurídica é a ausência de disponibilidade ou de liberdade dos envolvidos em relação à eventual efectivação do direito do expectante. A efectivação do direito não é certa, mas a incerteza não se relaciona com a autonomia dos indivíduos de quererem ou não quererem o direito. Por exemplo: o declaratório de uma proposta contratual é juridicamente livre de a aceitar ou de a rejeitar (ou de contra-propor). O Direito quer e protege essa liberdade — valora-a positivamente. Também o testador é livre de alterar a todo o momento as designações a que houver procedido. Diante das esperanças do proponente e do sucessível não legitimário ergue-se um valor mais forte — a liberdade dos outros sujeitos envolvidos.

Nas expectativas jurídicas essa liberdade não existe. Note-se que a inexistência de liberdade não se deve, não é consequência da tutela jurídica da expectativa (voltariamos à tese proteccionista). A liberdade não existe porque outros valores jurídicos se lhe sobrepõem:

- os sucessíveis legitimários têm uma expectativa jurídica porque o ordenamento jurídico português acolhe o instituto da legítima, em homenagem a princípios como o da protecção da família;

- 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 mor do disponente e a vontade deste implica a limitação do seu direito em atenção ao fideicomissário;
- o disponente sob condição suspensiva ou o adquirente sob condição resolutiva, ao consentirem na celebração do acto jurídico que os torna disponentes ou adquirentes sob condição, vinculam-se a respeitar o eventual direito do expectante.

A expectativa jurídica é, pois, a situação jurídica que corresponde à posição daquele a favor de quem foi restringida a liberdade do titular actual do direito. Sempre que a liberdade de acção ou o conteúdo possível de um direito seja coarctado em razão da eventualidade do nascimento ou transferência de um direito a favor de outra pessoa — então teremos uma expectativa jurídica.

A expectativa jurídica é, por definição, uma posição jurídica instrumental — em relação à consolidação ou efectivação de um direito. Esta particularidade marca toda a figura: a expectativa não se destina ao aproveitamento de um bem ou a qualquer actuação sobre um bem: destina-se apenas a viabilizar ou a impedir a obstrução do nascimento *eventual* de um direito.

Para se analisar o conteúdo concreto da expectativa jurídica tem que se recorrer ao regime jurídico consagrado. Ora não existe algo a que se possa chamar «o regime jurídico da expectativa». A expectativa é uma construção dogmática que se baseia no estudo de figuras particulares. É no âmbito dessas figuras que se podem encontrar não o regime mas *os* regimes das múltiplas expectativas jurídicas. É, pois, necessário isolar nos diferentes regime jurídicos, aquilo que respeita à situação jurídica expectativa para que melhor se avalie o alcance da expectativa jurídica e, sobretudo, para que o intérprete-aplicador possua um bom ponto de referência cada vez que, nas expectativas jurídicas disseminadas pelo Direito Civil, for chamado a interpretar ou integrar regimes insuficientes.

II. ALGUNS CASOS DE EXPECTATIVAS JURÍDICAS

A. A situação jurídica do sucessível legítimário

Numa orientação tradicional entre nós, o legislador consagrou o instituto da legítima. Por razões que se inscrevem na compreensão da família e no reconhecimento do seu relevo, o legislador destinou aos membros da família mais próxima (os sucessíveis legítimários), uma quota do património do autor da sucessão, quota essa da qual ele não pode dispor gratuitamente, seja em vida seja por morte (arts. 2156.º e 2027.º) ⁽⁵⁾.

O sucessível legítimário não tem qualquer direito subjectivo sobre os bens do autor da sucessão nem sequer qualquer direito a suceder. No entanto, desde o seu (do sucessível legítimário) nascimento ou casamento com o autor da sucessão, é um potencial sucessor do autor da sucessão.

Põe-se, portanto, o problema de saber qual a protecção que o Direito confere àqueles a quem alçou a uma posição de não-titular-de-direito-subjectivo mas, simultaneamente, não-prejudicáveis-pelo-actual-titular-do-direito-subjectivo.

Duas precisões prévias:

- o autor da sucessão só vê restringida a disponibilidade a título gratuito dos seus direitos/bens, pelo que a eventual protecção ao sucessível legítimário apenas incidirá sobre esse âmbito;
- a questão da natureza jurídica da legítima passa um pouco ao lado do problema em análise já que se insere numa área mais vasta, que entra em conta também com a situação do sucessível depois da aceitação. O que aqui releva circunscreve-se à posição do sucessível em vida do autor da sucessão, ou seja, ao reflexo do instituto da legítima. Digamos que enquanto que o objecto da legítima será a investidura do sucessível na posição do «de cujus» (ou em

(5) Todos os artigos cuja proveniência não seja mencionada, pertencem ao Código Civil.

parte dela), o objecto do presente trabalho será a posição do sucessível enquanto não adquiriu sequer o direito a ser investido na posição do «de cujus».

Art. 242.º/2 do Código Civil (6).

O sucessível legitimário tem o poder potestativo de invocar a nulidade de um negócio simulado que o prejudique. O legislador não foi feliz quando exigiu a intenção de prejudicar. O que se pretende, pois é isso que resulta da interpretação conjugada do artigo com a matéria de protecção de sucessíveis legitimários, é permitir a arguição de todo o negócio simulado que efectivamente prejudique o sucessível legitimário. A destruição ou redução de negócios que afectem o legitimário nunca fica na dependência da intenção do autor da sucessão.

De outra banda, se o negócio for simulado com o intuito de prejudicar o legitimário, mas por uma razão ou outra não o prejudicar, de facto, então ele não tem o poder de arguir a nulidade do acto. A «ratio» do art. 242.º/2 não é sancionar o «animus nocendi» do simulador-autor da sucessão mas proteger o sucessível legitimário. E, de acordo com as regras gerais, o legitimário não prejudicado não tem interesse em arguir a nulidade (art. 286.º).

O que seja prejudicar o legitimário é algo de difícil concretização. Se é fácil concordar que prejudica o legitimário a disposição gratuita que afecte a sua legítima subjectiva, já é ou pode ser muito difícil, determinar essa legítima subjectiva numa altura em que o autor da sucessão ainda não faleceu. Este é um problema que só em cada caso concreto encontra solução.

Existem muitas dúvidas quanto à «ratio» do art. 877.º. Penso que este preceito respeita sobretudo à problemática familiar e não tanto à matéria sucessória. Tanto assim que não estão previstas todas as classes de legitimários (7). Não se pode, porém, negar que

(6) Todos os artigos cuja proveniência não seja mencionada, pertencem ao Código Civil.

(7) Se bem que, à data em que o Código Civil foi aprovado, o cônjuge não era sucessível legitimário.

do funcionamento desta disposição decorre para alguns dos sucessíveis legitimários um poder que proporciona um maior controlo sobre os presumíveis autores da sucessão.

Não se trata de limitar a disponibilidade onerosa dos bens — o consentimento pode ser judicialmente suprido. O que se pretende ou o que se consegue, é evitar simulações ou qualquer outro tipo de manobras fraudulentas em detrimento de alguns sucessíveis legitimários.

