

ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONCEITO ACTUAL DO DIREITO DE SUPERFICIE

Pelo DR. PAULO DE TARSO PACHECO CARREIRO

Introdução

Com o termo «superfície», tal como o instituto superficiário tem sido considerado e entendido nas diversas legislações, pretende significar-se não já o plano superior e visível do solo, mas antes as plantações ou construções incorporadas ou unidas à coisa imóvel, muito embora as várias ordens jurídicas só lhe hajam dado regulamentação privativa e concedido autonomia ao admitirem a possibilidade de limitar o princípio da acessão imobiliária.

É assim que no direito romano só com o surgir de necessidades novas, prevalentemente de carácter económico-social e resultantes da escassez de habitações, se viu ter de atenuar-se aquele princípio de carácter absoluto para ser possível, sem quebra da lógica jurídica, alguém exercer sobre uma construção existente em terreno alheio (construção superficiária) um direito real, chamado direito de superfície, concorrente com o «dominium» que sobre ela exercia, por direito de acessão, o dono daquele.

No entanto, as necessidades e concepções novas da Idade Média foram suficientes para suspender e derrogar até a férrea regra romana da acessão, com este resultado prático: a construção em solo alheio

já não entra, forçosamente como até então, na esfera de domínio do proprietário do solo em que assente, podendo pertencer a quem exerça sobre este um simples direito real.

Afora uma ou outra diferença de pormenor, esta regulamentação manteve-se até à Idade Moderna, se bem que haja sido praticamente ignorada pelas principais legislações do passado século. Mas a verdade é que de novo, e com louvável interesse, se vê nela um contributo assaz valioso para se levar a bom termo o problema crucial de habitação, pois permite a propriedade de construções sem necessidade de simultânea propriedade do solo, mediante o pagamento dum reduzido prémio ao dono deste.

E assim podemos dizer que hoje, «grosso modo», o direito de superfície é aquele direito real que, incidindo em solo alheio, impede a actuação das regras sobre accessão imobiliária, permitindo assim a propriedade separada das plantações ou construções nele incorporadas.

Verdadeiro campo de experimentação, o direito real de superfície tem interessado apaixonadamente nos últimos tempos os teóricos e os práticos do Direito e de Economia.

É interessantíssimo, de facto, o aspecto técnico da actual regulamentação que, com elementos jurídicos já suficientemente diferenciados no direito romano e fazendo uso de princípios e conceitos posteriormente surgidos, hábilmente harmoniza os complexos interesses de classe que a luta social contemporânea se encarregou de vivificar.

E, praticamente considerado, o direito de superfície agora ressuscitado e harmonizado, é um dos meios utilizados para resolver o problema de habitação: problema moral, sempre que a influência desta sobre o homem se reflecte poderosamente nos seus hábitos e sentimentos; problema eminentemente económico, em especial para as chamadas classes trabalhadoras; e problema de alta importância social, de cuja solução muito depende a organização e a independência da família, por um lado, e por outro a mais equitativa repartição da natural mais-valia dos terrenos urbanizáveis.

Dada assim uma ideia geral do direito de superfície e justificada a eleição do tema, resta-nos formular algumas considerações sobre a sua origem, forma por que historicamente evoluiu o seu conceito actual.

CAPÍTULO I

OBSERVAÇÕES GERAIS

Como lógico corolário da concepção romanista da propriedade quiritária, nos primeiros tempos quase identificada à soberania, e também como reflexo de uma verdadeira e premente necessidade jurídica, desde sempre em Roma imperou o férreo princípio da acessão. E assim, atribuída ao «dominium ex jure quiritorium», pelo «jus civile», a natureza dum direito imediato e absoluto sobre a coisa, duma «plena in re potestas», todo aquele que fosse dono de determinada coisa seria dono, também, do que a tal coisa estivesse, ou viesse a estar, estavelmente unido.

Era todavia quanto à propriedade imobiliária, mais precisamente, em relação à propriedade da terra, que aquele princípio se manifestava em toda a sua plenitude e rigidez, determinando a acessoriedade de quanto a ela, sempre havida como coisa principal, se incorporasse de forma permanente. Fatalmente, «superficies solo cedit».

De facto, tudo aquilo que fizesse parte integrante do solo, que estavelmente a este se unisse e incorporasse, não tinha existência própria para as leis de Roma, devendo antes considerar-se como compreendido na relação jurídica de que o solo funcionava como objecto mediato. Quer dizer: a propriedade da coisa principal estendia-se, em caso de acessão, aos seus acessórios, de forma que, quem construísse mesmo com materiais próprios em terreno alheio, muito embora com intenção de se tornar proprietário da construção, não o conseguia, pois esta pertencia, por direito de acessão, ao dono do solo sobre que fora feita: «omne quod inaedificatur solo cedit» (1).

Mas se assim era — poder-se-á perguntar: para quê ir construir em terreno de outrem e com isso originar uma relação anómala e incerta, se mais fácil se tornaria, certamente, adquirir primeiro o terreno e depois construir nele?

(1) Dig. 41, 1, 7, 10.

É que para construir uma casa tornava-se necessário escolher o terreno conveniente — problema já então difícil sobretudo nas grandes cidades, onde as extensões aproveitáveis pertenciam na sua maior parte ao Estado e a outras entidades de direito público, interessadas em não as alienar. Por outro lado, e em consequência ou reflexo disto, o valor dos terrenos para construção tendia a subir desmedidamente com o desenvolvimento populacional dos maiores centros, não sendo sempre possível e cómodo aos particulares desembolsar, de uma só vez, o capital indispensável para a aquisição do terreno: era-lhes mais conveniente e suave distribuir tal encargo por uma série de anos ou obrigar-se a uma prestação anual perpétua.

CAPÍTULO II

A REGULAMENTAÇÃO ROMANA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Indo ao encontro destas imperiosas necessidades, ainda durante a República reconheceu o Estado a necessidade de permitir que os particulares construíssem no «ager publicus», ficando estes, em contrapartida, obrigados ao pagamento dum canon anual ou *solarium*. Mas, notemos de novo, em consequência do princípio «superficies solo cedit» a construção tornava-se, necessária e lógicamente, propriedade do Estado e não do particular que a levantara: como em todas as concessões de utilização do solo público, sempre a título precário, o concessionário não era mais que um utente duma coisa pública e, como tal, protegido unicamente com o interdito «de loco público fruendo».

Mas qual a natureza jurídica desta concessão? Como qualificá-la?

