

DIREITO DE SUPERFÍCIE

Pelo Dr. ASDRUBAL PEREIRA DE MAGALHÃES

INTRODUÇÃO

I — *Conceito do direito de superfície*

A palavra «superfície» tomada no seu significado vulgar e correntio, serve para designar a porção de espaço limitada por duas dimensões — o comprimento e a largura. Mas não é o significado geométrico da palavra o que aqui nos interessa. Aqui só nos interessa um significado particular que àquela palavra pode caber — o seu significado jurídico.

Se, porém, tomarmos a palavra no seu sentido etimológico e a pusermos em relação com determinado sistema de direito, facilmente nos aperceberemos de que este seu novo significado já apresenta um interesse muito especial. Efectivamente, na sua significação etimológica, a palavra «superfície» quer dizer aquilo que se faz ou eleva sobre qualquer plano, seja por acção do homem ou mesmo da natureza. Se, portanto, um sistema de direito vier a tutelar o que sobre um plano está feito ou se eleva, neste novo aspecto, como se vê, já a palavra tem relevância jurídica.

Mas, não é ainda no seu significado jurídico amplo que tomamos a palavra. Só nos interessa, aqui, dentro do seu possível sentido jurídico, aquela significação restrita que abrange só aquilo

que, estando apoiado no solo por forma permanente, dele se eleva.

Portanto, se «superfície» pode definir-se como sendo toda e qualquer edificação imóvel ou uma plantação, o *direito de superfície* será o direito de gozar e fruir uma construção ou plantação independentemente da existência do direito de propriedade sobre o terreno em que ou sobre que essa construção ou plantação se encontra.

Melhor dizendo. O direito de superfície existe quando o proprietário do solo concede a um terceiro — o superficiário — o direito de fazer e manter nesse mesmo solo uma construção ou plantação da qual esse terceiro se torna proprietário ou quando, já existindo a construção ou plantação, o proprietário transmite a propriedade dela independentemente da do solo sobre que assenta.

II — *Confronto do direito de superfície com institutos análogos*

De posse desta definição não é difícil extremar o direito de superfície doutras figuras jurídicas que com ele mais ou menos se assemelham.

Distingue-se do usufruto e das servidões prediais, como se não confunde com a enfiteuse. Assim:

Enquanto que o usufruto é constituído em favor de uma pessoa certa e determinada e cessa com a morte do usufrutuário, o direito de superfície transmite-se aos herdeiros do superficiário, podendo mesmo ser objecto dum legado.

Ao passo que as servidões prediais, para que existam, requerem a presença de dois prédios — o prédio dominante e o prédio serviente — ao direito de superfície basta tão somente a existência de um prédio no qual existe uma edificação ou uma plantação.

Por outro lado, as servidões prediais são inseparáveis dos prédios a que estão ligadas de tal sorte que, alienados estes, aquelas os acompanham; o mesmo não sucede com o direito de superfície que é, por definição, distinto do prédio sobre que existe a construção ou plantação, não importando a transmissão de um, a transmissão de outro.

Finalmente, quanto à enfiteuse. O que define os poderes do enfiteuta é o *domínio útil* sobre o solo e, conseqüentemente, o domínio sobre tudo aquilo que nesse solo se acha implantado; porém, os poderes do superficiário limitam-se apenas a um direito real de gozo sobre uma construção ou plantação, sem qualquer poder directo sobre o solo base dessa construção ou plantação.

CAPÍTULO I

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO DIREITO ROMANO (1)

§ 1.º — *Origem romana do direito de superfície*

Definido em termos bastante precisos o direito de superfície, e posto em confronto com outros institutos que com ele parecem, à primeira vista, confundir-se, vamos agora procurar determinar como surgiu e se desenvolveu este instituto no direito da antiga Roma, sem deixar de fazer uma referência, que será ligeira, ao que se passa com outros sistemas jurídicos, porque, quanto a estes, o instituto não teve o desenvolvimento que naquele lhe foi dado.

1. — Conforme o *ius civile* romano, o direito de propriedade caracterizava-se como sendo um poder directo, absoluto e completo sobre uma coisa, isto é, uma *plena in re potestas*.

Daqui derivava que, quem fosse proprietário duma coisa, proprietário era, do mesmo modo, de tudo aquilo que a essa coisa viesse a acrescentar-se de forma definitiva, fosse qual fosse o modo da sua incorporação.

Por virtude desta «accessio», se alguma edificação ou plantação se fizesse em qualquer trato de terreno, automaticamente uma ou outra era considerada parte integrante do solo a que estava

(1) Neste sumário seguiremos de perto um estudo do Prof. Dr. G. Braga da Cruz sobre *O direito de superfície no direito romano*, publicado na «Revista de Direito e Estudos Sociais», ano IV, n.ºs 3 e 4.

ligada, de tal sorte que o proprietário deste o era também, sem qualquer restrição, da edificação realizada por outrém.

Numerosos textos romanos o confirmam, nomeadamente o Digesto (XLI, I, 7, 10), onde se diz: *omne quod inaedificatur solo cedit*, ou simplesmente, *superficies cedit solo*.

Assim, quem construísse ou plantasse em terreno alheio, não só perdia o direito que tinha às coisas com que edificara ou plantara e, conseqüentemente, à própria construção ou plantação, como ainda — isto constituía um chocante locupletamento — lhe era vedada a faculdade de pedir uma indemnização pelos prejuízos causados, prejuízos que o *ius civile* injustamente lhe impunha.

O *ius civile* que não reconhece, portanto, a um indivíduo um direito real de gozo sobre uma construção ou plantação feita em terreno alheio, já não impede, porém, que alguém tome de arrendamento um terreno de outrém e nele faça plantações ou construções e delas se utilize depois, na qualidade de arrendatário, conforme os termos acordados, mas só — repetimos — como mero arrendatário delas.

2. — Porque a sua posição em relação às construções ou plantações é a de um mero arrendatário, daí lhe advêm certas conseqüências desfavoráveis:

a) — Não tem relativamente a elas nem o *ius utendi* nem o *ius fruendi*, direitos reais estes que só ao proprietário pertencem. Quanto muito é-lhe reconhecido um *re frui licere*, ou autorização para utilizar em seu benefício aqueles dois poderes de que o proprietário é o detentor.

b) — Mais: a sua posição em relação à coisa plantada ou construída nem sequer chega a ser a de um possuidor, pois mais não é do que a de um mero detentor em nome alheio a quem não é permitido defender-se, directamente, por via judiciária, contra o perturbador ou esbulhador do seu *re frui licere*. Quando muito é-lhe permitido, invocando a sua qualidade de arrendatário, usar contra o proprietário a acção pessoal que tutela a sua posição de *conductor* — a chamada *actio conducti* — para, por via dela, o compellir ao cumprimento da obrigação por ele assumida, através

do contrato de arrendamento de lhe garantir um pacífico *re frui licere* e o manter nele contra os ataques de terceiros.

c) — Finalmente, se o proprietário resolve transmitir para outrém o terreno arrendado, ao arrendatário só fica livre o uso da *actio conducti* contra o proprietário primitivo mas só para lhe exigir uma indemnização por virtude de ter feito cessar, *ex abrupto*, o seu *re frui licere*. Mas contra o novo proprietário nada pode, pois que a sua qualidade de arrendatário se situa no domínio dos direitos de crédito, e a *locatio* só produz efeitos entre os contraentes: tem de lhe entregar o terreno arrendado e todas as construções ou plantações que nele porventura haja feito.

3. — Se o *ius civile* conduzia assim a uma situação tão flagrantemente precária, como pode conceber-se que alguém estivesse disposto a desfalcar o seu património edificando em terreno alheio?

Não obstante esta iniquidade, os textos romanos provam que os particulares, em vez de a ela fugirem adquirindo primeiro a propriedade do solo para edificarem depois, desde cedo usaram edificar sobre terrenos arrendados.

Como se explica isto? Muito simplesmente:

Se considerarmos que em Roma existiam muitos terrenos que estavam *extra patrimonium* e que, portanto, eram insusceptíveis de apropriação privada — o *ager publicus* — já compreendemos como era fácil fugir àquela chocante iniquidade: arrendando esses terrenos estavam os particulares garantidos na usufruição duradoura das construções que sobre eles fizessem porque esses terrenos eram inalienáveis.

Quer dizer: esta solução harmoniza-se perfeitamente com o carácter rígido do *ius civile*, ao mesmo tempo que dá a única saída possível no sentido da utilização dos terrenos públicos, pelos particulares, para fins de construção.

4. — Quer arrendando para edificar, quer edificando e só depois obtendo a necessária autorização, de uma ou de outra forma perde o particular, em benefício do Estado, por força do princípio *superficies cedit solo*, a propriedade do que edificou.

A autorização, nas duas hipóteses, não é mais do que um arrendamento.

Esta *locatio agri publici ad aedificandum* não é ainda, como se vê, um caracterizado direito de superfície — o arrendatário logo que edifica perde a propriedade da construção — mas é já mais qualquer coisa do que aquele *re frui licere* de que atrás falamos, é, por assim dizer, um direito de superfície embrionário.

5. — Até agora pouco avançamos ainda: a *locatio agri publici ad aedificandum*, que é, como vimos, uma relação disciplinada exclusivamente pelas normas que regem os direitos de crédito ou obrigacionais, está longe de ser um verdadeiro direito legal — um *ius in re aliena* — embora lhe chamássemos já um direito de superfície em embrião.

Por outro lado, as consequências, de todo intoleráveis, a que conduzia o rigor do *ius civile*, eram, sem dúvida, razão proibitiva de edificar em terrenos particulares.

Todavia, e não obstante umas e outras razões, a *locatio ad aedificandum* fuge, em dado momento, ao apertadíssimo cerco que lhe faz o *ius civile* e deixa de ser um direito de crédito para se transformar num verdadeiro direito real, ao mesmo tempo que vê o seu domínio de aplicação alargado aos terrenos particulares: a *locatio ad aedificandum* transforma-se, afinal, num verdadeiro direito de superfície.

Mas quando, e quais foram as condições históricas que levaram a *locatio ad aedificandum* para o domínio dos direitos reais, e os terrenos particulares para o campo da aplicação daquela?

De positivo só se sabe que foi o Pretor quem, através do Edito, transformou a *locatio ad aedificandum* num direito real de gozo, usando, primeiro, o *interdito e*, em seguida, a *utilis actio in rem*.