A redução por inoficiosidade das liberalidades é o grande instituto de protecção dos sucessíveis legitimários. É ele que assegura a intangibilidade quantitativa da quota do património do «de cujus» gratuitamente indisponível.

Mas será a redução de liberalidades um poder do sucessível ou do sucessor? Há Autores que, como o Prof. Espinosa Gomes de Silva, entendem que a redução «é um direito do herdeiro legitimário e não do designado legitimário» (8). O Prof. Pereira Coelho, ao invés, escreve «o autor da sucessão não pode conferir ao donatário um direito pleno sobre os bens doados» (9). Encara, portanto, a redução das liberalidades como algo que produz efeitos já em vida do autor da sucessão. O direito por ele transmitido ficaria sujeito a ser reduzido. Também no sentido da relevância em vida da figura da redução de liberalidades se pronuncia o Prof. Pamplona Corte-Real, se bem que de forma menos incisiva (10).

Creio que não é defensável atribuir ao sucessível legitimário o poder de reduzir as liberalidades inoficiosas (art. 2178.º). No entanto penso que a redução de liberalidades tem reflexos (e não apenas psicológicos) em vida do autor da sucessão. A outra face da redução de liberalidades é a indisponibilidade em termos gratuitos da legítima objectiva. O art. 2156.º impõe ao autor da sucessão um dever: o dever de não dispor da porção de bens (leia-se da quota) destinada aos herdeiros legitimários.

(8) In *Direito das Sucessões*, policopiado, 1978, p. 162, citado por Pamplona Corte-Real, in *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, 1985, p. 120.

(9) In *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1974⁴, p. 39, citado por Pamplona Corte-Real in *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, 1985, p. 121.

(10) In *Curso de Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 120 e 121.

Este dever é um dever absoluto. Não depende de outra situação jurídica de sinal contrário ⁽¹⁾ — é uma necessidade jurídica de não praticar certos actos que o Direito assaca ao autor da sucessão sem que frente a ela surja uma posição complementar.

O sucessível legitimário recebe reflexamente a tutela que advém deste dever. Teoricamente, esta protecção deveria ser indirecta dado que no seu estabelecimento, o legislador ponderou o interesse do legitimário e, portanto, este devia ter meios de reivindicar o cumprimento do dever ou o seu ressarcimento. Todavia, o legislador consagrou um modo particular de dar efectividade ao citado dever — a redução de liberalidades.

Uma vez que a quota indisponível e os sucessíveis legitimários só se fixam à data da abertura da sucessão, diferiu-se para esse momento a possibilidade de redução de liberalidades inoficiosas (art. 2178.º).

O poder potestativo de reduzir liberalidades pertence aos sucessores legitimários, no entanto, em vida do autor da sucessão, os sucessíveis legitimários beneficiam de uma protecção reflexa que deriva do dever absoluto do autor da sucessão de não dispor gratuitamente da legítima objectiva.

O sucessível legitimário tem o poder de dar o seu consentimento para qualquer partilha em vida (art. 2029.º).

Tem também o poder de exigir, caso não existisse ou não fosse conhecido à data da partilha, que a sua legítima subjectiva lhe seja composta em dinheiro pelos outros sucessíveis legitimários. Sendo que a estes caberá o dever correspondente.

Em suma, a posição jurídica do sucessível legitimário em vida do autor da sucessão é composta por uma série de situações jurídicas:

- poder potestativo de invocar a nulidade de um negócio simulado que o prejudique (art. 242.º/2);
- poder de autorizar a venda a filhos ou netos pelos pais ou avós (art. 877.º/1) e poder de pedir a anulação da venda caso não hajam prestado o seu consentimento (art. 877.º/2);

⁽¹⁾ Vd. quanto à noção de situação jurídica relativa, Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 1989², p. 169.

- protecção reflexa decorrente do dever do autor da sucessão de não dispor gratuitamente da legítima objectiva (art. 2156.º);
- poder de dar o seu consentimento para qualquer partilha em vida (art. 2029.º);
- poder de exigir dos outros sucessíveis legitimários a composição da sua quota em dinheiro quando a sua qualidade de sucessível legitimário não existisse ou fosse desconhecida à data da partilha (art. 2929.º/2);
- dever de compor em dinheiro a quota legitimária de qualquer sucessível legitimário superveniente em relação a uma partilha em vida (art. 2029.º/2).

A questão agora é saber se estas situações jurídicas devem ser entendidas como manifestações esparsas de tutela jurídica ou se devem ser unificadas e em que termos.

Penso que as situações jurídicas inventariadas constituem mais que um somatório de posições jurídicas atribuídas como que por acaso a um determinado sujeito. Elas comportam um sentido conjunto próprio, qual seja o de recortarem a posição jurídica de alguém que, não sendo ainda titular de um direito subjectivo, goza de fortes probabilidades de o vir a ser. As situações jurídicas elencadas têm a função comum de proteger e possibilitar a actuação de um potencial titular de um direito subjectivo em ordem à defesa da possibilidade (juridicamente assegurada) de vir realmente a ser titular do direito em causa.

Todas e cada uma das situações jurídicas só serão devidamente compreendidas se se tiver em conta este seu escopo e, ao mesmo tempo, se se jogar com a existência das outras. A tutela do sujeito não se resume à situação jurídica *a* ou *b* mas é composta por uma série de situações jurídicas que se completam.

Ora esta posição jurídica é precisamente a expectativa. A expectativa exprime a unidade teleológica das situações jurídicas postas ao dispor ou dipostas a favor daquele que «espera» o nascimento de um direito subjectivo quando esse nascimento não se encontra na disponibilidade de terceiros.

B. *A situação jurídica do fideicomissário*

A substituição fideicomissária é uma cláusula que pode surgir a propósito de diferentes matérias. Uma vez que se colocam algumas particularidades em cada uma dessas matérias, optei por restringir a minha análise àquela que reputo lograr um tratamento mais completo — a substituição fideicomissária em sede de Direito das Sucessões.

Diz-se substituição fideicomissária ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem (art. 2286.º).

O fideicomissário é o beneficiário de uma vocação sucessiva. Ou seja, o direito de suceder ao «de cujus» nasce na esfera jurídica do fideicomissário apenas aquando da morte de outro indivíduo — o fiduciário —, também ele sucessor do «de cujus», no momento da abertura da sucessão (art. 2293.º/1).

A vocação fideicomissária é múltipla mas concretiza-se em dois momentos distintos: à morte do «de cujus», a favor do fiduciário; e à morte do fiduciário, a favor do fideicomissário.

Antes de aceitar a herança, o fideicomissário não é titular dos bens hereditários (art. 2294.º) nem tão pouco do direito de suceder (art. 2294.º), no entanto o Direito tutela a sua posição através de uma série de dispositivos.

Se os bens objecto da substituição fideicomissária forem imóveis, o fideicomisso deve ser inscrito no Registo (art. 94.º/b) — 1.ª parte Código de Registo Predial. O fideicomissário tem legitimidade para requerer a inscrição do fideicomisso (art. 36.º, CRegPre.).