As fontes referentes ao período republicano são escacíssimas quanto a este problema; e os próprios autores só aqui e além, e sempre tímidamente, se ocupam dele. Julgamos, no entanto, não nos afastarmos da verdade dizendo que era através dum contrato de arrendamento «ad non modicum tempus» do solo publico (1) que o

(1) Dig. de superf., 1, § 3.º.

particular ficava investido no direito de construir nele e usar e fruir a construção, obrigando-se em contrapartida a pagar ao Estado uma prestação anual ou *solarium*.

Decorridas várias décadas, mas em momento impossível de determinar rigorosamente, o sistema transitou para o direito privado, passando a relação a estabelecer-se unicamente entre particulares.

Todavia, em ambos os casos — e é isto que importa aqui frisar — aquele poder de usar e fruir a edificação construída no «ager publicus» e que, pelas razões expostas, entrava na esfera da propriedade do Estado, era um simples poder de natureza pessoal, objecto duma relação de crédito, «contentando-se o arrendatário — como escreve Pachionni — com o direito (pessoal) de usar a casa por ele construída» (1). O senhorio, Estado ou particular, não podia limitar-se a permitir que o arrendatário gozasse da construção, como sucederia se o direito deste tivesse a natureza de direito real.

Não; o senhorio tinha também dever de proporcionar-lhe o gozo do prédio no seu conjunto económico. Por seu turno, o particular construtor não estava em relação directa e imediata com a coisa (solo ou edifício); tinha apenas um direito de crédito contra o senhorio, obrigado a permitir-lhe o uso e fruição prometida e «apenas podia exigir dele que lhe cedesse a sua acção contra terceiros que o perturbassem nisso» (2).

Por outras palavras, e como expressivamente escreve Chironi, «o proprietário do solo consente na concessão, mas esta não tende a constituir um direito real do concessionário. Suponha-se que o senhorio dum terreno dá ao arrendatário a faculdade de construir; parece que não se compreende dar-se origem ao direito real de superfície, mas de estender o gozo a que a locação dá direito a confins mais amplos» (3).

Ora, por razões e em condições que em breve mostraremos, aquele direito — de crédito — de usar e fruir a construção feita em terreno alheio, ampliou o seu conteúdo, plasmou-se numa complexa e especial fisionomia jurídica e mudou de natureza, transformando-se num direito real — o direito real de superfície.

(1) Manual de Derecho Romano, págs. 428 e segs.

(2) Perozzi, in «Instituzioni», pág. 797, nota 2.

(3) In «Questioni di diritto civile», vol. II, pág. 38.

Em resumo e conclusão: O direito real de superfície teve a sua origem na locação «ad non modicum tempus» do solo público para nele se construir, em resultado da sua inalienabilidade e por oportunidade de carácter económico (1). E o concessionário estava ligado ao concedente (Estado) por uma simples relação de obrigação, devendo pagar um *solarium* que, neste período de formação, se traduzia afinal no reconhecimento do domínio do Estado.

CAPÍTULO III

A «REALIDADE» DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Cedo o sistema se desenvolveu e, devido certamente aos bons resultados alcançados no campo económico e às necessidades do momento, estendeu-se ao direito privado e aí encontrou o campo em que definitivamente se fixaria e adquiriria autonomia e características próprias.

É evidente que uma tal relação jurídica, nascida da locação do solo público, excedia no seu conteúdo *de facto* uma simples relação pessoal e tinha ínsita qualquer coisa de mais extenso, já que a vontade do próprio construtor se dirigia à propriedade da construção e era atenuada nos seus efeitos pelo princípio «superfícies solo cedit». Era natural que o locatário aspirasse a obter uma defesa ampla e eficaz não só contra o senhorio mas também contra terceiros a quem este houvesse transferido a propriedade do solo e a do edifício. E como tal aspiração se julgou ser legítima, havendo também um verdadeiro interesse público em dar ao problema uma solução justa e segura, o pretor interveio a dada altura, «ad corrigendum jus civile», concedendo ao que construira em terreno alheio, primeiro o interdito «de superficiebus» (2) e depois as acções reais (3). Não se podia

(1) É opinião pacífica de que as primeiras concessões para edificar respeitavam ao «ager publicus». Entre outros, podem ver-se: Gianturco, «Contrati speciali», págs. 195 e 196; Pacchioni, ob. cit., pág. 428; Ruggiero, «Instituições do Direito Civil», vol. II, pág. 474; Lucci, «Del Diritto di superficie», pág. 23.

(2) Dig. «de superficiebus», 43, 18, 1, pr.

(3) Windsheid, «Diritto delle Pandette», Fadda e Bensa, vol. I, parte 2.ª, pág. 323, nota 9; Perozzi, «Inst.», pág. 797, Gianturco, ob. cit., pág. 196.

reconhecer ao construtor a qualidade «dominus ex jure quiritium», como vimos; todavia, soube o pretor contornar o obstáculo, outorgando-lhe uma protecção de carácter real e um «jus in re aliena», um verdadeiro direito real de gozo sobre uma coisa (solo e superfície), de quem outrem era proprietário.

E assim surge o direito real de superfície (1), de conteúdo muito vasto, pois que, recorde-se novamente, a vontade do construtor era sempre dirigida à propriedade separada da construção. E surgiu precisamente porque e quando o direito pretoriano reconheceu possível uma atenuação ao vigoroso princípio da accessão, no sentido de poder considerar-se a superfície dum solo (2) como objecto dum direito real que não fosse o direito tendo por objecto o solo.

E assim se vê que só como atenuação à lei da accessão pode em Roma surgir o direito de superfície, cuja definição agora já poderemos formular: foi o direito real plenamente alienável e transmissível por morte, em virtude do qual se tinha perpétuamente ou por largo prazo o pleno e ilimitado gozo de todo ou parte daquilo que se encontrasse incorporado ou unido a imóvel alheio.

É regra geral, diz Gaio, que «id quod solo nostro ab alieno aedificaverit, jure naturali nostrum fit, qui a superficies solo cedit». Ora o direito de superfície ia precisamente atenuar a acção exdusiva e absorvente da propriedade da terra quanto ao que nela estivesse imobilizado, limitando para sempre, ou por largo tempo, a plena actuação da regra «superficies solo cedit».

Por outro lado, o «jus superfície» era logicamente concebido como um direito sobre coisa alheia, como um «jus in re aliena», uma vez que para o Direito romano era juridicamente impossível a existência dum direito de propriedade sobre a superfície independentemente do direito de propriedade sobre o solo. Finalmente, o direito de superfície gravava não só a construção mas também o solo. Como faz notar Windsheid, o direito de superfície funda-se sobre o conceito de que a alguém pertença um edifício ou um outro anexo (Anlage) — que

(1) Ob. cit., vol. I, pág. 322. No mesmo sentido: Lucci, ob. cit., págs. 47, 110 e 121; Galluzzi, ob. cit., pág. 909; Gonzalez, «El derecho Romano de superficie», pág. 30.