Como já tantas vezes dissemos, quem edifica em solo alheio, embora o faça com *animus domini*, perde, em proveito do dono do solo, a propriedade do que edificou. Então que o Pretor intervenha e, ladeando o *ius civile*, confira uma protecção judiciária real àquele que construiu, criando indirectamente, em favor dele, um verdadeiro *ius in re aliena*, isto é, um direito real de gozo sobre uma coisa que é propriedade de outrem *ex iure quiritium*.

6. — Muito controvertidas são as opiniões que pretendem dar resposta às perguntas formuladas no número anterior.

De entre elas destacaremos a tese do Prof. Dr. G. B. da Cruz, que nos parece a mais lógica e a mais em harmonia com a evolução natural do instituto.

Diz este Professor: «A *locatio ad aedificandum* só deve ter começado a ser utilizada, a propósito de terrenos particulares, depois de ter sido transformada pelo Pretor em fonte de direitos reais, isto é, a concessão de uma garantia real ao arrendatário que edificou em terreno arrendado deve ter sido inventada pelo Pretor numa época histórica em que a *locatio ad aedificandum* não era ainda utilizada senão a propósito de terrenos públicos. Só depois disso teria começado a haver quem se aventurasse a arrendar terrenos privados para neles construir.

Dois razões fundamentais justificam esta tese:

a) — Compreende-se muito melhor a concessão de um *interdito* ou de uma *acção real* para proteger a situação do arrendatário que edificou em terreno público do que em favor daquele que edificou em terreno particular.

Vejamus: A consequência imediata que deriva do facto de o arrendatário ter simplesmente um direito de crédito em relação à casa que construiu em terreno arrendado é a de não poder defender-se, directamente, contra aquele que perturbou o seu livre *re frui licere*. Tem de intentar uma *acção pessoal* contra o senhorio para que este intente contra o terceiro a respectiva *acção real*.

Ora, se o senhorio é um particular, quem sofre as consequências da incomoda morosidade desta mecânica jurídica são apenas dois particulares, aos quais este contratempo sucederá uma ou duas vezes, por acaso. Portanto, isto não parece ser razão decisiva que convença o Pretor a intervir no sentido de permitir ao arrendatário defender-se, directamente, contra terceiros, sem intervenção do senhorio.

Porém, se o senhorio é o Estado, a questão apresenta-se bem diferentemente.

Uma vez divulgado o sistema de arrendar terrenos públicos para edificar e, em consequência disso, tornado o Estado senho-

rio de numerosíssimos arrendamentos, seria absurdo que o mesmo Estado fosse colocado na contingência de ser, talvez, diàriamente, accionado pelos seus arrendatários para, por sua vez, accionar terceiros em proveito dos mesmos arrendatários.

Agora, sim, que o Pretor intervenha no sentido de libertar o Estado dum encargo bastante desagradável e nada em harmonia com as suas atribuições.

Tudo se resolverá com mais celeridade, menor dispêndio e menos incómodo — como, aliás, se resolveu — através de uma protecção judiciária de carácter real — a concessão de um *interdictum* ou uma *utilis actio in rem* — criada e posta, directamente, nas mãos daquele que construiu em terrenos do Estado.

b) — Mas há mais uma razão, e esta bem forte, que nos convence que o instituto só se estendeu aos terrenos particulares depois de deslocado para o domínio dos direitos reais.

O arrendamento de terrenos particulares, para edificar, colocava o arrendatário numa situação tão precária e arriscada que ninguém desejaria, por certo, ver-se metido nela. A alienação do terreno arrendado bastaria, por si só, para que o arrendatário perdesse, em proveito do novo proprietário, tudo quando gastara com a edificação, o mesmo é dizer a própria edificação.

Portanto, a *locatio* de terrenos particulares *ad aedificandum*, lógicamente, só pode ter surgido e ter-se generalizado depois que o Pretor criou o interdito *de superficiebus*, quer dizer, depois que ao superficiário foi reconhecido um verdadeiro direito real de gozo sobre a *superfície* levantada em prédio alheio».

7. — De tudo quanto atrás ficou dito, parece poder concluir-se :

— Inicialmente só em relação aos terrenos do Estado deve ter surgido e se deve ter generalizado o costume de arrendar para construção. A *locatio ad aedificandum*, nesta primeira fase, situa-se, como vimos, apenas no domínio dos direitos de crédito.

— Em seguida, e por obra do Pretor, o instituto deslocou-se do domínio dos direitos de crédito para o domínio dos direitos reais. Isto verifica-se — já o dissemos — num período histórico

em que a *locatio ad aedificandum* continua a incidir apenas sobre terrenos públicos.

— Finalmente, consolidada a ideia de que o arrendatário é senhor de um verdadeiro *ius in re aliena*, generaliza-se também aos terrenos particulares o uso de arrendar *ad aedificandum* e o direito de superfície vem a constituir, nos seus moldes definitivos, um instituto aplicável, igualmente, a terrenos públicos como a terrenos particulares.

Saber agora, quais os moldes definitivos do instituto, depois de transplantado este para o domínio dos direitos reais, é o que vamos procurar em seguida.

§ 2.º — Estudo dogmático do direito de superfície segundo o direito romano.

8. — *Fontes do direito de superfície.* Uma vez sabido como surgiu e se desenvolveu o direito de superfície até atingir a sua configuração definitiva, cabe agora fazer o estudo da sua estrutura íntima, isto é, fazer o seu estudo sob o ponto de vista dogmático.

Seguindo esta ordem de ideias, o primeiro problema a abordar é, como é evidente, o de saber por que modos pode constituir-se ou, mais simplesmente, quais as suas fontes?

Do que vai dizer-se de seguida uma conclusão se impõe: O direito de superfície nunca derivou dum negócio jurídico próprio, específico.

O direito de superfície foi sempre, por assim dizer, um filho bastardo do *ius civile*; uma situação de facto que o Pretor entendeu dever proteger no sentido de esbater a excessiva rigidez da *accessio*, mas a quem o *ius civile* sempre se recusou conferir foros de cidadania.

Os textos romanos indicam, mais ou menos claramente, conforme os casos, os negócios jurídicos usados para constituição do direito de superfície.

Se recordarmos que foi em consequência do arrendamento do *ager publicus* que o direito de superfície se formou, nada custa a acreditar que a *locatio conductio* fosse, em regra, a fonte daquele direito.

Efectivamente, todos os textos clássicos conhecidos, que a ela se referem, tomam como típico o caso de alguém levantar construções em terrenos, para o efeito, arrendados.

Assim, segundo Paulo, superficiário é aquele *qui in conducto solo superficiem imposuit*. Gaio chama *Superficiarias aedes, quae in conducto solo positae sunt* (D. XLIII, 18, 2).

O próprio Edito do Pretor concede um interdito àquele que está no gozo de uma superfície *ex lege locationis sive conductionis* (D. XLIII, 18, 1 pr.).

Até a própria prestação anual — *solarium* — paga ao proprietário, outra coisa não pode significar senão uma *renda* paga pela utilização do solo.

Além da *locatio-conductio* parece certo que também a *ocupaçã*o não pode deixar de ser considerada fonte do direito de superfície.

O Digesto, prevenindo a hipótese de alguém edificar em terreno público *nemine prohibente*, prescreve que, aquele que assim procedeu, não fica obrigado à demolição; assume, relativamente à obra, a posição jurídica de superficiário, mas pagará ao Estado, a título de vectigal, o respectivo *solarium* anual.

Pelo que à *compra e venda* diz respeito e apesar da opinião controvertida de alguns autores, parece dever aceitar-se que também este negócio jurídico — a *emptio-venditio* — era fonte do direito de superfície, senão desde o Edito perpétuo, pelo menos a partir de Ulpiano.

Um texto deste, transcrito no Digesto (XLIII, 18, 1, 1), diz: *Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem ex conducto, si emit ex empto agere cum domino soli potest.*

Quer dizer: em qualquer das duas hipóteses no texto figuradas, ao superficiário fica sempre assegurada uma acção civil contra o *dominus* — a *actio conducti* ou a *actio empti*, conforme o direito de superfície resulta de um arrendamento ou de uma compra e venda.

Porém, contra a admissibilidade da compra e venda como fonte do direito de superfície, diz-se que o texto referido — apesar de tão claro — está interpolado, ou que é o resultado de uma confusão aliás correntia, entre a compra e venda e o arrendamento.

mento a longo prazo ou, ainda, que o Edito do Pretor só fala em conceder a protecção real àquele que está no gozo da superfície *ex lege locationis sive conductionis*.

Ora, a verdade é que, nem o texto se pode ter como interpolado, nem a referência feita pelo Edito se deve qualificar de taxativa. Mesmo que o fosse, não deveríamos esquecer que, entre a redacção do Edito perpétuo e a época de Ulpiano, já a compra e venda era admitida entre as fontes do direito de superfície, muito embora o não fosse ainda na época do Edito, um século atrás.

Assim, o proprietário recebe uma renda anual quando concede o direito de superfície por via de um arrendamento; se conferiu esse direito pela compra e venda, assim receberá também do superficiário, e por uma só vez, um *pretium* que é o equivalente económico do direito transferido.

Serão admissíveis, perguntamos ainda, outros modos de constituição do direito de superfície? A doação, o legado, a usucapio, como formas de transmissão de direitos reais, também poderiam ser modos de aquisição ou constituição daquele direito?

Embora não repugne aceitar que o fossem, a verdade é que não há a certeza de que, através de tais meios, o direito de superfície pudesse também constituir-se.

Um texto do Digesto (XLIII, 18, 1, 7), *sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit*, que é costume usar-se em abono da solução afirmativa quanto à doação e quanto ao legado, refere-se tão somente à *alienação* de um direito de superfície e não à constituição desse mesmo direito.

9. — *Objecto do direito de superfície*. Quais serão as coisas que, implantadas no solo alheio por forma permanente, podem ser objecto do direito de superfície?

Pelo que às construções urbanas diz respeito o problema não levanta qualquer dificuldade. Foi a partir delas que o instituto surgiu e se desenvolveu, o que prova, afinal, que elas constituíam, por assim dizer, o objecto essencial do direito de superfície.

Tanto isto é verdade que as fontes romanas, quando falam no direito de superfície apontam sempre, como exemplo, uma construção: *aedes, aedificium, insula...*

Se as construções urbanas eram, como dissemos, o objecto primordial do direito de superfície, isso não significa, de modo algum, que fossem o seu objectivo exclusivo.