O fideicomissário pode também requerer ao tribunal que mande notificar o fiduciário para este declarar, no prazo que lhe for assinalado, se aceita ou repudia a deixa (art. 2049.º/1). De facto, o fideicomissário é o maior interessado na definição da situação do fiduciário (cf. art. 2293.º/3).

Constitui poder do fideicomissário, autorizar o fiduciário a dispor dos bens objecto de alguns fideicomissos irregulares por acto entre vivos (art. 2295.º/3) ⁽¹²⁾.

O fiduciário é sucessor do «de cujus» (art. 2286.º). Porém a existência da substituição fideicomissária influencia determinante-mente a sua posição. A lei, querendo exprimir esta realidade, refere-se ao fiduciário como «o herdeiro gravado com o encargo» («de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem») (art. 2286.º).

Assim, o fiduciário não goza de uma titularidade ordinária dos bens mas de uma titularidade «ad tempus» (art. 1307.º/2) que terminará com a sua morte.

Apesar do art. 2290.º efectuar uma aproximação entre a situação do fiduciário e a do usufrutuário, a situação jurídica do fiduciário não é, enquanto tal, a de mero usufrutuário dos bens sujeitos ao fideicomisso. Tanto assim que o art. 2293.º/2 manda que, não podendo ou não querendo o fideicomissário aceitar a herança, a titularidade dos bens se considere «adquirida definitivamente» pelo fiduciário desde a morte do «de cujus» (art. 2293.º/2). Ora se o fiduciário fosse apenas um usufrutuário, não poderia o preceito dizer «adquirida definitivamente»: teria que prescrever 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).

⁽¹²⁾ Este preceito não se integra harmoniosamente no espírito do instituto: quer autorize quer não autorize, estamos perante uma aceitação tácita ou implícita da herança, o que contraria o art. 2294.º. Pode acontecer que a vocação a favor do fideicomissário acabe por não se verificar (por exemplo, devido a pré-morte sua em relação ao fiduciário). Qual será, neste caso, o fundamento deste poder de autorização?

Nem se argumente no sentido de afirmar que a intervenção do tribunal (art. 2291.º) incorre no mesmo vício: o tribunal apenas assegura a posição (a expectativa jurídica) do fideicomissário ou, por outras palavras, o tribunal limita-se a preservar a utilidade de uma futura vocação a favor do fideicomissário. A aceitação ou o repúdio da deixa constituem uma declaração de vontade. É o fideicomissário quem a poderá emitir, expressa ou tacitamente.

O art. 2290.º remete para as regras do usufruto devido à característica de temporalidade que é comum quer à situação jurídica do usufrutuário quer à do fiduciário. Uma vez que a titularidade dos bens passará ao fideicomissário, não pode o Direito conceder ao fiduciário um acervo de posições jurídicas tal que ponha em risco a posição do fideicomissário.

O fiduciário tem a titularidade dos bens, no entanto, a faculdade de disposição é cerceada. Manda o art. 2291.º que em caso de evidente necessidade ou utilidade para os bens a alienação ou oneração possa ser autorizada pelo tribunal — com as devidas cautelas. Sendo que «as devidas cautelas» se traduzirão normalmente na sub-rogação real dos bens ⁽¹³⁾.

Se a necessidade ou utilidade se reportar não aos bens mas ao fiduciário, pode também o tribunal autorizar a alienação ou oneração. Aqui não faz sentido pretender que os interesses do fideicomissário sejam assegurados através da sub-rogação real: se o fundamento da autorização é a necessidade ou utilidade para o fiduciário, essa necessidade ou utilidade reclamará, em princípio, bens livres e não bens vinculados. Creio que tem razão o Prof. Oliveira Ascensão quando defende que neste caso o interesse do fideicomissário será salvaguardado através da inoponibilidade da alienação ou oneração ao fideicomissário ⁽¹⁴⁾. Ou seja, à morte do fiduciário, os bens reverterão sempre para o fideicomissário; o dever de conservar os bens (art. 2286.º) integra-se numa relação jurídica «propter rem» e, como tal, transmite-se a todo o adquirente dos bens em causa.

O Prof. Vaz Serra entende que as limitações impostas pelo art. 2291.º apenas se destinam aos casos em que as alienações ou onerações sejam oponíveis ao fideicomissário. Em alienações ou onerações inoponíveis, o fiduciário seria totalmente livre ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Cf., neste sentido, Oliveira Ascensão, «*Observações ao projecto de Código Civil*» in RDES, XIII, Jan.-Jun. 66, p. 242.

⁽¹⁴⁾ Cf. «*Observações ao projecto de Código Civil*» in RDES, XIII, Jan.-Jun. 66, p. 243.

⁽¹⁵⁾ Opinião referida por Oliveira Ascensão em «*Observações...*», ob. cit., p. 243.

Defendendo que a forma de tutelar o interesse do fideicomissário no art. 2291.º/2 consiste na inoponibilidade da alienação ou oneração, não se vê como sustentar a referida orientação ⁽¹⁶⁾.

Conjugando o art. 2291.º com o art. 1438.º CPC, temos que:

- a) o fiduciário não tem legitimidade para dispor dos bens sujeitos a fideicomisso;
- b) o fideicomissário é o beneficiário indirecto desta ilegitimidade;
- c) o fideicomissário tem o direito de participar em qualquer processo judicial intentado pelo fiduciário ou contra ele;
- d) o fideicomissário tem o direito de pedir autorização judicial para a alienação ou oneração dos bens sujeitos ao fideicomisso quando isso derive de evidente necessidade ou utilidade para os bens. O art. 1438.º CPC deve ser interpretado restritivamente de modo a abranger somente o caso previsto no art. 2291.º/1. Não se concebe que seja o fideicomissário a ajuizar do interesse ou utilidade da oneração ou alienação para o fiduciário.

Esta possibilidade não implica a aceitação (ou o repúdio) da herança (como em art. 2295.º/3 «in fine»). Aqui qualquer das autorizações é concedida com a salvaguarda dos interesses do fideicomissário e é o tribunal que aprecia a situação. Ou seja, o fideicomissário tem apenas meios preventivos ou conservatórios em relação ao seu futuro direito sobre os mesmos bens;

- e) se o fiduciário alienar ou onerar os bens sem a devida autorização do tribunal, o fideicomissário tem o poder potestativo de arguir a nulidade do acto (art. 286.º).

O art. 2292.º constitui um auxiliar interpretativo na tarefa de determinar o que seja a «evidente necessidade ou utilidade para o fiduciário».

⁽¹⁶⁾ «Se excepcionalmente só com a autorização do tribunal pode ser realizada uma alienação inoponível, não se vê como nos outros casos isso se poderia realizar sem qualquer autorização» (Oliveira Ascensão em «*Observações...*», ob. cit., p. 243).

Por outro lado, o preceito estabelece uma impenhorabilidade dos bens sujeitos ao fideicomisso que irá beneficiar também o fideicomissário. Se o fiduciário não se opuser à penhora, pode o fideicomissário fazê-lo, já que o prescrito no art. 2292.º foi pensado em atenção à sua situação.