(2) Lucci, ob. cit., pág. 57 e autores aí citados.

se encontre sobre ou sob o terreno — sem o solo. Uma tal relação de direito não é, todavia, juridicamente possível, pois que aquilo que está incorporado (permanentemente) ao solo não tem existência independente, mas é só parte constitutiva do solo, portanto não pode nunca ser objecto dum direito especial, mas vem necessariamente compreendido na relação jurídica que tem lugar sobre o solo. Desta forma, a superfície torna-se um direito sobre coisa alheia (solo com o anexo que nela se encontra) o conteúdo do qual, na verdade... (1).

De facto, se abstractamente se pode dizer que o edifício é uma entidade a se, na realidade material e jurídica ele estava indissolúvelmente ligado ao solo e, por consequência, o direito de superfície estendia-se-lhe também.

CAPÍTULO IV

O ANTIGO DIREITO GERMÂNICO E A REGRA ROMANA «SUPERFICIES SOLO CEDIT»

Mostrámos atrás quais as condições em que actuava, os resultados que originou e também as limitações sofridas pela regra «superfícies solo cedit».

Mas, fácil se torna compreender também que a vigência desta regra exigisse nas populações um estado de civilização e uma organização social tais que sancionassem a propriedade privada e estável do solo em relação com uma construção nele existente. E assim, naqueles povos ou civilizações onde, como na antiga Germânia, o nomadismo se mantinha ainda, onde as rudimentares construções em madeira e até em palha ou colmo continuavam consideradas como coisas móveis e em que a terra não passava, afinal, dum momentâneo ponto de passagem para novas e passageiras explorações, aí não podia manter-se a regra absoluta da acessão.

E muito embora com o decorrer das décadas hajam melhorado as condições materiais da vida e tivesse aumentado o número das

(1) Gonzalez, ob. cit., pág. 19.

construções em pedra, não menos verdade é que nos séculos XI e XII os edifícios das grandes cidades continuavam, na sua maior parte, a ser feitos em madeira, sem verdadeira junção ao solo e, portanto, considerados como coisas móveis (1). De harmonia com as prescrições do antigo Direito Germânico, imóvel era só terra, sendo móvel tudo o mais (2); faltando, assim, a incorporação permanente ao solo, a regra romana não pode ter campo de aplicação e, consequentemente, o direito de superfície romano, nascido como sua atenuação ou limitação, não tinha razão de existir.

Só mais tarde, com a recepção do Direito de Roma, passa a admitir-se a possibilidade de a construção seguir o solo e com ele formar um todo.

Mas a antiga concepção Germânica tinha-se radicado e difundido profundamente nos territórios sujeitos ao domínio bárbaro e só muito dificilmente podia ceder o passo a princípios diversos; aliás, e como brevemente verificaremos, foi ela até a sair vencedora da luta então travada com a concepção romana, ao ter sabido encontrar no princípio do trabalho o seu mais poderoso aliado.

É assim que o antigo direito dos Germânicos, ignorando o direito de superfície romano como «jus in re aliena» por não se basear na regra «superficies solo cedit», o pratica através da divisão da propriedade do solo da do sobre solo. Por isso com razão escreve Fillo-musi-Guelfi: «mas a relação sofreu profunda modificação quando, sobretudo no Direito Germânico, se concebeu que a uma pessoa possa pertencer a propriedade do solo e a outra a do edifício, a um a propriedade do subterrâneo e a outro a do plano superior, e até a um, um andar, e a outro, outro andar, a um solo e a outro as árvores. Este conceito é estranho, como se viu, ao direito romano» (3).

(1) «Della Superficie», in *Scripti in onore de Simoncelli*, 1917, pág. 241.

(2) Laurent, «Principes de droit civil, vol. VIII, pág. 493 e segs.

(3) Entre outros, André Pepy in *Revue du Droit Public et Science Politique*, 1939, pág. 444 e segs.

CAPÍTULO V

A LEI ROMANA DE ACESSÃO ANTE A INFILTRAÇÃO GERMÂNICA DO PRINCÍPIO DO TRABALHO E A CISÃO DO «DOMINIUM» EM ÚTIL E DIRECTO ; CONSEQUÊNCIAS PRINCIPAIS

Com o desenvolvimento das condições económicas e sociais da Alta Idade-Média, o contrato superficiário foi sendo substituído pela enfiteuse e pela locação «ad longum tempus», passando a ter raras aplicações na prática.

Aos grandes proprietários de então — a Igreja e os Senhores feudais — interessava arrendar perpétuamente as suas terras, se inculcas, ou então transferir o seu domínio útil se pretendiam conservar o direito de as readquirir e consolidar o domínio. Não havia, deste modo, grande necessidade de constituir um direito de superfície quando, por exemplo na enfiteuse, com a cisão do domínio, a situação do enfiteuta era, nos seus efeitos práticos, semelhante à do proprietário.

O condicionalismo económico e jurídico veio a modificar-se, no entanto. Com a influência então exercida por duas realidades novas — o enfraquecimento do princípio romano da acessão, mercê da possibilidade de a superfície não ceder ao solo e a cisão definitiva do direito de propriedade em domínio útil e directo — o direito de superfície romano, nascido como «jus in re aliena», para limitar nos seus efeitos a lei da acessão, sofre uma transformação substancial nos territórios mais directamente sujeitos à influência bárbara: o titular do direito de superfície passa a exercer sobre a superfície um verdadeiro direito de propriedade, distinto absolutamente do direito de propriedade do «dominus soli».

Esta tendência começara já a manifestar-se nos últimos tempos da Roma Imperial, necessitada então de aproveitar as terras inculcas ou abandonadas; ela própria originou por seu turno um movimento legislativo em protecção do trabalho, que não podia deixar de reflectir-se em várias atenuações ao princípio da acessão.

Mas a verdadeira e fatal reacção contra este foi obra do direito germânico.

De facto, os bárbaros só reconheceram o princípio do trabalho como título de aquisição da propriedade: não subordinados à máxima «*omne quod inaedificatur solo cedit*» e vendo no trabalho a maior fonte de riquezas, em vez de acolherem a regra romana, estabeleceram definitivamente que, salvo raras excepções, tudo o que o homem produz com o seu esforço lhe deve pertencer. E assiste-se, assim, a um facto deveras curioso: enquanto nos territórios desde sempre ocupados pelos bárbaros a recepção do direito romano permite a aceitação do direito de superfície tal como em Roma vigorara, na Itália e nos povos em que mais pura se havia mantido a antiga tradição romana, o instituto perde a sua pureza e configuração primitivas com a possibilidade então surgida duma separação nítida e autêntica entre a propriedade da superfície e a do solo, e isto exactamente pela infiltração dum princípio prevalentemente Germânico.