As plantações com carácter permanente também podem ser objecto do direito de superfície, segundo a opinião quase unânime dos romanistas.

Agora, uma hipótese especial àcerca da qual os autores não estão de acôrdo: poderá constituir objecto do direito de superfície o andar superior de uma casa, pertencendo a propriedade dessa casa a outra pessoa?

Schmidt, e outros autores, servindo-se de um argumento histórico — o facto de o direito de superfície ter surgido da *locatio soli ad aedificandum* — negam tal possibilidade.

Dizem assim: O direito de superfície é um direito real de gozo sobre uma coisa construída em *solo alheio*; ora, quem constrói sobre um edifício já existente, não constrói, como é evidente, sobre *solo alheio*. Daí negarem que o *caenaculum* pudesse constituir objecto do direito de superfície.

O argumento, como se vê, não tem uma força irrespondível. Quando muito, provará talvez que, inicialmente, o direito de superfície não podia recair sobre um andar de uma casa; mas o que de modo algum não demonstra é que, posteriormente, já depois do instituto ter adquirido a sua configuração completa e definitiva, não pudesse ter esse objecto.

Uma passagem do Digesto (XLIII, 17, 3, 7), a propósito do interdito *uti possideti*, na sua mais correcta interpretação, abona a solução afirmativa, aliás a mais razoável.

10. — Direitos e obrigações:

A — Do superficiário;

B — Do proprietário.

A — Procuraremos agora determinar quais os direitos e obrigações do superficiário, bem como os direitos e obrigações do proprietário.

A mais importante das obrigações impostas ao superficiário é o pagamento por uma só vez, ou periódicamente, conforme os

casos, duma dada soma que é, afinal, o equivalente económico do direito conferido pelo proprietário do solo ao titular da superfície.

Quer se trate de uma prestação única — *pretium* — no caso do direito de superfície derivar de uma compra e venda, quer de uma prestação periódica anual — *solarium* — quando aquele direito resulta dum arrendamento ou de ocupação, quer num, quer noutro caso, repetimos, o superficiário pagará sempre ao proprietário do solo o direito que este lhe conferiu.

Nestas hipóteses em que é devido o *solarium*, transmitida a superfície quer por acto inter-vivos, quer mortis-causa, transmitida fica, também, a obrigação do pagamento daquele encargo, o que dá ao *solarium* o carácter dum ónus real ambulatório.

A obrigação de pagar o *pretium* ou o *solarium* acrescem, ainda, para o superficiário, as obrigações de conservar convenientemente a coisa que em nome alheio possui, bem como pagar os impostos e outros encargos que pesam sobre o solo em que a superfície se encontra.

Um direito que ao superficiário assiste é o de usar e fruir a superfície como melhor lhe aprouver, sem outras limitações além daquelas que lhe são impostas pela própria natureza do seu direito.

Se é certo que não pode alienar a coisa, objecto do seu direito — esse poder pertence ao proprietário, e o superficiário é um mero detentor de coisa alheia — pode, livremente, transmitir o seu *ius utendi* e o seu *ius fruendi*, quer por acto inter-vivos, quer mortis-causa.

Assim como pode alienar, melhor pode o superficiário onerar o seu direito com quaisquer encargos. Pode dá-lo em penhor ou constituir sobre ele uma servidão, etc., direitos estes que, porque incidem sobre o direito de superfície e não sobre a coisa em si mesma, se extinguem logo que o direito de superfície atinge o seu termo.

Se não pode alienar a própria coisa, é evidente que também não pode destruir nada que dela faça parte e muito menos a mesma coisa: o *ius abutendi*, que se confunde com a essência do direito de propriedade, só pertence ao verdadeiro proprietário.

Vimos que só a partir de um certo momento histórico o Pretor

permitiu ao superficiário defender directamente o seu direito contra o esbulho ou contra perturbações provenientes de terceiros, concedendo-lhe o interdito de *superficiebus* e uma *utilis actio in rem*.

Mas quais as condições necessárias e em que medida atribuiu o Pretor tal direito, sem dúvida o mais importante, ao superficiário?

Para que conserve todo o sabor que a fórmula latina encerra, vamos transcrever a respectiva passagem do Edito: *Uti ex lege locationis sive conductionis, superficie, qua de agitur, nec vi nec clan nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*.

Estudemos primeiro o interdito, ou seja, a primeira parte da passagem transcrita.

Se confrontarmos o interdito de *superficiebus* com o interdito *uti possidetis*, logo nos apercebemos dos traços comuns entre eles existentes: Ambos são concedidos sob forma proibitiva: — *vim fieri veto*; os dois admitem a *exceptio vitiosae possessionis*, pois só são conferidos àquele que detem a coisa *nec vi nec clan nec precario*, donde resulta que um e outro têm um carácter dúplice dado que a protecção que eles encerram pode vir a ser concedida em benefício do demandado, com prejuízo do demandante.

Apesar deste paralelismo é possível, entretanto, estabelecer distinção entre os dois interditos.

Do confronto das respectivas fórmulas ressaltam duas diferenças capitais:

Se o interdito *uti possidetis* se aplicar a uma edificação, ele abrange não só a própria edificação como ainda o solo sobre que ela existe. Pelo contrário, o interdito de *superficiebus* protege tão somente o direito de superfície, isto é, a edificação, sem se preocupar com o solo.

Além disso, o fundamento do interdito *uti possidetis*, como o nome indica, reside na posse da coisa, considerada essa posse no seu sentido rigoroso e jurídico, ao passo que o fundamento do interdito de *superficiebus* está naquela posição jurídica do superficiário que nós traduzimos por um *frui ex lege locationis* ou seja, aquele poder gozar e fruir uma superfície, nos termos e

condições estabelecidas num contrato que, na hipótese, se presume ser a *locatio conductio*.

Retomando a primeira parte da passagem do Digesto, transcrita acima, dela resulta que ao superficiário será concedido o interdito *de superficiebus*, quando :

— Ele detenha um *frui*, isto é, um poder de gozar e fruir uma «superfície»;

— Esse poder não seja viciado, quer dizer, seja *nec vi nec clan nec precario*;

— Esse poder de gozar e fruir a superfície seja exercido nos precisos termos do contrato — *ex lege locationis sive conductionis*, como diz o texto.

Da segunda parte da transcrição já referida, bem como da sua interpretação devida a Ulpiano e inserta no Digesto (XLIII, 18, 1, 3) segundo a qual *quod ait praetor si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio, et sane causa cognita ei, qui non modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit*, resulta que a *actio utilis in rem* só será concedida àquele a quem o direito de fruir e gozar a superfície foi outorgado *ad nom modicum tempus*. Quer dizer: só àquele que arrendou a longo prazo, bem como ainda ao que adquiriu, em definitivo, por compra, o direito de superfície, o Pretor concederá esta protecção.

Necessário se torna também que exista uma *causae cognitio*, isto é, que dos termos do contracto resulte que a intenção das partes fora criar um direito de superfície e não apenas outorgar um arrendamento vulgar.

Esta acção real que o Pretor concede como *actio utilis* não é outra senão a *reivindicatio*, mas esta concedida como simples *actio utilis*, o que quer dizer que deixa de ser uma acção civil para ser simplesmente uma acção pretoriana e, como tal, susceptível de ser atacada por excepções processuais *in factum conceptae*, o que não sucederia se ela não perdesse a sua natureza civil.

Se ao superficiário é concedida a *reivindicatio* nos termos

expostos, então também lhe será permitido recorrer, útilmente, às demais medidas de protecção judiciária que o *ius civile* e o *ius praetorium* concedem ao proprietário. Pode lançar mão da *actio confessoria* se deseja obter o reconhecimento judicial das servidões constituídas em proveito da superfície. Se pretende a divisão ou a partilha da coisa, objecto do direito de superfície, poderá requerer a *actio communi dividundo* ou a *actio familiae erciscundae*.

Na hipótese de indevida espoliação tem ao seu dispor o *interdictum de vi*. Finalmente, pode socorrer-se da *actio publiciana*, exigir a *cautio damni infecti* e exercer a *operis novi nuntiatio*.

B — Pelo que aos direitos e obrigações do proprietário respeita, tudo se reduz à aplicação do princípio *superficies cedit solo*, segundo o qual, como dissemos, o proprietário é senhor não só do solo como ainda da superfície em si mesmo considerada.

Como tal tem à sua disposição a acção civil da *reivindicatio* que pode exercer contra quem quer que seja, não só a propósito do solo como também da superfície.

Pode ainda pedir ao Pretor que lhe conceda a protecção interdital e todas as demais medidas de defesa judicial a que tem direito como proprietário e possuidor do solo e da superfície.

Sobre o proprietário recai a obrigação de não perturbar o livre *re frui licere* do superficiário tal qual este foi estabelecido no contrato entre ambos celebrado; e indemnizará este de perdas e danos quando o direito de superfície se extinguir e a coisa lhe fôr definitivamente entregue.

Finalmente, sobre o proprietário e sobre o superficiário recai a obrigação de prestar, a terceiros, a *cautio damni infecti* se a superfície ameaça ruína e dela pode resultar risco iminente de dano para os prédios vizinhos.

11. — *Extinção do direito de superfície*. Para completar o estudo do direito de superfície em face do direito romano restamos determinar as causas da sua extinção.

Vimos que o direito de superfície podia resultar de um contrato de arrendamento e dissemos, até, que este era a sua fonte normal. Forçoso é concluir, portanto, que o direito de superfície

se extingue logo que o período de tempo durante o qual o arrendamento foi estipulado atinge o seu termo. Este será o seu modo normal de extinção.

Das obrigações que sobre o superficiário recaem sobressai, como dissemos, a de pagar o *solarium* ou o *pretium* e o não pagamento de um ou de outro, durante um certo lapso de tempo, constitui um outro modo de extinção do direito de superfície.

Sendo o direito de superfície um *ius in re aliena*, logo que na mesma pessoa se confundem por qualquer modo de sucessão ou transmissão inter-vivos ou mortis-causa as qualidades de titular da propriedade e da superfície, automaticamente desaparece aquela qualidade específica do direito de superfície e automaticamente também este direito deve extinguir-se.