O art. 2290.º/3 confere ao fideicomissário a possibilidade de intervir em juízo.

Nos termos do art. 2290.º/3, o fideicomissário é interveniente legítimo nas acções relativas aos bens sujeitos ao fideicomisso. O impulso processual, contudo, terá de partir de alguém que detenha um interesse actual em relação à situação em causa. O fideicomissário não pode ajuizar das providências judiciais a tomar quanto aos bens (cf. art. 2294.º). No entanto, correndo uma acção, o fideicomissário, em razão da sua expectativa jurídica, tem interesse processual.

O ordenamento jurídico, além destes mecanismos pontuais com que protege o fideicomissário, estabeleceu uma teia muito extensa de tutela através da regulamentação da posição do fiduciário.

Rege o art. 2290.º. Já foi referido que o fiduciário não é, enquanto tal, um usufrutuário. Cabe agora averiguar até que ponto se distinguem as situações do fiduciário e do usufrutuário e, ao fim e ao resto, em que se consubstancia a posição do fiduciário. Tudo isto se destina à delimitação da fronteira entre o fiduciário e o fideicomissário, ou seja, à descoberta de eventuais posições activas a favor do fideicomissário concedidas no âmbito ou a propósito da definição da posição do fiduciário.

O art. 2290.º/2 tem o cuidado de salvaguardar as disposições relativas ao usufruto que sejam incompatíveis com a natureza do fideicomisso. De facto, no usufruto existem dois direitos reais em conflito, enquanto que no fideicomisso existe um direito (por hipótese real) e uma expectativa jurídica. Os direitos e as obrigações do fiduciário (bem como a protecção que daí resultar reflexa ou indirectamente para o fideicomissário) terão de resultar de uma transposição daqueles aspectos que, no regime do usufruto, tenham que ver com a circunstância de alguém (o nu-proprietário) ter que con-

sentir na actuação de outrem sobre uma coisa que a termo «voltará» a ser plenamente sua; por outro lado, há que desprezar as particularidades que se relacionarem com a existência (actual) de dois direitos sobre uma mesma coisa e com os poderes (lato sensu) do nu-proprietário nessa condição.

O art. 2290.º/1 faz a definição, em termos gerais, da posição do fiduciário. O n.º 2 do mesmo artigo regulamenta, por remissão, a posição genericamente definida no número anterior. O art. 2290.º reporta-se aos direitos e obrigações do fiduciário (cf. epígrafe do artigo) e não a todo o regime jurídico. A remissão do art. 2290.º/2 deve, portanto, ser entendida restritivamente — dirige-se apenas às disposições relativas aos direitos e obrigações do usufrutuário.

O usufruto e o fideicomisso são figuras jurídicas distintas e o legislador não pretendeu aproximá-las mas apenas colmatar um aspecto particular do regime jurídico do fideicomisso: o dos direitos e obrigações do fiduciário. O resto está devidamente regulado nos arts. 2286.º e seguintes.

O art. 1446.º consagra o princípio geral em matéria de usufruto, que depois é explicitado nos artigos subsequentes. Este artigo não se aplica ao fideicomisso. A obrigação de actuar como um bom pai de família, respeitando o destino económico da coisa ou direito, liga-se intimamente ao espírito do usufruto enquanto direito real não exclusivo, direito real sobre coisa alheia. Ora o direito do fiduciário não é um direito sobre coisa alheia — o fiduciário é o titular («maxime» o proprietário) da coisa objecto do fideicomisso. Só que é um titular potencialmente «ad tempus» (art. 2293.º/2).

Neste sentido depõe o art. 2290.º/1. Este preceito é o equivalente para o fideicomisso ao art. 1446.º. O legislador, exactamente porque não quis sujeitar o fiduciário, titular dos bens, às restrições impostas pelo carácter alheio dos bens, precedeu a remissão do art. 2290.º/2 da proclamação do art. 2290.º/1.

Assim, aqueles comandos que se relacionarem com as exigências da parte final do art. 1446.º devem ter-se por incompatíveis com a natureza do fideicomisso. Encontram-se nesta situação, por exemplo os arts. 1450.º/1 «in fine», 1455.º, 1456.º, 1457.º/1.

Porém, há que ter em atenção a vontade do testador. É que, se é certo que ele instituiu seu herdeiro o fiduciário, também instituiu

na mesma qualidade o fideicomissário. Tanto assim que o art. 2286.º declara que o fiduciário tem «o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor do fideicomissário». O fiduciário, portanto, não pode agir sobre o bem de forma tal que impeça ou inutilize a reversão dos bens para o fideicomissário. Por isso a lei subtrai as faculdades de livre oneração e disposição ao fiduciário.

Saber o que integra o conceito de disposição é algo que apenas se poderá apurar no caso concreto e face à vontade do testador (17). Ele é que é o autor da liberalidade, ele é que determina o seu objecto e portanto, aquilo que deve reverter para o fideicomissário. Reina a autonomia privada/liberdade de testar.

Em suma, a posição do fiduciário não é a de um usufrutuário — não tem que agir como um bom pai de família e respeitar o destino económico da coisa — mas também não é a do titular ordinário do bem — tem o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor do fideicomissário.

A imposição deste encargo beneficia o fideicomissário. Ainda que o fideicomissário apenas possa auferir as vantagens do encargo depois de aceitar os bens, i.e., quando cessar a pendência, o que é facto é que existe uma limitação real da posição do fiduciário (18) — que joga a favor do fideicomissário.

Em resumo, o ordenamento jurídico consagra a favor do fideicomissário, entre a morte do «de cujus» e a morte do fiduciário:

- a) o poder de inscrever a substituição fideicomissária no Registo Predial (art. 94.º/b) — 1.ª parte CRegPre e art. 36.º, CRegPre);
- b) o poder de requerer a notificação judicial do fiduciário nos termos e para os efeitos do art. 2049.º/1;
- c) o poder de autorizar o fiduciário a dispor dos bens nas situações previstas no art. 2295.º/3;

(17) Quanto à distinção entre negócios de administração e de disposição, vd. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, 1989², p. 540 ss..

(18) Tal como no caso da redução das liberalidades inoficiosas, p. 9.

- d) a protecção indirecta derivada da ilegitimidade do fiduciário para onerar ou alienar os bens objecto do fideicomisso (art. 2291.º) com as consequências processuais já referidas;
- e) a(s) protecção(ões) indirectas resultantes da regulamentação da posição do fiduciário enquanto sujeito ao encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor do fideicomissário (arts. 2286.º e 2290.º).

Mais uma vez, há que concluir que estas situações jurídicas não aparecem desgarradas mas comportam uma significação unitária que excede o somatório da sua justaposição.

Estas situações jurídicas complementam-se mutuamente no sentido de constituírem ou caracterizarem a posição de alguém, o fideicomissário, que não sendo ainda titular de um direito subjectivo sobre certos bens, tem fortes probabilidades de o vir a ser sem que ninguém possa impedir esse facto. A posição de alguém, portanto, que o Direito entendeu não dever permitir que assistisse manietado à eventual inutilização do seu direito-a haver.