Aparece-nos, portanto, um elemento novo e importantíssimo a considerar — a superfície como objecto dum verdadeiro direito de propriedade, ou seja, por outras palavras, a propriedade superficiária, — a cuja natureza jurídica adiante dedicaremos atenção especial.

Quer dizer: em Roma, e como consequência da regra de acessão, ao superficiário era reconhecido apenas um «*jus in re aliena*», um direito que hoje a técnica jurídica apelida de real menor; agora, admitida pelos juristas medievais a cisão do «*dominium*» em útil e directo e abertas, pelo princípio do trabalho, maiores e mais profundas brechas naquela regra, o superficiário passa a exercer sobre a superfície um direito de propriedade, paralelamente ao direito de propriedade que o «*dominus soli*» tem sobre este, embora para alguns propriedade útil, limitada no tempo e revogável excepcionalmente.

Vimos, portanto, que necessidades e concepções jurídicas novas fizeram desaparecer a rigidez da regra romana da acessão e que tal condicionalismo teve o seu lógico reflexo na prática jurídica medieval.

Vamos agora ver de que forma a transformação operada no direito de superfície pela admissibilidade duma propriedade do solo distinta da superfície, foi acolhida no Direito moderno.

CAPÍTULO VI

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NAS PRINCIPAIS ORDENS JURÍDICAS MODERNAS

SECÇÃO I

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS

O Código Civil francês não regulamenta expressamente o direito de superfície e não dá valor absoluto à regra romana da acessão.

É assim que o seu art.º 553.º estabelece: «Todas as construções, plantações ou obras sobre um terreno ou no seu interior presumem-se feitas pelo proprietário e pertencem-lhe, se não se provar o contrário, sem prejuízo da propriedade que um terceiro possa ter adquirido ou possa adquirir por prescrição quer dum subterrâneo sob a edificação de outrem, quer de qualquer outra parte da edificação».

Ora, uma vez estabelecida esta presunção ilidível, os autores franceses entendem que a regra «superfícies solo cedit» não é de ordem pública, o que permite procurar a possibilidade e o significado dum direito de superfície.

A este respeito pode dizer-se que a doutrina francesa está dividida em dois sectores fundamentais: ou se entende que, não estando no Código expressamente previsto o direito de superfície, ele não pode ter natureza diferente da que tinha no direito romano, continuando assim como «jus in re aliena» (1), ou então, uma vez admitida pela lei a propriedade da superfície como separada da propriedade do solo, assimila-se e identifica-se o direito de superfície a própria propriedade superficiária (2).

Mas atrevemo-nos a perguntar: que necessidade haverá em continuar a ver no conteúdo do direito de superfície sempre e apenas os poderes que caracterizam e integram os «jus in re aliena»? Se o carácter absoluto e imperativo da lei da acessão não permitia em

(1) *Traité pratique de Droit Civil Français*, vol. III, pág. 314 e segs.

(2) Lucci, ob. cit., pág. 105.

Roma que a vontade do superficiário conseguisse alcançar o seu verdadeiro fim — a propriedade sobre a superfície, naquelas ordens jurídicas, como na francesa, em que a separação das 2 propriedades é expressamente prevista, o direito de superfície deve levar à propriedade da construção ou plantação — a que, como temos insistido, nas legislações se chama «superfície» —, concebida como separada do direito de propriedade sobre o solo.

E é certamente na consideração destas realidades que Planiol e Ripert afirmam : «este direito consiste em ser proprietário de edifícios ou plantações pousando sobre terreno pertencente a outrem». E depois : «a superfície não se reconduz, nem ao direito de usufruto, nem à servidão ; ela constitui, tal como o próprio solo, uma propriedade imobiliária» (1).

Se bem que este segundo sector da doutrina francesa tenha sabido chamar a atenção para a relação de propriedade entre o titular do direito de superfície e a superfície, ela esquece um ponto que julgamos de fundamental importância na construção do instituto, que já deixámos antever e que queremos agora focar com insistência : a relação jurídica entre solo e superfície. Basta pensarmos no caso de a concessão para construir (concessão «ad aedificandum») já existir e a construção (ou plantação) não ter sido feita ainda, para logo se aquilatar da gravidade da omissão.

Quer dizer : enquanto a teoria de Laurent peca por defeito, teimando em ver no direito de superfície apenas um «jus in re aliena» à romana, tal como o pretor o havia criado, a restante doutrina francesa peca por excesso ao identificar o direito de superfície ao direito de propriedade sobre esta, por não atender à relação que, inevitavelmente, há-de existir entre o proprietário do solo e o superficiário.

(1) In «Questioni di diritto civile», vol. I, pág. 148.

SECÇÃO II

LEGISLAÇÃO ITALIANA

Subsecção I

Código Civil Italiano de 1865

O Código Civil italiano de 1865, semelhantemente ao francês, não só não regula o instituto da superfície, como nem sequer lhe recorda o nome, salvo nos art.^{os} 440.^o e 442.^o, onde a palavra «superfície», aliás, só é usada no seu sentido material.

Todavia só isto não é suficiente para que possamos dizer que o direito de superfície — aquele direito que conduz à propriedade da superfície independentemente da propriedade do solo — não tinha a tutela da ordem jurídica italiana.

Nem o facto do instituto não ser nomeado entre os direitos reais então reconhecidos pode levar à sua exclusão, uma vez que a opinião dominante é no sentido de ser legítimo o alargamento da enumeração legal dos direitos reais (1).

As principais disposições legais de que se pode lançar mão ao procurar saber qual o modo por que é regulada a relação entre solo e superfície e entre esta e o superficiário, são as dos art.^{os} 448.^o, 562.^o e 603.^o, nos quais se reconhece a possibilidade duma propriedade superficiária distinta e separada da propriedade do solo.

Designadamente o art.^o 448.^o não pode deixar lugar a quaisquer dúvidas, ao estabelecer que «Qualquer construção, plantação ou obra sobre ou sob o solo presume-se feita pelo proprietário a expensas suas e pertencer-lhe, enquanto não conste o contrário, sem prejuízo todavia dos direitos legitimamente adquiridos por terceiro». Se, de facto, a presunção de propriedade pode ser ilidida por prova em contrário, disso resulta que a construção ou plantação pertencerá a pessoa que não seja o dono do solo.

Na interpretação destas disposições legais podemos descobrir um louvável esforço da doutrina italiana tendente a descortinar e carac-

(1) Cit. por Lucci, ob. cit., pág. 125.

terizar a relação que deve existir entre solo e superfície, embora, por vezes, bastante timidamente.