Pode suceder ainda, que a coisa ou o objecto do direito de superfície desapareça ou se destrua. Ora, porque se trata de um *ius in re*, a destruição do seu objecto material não pode deixar de importar, pelo menos em princípio, o termo do direito do superficiário.

Isto não quer dizer, porém, que o superficiário não possa, em caso algum, fazer surgir de novo o seu direito, reconstruindo a coisa destruída. Tudo depende, como é evidente, das cláusulas constantes do contrato: Se não foi clausulado que o superficiário pode refazer a coisa desaparecida, então, o seu direito que por momentos parece que se extinguiu por carência de objecto, renascerá; se, pelo contrário, se estipulou que a reconstrução não pode ter lugar ou se nada se disse e não é de admitir o consentimento tácito do proprietário para nova construção, a extinção do direito de superfície será definitiva.

Muito discutida é ainda a questão de saber se o abandono ou o não uso da coisa durante um certo lapso de tempo, importará extinção do direito de superfície. Segundo as melhores opiniões, quer numa, quer noutra hipótese, o direito de superfície não se extingue.

*

Analisámos, através das passagens mais impressivas do textos romanos e através dos trabalhos de alguns dos mais ilustres juris-

tas que ao estudo do assunto se têm dedicado, a figura do direito de superfície.

Fomos surpreendê-la no momento em que ela não era mais do que, por assim dizer, um aspecto do direito de propriedade e por este quase inteiramente absorvida.

Verificámos, depois, quais as razões determinantes que levaram o direito de superfície a adquirir uma feição própria e por obra de quem este instituto se autonomizou até atingir a plena e perfeita configuração que lhe conhecemos.

Ao mesmo tempo que assim procedíamos, iam progredindo também na sua análise e surpreendendo as suas características mais salientes, de tal sorte que se nos torna fácil traduzir agora, numa fórmula breve, aquilo que, sem dúvida, muitos anos esperou antes que pudesse revelar-se e muitos anos aguardou também até que lhe fosse outorgada uma tutela jurídica própria e reconhecida uma existência livre e autónoma.

Propuzemos no princípio do nosso estudo, por o julgarmos indispensável, um conceito do direito de superfície. Não ambicionámos que ele fosse um conceito rigorosamente científico, perfeitamente válido no espaço e no tempo, antes desejámos apresentar uma fórmula, embora aproximada, que nos auxiliasse no nosso trabalho.

Chegámos, assim, ao fim desta primeira fase do nosso estudo e se quisermos confrontar aquele conceito com o resultado a que chegámos, verificaremos que aquela noção, que tão preciosa nos foi, está longe de nos poder servir para definir o instituto do direito de superfície tal como o direito romano o concebeu e criou.

Segundo ele, o direito de superfície pode definir-se como sendo um direito real que consiste na faculdade de gozar e fruir, mediante determinada retribuição, uma construção ou plantação permanentes, existentes em terreno alheio e que pertencem em propriedade ao dono desse terreno.

Porventura nos desviámos um pouco doutras noções adrede formuladas. No entanto, não hesitámos em fazê-lo por nos vencermos ser o conceito por nós seguido aquele que, congregando todos os elementos essenciais do instituto, melhor o define.

CAPÍTULO II

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NOS SISTEMAS JURÍDICOS PORTUGUESES

§ 3.º — *O direito de superfície no direito germânico e medieval*

Esta longa evolução continua-se nos sistemas legislativos dos povos bárbaros, mas esta evolução opera-se num sentido divergente daquele que lhe conhecemos no direito romano, devido ao maior merecimento que era reconhecido ao esforço do homem e a uma mais justa e equitativa conciliação entre a propriedade do solo e a propriedade das coisas que nele se incorporavam.

Destas duas ordens de considerações resultou que o direito germânico atribuiu, ao inverso do direito romano, a propriedade das construções ou plantações ao superficiário, transformando assim o sentido daquele rígido princípio romanístico, segundo o qual *superficies solo cedit*, de molde a aproximá-lo deste outro princípio, sem dúvida menos egoísta e mais equitativo, *solum superficiei cedit*.

Acrescia ainda que certas necessidades de ordem prática militavam no sentido de ser dado ao direito de superfície uma maior amplitude, a fim de não entravar o desenvolvimento das construções urbanas.

Recordemos que durante a Idade-Média o domínio feudal e o não menos vastíssimo domínio eclesiástico — senhores exclusivos e privilegiados das terras e das riquezas — se opunham, pela sua estrutura jurídica própria, à imperiosa necessidade de construir resultante do aumento sempre crescente da população.

Ora a resultante destas duas poderosas forças contraditórias não podia ser outra senão uma brecha na inalienabilidade das terras feudais e eclesiásticas, através da qual a urgente necessidade de construir encontrasse satisfação. Assim, e sob o impulso desta necessidade, nomeadamente alguns estatutos italianos da Idade-Média chegaram ao ponto de inverterem a força do princípio romanístico da acessão imobiliária neste outro princípio — *solum superficiei cedit*.

§ 4.º — *O direito de superfície no direito civil francês anterior à Revolução, e nos vários sistemas legislativos modernos.*

No antigo direito civil francês admitia-se uma modalidade especial do direito de superfície, usada sobretudo na Bretanha, segundo a qual o proprietário concedia a superfície cultivável do solo a um colono chamado *domanier*, que lhe pagava uma renda equivalente ao preço de um arrendamento e se acaso edificasse ou plantasse sobre o terreno que lhe fora arrendado era-lhe reconhecida a propriedade dos superfices, isto é, das construções ou plantações que houvesse feito.

Porém, apesar desta longa tradição histórica, nem o Código Civil Francês, que o não aboliu, nem os outros Códigos modernos, que aquele tomaram para modelo, referem expressamente o direito de superfície.

Isto não quer dizer que esses Códigos regeitassem pura e simplesmente um instituto de tão antiga tradição, mas o pouco valor que lhe reconheceram está muito àquém da sua importância real.

Assim, o Código Civil Espanhol e a Lei hipotecária lhe fazem referências, bem como o Código Civil Francês, que no art. 553.º implicitamente lhe faz alusões — referências e alusões estas que a doutrina e a jurisprudência dos dois países se encarregam de completar.

Outros países, porém, levados por fortes razões que noutro lugar teremos ocasião de produzir, enveredaram pelo caminho da sua regulamentação legislativa: uma lei austríaca sobre o direito de superfície, de 26 de Abril de 1912; na Alemanha, um regulamento sobre o direito de superfície, de 15 de Janeiro de 1919, confirmado por uma lei de 4 de Março desse mesmo ano, regula este instituto com todo o detalhe; no direito belga, uma lei de 10 de Janeiro de 1924, regula-o também; o novo Código Civil Chinês, promulgado em 24 de Setembro de 1929, definindo-o no art. 832 como sendo: «O direito de utilizar a propriedade de outrém, para nela ser proprietário de construções ou outras obras, de plantações de bambús ou árvores», é o único Código que largamente regula o direito de superfície.

§ 5.º — O direito de superfície no direito português

Só muito recentemente o legislador português tomou posição definida em relação ao problema do direito de superfície.

Até à lei n.º 2.030, de 22 de Junho de 1948, quase se pode afirmar que o nosso legislador se alheou completamente deste problema, pois só uma ou outra disposição isolada da lei a ele se refere: a lei de 9 de Julho de 1773 que, nos seus §§ 11.º, 17.º e 26.º, o reconhecia relativamente a construções, árvores e plantações; e a segunda parte do art. 2.308.º do actual Código Civil que a doutrina e a jurisprudência dos nossos tribunais têm já entendido como sendo uma disposição reguladora dum caso particular daquele direito.

Esta última disposição citada diz-nos, por si só, muito pouco acerca do direito de superfície e por isso é que a nossa jurisprudência e a doutrina se vêm por vezes embaraçadas quando, a propósito de um caso concreto, têm de fazer a sua construção teórica dentro dos quadros do direito de propriedade.

Sem uma base legal sólida na qual a doutrina e a jurisprudência se apoiem, não é de admirar que aos diferentes aspectos do problema tenham sido dadas as mais variadas soluções, nem sempre com vantagem para o desenvolvimento do instituto.

Assim é que começa logo por não haver unidade de pontos de vista sobre qual seja a natureza jurídica do direito de superfície, como muito discutido é também o problema de saber qual seja o seu conteúdo.

Depois, pode perguntar-se: Quais os seus modos de constituição? Qual o seu objecto? Quais os direitos e obrigações do superficiário, etc., etc.? Tudo perguntas cujas respostas são mais ou menos discordantes conforme as correntes doutrinárias e jurisprudenciais ou até as simpatias dos autores.

Não é de admirar, por conseguinte, que o legislador, encarando o problema de frente, se propusesse dar-lhe uma solução. E a solução encontrada não podia deixar de ser senão aquela que, segundo o seu modo de ver, melhor se harmonisasse com as correntes dominantes acerca dos problemas levantados e desse ao mesmo tempo satisfação a prementes razões de ordem económica e social e até a certas considerações de ordem urbanística.

Efectivamente, verifica-se que o nosso legislador se colocou ao lado não só do pensamento mais moderno da doutrina, mas também das soluções mais recentes que para o assunto foram encontradas pelo legislador dos outros países.

Com isto não queremos significar — note-se bem — que o legislador da lei n.º 2.030 se limitou a reproduzir nesta aquilo que lá fora foi pensado e legislado: o que afirmamos é tão somente que o nosso legislador encontrou para o problema soluções em parte muito semelhantes às encontradas pelo legislador estrangeiro, determinadas sem dúvida por considerações e propósitos idênticos que a ambos se impuzeram.

O grave problema da crise da habitação determinada pelo aumento sempre constante do movimento demográfico, particularmente em relação aos grandes centros populacionais, levou em alguns países a adoptar uma série de medidas tendentes, senão a resolvê-lo completamente, pelo menos a reduzir a sua acuidade às menores proporções possíveis.

Entre nós, já o dissemos, o mesmo se verificou.

Se é certo que as providências adoptadas podiam, porventura, ser alargadas de molde a facilitar ainda mais, e em condições vantajosas, a construção de casas de habitação, contentou-se o legislador em admitir a constituição do direito de superfície somente em relação a certos terrenos, quando é certo que também os terrenos dos simples particulares podiam e deviam ser affectados directamente à construção de casas de habitação sem necessidade da variante da sua prévia expropriação. Bastava que se legislasse no sentido indicado salvaguardando-se os justos e legítimos interesses dos proprietários desses terrenos sem esquecer os interesses daqueles que pretendem fazer construções.