C. A situação jurídica do adquirente sob condição suspensiva e do alienante sob condição resolutiva

A condição é uma cláusula acessória que, uma vez aposta no negócio jurídico torna os efeitos deste dependentes de um evento futuro e incerto.

No presente estudo não se cuidará da natureza da condição nem das implicações dessa natureza a nível da interpretação e eventuais invalidades do negócio jurídico.

O que me ocupará será a denominada «pendência da condição». Nas palavras do Prof. Pinto Coelho, «no tempo que medeia entre a declaração da vontade e a verificação positiva ou negativa da condição, há um estado de pendência de negócio jurídico, que constitui já por si uma situação dotada de consistência jurídica, muito embora o negócio a que a declaração de vontade diz respeito fique suspenso quanto à sua eficácia última. Desse estado de pendência derivam direitos para o sujeito do direito condicionado e

obrigações para quem ficou onerado condicionalmente. A relação condicional, portanto, mesmo enquanto pende a condição, é já por si uma relação actualmente jurídica» (19).

De facto, mal se compreenderia que tendo as partes firmando um acordo, durante o período de incerteza quanto ao destino último dos valores em jogo, incerteza por ambos querida, uma das partes pudesse inutilizar o direito que a outra haveria eventualmente de adquirir.

Assim, «pendente condicione», a relação entre os dois contraentes é dotada de «consistência jurídica».

As condições classificam-se, quanto às consequências que a sua ocorrência produz sobre a eficácia do negócio, em suspensivas e resolutivas.

Suspensivas são as condições cuja verificação desencadeia a eficácia do negócio, ou, doutro modo, terminam a suspensão dos efeitos negociais.

Resolutivas são as condições cuja verificação elimina retroactivamente (= resolve) a eficácia do negócio jurídico.

Esta classificação é importante, descritiva e regulativamente (20), no entanto é fruto de um artifício linguístico ou de uma forma unilateral de olhar a realidade jurídica.

«A vende um automóvel a B por 500 contos. No entanto, se C, filho de A, passar no exame de condução marcado para 10 de Julho de 1993, o negócio fica sem efeito».

A é alienante (do automóvel) ou credor (dos 500 contos) sob condição resolutiva; B é adquirente (do automóvel) ou devedor (dos 500 contos) sob condição resolutiva. Mas A é proprietário do automóvel e devedor dos 500 contos sob condição suspensiva; e B é devedor do automóvel e credor dos 500 contos sob condição suspensiva.

O Prof. Pinto Coelho afirma que verdadeira condição é a suspensiva. Só que umas vezes suspende os efeitos do negócio e outras vezes suspende a sua resolução (21).

(19) In *Das Cláusulas Acessórias do Negócio Jurídico*, vol. I., Coimbra, 1909, p. 322.

(20) Cf., por exemplo, o art. 271.º/2.

(21) Cf. *Das Cláusulas Acessórias...*, ob. cit., p. 58, vol. I.

Aquilo que me ocupará é a posição jurídica do adquirente sob condição suspensiva e do alienante sob condição resolutiva. Nem um nem outro são titulares de um actual direito subjectivo sobre o objecto do negócio condicional. É verdade que o adquirente sob condição suspensiva e o alienante sob condição resolutiva têm um direito subjectivo com eficácia suspensa. Mas a defesa de um direito totalmente desprovido de eficácia é um preciosismo jurídico. Os direitos subjectivos (todas as situações jurídicas activas, mas os direitos subjectivos por maioria de razão) comportam um nível significativo-ideológico dirigido ao efectivo aproveitamento do seu objecto, ao desfrute (lato sensu) concreto do bem e à satisfação da pessoa sua titular. Ora qual será o proveito que proporciona um direito subjectivo totalmente desprovido de eficácia? O nível técnico-jurídico da construção do direito subjectivo poder-se-ia contentar com este «direito subjectivo» mas o direito subjectivo é mais que uma técnica de comunicação do Direito. E um direito subjectivo em que não há aproveitamento de um bem ou sequer permissão de actuação sobre o bem, não pode enquadrar-se na noção de direito subjectivo ⁽²²⁾.

O titular desse direito subjectivo suspenso tem isso mesmo: um direito subjectivo suspenso. No momento presente não tem um direito subjectivo (actual). Será que a circunstância de possuir um direito subjectivo suspenso lhe confere, na actualidade, alguma protecção jurídica? É disso que cuidarei.

Nos termos do art. 272.º, aquele que contrair uma obrigação ou o alienante sob condição suspensiva ou adquirir um direito sob condição resolutiva tem a obrigação de agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa fé.

Esta regra, em razão da consagração da boa fé (objectiva ⁽²³⁾) assegura uma tutela confortável ao adquirente sob condição suspensiva e ao alienante sob condição resolutiva. É que a boa fé, enquanto conceito indeterminado que «exprime, no caso concreto,

⁽²²⁾ Vd., quanto à noção de direito subjectivo, Menezes Cordeiro, *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. I, p. 177 e seguintes («maxime» p. 214-218),

⁽²³⁾ Cf. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1984, vol. II, p. 1281. Contra, falando de boa fé ética, Antunes Varela e Pires de Lima, *Código Civil anotado*. Vol. I, Coimbra, 1987⁴, p. 216 e 254.

os valores fundamentais da ordem jurídica, vocacionados para intervir» (24), permite atingir todos os actos que em princípio o alienante sob condição suspensiva ou o adquirente sob condição resolutiva poderiam praticar mas que dadas as circunstâncias concretas, contrariam a boa fé. Devido à fluidez da situação do adquirente sob condição suspensiva / alienante sob condição resolutiva por um lado, e à existência, na titularidade do alienante sob condição suspensiva / adquirente sob condição resolutiva, de um direito subjectivo, por outro, só um mecanismo com a maleabilidade e a abrangência da boa fé permitiria uma regulamentação aceitável da situação em causa.

Assim, enquanto que o alienante sob condição suspensiva / adquirente sob condição resolutiva tem a obrigação de agir segundo os ditames da boa fé «pendente condicione», o adquirente sob condição suspensiva / alienante sob condição resolutiva tem o poder de exigir que a contra-parte actue de acordo com as regras da boa fé. A concretização destas posições jurídicas só se pode fazer face a manifestações concretas da boa fé, ou seja, no caso concreto (25).

O art. 273.º atribui ao adquirente sob condição suspensiva / alienante sob condição resolutiva, o direito de praticar actos conservatórios.

Mais uma vez a lei optou por não elencar os actos objecto da permissão. Ao invés, proporcionou ao sujeito uma permissão de actuação na ampla área dos «actos conservatórios».

Actos conservatórios são aqueles que se destinam a assegurar a integridade do património ou do direito de um determinado sujeito, em ordem a garantir a utilidade de uma posição jurídica do titular do direito de agir conservatoriamente.

São actos conservatórios, entre outros:

- a) a invocação da prescrição das dívidas do devedor ou alienante sob condição suspensiva (art. 305.º);

(24) In Menezes Cordeiro, *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. I, p. 386.

(25) O art. 275.º/2 é um afloramento da regra do art. 272.º.