É assim que Gabba, depois de atribuir à superfície o carácter exclusivo de propriedade, como direito *a se*, distinto da propriedade sobre o solo, afirma «ser propriedade o *jus superficiei*, mas propriedade inseparável de um direito sobre o solo e no solo, a superfície, objecto de propriedade» (1).

Mais claramente deixa Coviello antever as relações entre os dois direitos de propriedade. Embora para ele o direito de superfície não seja mais do que o direito de propriedade sobre a superfície, vê-se todavia na necessidade de lançar mão desse expediente novo para explicar aquelas relações, dizendo que: «... pela natureza das coisas a superfície está indissolúvelmente conexas com o solo: mesmo distintas as duas propriedades, a conexão natural permanece sempre».

E logo acrescenta: «se, portanto, a conexão de facto subsiste apesar da distinção jurídica, é claro que como a propriedade da superfície é por si limitada pela propriedade do solo, assim reciprocamente esta por aquele. E só o conceito de limitação natural é conveniente para explicar aquelas relações porque é o único que corresponde à realidade das coisas» (2).

Todavia, é Ruggiero quem verdadeiramente consegue descer ao âmago da instituição e ver o problema em toda a sua acuidade, estabelecendo de forma inconfundível a separação entre as duas relações jurídicas, para que já chamámos a atenção: relação de propriedade entre superficiário e construção e relação entre superficiário e proprietário do solo — a verdadeira relação de superfície.

Assim, depois de admitir sem quaisquer dúvidas que o direito sobre a superfície mudou de natureza por se ter transformado em direito de propriedade, atenta na relação entre a superfície e o solo em que assenta, dizendo: «esta segunda relação, que alguns consideram englobada na primeira e que por isso implicitamente se considera de propriedade, é nitidamente distinta e diversa». E, referindo-se ao ponto crucial do problema, logo acrescenta que «a concessão

(1) «Instituições de Direito Civil», trad. do Dr. Ary dos Santos, págs. 476 e segs.

(2) Barassi, «La proprietà nel nuovo Codice Civile», pág. 304 e segs. e bibliog. aí citada.

addificandum não confere outro direito senão o de construir sobre área alheia e de aí manter perpétua ou temporariamente a construção, e por isso logicamente a relação não pode configurar-se senão como uma servidão predial e, mais pròpriamente, como uma *servitus oneris ferendi*, que obriga o proprietário do solo a suportar a existência do edifício alheio» (1).

Desta forma afasta-se Ruggiero da restante doutrina italiana, não admitindo a existência dum direito de superfície de tipo romano por ver nele uma relação de natureza especial em que, a par do direito de propriedade sobre a superfície, surge uma servidão predial cujo prédio dominante é a própria construção superficiária.

Como à frente verificaremos, esta concepção parece-nos indefensável quanto a «qualificação da relação entre as duas propriedades. E entendemos, de facto, que o conceito de servidão, tal como é entendido nas legislações de tipo latino, não pode explicar aquela relação.

No entanto, não queremos passar adiante sem fazer notar de novo o apreciável contributo que, nos termos expostos, o insigne jurista e, duma maneira geral, o direito italiano, prestou à construção jurídica do complexo instituto da superfície.

Subsecção II

Código Civil Italiano de 1940

Por uma razão de método, deveria possivelmente seguir-se o estudo do direito de superfície tal como é regulamentado expressamente nos art.^{os} 952.^o a 956.^o do Código Civil italiano.

Acontece, porém, que a forma como o instituto aí está disciplinado é idêntica à adoptada pelo legislador português na recente Lei 2.030; sendo assim, as considerações que noutro lugar faremos sobre esta lei a propósito do direito de superfície aplicam-se, «mutatis mutandis», aos citados artigos daquele código.

Mas desde já diremos que ele atribui ao direito de superfície a natureza dum direito real a se. Conforme o disposto no art.^o 952.^o, «o proprietário pode constituir o direito de fazer e manter sobre o solo uma construção a favor de outrem, que dela adquire a proprie-

(1) Lucci, ob. cit., pág. 95.

dade. Igualmente pode alienar a propriedade da construção já existente, separadamente da propriedade do solo».

O artigo admite, assim, que a relação de superfície surja de duas formas: ou mediante a constituição do direito de fazer e manter uma construção sobre solo alheio (concessão «ad aedificandum»), ou através da alienação da propriedade da construção já existente, independentemente da alienação do próprio solo. Mas a doutrina considera que subsiste sempre a figura dum direito real sobre solo alheio (1).

SECÇÃO III

LEGISLAÇÃO ALEMÃ

Subsecção I

Código Civil Alemão de 1900

O Código Civil alemão sanciona o princípio romano «superficies solo cedit», pois considera as construções existentes em solo alheio como partes constitutivas do solo, não podendo, portanto, funcionar como objecto de propriedades distintas. É assim que, depois de o § 93.º dizer que são partes integrantes duma coisa as que não podem separar-se sem que uma delas pereça ou se transforme substancialmente, o § 94.º dispõe: «A um terreno pertencem as coisas que ao mesmo estão ligadas, sobretudo edifícios, assim como os produtos do terreno enquanto estiverem ligados ao mesmo».

Mas esta regra parece ter a sua excepção sempre que a construção seja feita exercendo-se um direito sobre solo alheio, designadamente o direito de construção hereditário ou «erbbaurecht», definido como o direito alienável e transmissível de ter uma construção sobre ou sob a superfície dum terreno (§ 1.012.º). No entanto, as razões acima indicadas levaram grande parte da doutrina alemã a entender que o «erbbaurecht» não conduzia à propriedade da construção superficiária, pelo menos no caso em que esta já existisse ao constituir-se o direito (2).

(1) Gonzalez, ob. cit., pág. 143; Stolfi, ob. cit., pág. 539.

(2) Caso semelhante se passa quanto ao Código Civil francês. Conquanto não se faça nele qualquer menção ao uso e à enfiteuse, ninguém duvida da sua admissibilidade legal.

Subsecção II

Regulamento alemão de 15 de Janeiro de 1919

O instituto do «erbbaurecht» tinha deixado na doutrina alemã campo aberto a várias e grandes controvérsias. Era discutida a natureza do direito sobre a construção superficiária; o mesmo sucedia quanto à relação entre esta e o solo.

Um projecto de reforma surgiu e dele nasceu o Regulamento de 15 de Janeiro de 1919 que, acabando com todas as questões relativas aos direitos sobre a superfície, veio submeter o «erbbaurecht» a novos princípios.

Ocorre recordar que no § 93.º do Código alemão se estabelecia que as partes integrantes duma coisa são insusceptíveis de propriedades separadas. E o § 94.º declarava serem consideradas partes integrantes do solo as construções e tudo o mais que se encontre unido ao próprio solo.