Ainda se não chegou à solução que se nos afigura a mais razoável e a mais consentânea com os imperativos resultantes do acréscimo populacional e das concepções urbanísticas, em parte, devido à circunstância de só recentemente estes imperativos terem actuado de forma mais vincada e, em parte, por uma longa tradição individualista da propriedade que em larga medida se tem oposto e prevalecido sobre a sua função social. Esta função que já largas brechas abriu naquela tradição ainda se não apresentou

aos olhos do legislador com força bastante para motivar uma solução em harmonia com as necessidades.

A experiência ditará, por certo, o momento em que essas necessidades virão a ser convenientemente satisfeitas mediante o alargamento do direito de superfície aos terrenos dos particulares.

A importância prática da superfície é maior do que à primeira vista pode supor-se e manifesta-se especialmente pelo serviço que presta ao problema da pequena habitação.

Conceder a faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, tem as múltiplas vantagens de evitar a especulação com edifícios e terrenos, de facilitar o aumento do valor do solo em favor do proprietário e, em certos casos, permitir o único aproveitamento de que ele é capaz, tornar possível exercer influência sobre a maneira de construir, e dar às classes operária e média a possibilidade de possuírem lares próprios.

Estes os principais benefícios que resultam do direito de superfície, estas as razões determinantes da sua regulamentação legislativa, cuja falta se opunha a um desenvolvimento mais amplo desta moderna e tão antiga instituição. Benefícios e determinantes que hão-de acabar por se impôr ao legislador e levá-lo a desenvolver e ampliar o instituto até ao limite da sua plena eficácia.

CAPÍTULO III

REGIME JURIDICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE, SEGUNDO A LEI N.º 2.030, DE 22 DE JUNHO DE 1948

§ 6.º — *Conceito legal do direito de superfície*

12. — Porque, pela primeira vez, este instituto aparece na nossa legislação, entendeu o legislador, e muito bem — aliás seguindo na esteira de uma orientação não isenta de críticas — que era de toda a vantagem que aquele instituto se apresentasse com as noções fundamentais bem definidas (1), e daí a inserção, na

(1) Parecer da Câmara Corporativa.

lei, do art. 21.º, que define o direito de superfície, como sendo: «O direito real que consiste na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária».

Da noção assim formulada parece depreender-se que o direito de superfície vem a ser, afinal, a faculdade reconhecida a um indivíduo de construir e manter um edifício em chão ou terreno alheio, edifício cuja propriedade pertence àquele que edificou sem que, por conseguinte, o seu direito de propriedade seja ou possa ser absorvido pelo direito do proprietário do terreno onde a edificação se fez, e sem que, por outro lado, o direito deste seja ou possa ser incorporado no direito daquele.

Efectivamente, e de harmonia com o regime jurídico da acessão imobiliária, aquele que, nas condições do art. 2.306.º do Código Civil, possuindo, em nome próprio, um terreno alheio com boa-fé e justo título, edifica nesse terreno, ou perde em proveito do dono deste a propriedade da edificação ou ganhará, para si, o terreno onde a edificação se encontra, conforme um ou outro for de maior valor, precedendo sempre, é claro, a respectiva indemnização calculada segundo o modo fixado no mesmo artigo.

Numa terceira hipótese, ou seja, quando o valor da construção for igual ao valor do terreno, ainda um dos proprietários perderá, ou pode perder, em favor do outro, o seu direito por virtude de licitação que entre ambos haverá.

Se, porém, a edificação tiver sido feita nas condições do art. 2.307.º na alternativa aí admitida, o proprietário das obras ou edificações será despojado delas em proveito do dono do terreno, pagando, bem entendido, ou o valor dos materiais ou o valor das obras ou edificações feitas, como mais quiser.

De todas as hipóteses figuradas, excepção feita à última, que só ao dono do terreno é aplicável, resulta que um dos proprietários verá o seu direito acrescentado do direito que ao outro pertencia.

Ora, é precisamente para afastar a aplicação destes princípios legais da acessão, que o legislador introduziu, propositadamente, no art. 21 da lei n.º 2.030, a parte final que, em nosso entender, não era necessária ou essencial à definição do insti-

tuto, sem deixarmos de reconhecer, entretanto, a sua conveniência. Em face, portanto, do art. 21.º, para a existência do direito de superfície dois requisitos são necessários: Um edifício construído por determinado indivíduo ou entidade sobre um terreno cuja propriedade pertence a outrém.

Mas, perguntamos: Serão os dois requisitos indicados suficientes para definir o direito de superfície ou, além deles, outro ou outros devem acrescentar-se e sem os quais a noção fornecida fica incompleta?

Muito embora a preocupação do legislador fosse apresentar o instituto com as noções fundamentais bem definidas, quer-nos parecer que não atingiu o seu propósito ou, se o conseguiu, o fez por forma menos perfeita.

Certo que os dois requisitos já apontados não podem desprezar-se, mas não sofre dúvidas que, além deles, outros, que a noção legal não indica, muito embora resultem da lei, devem ser acrescentados.

Parece que o legislador quis englobar no art. 21.º todos os elementos definidores do direito de superfície quando, feitas as contas, dois requisitos, também essenciais, nem expressa nem implicitamente nele se não contêm — referimo-nos à prestação monetária devida pelo titular da superfície, e ao período de duração da mesma superfície.

Entre os deveres que a lei impõe ao superficiário, destaca-se o de pagar um preço único ou uma pensão anual, em dinheiro, conforme fôr estabelecido (art. 23.º, n.º 1, alínea e)). Ora, esta retribuição monetária não pode deixar de incluir-se no conceito legal de superfície pela razão clara de que não é permitida a sua constituição a título gratuito. Se assim fosse, aquele conceito estaria correcto, mas porque assim não é, consideramo-lo imperfeitamente formulado.

Para Jossierand — Curso de Direito Civil — o direito de superfície, porque é um direito de propriedade, é, por sua natureza, perpétuo.

Sem pretender tirar o mérito a esta construção, aceitável à face do direito francês, construção que o próprio Jossierand considera, aliás, muito contestável, pois reconhece que o direito de superfície é *enfermé* em limites de tempo, não podemos perfi-

lhá-la à face do direito português não só pela consideração apontada mas, principalmente, porque a lei não consente que ele seja estabelecido por tempo indeterminado.

Este elemento temporal e a retribuição referida constituem, portanto, outros requisitos a juntar aos indicados no art. 21.º, sem os quais a figura do direito de superfície não pode rigorosamente definir-se, pois se é certo que a faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio pode ajudar a caracterizar aquele direito, certo é também que, sem os elementos apontados, podemos estar em presença do direito de superfície como podemos estar muito distantes dessa figura jurídica.

§ 7.º — *Natureza e conteúdo jurídico do direito de superfície*

13. — Divergem muito as opiniões dos autores acêrca da natureza jurídica do direito de superfície.

Para uns, o superficiário tem uma espécie de servidão ou *ius in re aliena* na superfície do prédio alheio, considerada como deslocada do solo (1).

Outros autores afirmam que se trata de uma *servitus oneris ferendi*, mera restrição ao direito de propriedade, visto que o dono do solo pode livremente dispor deste, do sub-solo e até do super-solo, em tudo que não contenda com o direito do superficiário (2).

Ambas as opiniões são erróneas; a primeira, porque não pode haver servidão sem prédio dominante, nem serviente (3); a segunda, porque o conceito de servidão não explica a propriedade do superficiário nas coisas construídas ou plantadas (4); nem a afirmação de que a superfície é uma mera restrição ao direito de propriedade, diz o mínimo que seja acêrca da natureza ou da essência do direito de superfície e, quanto a ambas as opiniões, a superfície — edificação ou plantação — consti-

(1) Chironi, *Ist. de Direito Civil*; Lomonaco, *Ist. de Direito Civil*, etc.

(2) De Ruggiero, *Ist. de Direito Civil*; Filomusi-Guelfi, *Encicl. Giur.*, etc..

(3) Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. XI.

(4) Cunha Gonçalves, *ob. cit.*

tuiria ao mesmo tempo, prédio dominante e conteúdo da servidão, o que é absurdo.

Além de que a servidão não pode ser alienada separadamente do prédio a que activa ou passivamente pertence — é inseparável desses prédios, art. 2.268 do Código Civil — e o direito de superfície, bem como o direito de propriedade do solo, podem ser transmitidos independentemente um do outro.

A doutrina dominante vê, porém, na superfície a existência de duas propriedades paralelas: a do superficiário nos superfices (edifícios e plantações) e a do proprietário do terreno, no solo (1).

Embora a doutrina dominante tenha o mérito de referir a verdadeira natureza do direito de superfície, entretanto, parecem-nos que se não trata de duas propriedades paralelas; basta verificar que uma se constitui à custa da redução ou compressão dos poderes da outra.

As múltiplas obrigações impostas ao superficiário estão em desacordo manifesto com o conceito amplo de propriedade que a corrente dominante parece querer ver na propriedade superficiária. Além disso, as relações que por virtude da constituição do direito de superfície se estabelecem entre o proprietário do solo e o superficiário, não se explicam completamente dentro do regime geral da propriedade.

Doutrina de certo modo semelhante à anterior, é a exposta por Colin & Capitant, no «Curso Elementar de Direito Civil».

Estes dois Professores de Direito, franceses, ao estudarem o problema da natureza jurídica dos direitos do superficiário e do dono do sub-solo (estes autores definem o direito de superfície como sendo «o direito que um proprietário exerce sobre a parte superior de um terreno cuja parte inferior, o sub-solo, pertence a outro proprietário» — direito que será completo ou pleno se é exercido sobre toda a superfície do solo, ou incompleto, se o superficiário não tem direito senão à propriedade de certos objectos estabelecidos de um modo permanente sobre o solo, como as plantações, as construções, ou umas e outras),

(1) Stolfi, Baudry & Chauveau, Demolombe, Planiol & Ripert, etc.

vêm neles a existência de duas propriedades distintas e sobrepostas.

Sem duvidar da existência de duas propriedades, todavia, perguntamos: Qual, e onde se situa o plano que as separa na sua sobreposição? Sendo propriedades distintas deveriam os respectivos titulares ser detentores daquele complexo de poderes materiais e jurídicos que lhe são inerentes, como parece dever concluir-se.