- b) a interrupção do prazo da posse «ad usucapionem» que corra a favor do possuidor dos bens objecto do negócio sujeito a condição (arts. 323.º e 1292.º ⁽²⁶⁾);
- c) a invocação da nulidade dos actos praticados pelo devedor ou alienante sob condição suspensiva ⁽²⁷⁾ — art. 286.º, confirmado pelo art. 605.º;
- d) a sub-rogação do credor ao devedor (art. 606.º), com as limitações constantes do art. 607.º;
- e) a exigência de caução, verificados os requisitos da impugnação pauliana, nos termos do art. 614.º/2, com possibilidade de recurso ao art. 625.º em caso de não prestação da caução.

O art. 274.º consagra um dispositivo que concilia a faculdade de disposição dos titulares (actuais) de direitos subjectivos sobre os bens com a necessária protecção do adquirente sob condição suspensiva / alienante sob condição resolutiva.

Desta forma, os actos de disposição do alienante sob condição suspensiva ou do adquirente sob condição resolutiva ficam sujeitos, na sua eficácia, à condição do negócio-base. Ou seja, o terceiro adquirente, verificando-se a condição, vê o seu direito / negócio resolver-se. A seu favor terá o regime do possuidor de boa fé (art. 274.º/2).

Será que o adquirente sob condição suspensiva ou o alienante sob condição resolutiva podem transmitir as suas posições jurídicas? No Direito Romano isso não seria possível — os actos dispositivos estariam inquinados pela nulidade (acto sobre coisa alheia).

Não se diga que esta possibilidade geraria o caos no comércio jurídico. A posição do adquirente sob condição suspensiva ou do alienante sob condição resolutiva tem tutela jurídica e conteúdo

⁽²⁶⁾ Para poder lançar mão do art. 323.º, recorre-se à sub-rogação no exercício do direito.

⁽²⁷⁾ O credor ou adquirente sob condição suspensiva ou o alienante sob condição resolutiva é titular de uma relação cuja consistência é afectada pelo acto (vd. quanto à noção de interessado, Antunes Varela e Pires de Lima, *Código Civil anotado*, ob. cit., vol. I, p. 263).

económico e portanto deve ser transmissível nos termos gerais ⁽²⁸⁾. A definição final de posições será efectuada pelo operar da condição ⁽²⁹⁾.

O adquirente sob condição suspensiva / alienante sob condição resolutiva, é, então, titular:

- a) do poder de exigir que a contra-parte aja de acordo com os ditames da boa fé (arts. 272.º e 275.º/2);
- b) do direito subjectivo de praticar actos conservatórios do seu direito-a haver (art. 273.º);
- c) da faculdade de disposição da sua posição jurídica, nos termos gerais de Direito.

De novo se impõe a conclusão de que estas posições jurídicas formam um todo. Elas asseguram harmoniosamente a protecção de um sujeito que, sem ser titular de um direito subjectivo, tem grandes probabilidades de o vir a ser, não podendo os outros envolvidos diligenciar para o impedir ⁽³⁰⁾.

III — EXPECTATIVA JURÍDICA: SITUAÇÃO JURÍDICA ACTIVA

A situação jurídica constitui a projecção do Direito objectivo sobre a realidade subjectiva, a própria concretização, efectivação

⁽²⁸⁾ Neste sentido, vd. Pinto Coelho, *Das Cláusulas Acessórias...*, ob. cit., p. 326 e ss..

⁽²⁹⁾ Não se cuidará aqui das condições estabelecidas pelo testador pois gozam de algumas particularidades.

⁽³⁰⁾ Constituem parcialmente uma excepção ao que foi defendido, as condições potestativas, i.e., aquelas em que o evento futuro e incerto emerge da vontade de um dos participantes (cf. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. II, p. 137). Contudo, estes eventos são verdadeiras condições, o participante está realmente vinculado (diferentemente dos casos que o Prof. Pinto Coelho rotula de condições meramente potestativas (*Das Cláusulas Acessórias...*, ob. cit., vol. I, p. 41), em que de facto não há acordo — «comprarei a jarra se na altura me parecer um bom negócio»). Por isso a condição potestativa não se encontra à mercê do arbítrio do participante — também a ela são aplicáveis as regras sobre negócios condicionais, também a contra-parte tem uma expectativa jurídica.

do Direito objectivo ⁽³¹⁾. Se considerarmos que o Direito existe no caso concreto e para solucionar, precisamente, os problemas que esses casos concretos colocam, então há que concluir que a situação jurídica deve ser o centro de gravidade da Ciência do Direito, já que ela é o próprio Direito em acto. Ensina o Prof. Menezes Cordeiro, que a situação jurídica é «o acto e o efeito de realizar o Direito solucionando um caso concreto» ⁽³²⁾.

O Direito objectivo carece da Ciência do Direito para se tornar verdadeiro Direito capaz de resolver os problemas dos indivíduos. A Ciência do Direito é que, agindo sobre o Direito objectivo, obtém as situações jurídicas através de decisões jurídicas, dando assim resposta aos problemas concretos.

A situação jurídica traduz, portanto, os comandos normativos ao nível do indivíduo, é o Direito incorporado nas esferas jurídicas dos sujeitos.

Mas não se pode defender que as situações jurídicas sejam um mero ou automático reflexo das normas jurídicas. As situações jurídicas são o produto de decisões jurídicas, ou seja, sintetizam o Direito normativo e a Ciência do Direito.

Por outro lado, o Direito Privado é norteado por princípios de liberdade e auto-determinação das pessoas, pelo que as situações jurídicas comportam uma vasta zona apenas determinável no caso concreto. «O direito subjectivo, escreve o Prof. M. Gomes da Silva ⁽³³⁾, é, assim, um centro jurídico, uma célula de energia normativa, que se interpõe entre a lei geral e as pessoas. É da lei que emana o comando, que é dado de forma genérica; mas é nessas situações concretas que ele vem a actuar-se plenamente» ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ «O direito subjectivo é a própria norma enquanto considerada através de certa situação a que ela se aplica» in M. Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. I, Lisboa, 1944, p. 52.

⁽³²⁾ *In Teoria Geral...*, ob. cit., vol. I, p. 161.

⁽³³⁾ *In O Dever de Prestar e...*, ob. cit., vol. I, p. 53.

⁽³⁴⁾ O que aqui se diz quanto ao direito subjectivo pode ser aplicado, «mutatis mutandis», às outras situações jurídicas.

⁽³⁵⁾ «Se me encontro isolado tenho o poder de viver, mas não tenho qualquer pretensão contra outrem; se, porém, alguma pessoa entra em contacto comigo e se põe em condições de me prejudicar a vida, imediatamente nasce para ela o dever de não me matar; se, de facto, essa pessoa me ataca, eu, que tinha o simples poder de usufruir a vida, passo

As situações jurídicas não têm sempre o mesmo conteúdo. A Ciência do Direito distingue as situações jurídicas consoante o seu conteúdo, sendo que direito subjectivo e obrigação constituem as situações jurídicas paradigmáticas. É por referência a elas que os Autores elencam as outras situações jurídicas activas e passivas.