Nestas condições, justificavam-se as grandes disputas entre os juristas quanto a saber se o superficiário tinha sobre a construção um verdadeiro direito de propriedade, dado que esta, devendo considerar-se parte integrante do solo, não podia constituir objecto dum direito distinto do que recaia sobre ele.

Ora o Regulamento acaba com estas dúvidas e declara no seu art.º 12.º, embora não muito claramente, que a construção superficiária vale como parte integrante e essencial do direito de superfície; consequentemente, a construção pertence ao superficiário e, dado o seu carácter essencial, qualquer alienação do «erbbaurecht» leva em si a alienação da própria construção.

Por outro lado, entende-se que ao superficiário não deve ser permitida a transmissão a terceiros da só propriedade de construção, uma vez que este direito só existe enquanto ele é titular do «erbbaurecht» (1).

(1) É o que se passa, v. g., com as plantações de árvores. A propriedade separada, mesmo duma só árvore é, como se compreende, uma fonte perene de discórdias manifestamente nociva ao desenvolvimento da agricultura.

SECÇÃO IV

O PROBLEMA DE ADMISSIBILIDADE E DE NATUREZA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE À FACE DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

Tal como nos restantes Códigos de tipo latino, no nosso Código Civil não se encontra consagrado o regulado «ex professo» o direito de superfície; mas apressamo-nos a dizer que do silêncio da lei não resulta necessariamente que o instituto deva considerar-se excluído da tutela legal.

A vontade privada, desde que manifestada válidamente e enquanto não esteja em oposição com os princípios informadores da ordem jurídica considerada, pode conseguir a protecção da lei não só quando esta expressamente a regula num instituto jurídico, mas também quando não se lhe refere.

É doutrina que se nos afigura verdadeira a de que, em direito positivo, a primeira realidade a considerar-se é a norma jurídica; e uma vez averiguado quais as normas vigentes em certa sociedade, tudo procede delas, nada havendo que as domine. A lei está, pois, acima da vontade privada.

Todavia, apesar da situação incontestável de subordinação em que esta se encontra, é-lhe reconhecido o poder de se mover livremente desde que o faça adentro dos quadros ou limites, mais ou menos amplos, marcados por lei. Há sempre um *espaço em branco* deixado pelo Direito objectivo à livre expansão da vontade privada para que esta, na sua constante vida de relação, determine os efeitos jurídicos que ache mais convenientes.

Se, portanto, a norma em concreto não prevê expressamente determinada hipótese, mas são respeitados os limites impostos e se deduz de todo o sistema a admissão legal daqueles princípios que, para a vontade, são condições ou pressupostos indispensáveis para alcançar o efeito jurídico final, nada obsta a que ela consiga a tutela legal pretendida.

O Direito romano oferece-nos um curioso exemplo de vontade que não obtinha o pleno reconhecimento da lei: precisamente o caso do «*jus superficiei*», direito real sobre construção e solo alheios. A intenção do seu titular tendia ao direito de propriedade sobre a construção; mas o princípio da acessão, necessário e indeclinável, opunha-se a tal, de forma que apenas lhe era reconhecido um simples «*jus in re aliena*».

No entanto, e como já observámos, esta discordância entre a intenção inicial das partes e o efeito jurídico final obtido pôde desaparecer a partir da Idade Média com o surgir de princípios novos que, destronando a antiga concepção romana de acessão, tornaram possível um direito de propriedade sobre a superfície.

Ora naquelas ordens jurídicas onde existam os pressupostos necessários à tutela legal dum direito de superfície não já de tipo romano, isto é, onde haja a possibilidade duma propriedade da superfície distinta de propriedade do solo, onde seja legítimo o alargamento da enumeração legal dos direitos reais e onde se encontrem razões de ordem prática que reclamem protecção ao instituto, não pode negar-se à vontade das partes o seu pleno efeito no campo da tutela jurídica com base na falta de menção legal expressa.

Está neste caso o direito positivo português anterior à lei n.º 2.030. Até então não havia entre nós qualquer disposição consagrando e regulamentando expressamente o direito de superfície, aquele direito real sobre imóvel alheio que conduz à propriedade da superfície. No entanto, a verdade é que podemos encontrar no nosso direito aqueles pressupostos necessários ao direito de superfície e concluir assim pela sua admissibilidade na ordem jurídica portuguesa, designadamente no Código Civil. Vejamos como.

Muitas e várias são as razões práticas, ainda vivas, que recordam o antigo «jus superficiæ» e exigem para ele a protecção jurídica. Basta recordar que surgiu em Roma como expediente destinado a facilitar a resolução do problema da habitação, já então difícil nas grandes cidades, e que tal problema, redobrando de importância a partir do passado século e mantendo-se com a maior acuidade nos nossos dias, exige a possibilidade de se conseguir do proprietário de terrenos edificáveis a faculdade de construir e obter a propriedade da construção (concessão «ad aedificandum»), ou de se adquirir a casa separadamente do terreno e constituir desta forma uma propriedade superficiária, distinta da propriedade do solo.

Discutiremos mais tarde se o direito de superfície se transformou na propriedade superficiária, entrando assim na doutrina geral da propriedade, ou se deve ser considerado doutra forma. Mas em qualquer das hipóteses fica intuitivamente demonstrada a possibilidade dum reconhecimento e regulamentação legais daquelas exigências práticas a que, no campo do direito, corresponde o instituto superficiário.

E não se diga que o facto de o direito de superfície não se encontrar nomeado entre os direitos reais expressamente reconhecidos pelo Código Civil importa a sua exclusão. É certo que a enumeração dos direitos nos Códigos de tipo latino é considerada fixa, taxativa. Mas também é opinião dominante a de que com isto se quer apenas dizer que só são admitidos como reais aqueles direitos onde aparecem as características de *realidade* que um trabalho de indução jurídica mostra serem necessárias para a formulação dum conceito de direito real, e não que só possam ser reconhecidos como direitos reais aquelas figuras que, como tais, sejam nomeadas pela lei.

Sendo assim, e não se levantando quaisquer dúvidas acerca da natureza real do direito de superfície, nada obsta a que digamos que, também sob este aspecto, o direito de superfície é admitido pelo nosso Código Civil, embora não mencionado ao lado dos restantes direitos reais sobre coisa alheia (1).

Resta-nos agora saber se subsiste ou não no Código Civil aquele carácter absoluto que à acessão era atribuído na ordem jurídica romana. Vimos, com efeito, que apesar da atenuação introduzida pelo «jus superficiei» à lei da acessão, esta continuou como princípio absoluto, como regra sem excepção, porque sempre o proprietário do solo continuava dono da superfície, muito embora ao superficiário fosse reconhecido um direito real.