Não será a posição jurídica, quer do proprietário do solo, quer do superficiário, diferente da de um mero proprietário?

A própria propriedade superficiária, pela sua natureza particular, não estará dominada por princípios jurídicos que a afastam do regime geral da propriedade?

Creemos que sim. Os próprios autores referidos aceitam que «pelo menos, no caso de arrendamento, o proprietário territorial tem o direito de fazer cessar o estado de coisas criado pelo arrendamento...». O que parece querer dizer que o superficiário não é um proprietário normal. E mais ainda: esta faculdade, reconhecida ao proprietário de, em qualquer momento, poder fazer cessar o direito de superfície, confere a este direito uma duração que nada tem de perpétua, ao contrário do que afirmam aqueles autores e como é próprio do direito de propriedade.

No nosso antigo direito considerava-se já a superfície como uma propriedade imperfeita ou domínio menos pleno (1).

Esta doutrina é, dentre todas as doutrinas expostas, mesmo das que no direito de superfície vêm um direito de propriedade, aquela que melhor se harmoniza com o conceito do instituto e com os poderes que ao superficiário são reconhecidos.

Uma vez construído o edifício, goza o superficiário da faculdade de o manter, como seu, durante um período de tempo mais ou menos longo, sem correr o risco de ser dele despojado (a não ser em casos especiais), isto é, comporta-se em relação a ele e para com terceiras pessoas como um verdadeiro proprietário. Mas, do condicionalismo que a lei cria para o exercício do seu direito e das limitações que reduzem o conteúdo deste

(1) Cunha Gonçalves, vol. XI, autor aí citado.

à fruição (1) de algumas — não de todas — das faculdades que definem a propriedade, a superfície não pode deixar de ser senão, e apenas, uma propriedade imperfeita, tal como a define o art. 2.187.º do Código Civil. Aliás, o art. 21.º, alínea 3.ª, da lei n.º 2.030, quando diz que o direito de superfície constitui propriedade imperfeita, mais não faz do que enquadrá-lo no lugar que lhe cabe dentro das grandes instituições do direito privado, definindo a sua verdadeira natureza.

Seria este, talvez, o momento oportuno de fazer o estudo do conteúdo ou objecto jurídico do direito de superfície. Porém, como este problema se liga intimamente com outro — o problema dos direitos e obrigações do superficiário — entendemos dever deixar aquele em aberto para quando fizermos o estudo deste último.

§ 8.º — *Objecto do direito de superfície*

14. — Qual o objecto do direito de superfície?

Já noutro lugar dissemos que a superfície podia ser entendida num sentido suficientemente amplo, por maneira a abranger tudo aquilo que, estando apoiado no solo por forma permanente, dele se eleva: construções, árvores e plantações.

Assim era já no direito romano, e o mesmo sucedia no direito germânico e medieval.

Em muitos sistemas jurídicos modernos — francês, espanhol, belga, alemão, chinês, etc. — o objecto material do direito de superfície não se confina somente a uma dada espécie de construções bem definida e caracterizada, mas a uma generalidade mais ou menos ampla, como abrange ainda, plantações e simples árvores.

No direito português anterior à lei de 22 de Junho de 1948, também a doutrina, e a jurisprudência dos nossos tribunais, reconheciam que a superfície podia abranger as construções, as árvores e as plantações.

A lei n.º 2.030, porém, não só eliminou do objecto do direito

(1) Empregamos aqui a expressão no seu significado genérico, amplo e não em sentido técnico-jurídico.

de superfície as árvores e plantações, como tomou posição definida quanto às construções que podem ser objecto daquele direito. Efectivamente, diz-se no art. 21.º: Direito de superfície é a faculdade de implantar e manter «edifício» próprio em chão alheio... Isto parece mostrar desde logo que não pode constituir objecto do direito de superfície toda e qualquer construção, mas sòmente certas construções. Quais ?

Será que aqui à expressão «edifício» queira a lei atribuir a mesma significação que à palavra «edificação» é atribuída no direito alemão (1), por forma a abranger não só os edificios pròpriamente ditos, como ainda as pontes, diques, muros, fontes, etc. ?

Sem dúvida que não. A palavra edificação tem um significado etimológico genérico e técnico-jurídico próprio, que o legislador por certo não desconhecia, e a circunstância de a substituir sempre pela palavra edificio não pode significar outra coisa senão que não quis dar a esta última um sentido vulgar e genérico mas sim o sentido rigoroso e jurídico.

Mas, insistimos: Se é de repelir a equação «edifício=edificação», pretenderão o legislador e a lei que o termo edificio tenha o significado dos arts. 374.º, 2.325.º e outros, do Código Civil ? Nestes artigos já se não fala em edificação, e como se fala antes em edificio podia parecer que tínhamos encontrado o sentido rigoroso e legal da expressão usada na lei n.º 2.030. Basta um ligeiro reparo para verificarmos que tal conclusão é apressada: da simples leitura daquelas disposições do Código Civil é fácil concluir que edificio é, afinal, ainda o mesmo que edificação.

Porém, se lermos agora os arts. 2.314.º, 2.327.º e 2.335.º do mesmo Código, diferente conclusão se nos impõe: edificio está nestes artigos empregado no seu significado rigoroso, abrangendo só aquelas construções que, estando alicerçadas no solo, o limitam por todos os lados, incluindo o espaço aéreo correspondente, por meio de telhado ou qualquer cobertura (2).

Do confronto destas disposições do Código Civil com os pre-

(1) Ennecerus, Kipp e Wolf, *Tratado de Direito Civil*, vol. III.

(2) David A. Fernandes, *Lições de Direito Civil* segundo as prelecções do Prof. Pires de Lima.

ceitos da lei n.º 2.030, parece resultar que nestes a palavra «edifício» está empregada no sentido rigoroso, técnico-jurídico. Será assim?

Os trabalhos preparatórios, designadamente a proposta de lei apresentada pelo Governo à Assembleia Nacional e o parecer da Câmara Corporativa e, ainda, os arts. 22.º e 23.º da citada lei (referimos só estas duas disposições legais para não alargar desnecessariamente a citação), impõem-nos a conclusão de que, realmente, a palavra edifício, usada na lei n.º 2.030, nos arts. 21.º e segs., quer dizer não toda e qualquer construção, mas só aquela que, estando directamente ligada ao solo por forma permanente, o limita por todos os lados incluindo a parte superior, por meio de telhado ou cobertura semelhante, isto é, edifício quer dizer casa para habitação ou aplicação a fins comerciais, industriais e outros equivalentes ou equiparados.

§ 9.º — *Constituição do direito de superfície*

15. — Para a constituição do direito de superfície indispensável se torna, como é evidente, a observância daquelas condições de fundo e condições de forma necessárias à validade do título constitutivo.

Constitui esta matéria princípio de direito, arts. 643.º do Código Civil e 163.º do Código do Notariado, que se tornava desnecessário repetir.

Não o entendeu, porém, assim, o legislador que, quanto à forma externa do contrato, consignou expressamente, no art. 22.º da lei n.º 2.030, a obrigatoriedade da constituição do direito de superfície mediante documento autêntico.

Isto assente, podemos perguntar: Através de que negócios ou actos jurídicos se pode constituir o direito de superfície?

O direito francês (1) admite como modo ordinário a convenção e, ainda, a aquisição por prescrição.

O direito alemão (2), depois de indicar o negócio jurídico (contrato) como fonte normal do direito de superfície, admite,

(1) Josserand, *ob. cit.*

(2) Enneccerus, *ob. cit.*

também, que este se pode constituir e manter quando um tal direito está indevidamente inscrito durante trinta anos, e o titular inscrito possuiu o imóvel durante este tempo, a título de direito de superfície a ele pertencente, isto é, mediante prescrição; como ainda aceita que pode criar-se o mesmo direito por via de uma expropriação forçada.

Esta última modalidade, muito embora os autores citados a considerem como tal, não nos parece que possa ser fonte de aquisição da superfície pois, em rigor, não é mais do que condição prévia, por vezes indispensável, da aquisição daquele direito, o que é coisa bem diferente.

Através da lei n.º 2.030 parece que a única fonte do direito de superfície entre nós admitida é o contrato de compra e venda. As disposições da lei que a esta matéria se referem — arts. 23.º, 25.º e 27.º, e ainda outros — parecem impor esta conclusão.

De facto, de nenhuma disposição da lei, nem mesmo através do seu espírito, outra conclusão parece poder tirar-se.

Ficam assim excluídas as doações, as disposições de última vontade, etc. No entanto, suponhamos que alguém construiu uma casa de habitação em terreno particular duma Câmara Municipal, sem que a sua situação se tivesse legalizado como manda a lei. Suponhamos, ainda, que essa situação se mantém durante trinta anos, prazo normal da prescrição. *Qui Juris?*

Parece logo à primeira vista que nunca esta situação se poderá consolidar mediante a prescrição, se tomarmos em conta os termos e as formalidades exigidas pela lei para a constituição do direito de superfície. Contudo, se observarmos que as relações entre o proprietário e o superficiário se situam no campo do direito privado, como se diz no parecer da Câmara Corporativa e se verifica através da própria lei, e que a prescrição quando leva à aquisição de um dado direito conduz também à perda de outro direito do mesmo conteúdo e incompatível com ele, não nos repugna inteiramente aceitar, apesar dos termos da lei, repetimos, que também entre nós a prescrição possa conduzir à constituição do direito de superfície.

Visto que a fonte normal do direito de superfície é o contrato, e como em matéria contratual domina o princípio da autonomia

da vontade — art. 672.º do Código Civil, segundo o qual «os contraentes podem ajuntar aos seus contratos as condições ou cláusulas, que bem lhes parecerem» — pode perguntar-se se no título constitutivo do direito de superfície podem os outorgantes fazer uso desta faculdade conferida pela lei. E pode perguntar-se, porque o problema apresenta certas dificuldades.

Que o direito de superfície pode constituir-se a termo, não resta a menor dúvida; parece-nos até, contra a opinião de alguns autores (1), ser o limite temporal um elemento específico deste direito.

Segundo o Código Civil Alemão o direito de superfície pode ser concedido a termo, não existindo na prática senão direitos de superfície cuja duração varia entre 50 e 100 anos, pois a limitação temporal é considerada um meio de obstar à especulação sobre as terras (2). O direito austríaco, numa orientação diferente, só permite superfícies a termo (de 30 a 80 anos) (3).