A expectativa surge enquanto modalidade de situação jurídica activa. Existem, contudo, fundas divergências quanto ao enquadramento da expectativa.

Alguns Autores ⁽³⁶⁾ assimilam a expectativa a uma mera esperança de facto, sem protecção jurídica. As situações como as que tratei supra são consideradas, porque juridicamente consistentes, «relações actualmente jurídicas» ⁽³⁷⁾.

A orientação mais divulgada vê a expectativa como fase intermédia do nascimento ou aquisição de um direito subjectivo ⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾. Nos casos em que o direito subjectivo resulta de um facto complexo de formação sucessiva, a expectativa seria, precisamente, a protecção jurídica ou o fruto dela, assegurada na fase em que já estaria em curso o processo formativo do direito. «A expectativa, escreve o Prof. Galvão Telles ⁽⁴⁰⁾, é mais do que a «esperança» e menos do que o «direito». Mais do que a esperança, porque beneficia de uma «protecção legal», traduzida em «providências» ten-

a ter um poder essencial contra ela, o poder de me defender, ferindo-a ou matando-a, se necessário fôr; se nesse momento está alguém comigo, a lei impõe-lhe o dever de me auxiliar na defesa (Código Civil, art. 2368.º)» — In *O Dever de Prestar e...*, ob. cit., vol. I, p. 53, M. Gomes da Silva.

⁽³⁶⁾ Entre nós, por exemplo, Pinto Coelho.

⁽³⁷⁾ «Desse estado de pendência derivam direitos para o sujeito do direito condicionado e obrigações para quem ficou onerado condicionalmente. A relação condicional, portanto, mesmo enquanto pende a condição, é já por si uma relação actualmente jurídica e não, (...) uma simples expectativa» in Pinto Coelho, *Das Cláusulas Acessórias...*, ob. cit., vol. I, p. 322.

⁽³⁸⁾ No entender de L. Raiser, *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen, 1961, p. 4, a expectativa seria a perspectiva de aquisição de um direito subjectivo baseada na realização parcial da previsão normativa do direito subjectivo.

⁽³⁹⁾ Escreve Oliveira Ascensão (*Teoria Geral do Direito Civil*, vol. IV, Lisboa, 1983-84, p. 109): «o facto aquisitivo de um direito pode ser complexo. Quando se verificam alguns dos pressupostos da aquisição de um direito, mas não todos, diremos que o sujeito tem uma expectativa».

⁽⁴⁰⁾ «Expectativa Jurídica, algumas notas» in *O Direito*, 90, p. 2 e ss..

dentes a defender o interesse do titular e a assegurar-lhe, quanto possível, a aquisição futura do direito. «Menos» do que o «direito», porque ainda não é este: é o seu «germe», o seu «prenúncio» ou «guarda avançada», como que o direito em estado «embrionário».

É certo que cronologicamente a expectativa surge antes do nascimento do direito subjectivo ⁽⁴¹⁾ mas não é correcto afirmar que a expectativa corresponde a uma realização parcial da «facti species» do direito subjectivo. Direito subjectivo e expectativa têm teleologias diferentes. O direito do legitimário, do fideicomissário ou do adquirente sob condição suspensiva será, por hipótese, um direito de propriedade. Seria forçado pretender que, por exemplo, o poder do adquirente condicional de arguir nulidades é um componente do direito de propriedade nascente. A posição do proprietário caracteriza-se pelo aproveitamento da coisa objecto do seu direito; a posição do expectante (adquirente condicional) tem a ver com a possibilidade de afastar entraves ao futuro e eventual aproveitamento de uma coisa. São posições, portanto, com conteúdos distintos e que devem ser encaradas como figuras autónomas.

Numa variação desta tese, poder-se-ia defender que a expectativa não traduz uma realização parcial da «facti species» do próprio direito subjectivo mas, no entanto, deriva dele. Não seria uma parcela do cerne do direito subjectivo mas seria uma posição jurídica menor dentro da situação jurídica complexa que é o direito subjectivo. Contudo, o sucessível legitimário, por exemplo, não é titular de um direito subjectivo e pode mesmo não vir a sê-lo (v.g. por deserdação ou pré-morte) e essa circunstância não retira cobertura jurídica aos actos por ele praticados na sua qualidade de mero sucessível legitimário ⁽⁴²⁾. Então, de duas uma, ou o sujeito praticou aqueles actos no âmbito de uma situação jurídica que não o direito subjectivo, ou o direito subjectivo realiza-se em pequenas parcelas (que depois seriam eliminadas retroactivamente). Neste último caso resvala-se de novo para a tese anterior ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ P. 7, 12 e 20.

⁽⁴²⁾ No caso da condição, podia argumentar-se com a retroactividade, mas ainda assim só no caso de o negócio se tornar eficaz ou se resolver.

⁽⁴³⁾ P. 26.

Penso que as posições do sucessível legitimário, do fideicomissário, do adquirente sob condição suspensiva e do alienante sob condição resolutiva constituem situações jurídicas autónomas, diferentes do direito subjectivo. São instrumentais em relação a um direito subjectivo mas não o integram.

O Prof. Oliveira Ascensão, mantendo o enquadramento da expectativa dentro das previsões normativas complexas, distingue a posição em causa do direito subjectivo final (o direito subjectivo a-haver) mas atribui-lhe a qualificação de direito subjectivo. Seria um direito subjectivo preliminar em relação ao direito definitivo mas sempre um direito subjectivo, já que «representa uma vantagem outorgada a um sujeito determinado» (44). Representar uma vantagem reporta-se à circunstância de se tratar de uma situação jurídica activa e não, necessariamente, a um direito subjectivo. Pelo que já escrevi supra (45), entendo que não se trata de um direito subjectivo (46).

O que não quer dizer que não englobe direitos subjectivos no seu seio. A expectativa é uma situação jurídica complexa, i.e., admite vários elementos que podem ser retirados do seu conteúdo e, noutras circunstâncias, arvorarem-se em situações jurídicas autónomas (47). É o isolamento de uma dessas situações jurídicas integrantes da situação jurídica-mãe que permite ao Prof. Menezes Cordeiro relegar a figura da expectativa para o mundo dos factos e

(44) In *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. IV, p. 109.

(45) P. 20 e 26.

(46) Noutra passagem (*Direito Civil — Sucessões*, Coimbra, 1989⁴, p. 121, nota 1) afirma o mesmo Autor: «Expectativa jurídica é também, por si, um direito subjectivo, é um direito a um direito». Mais à frente (p. 370) especifica — «direito ao direito de suceder». Mesmo admitindo a categoria dos direitos a direitos, esta tese não procede — o expectante não é titular da permissão normativa específica de aproveitamento do direito a suceder. A sua posição cifra-se em poder acautelar a eventualidade de vir a ser titular do direito a suceder.

Recorrendo aos argumentos do próprio Oliveira Ascensão, se o expectante tivesse o direito ao direito de suceder, podia desde já aceitar ou repudiar a herança: o primeiro direito recai sempre sobre o objecto do segundo direito (cf. *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. IV, p. 110).