Ora poderá negar-se que a acessão mantenha no nosso Código aquele mesmo carácter absoluto com que reinou no Direito romano? Haverá disposições legais que nos autorizem a considerar possível que a coisa incorporada ou unida a imóvel alheio não siga necessariamente a sorte deste? Admitirá o Código uma verdadeira derrogação ao princípio da acessão, de forma a poder surgir com base legal a propriedade da superfície, destacada e separada da propriedade do solo?

Entendemos que sim, baseando-nos em cinco disposições: as dos art.^{os} 2.335.º, 2.287.º, 2.289.º, 2.306.º e 2.308.º.

O art.^o 2.335.º, integrado no capítulo referente às restrições impostas à propriedade em defesa da propriedade alheia, estabelece no seu corpo: «Se os diversos andares dum edificio pertencerem a diversos proprietários, e o modo de reparação e conserto se não achar regulado nos seus respectivos títulos, observar-se-á o seguinte».

(1) Ob. cit., pág. 476.

Ora, se o direito de acessão vigorasse entre nós nos mesmos termos em que vigorou em Roma, um qualquer andar duma casa pertenceria necessariamente ao proprietário do andar inferior, ao dono do imóvel a que o andar considerado estivesse incorporado. E não é isto que o artigo quer, pois admite expressamente a propriedade separada dos vários andares.

Importa realmente não confundir a acessão, facto material, com o instituto da acessão, que o regulamenta juridicamente. Os romanos identificavam as duas realidades, porque sempre que se verificava a união ou incorporação o direito de propriedade sobre a coisa principal estendia-se à coisa incorporada. Mas o nosso legislador teve o cuidado de estabelecer a distinção, pois no art.º 2.287.º diz-se que «o direito de fruição abrange... 2.º, o direito de acessão»; e o art.º 2.289.º define o próprio facto em que a acessão se traduz, dizendo: «Dá-se acessão quando, com a coisa que é propriedade de alguém, se une e incorpora outra coisa, que lhe não pertencia».

Por consequência, a acessão não é condição suficiente para que surja o direito de acessão, para que o proprietário veja o seu direito estender-se à coisa adjunta e se torne seu dono, incumbindo à lei determinar, como o faz nos art.ºs 2.290.º a 2.308.º, os casos em que tal se verifica ou não.

Um dos casos em que a coisa incorporada não cede necessariamente àquela a que aparecer unida, é o previsto no art.º 2.306.º:

«Se o dono de quaisquer materiais, sementes ou plantas, tiver feito em terreno alheio obras, sementeiras ou plantações, possuindo aliás esse terreno em próprio nome, com boa-fé e justo título, observar-se-á o seguinte:

§ 1.º — Se o valor que tais obras, sementeiras ou plantações, tiverem dado à totalidade do prédio onde foram feitas, for maior do que o valor que este tinha antes, o verdadeiro dono só haverá o valor que o prédio tinha antes das ditas obras, sementeiras ou plantações, ou o que teria ao tempo da evicção».

Daqui resulta que, embora o dono dos materiais, plantas ou sementes não seja proprietário do solo, mas simples possuidor, as construções, sementeiras e plantações por ele feitas não pertencem necessariamente ao dono do terreno, como se vê dos §§ 1.º e 2.º, sendo o seu destino determinado por um critério assente no maior ou menor valor económico que tiverem dado ao prédio.

Mas é no art.º 2.308.º que claramente se vê admitida a derrogação ao conceito romanista da acessão imobiliária. Dispondo ele que «o dono do prédio, onde existirem árvores alheias, poderá adquiri-las, pagando o seu valor, excepto se, por efeito de contrato, se tiver obrigado a conservá-las no domínio alheio, por certo número de anos, que nunca poderão exceder a trinta», é forçoso concluir que o direito de acessão não é, na nossa ordem jurídica, um princípio de carácter absoluto, podendo recair sobre a coisa incorporada um direito de propriedade tendo por sujeito activo pessoa diversa do titular do direito de propriedade sobre o imóvel considerado.

Fica assim demonstrado que o nosso Código Civil sanciona aqueles pressupostos necessários para que o direito de superfície obtenha a tutela legal.

Mas vamos mesmo mais longe, pois entendemos que, embora no Código não se encontre a expressão «direito de superfície» e não se possa dizer que nele está consagrado e reconhecido expressamente, o instituto foi previsto e admitido pelo legislador no art.º 2.308.º. Depois de estabelecer que as árvores alheias podem ser adquiridas pelo dono do prédio onde existirem, desde que seja pago o respectivo valor, o artigo abre uma excepção, dizendo «excepto se, por efeito de contrato, se tiver obrigado (o dono do prédio, diremos nós) a conservá-las no domínio alheio, por certo número de anos, que nunca poderão exceder a trinta».

Quer dizer: pode o proprietário de certo terreno permitir que outrem mantenha árvores nesse seu terreno, por determinado prazo e mediante contrato, conservando a outra parte o seu direito de propriedade sobre as ditas árvores.

Mas qual é a figura jurídica que pode disciplinar esta complexa relação, em que paralelamente a um direito sobre solo alheio aparece um direito de propriedade sobre uma coisa imóvel que lhe está unida de forma permanente? Não é enfiteuse, não é arrendamento, não é servidão, mas sim o direito de superfície. Só ele pode verdadeiramente considerar-se como objecto da relação jurídica que o art.º 2.308.º prevê; só ele pode atribuir ao seu titular a faculdade, obtida por acordo, de manter árvores em solo alheio com postergação imediata das regras sobre acessão imobiliária.

CAPÍTULO VII

DIREITO DE SUPERFÍCIE E PROPRIEDADE SUPERFICIÁRIA

De tudo que atrás deixámos dito, pode desde já extrair-se uma conclusão que se nos afigura da maior importância teórica e prática : a de que a relação de superfície tem natureza bastante complexa.

Não é lícito, de facto, identificar o direito de superfície à propriedade superficiária, como já se tem pretendido, dizendo que ele consiste no direito de propriedade sobre a superfície : a propriedade superficiária bem pode não ter ainda surgido e o direito de superfície encontrar-se já válidamente constituído. Direito de superfície e propriedade superficiária são realidades jurídicas de natureza diferente. O que acontece é que, ao lado daquele direito real que investe sobre imóvel alheio e que estabelece o contacto entre o proprietário deste e o superficiário, surge, como manifestação ou efeito do seu exercício, a propriedade daquilo que ao imóvel estiver incorporado ou unido — a chamada propriedade superficiária.

As doutrinas e legislações antigas e modernas têm admitido várias formas de propriedade superficiária : sobre o solo ou abaixo do solo, de construções ou de plantações, de monumentos funerários, etc.