Entre nós, já o dissemos noutro lugar, o direito de superfície é um direito temporário, ou, o que é o mesmo, um direito concedido a termo.

Pelo que às condições, pròpriamente ditas, diz respeito, não se encontra na lei n.º 2.030, disposição alguma donde possa inferir-se a sua proibição, o que poderia induzir-nos a aplicar aqui o preceito do art. 672.º do Código Civil. No entanto, e apesar da falta de disposição expressa, não receamos afirmar que tais condições não são de admitir.

Deixar dependente da verificação duma condição a validade e eficácia da constituição do direito de superfície, era o mesmo que reduzir a zero a finalidade e as intenções da lei ao criar este novo instituto.

A criação do direito de superfície foi mais um meio de que o legislador lançou mão na esperança de resolver o magno problema da crise de habitação agravada com uma série de outros problemas de ordem social, económica e até moral, criando, por

(1) Josserand, Cunha Gonçalves, *ob. cit.*

(2) Enneccerus, *ob. cit.*

(3) Enneccerus, *ob. cit.*

outro lado, condições de atracção dos capitais e da iniciativa particulares.

Ora, quem se abalançaria a construir casas de habitação sem a certeza antecipada de que o seu capital e o seu esforço não ficavam dependentes da verificação dum acontecimento futuro e incerto? Como conseguiria o Estado resolver por este meio aqueles problemas, se admitisse que a sua solução ficasse dependente, também, duma circunstância eventual?

O espírito da lei, claramente dominado pelas intenções e finalidades referidas, repele, indiscutivelmente, a doutrina do art. 672.º do Código Civil, sob pena de admitirmos que a lei desfaz, com uma das mãos, aquilo que mal acabou de fazer com a outra, o que é absurdo.

Com toda a razão o «Regulamento sobre o direito de superfície», de 1919, alterou o Código Civil Alemão, proibindo as condições resolutórias, indo mesmo mais longe: «Para que esta proibição não fosse letra morta, foi até ao ponto de declarar nula a cláusula pela qual o superficiário fica obrigado, debaixo de determinados pressupostos (por exemplo, por reiterada morosidade no pagamento das rendas), a renunciar à superfície e consentir no seu cancelamento (1).

§ 10.º — *Obrigações e direitos do superficiário*

16. — Para assegurar o seu objectivo sujeita a lei o superficiário a certos deveres, que obrigatòriamente deverão constar do respectivo contrato — art. 23.º, deveres que respeitam não só à construção, características e conservação do edifício, como também aos fins exclusivos a que este se pode destinar.

Se a concessão do direito de superfície se destina a colaborar na solução da crise de habitação, mal se compreenderia que se deixasse ao superficiário a liberdade de se decidir pela oportunidade e modo de dar satisfação àquela finalidade.

Daí que o superficiário seja obrigado, nos termos do art. 23.º, a: Construir o edifício com as características e no prazo acor-

(1) Enneccerus, *ob. cit.*

dado; Conservar o edifício e suas dependências como o faria um proprietário prudente; Reconstruir o edifício no caso de destruição; Aplicar o edifício ao fim convencionado, o qual poderá ser: Arrendamento em regime de casa de renda económica ou de renda limitada; Habitação própria ou arrendamento para habitação, segundo o regime geral; Uso comercial ou industrial e outros equiparados.

Recai, ainda, sobre o superficiário, a obrigação de pagar um preço único ou uma pensão anual, em dinheiro, como fôr inicialmente estabelecido — art. 23.º

Esta alternativa bem denota a preocupação do legislador de querer afastar os possíveis obstáculos que possam opôr-se à finalidade que levou à criação do direito de superfície.

A este propósito, diz-se no parecer da Câmara Corporativa: «A modalidade de ficar o superficiário sujeito, necessariamente, ao encargo de pagar certa pensão todos os anos não será de fácil aceitação prática, e comprometeria assim a eficiência do instituto se figurasse na lei como solução obrigatória. Deste modo, ao lado de tal modalidade consignou-se outra, que certamente será a preferida — a do pagamento dum preço único. A entidade que conceder o direito de superfície caberá escolher entre uma e outra: se, como é de reear, não aparecerem pessoas a querer sujeitar-se à primeira modalidade, restará sempre a possibilidade de recorrer à segunda».

Estas são as obrigações principais a que o superficiário fica sujeito, e cujo não cumprimento importa ou pode importar, para ele, consequências económicas e materiais graves, o que não quer dizer que outras obrigações lhe não possam ser impostas, resultantes da própria natureza do seu direito como, por exemplo: o pagamento ou mesmo a prática de certos factos em pena do não cumprimento ou inexecução das obrigações assumidas, além das demais obrigações gerais que sobre todo e qualquer proprietário recaem.

17. — Enumerados os mais importantes deveres do superficiário, cabe referir, de seguida, os direitos que lhe assistirem.

Constituído e registado o direito de superfície — art. 23.º, n.º 3, fica desde logo assegurado ao superficiário o direito de

aplicar ao fim convencionado a parcela de terreno que lhe foi adjudicada.

Na generalidade dos casos essa parcela não excederá a área estritamente necessária à construção, e compreenderá, no plano vertical, o terreno limitado pelos planos constituídos pelas faces externas das paredes exteriores do edifício, e no plano horizontal a chamada de terreno de espessura variável, conforme a solidez e a segurança da construção exigirem.

Pode, porém, ser atribuído ao superficiário, como dependência ou logradouro do edifício, uma parcela de terreno não destinada à construção, contanto que seja economicamente menos importante que a parte que à construção se destina, como expressamente se permite no n.º 5 do art. 21.º, e cujos limites horizontais e verticais se determinam também pelo critério apontado. Estes são os limites materiais da superfície.

Quais serão os seus limites jurídicos?

É o direito de superfície um direito de propriedade, e o seu titular um proprietário. Não é fácil dar uma noção precisa do direito de propriedade, já pela sua complexidade, abrangendo as mais variadas faculdades de uso e disposição da coisa, já pela aptidão que ele tem para se comprimir e reduzir no seu conteúdo (1).

«O direito de propriedade compõe-se duma série ilimitada de faculdades, em virtude das quais o proprietário não só tem o direito de excluir os outros indivíduos de qualquer ingerência na sua coisa, pode dela dispor como quiser, destinando-a ao uso que mais lhe agradar, sem outras restrições que não sejam as impostas pelo direito objectivo ou as resultantes da concorrência dos direitos subjectivos alheios. Por outro lado, pode o proprietário privar-se ou ser privado de uma ou mais faculdades concretas do seu poder, numa medida mais ou menos ampla e intensa, de modo que o seu domínio possa até ficar reduzido a quase nada, como acontece no usufruto e na enfiteuse; mas ainda então o seu direito se conserva potencialmente íntegro, em virtude da qualidade intrínseca da sua «elasticidade», que

(1) David A. Fernandes, *ob. cit.*

lhe permite comprimir-se e expandir-se de modo a retomar a sua normal e máxima compreensão, logo que desapareçam os vínculos ou limitações que o tinham reduzido» (1).

Do que fica dito seríamos, porventura, induzidos a supor não ser possível analisar o direito de propriedade, por maneira a condensar em fórmula precisa a variedade e multiplicidade de poderes e faculdades que o integram.

No entretanto, essa análise é possível e, conforme a natureza e semelhança de umas e outras, a propriedade analisa-se em faculdades ou poderes materiais e faculdades ou poderes jurídicos.

«O proprietário pode praticar não só actos que visem directamente a coisa, objecto do seu direito, e a atingem no seu *corpus*, como realizar em relação a ela um certo número de actos jurídicos, actos estes que se traduzem sempre ou numa *transferência* para outrem da totalidade ou de parte dos seus poderes materiais, ou na *administração* da coisa.

Pode o proprietário servir-se da coisa na medida em que ela disso seja susceptível; pode ele gozar a coisa, podendo dela tirar todos os frutos, produtos e rendimentos; como pode dispor dela modificando-a, alienando-a e mesmo destruindo-a. Estes são os poderes materiais a que já os romanistas se referiam, ou sejam: o *ius utendi*, o *ius fruendi* e o *ius abutendi*.

Além dos poderes materiais, pode o proprietário transmitir a outrem, total ou parcialmente, o seu direito, como pode praticar em relação à coisa todos aqueles actos que, não produzindo uma modificação ou destruição da sua substância, se destinam a fazê-la conservar e frutificar, isto é, pode exercer em relação à coisa os poderes de alienação e administração» (2).

Estes são, em síntese, os poderes que a lei reconhece e confere ao proprietário cuja propriedade é «menos plena» ou, como lhe chama a lei, imperfeita.

Daqui resulta que ao superficiário não são reconhecidos tantos poderes e faculdades como ao proprietário pleno.

Se, dum modo geral, quanto aos poderes jurídicos de aliena-

(1) Dr. José Tavares, *Princípios fundamentais de Direito Civil*, vol. I, pág. 620.

(2) David A. Fernandes, *ob. cit.*

ção e administração, o superficiário se não distingue dum proprietário vulgar — como este, pode alienar quer a título oneroso que gratuito, transmitir por sucessão, mesmo hipotecar o seu direito (art. 21.º), e praticar todos os actos de administração, como seja: Conservar o edifício e suas dependências como o faria um proprietário prudente; Arrendá-lo em regime de casa de renda económica ou renda limitada; Habilitá-lo, ou arrendá-lo para habitação segundo o regime geral, e ainda; Destiná-lo a uso comercial ou industrial e outros equiparados, como permite e impõe o art. 23.º — o mesmo já não podemos dizer quanto aos poderes materiais, pois a lei lhe veda o direito de modificar ou destruir o edifício, bem como tirar dele outras utilidades e rendimentos que não sejam aqueles que, dado o fim legal e contratual a que pode ser destinado, é susceptível de produzir (art. 23.º).

Por vezes, um ou outros destes poderes ou faculdades não é ou pode não ser conferido ao superficiário por forma independente.

Assim sucede quando, por virtude de uma cláusula constante do título constitutivo do seu direito, a faculdade de alienação fica dependente de autorização do proprietário do solo (art. 25.º, n.º 1, alínea b)).