(47) Vd. quanto à noção de situação jurídica complexa, Menezes Cordeiro, *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. I, p. 165.

atender apenas, no caso escolhido para exemplo, ao «direito subjectivo prévio ou intercalar» consagrado no art. 273.º⁽⁴⁸⁾.

Creio que, como aliás já expus supra⁽⁴⁹⁾, há mais que situações jurídicas desgarradas, ocasionalmente na titularidade do mesmo sujeito — elas formam um conjunto homogéneo e complementar que tem uma missão única e comum a todas as situações jurídicas que se agregam em torno do expectante. Essa missão é a defesa da eventualidade do nascimento ou aquisição de um direito subjectivo ou outra situação jurídica activa. Eventualidade essa que, apesar de, por definição, ser incerta, é valorada pelo Direito em termos tais que quaisquer ou algumas perturbações no curso natural dos acontecimentos em ordem à sua (não) concretização, são valoradas negativamente. A expectativa será a faculdade dirigida à reacção a essas perturbações por parte do beneficiário da eventualidade do nascimento ou aquisição de um direito subjectivo.

Dada a singularidade da expectativa enquanto situação jurídica instrumental, ela deve merecer autonomia dogmática⁽⁵⁰⁾.

O tratamento unitário da expectativa é inglório, e inútil, já que se trata de uma situação jurídica compreensiva. Ou seja, uma situação jurídica que apenas pode ser entendida com o auxílio da História e da cultura. Não serão a lógica e a dedução axiomáticas que nos elucidarão quanto às razões da posição do legitimário ou do fideicomissário ou do adquirente condicional. Mais estéril ainda será tentar descobrir um regime jurídico comum às expectativas jurídicas. A expectativa é um conceito jurídico que, construído a partir da análise do material jurídico permite compreender melhor algumas situações mas que não as desentranha do seu meio. Não

(48) «Em certos casos, a expectativa dá, desde logo, lugar a uma protecção jurídica a qual, estando na disponibilidade do beneficiário, permite falar *num verdadeiro direito subjectivo*, ainda que prévio ou intercalar (por exemplo, a hipótese do art. 273.º). Noutros casos — para os quais deveria ficar reservada a expressão «expectativa» — assiste-se, tão-só, a um processamento eventual, sem tutela normativa» — *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. I, p. 262.

(49) P. 10 e s., p. 18 e p. 23.

(50) Tal como, por exemplo, a excepção, que tecnicamente é um poder (cf. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral...*, ob. cit., vol. I, p. 265-271).

existem expectativas jurídicas em abstracto. Em abstracto existe o conceito mas a sua utilidade não consiste na elaboração de um regime jurídico que lhe seja adequado e sim no aperfeiçoamento dos instrumentos dogmáticos disponíveis para uma melhor interpretação-aplicação do Direito.

IV — CONCLUSÕES

— A expectativa, mera aspiração ou previsão de um facto ou um efeito jurídico, torna-se expectativa jurídica quando algum princípio ou valor jurídicos retira aos sujeitos envolvidos a liberdade de interferir no curso dos acontecimentos que conduzirá, ou não, à verificação da aspiração ou previsão do expectante.

— A expectativa jurídica tem como função assegurar a tutela jurídica àquele expectante cuja aspiração (= ser titular de um direito subjectivo) é positivamente valorada pelo Direito.

— Essa tutela traduz-se em colocar na disponibilidade do expectante um conjunto de meios jurídicos que lhe permitem impedir a sabotagem do nascimento ou aquisição eventual do seu direito ou da utilidade desse nascimento ou aquisição (= concretização da sua aspiração).

— A tutela jurídica da expectativa também se pode efectuar através da consagração de protecções reflexas ou indirectas, i.e., através de obrigações ou deveres assacados a outros sujeitos de Direito.

— A expectativa jurídica é uma figura que pode surgir em qualquer área do Direito Privado.

— A expectativa jurídica é uma situação jurídica activa, complexa e compreensiva.

— A expectativa jurídica é uma situação jurídica autónoma, diferente do direito subjectivo.

— A expectativa jurídica caracteriza-se pela sua índole instrumental em relação a outra situação jurídica activa («maxime» a um direito subjectivo).

— A expectativa jurídica é a faculdade dirigida à tutela e à reacção jurídica por parte do beneficiário da eventualidade do nascimento ou aquisição de um direito subjectivo (ou outra situação

jurídica activa) contra perturbações ilícitas no curso dos acontecimentos conducentes à (não) concretização material do direito subjectivo (ou outra situação jurídica activa) do beneficiário.

— O sucessível legítimo, o fideicomissário, o adquirente sob condição suspensiva e o alienante sob condição resolutiva são titulares de expectativas jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, J. de Oliveira, «Expectativa» in *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. 8, Lisboa, Verbo, 1977.
- *Direito Civil — Reais*, Coimbra, Coimbra, 1987⁴ ed (reimpressão).
- *Direito Civil — Sucessões*, Coimbra, Coimbra, 1989⁴.
- «*Observações ao Projecto de Código Civil*» in RDES, XIII, Jan.-Jun 1966.
- *Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, policopiado, 1983-84.
- BRANCO, Aguiar, *Dos Fideicomissos*, Porto, 1948.
- COELHO, J.G. Pinto, *Das Cláusulas Acessórias dos Negócios Jurídicos*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1909.
- CORDEIRO, A Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984.
- *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1986 (reimpressão).
- *Direitos Reais*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1979.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, AAFDL, 1989².
- CORTE-REAL, C. Pamplona, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1985.
- «*As liberalidades em vida e o fenómeno sucessório*» in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Jul.-Set. 84 (n.º 307/309).
- FREITAS, J. Lebre de, *Direito Processual Civil II*, Lisboa, Vega, s.d..
- LAREZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989².
- LIMA, Pires, e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra, 1.º vol. — 1987⁴; 2.º vol. — 1987²; 4.º vol. — 1992².
- MANDRIOLI, D., «*Aspettativa di Diritto*» in *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino, 1937.
- MARQUES, Dias, «*Índice de Vocabulos do Código Civil Português*» in RFDL, vol. XXVII e XXVIII (1986 e 1987).
- MENDES, J. de Castro, «*A Condição*» in *BMJ* n.º 263.
- PELOSI, Angelo Carlo, «*Aspettativa di Diritto*» in *Digesto delle Discipline Privatistiche* (Sezione Civile, I), UTET, Torino.
- RAISER, L., *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1961.
- ROVIRA MOLA, D. Alberto de, «*Derechos Futuros*» in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix, 1955.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, «*Aspettativa*» in *Enciclopedia del Diritto*, Guiffre, 1959.

- SILVA, Manuel Gomes da, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. I, Lisboa, 1944.
- SILVA, A. de Moraes, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. IV, Lisboa, Confluência, 1952.
- TAVARES, José, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra, 1930².
- TELLES, Inocêncio Galvão, «*Expectativa Jurídica, algumas notas*» in *O Direito*, ano 90.
— *Teoria Geral do Fenómeno Sucessório*, Lisboa, 1944.
- VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almedina, 1991⁷.
— Vd. Lima, Pires.