Um dos mais importantes direitos que a lei assegura ao superficiário é o de ser indemnizado, nas condições convencionadas, quando, no termo do direito de superfície, a propriedade do edifício passar para o proprietário do solo ou quando se der a reversão, motivada em qualquer dos fundamentos do n.º 2 do art. 27.º, indemnização essa que pode consistir: No valor real do edifício ao tempo em que a indemnização se calcular, tomando-se como base o custo da construção a esse tempo e descontando-se as depreciações derivadas do mau estado de conservação e de outras causas; ou na importância que no título de constituição se tiver estabelecido como correspondendo ao valor inicial do edifício, mas corrigindo esse valor, para mais ou para menos, com o coeficiente de desvalorização ou valorização da moeda na época do pagamento, tal como preceitua o art. 26.º

É óbvio o fundamento desta indemnização, e a sua justifi-

cação vem com toda a clareza exposta no parecer da Câmara Corporativa, onde se diz: «A questão da indemnização constitui um dos pontos fundamentais da mecânica do instituto: consoante a perspectiva que houver quanto à indemnização, assim o direito de superfície poderá ser praticado, ou quedará como figura jurídica que ninguém quer utilizar.

Foi para dar vida efectiva ao direito de superfície, vencendo o natural retraimento do público construtor e tornando apetecido tal direito, que se consignou, como modalidade possível de indemnização, aquela que sobretudo interessará aos capitais nos conturbados tempos do nosso século: a prestação da quantia que se tiver convencionado, satisfeita em harmonia com o coeficiente de valorização ou desvalorização da moeda no tempo do pagamento».

Será devida indemnização ao superficiário mesmo quando esta não tenha sido estipulada?

A lei não é clara neste ponto e até parece resultar dos seus termos que só é devida indemnização se esta tiver sido convencionada.

No entretanto, o entendimento da lei deve ser outro: A indemnização é devida não só quando tenha sido convencionada, mas também quando no título constitutivo do direito de superfície as partes sejam omissas e não seja de admitir que o superficiário renunciou a ela.

A alínea *b)* do n.º 1 do art. 24.º, onde nos fundamentamos, não quer dizer que ao superficiário só é assegurado o direito de ser indemnizado quando a indemnização tenha sido convencionada — isso já resultava dos princípios gerais de direito, relativos à liberdade contratual, e o preceito, portanto, era inútil. O que ela diz é que tendo sido convencionadas as condições em que deve ser paga a indemnização a que o superficiário tem direito no termo do prazo da superfície, essas condições são de observar, o que é coisa inteiramente diferente.

À mesma conclusão chegaremos através dos arts. 26.º, n.º 1, e 28.º, n.º 2.

De resto, seria manifestamente injusto que, na hipótese apontada, o proprietário do solo se locupletasse indevidamente à custa do superficiário, além de que, a seguir-se doutrina dife-

rente, o direito de superfície quedaria, sem dúvida, como figura jurídica que ninguém queria utilizar.

Aceitamos que será raríssimo que o superficiário deixe de estipular indemnização para quando o seu direito terminar. Mas, a verificar-se tal eventualidade, nem por isso, segundo cremos, a lei lhe veda o direito à justa indemnização.

Foi tão longe o propósito da lei no sentido de favorecer a constituição do direito de superfície que, nos arts. 21.º e 24.º, respectivamente, proíbe a alienação do solo, salvo em favor do superficiário, e confere a este o direito de preferência, quer pelo que respeita a nova constituição, dentro de três anos, do direito de superfície, se este se tiver extinguido, quer quanto à alienação da propriedade do prédio, dentro de três anos, contados da consolidação do domínio.

§ 11.º — *Reversão do direito de superfície*

18. — Em regra, o direito de superfície mantém-se em toda a sua eficácia até atingir o termo convencionado da sua duração.

Isto sucederá sempre que o superficiário se matém, escrupulosamente, dentro das cláusulas e condições exaradas no título constitutivo do seu direito.

Todavia, pode suceder que o superficiário, independentemente do consentimento do proprietário do solo (art. 25.º, n.º 2), e sem poder invocar qualquer dos motivos legítimos admitidos pelo art. 705.º do Código Civil, deixe de cumprir algum dos deveres referidos no art. 25.º, a que ficou vinculado.

Se isto acontece, confere a lei ao proprietário do solo a faculdade de obter a reversão do direito de superfície, mediante justa indemnização a pagar ao superficiário, ou sem indemnização alguma, conforme a natureza e gravidade da falta cometida por este último (art. 27.º).

Assim: O proprietário do solo pode chamar a si a propriedade da superfície, sem que ao superficiário seja reconhecido o direito de ser indemnizado, não só quando o superficiário não construir o edifício no prazo convencionado ou se, entre as características do edifício e as características convencionadas houver diferença substancial, mas ainda quando, no caso de

destruição do edifício, o superficiário não o reconstruir dentro do prazo razoável que para esse efeito lhe fôr assinado pelo proprietário do solo.

Se bem que este fundamento de reversão não apresente dificuldades na sua inteligência, o mesmo já não sucede quanto ao último dos indicados em primeiro lugar, pois a lei não nos fornece critério algum através do qual possamos saber o que deve entender-se por «diferença substancial» entre as características acordadas e as características do edifício. E isto é tanto mais importante quanto é certo que o proprietário do solo, na hipótese de desejar a reversão, não fica obrigado à indemnização se fôr «substancial a diferença» entre as características do edifício e as características acordadas; porém, já será obrigado à indemnização se aquela diferença não fôr «substancial».

Nem a lei, nem os trabalhos preparatórios, nos dizem o que deve entender-se com tal expressão, muito embora no parecer da Câmara Corporativa se diga: «Julgou-se conveniente especificar com toda a clareza os casos de reversão sem direito a indemnização e os casos de reversão em que existe tal direito. Aproveitou-se o ensejo para retocar as soluções da proposta de lei no sentido que pareceu mais justo».

A nós parece-nos que o sentido daquela expressão deve procurar-se através do fim especial a que o edifício se destina.

Conforme fôr um ou outro o fim para que o prédio é construído, assim se fixarão no título constitutivo do direito de superfície as características que deve reunir. Por conseguinte, se as características do edifício, divergindo das características acordadas, forem tais que o prédio não satisfaça, ou não satisfaça convenientemente ao fim a que se destina, poder-se-á dizer que entre umas e outras existe diferença substancial e, então, não haverá lugar a indemnização; mas esta já será devida se o edifício, embora construído com desrespeito pelas características convencionadas, satisfaz ao fim a que se destina.

Contrariamente, se o superficiário der ao edifício aplicação diferente da convencionada, ou se o edifício não tiver as características acordadas, mas a diferença não fôr substancial (já sabemos o que esta expressão deve significar); ou ainda se o superficiário não pagar a pensão relativa a dois anos consecutivos

(*Quid juris* se o superficiário pagar ano sim, ano não, a pensão a que está obrigado? Poderá o proprietário do solo obter a reversão?), pode o proprietário do solo obter a reversão mediante justa indemnização.

Esta sanção especial — a reversão — que a lei permite seja aplicada ao superficiário remisso, não exclui qualquer outra sanção aplicável nos termos gerais de direito, que o proprietário do solo pretenda exigir (art. 27.º, n.º 3).

Quer a declaração de reversão, quer qualquer outra sanção aplicável, quer ainda a indemnização devida ao superficiário, serão pedidas e exigidas nos tribunais comuns (art. 27.º, n.º 4), cuja competência é incontestável, como se diz no parecer da Câmara Corporativa, pois se trata de apreciar a inexecução dum contrato tirando dela as consequências legais.

Mas se o proprietário do solo adquire o direito de superfície mediante reversão, pode suceder que daí resultem graves prejuízos para legítimos interesses de terceiros que hajam constituído algum ónus real sobre o prédio: figuremos a hipótese de ter sido constituída hipoteca sobre a superfície em benefício de um credor do superficiário.

Se a reversão se der com indemnização, ficará esta subrogada no lugar do prédio, ficando livre o direito de superfície (art. 27.º, n.º 6); se a indemnização não tiver lugar, continuará onerado o prédio mas só até ao termo do prazo por que o direito de superfície foi convencionado (arts. 27.º, n.º 6, e 28.º, n.º 4).

§ 12.º — *Extinção do direito de superfície*

19. — Decorrido o prazo convencionado, o dono do terreno toma conta do edifício consolidando o pleno domínio, isto é, o direito de superfície extingue-se (art. 28.º).

Mas, porque seria manifestamente injusto que o dono do terreno se apropriasse do edifício quando assim lhe conviesse sem que ao superficiário fosse assegurado o direito a uma compensação pelo dispêndio dos capitais investidos na construção, além de que «consoante a perspectiva que houver quanto à indemnização assim o direito de superfície poderá ser praticado

ou quedará como figura jurídica que ninguém quer utilizar» (1), impõe a lei ao proprietário do solo a obrigação de indemnizar o superficiário nos termos que referimos ao estudar os direitos que a este a mesma lei confere.

Pode, contudo, o proprietário do solo eximir-se ao pagamento da indemnização, prorrogando, livremente, uma e mais vezes, e por tempo não inferior a vinte anos, o prazo de duração do direito de superfície, devendo, nesta hipótese, notificar o superficiário com a antecedência mínima de um ano, ficando vedado ao proprietário do solo exigir preço ou pensão diferentes das inicialmente convencionadas.

Se a prorrogação se fizer por acôrdo poderão os outorgantes convenionar novo preço a pagar pelo superficiário.

É da máxima importância a doutrina que se contém no n.º 4 do art. 28.º. Este tem por fim determinar as consequências jurídicas que se produzem no momento da extinção do direito de superfície, pelo que respeita aos direitos e ónus reais, bem como aos arrendamentos que durante a vida deste lhe hajam sido impostos pelo superficiário.

«Para que a apropriação do edifício pelo dono do terreno não seja uma pura abstracção, preconiza a lei a caducidade dos ónus e arrendamentos feitos pelo superficiário» (2).

Além do modo normal de extinção do direito de superfície, outras causas podem conduzir ao seu termo. Trata-se de um direito de propriedade que pode, como tal, extinguir-se nos termos gerais de direito, em consequência de abandono, em virtude de prescrição, por expropriação, renúncia e outros.

Se, porém, o direito de superfície fôr adquirido pelo proprietário do solo, a consolidação não se dará antes de decorrido o prazo fixado para a duração desse direito (art. 27.º, n.º 5).

Asdrúbal Pereira de Magalhães

(1) Parecer da Câmara Corporativa.

(2) Parecer da Câmara Corporativa.