Todavia, através dos tempos tem-se notado uma forte tendência no sentido de a limitar a certos e determinados tipos, para evitar os inconvenientes que a amplexidade da relação superficiária pode, por vezes, originar na prática (1).

As restrições começaram sobretudo com o Código Saxónio de 1863, onde apenas se falava de construções sobre ou sob o solo ; e o exemplo foi seguido pelos Códigos alemão e suíço, que proibem a constituição do «*erbbaurecht*» a respeito de plantações e dos andares duma casa.

Recentemente, também o novo Código Civil italiano dispõe, no seu art.º 956.º, que não se pode constituir nem transferir a propriedade das plantações separadamente da propriedade do solo. Mais recentemente ainda, a lei portuguesa n.º 2.030 restringiu ao máximo a propriedade superficiária, reconhecendo-a apenas quanto aos edifícios (art.ºs 21.º e 24.º).

(1) Baudry-Lacantinerie, Planiol et Ripert, Aubry et Rau, obs. e lugs. citados.

CAPÍTULO VIII

DIREITO DE SUPERFÍCIE E SERVIDÃO PREDIAL

Ao tratarmos do direito de superfície no Código Civil italiano de 1865, vimos que para Ruggiero o instituto tem uma configuração especial, por nele existirem duas realidades diferentes: a propriedade da superfície e a relação entre o proprietário do solo e o dono daquela. E vimos também que esta última relação é entendida como servidão predial, em que a superfície funciona como prédio dominante e o solo alheio como prédio serviente.

Mas porque esta construção de Ruggiero sobre a natureza do direito de superfície à face do Código de 1865 é aquela que, para nós, mais se aproxima da verdade e porque o problema se põe, quanto ao nosso Código Civil, em termos idênticos, julgamos ser este o lugar mais conveniente para um melhor exame da questão, até por ele nos poder fornecer elementos destinados à formulação do conceito actual do direito de superfície.

Vejamos, novamente, o que de mais importante nos diz Ruggiero : «A concessão *ad aedificandum* não confere outro direito senão o de construir sobre área alheia e de aí manter perpétua ou temporariamente a construção, e por isso logicamente a relação não pode configurar-se senão como uma servidão predial e, mais propriamente, como uma *servitus oneris ferendi*, que obriga o proprietário do solo a suportar a existência do edifício alheio. Resulta do exposto que, se não pode falar-se na nossa organização dum direito de superfície tal como foi construído pela doutrina romana, bem se pode falar dele como duma relação complexa na qual, ao lado da propriedade do solosolo, está um direito real de servidão a favor do proprietário daquele».

Conforme já dissemos, de todas as construções apresentadas pela doutrina é esta a que melhor explica a complexidade do instituto da superfície por não identificar o direito do superfície à propriedade superficiária e por estabelecer concretamente a relação jurídica decorrente entre os dois proprietários.

Não podemos, no entanto, aceitar que exista um direito real de servidão a favor do proprietário da superfície, isto é, que aquela relação não possa configurar-se senão como uma servidão predial, como pretende Ruggiero.

Primeiro, não é possível reconduzir o conteúdo do direito de superfície à relação entre um prédio serviente e um prédio dominante, até porque ficaria sem explicação o direito de propriedade sobre este.

Em segundo lugar, ter-se-ia de excluir a hipótese de direito de superfície a respeito de plantações, já que a servidão é uma relação entre prédios.

Depois, reconhecendo mesmo que fosse possível figurar uma servidão «oneris ferendi» (servidão de apoio) na relação entre solo e superfície, como se poderia ver isto num caso de concessão «ad aedificandum» em que, não existindo ainda o edifício, viria a faltar assim o prédio dominante no momento da constituição da relação?

Finalmente, deve também notar-se que a servidão predial é uma ligação accidental e extrínseca entre duas propriedades, sim, mas independentemente, ao passo que a relação entre solo e superfície é uma relação intrínseca e essencial, necessária não ao seu maior proveito ou serviço, mas à sua própria existência.

CAPÍTULO IX

O DIREITO DE SUPERFÍCIE COMO RELAÇÃO COMPLEXA QUE NÃO SE REDUZ À PROPRIEDADE SUPERFICIÁRIA. ADMISSIBILIDADE DESTA DOCTRINA À FACE DA LEI N.º 2.030

Vimos atrás que para a doutrina francesa mais responsável o direito de superfície outra coisa não é, senão o direito de propriedade sobre a superfície, destacada da propriedade do solo (1).

Por tal razão, e sobretudo porque a teoria francesa poderia, em princípio, defender-se também à face do nosso Código Civil (2), des-

(1) Da compropriedade (comunhão) em Direito Português, Parte II, pág. XI.

(2) Note-se também que o próprio Doutor Cunha Gonçalves é por vezes levado a identificar o direito de superfície à propriedade superficiária. Assim, a págs. 295 do «Tratado», vol. XI, lê-se: ... «pois já não é o *jus in re aliena* do direito romano, mas sim uma propriedade perfeita»; e a págs. 297-298 diz-se: «ambas estas opiniões são parcialmente exactas e ambas provam que o direito de superfície é, em todo o caso, um direito de propriedade».

locámos para aqui a sua apreciação crítica e simultâneamente procuraremos mostrar qual a verdadeira natureza do direito de superfície.

Não se podendo admitir no nosso Código um direito de superfície de tipo romano, única forma de o instituto poder ser visto através dum só prisma — direito real sobre solo e superfície alheios —, a constituição voluntária duma relação de propriedade sobre a superfície apenas pode ser olhada sob dois aspectos: ou quanto à sua origem, isto é, à relação com o próprio solo, ou quanto ao seu efeito prático, a construção ou plantação superficiária.

Mas determinar a natureza do instituto quanto à superfície envolve a referência exclusiva aos efeitos da própria relação, a propriedade superficiária; e isto não basta. Falar em propriedade superficiária não quer dizer definir o direito de superfície. Se este não fosse senão o direito de propriedade sobre a superfície, seria desnecessário um instituto jurídico especial; o direito de propriedade superficiária seria um direito de propriedade susceptível de constituir-se por qualquer das formas de constituição do «dominium». Mas nisto não se esgota o direito de superfície, porque a isto se não reduz a vontade dos particulares interessados.

Aquele proprietário do solo que autoriza outrem a construir (ou plantar), não são aplicáveis as regras da acessão e este fica com a faculdade de construir, chamando-se à relação concessão «ad aedificandum». Ora a convenção que cria um tal direito não criou a propriedade da superfície, porque ela não existe ainda; mas criou o direito de construir e ter uma propriedade superficiária.

Isto quer dizer que, não havendo qualquer necessidade de forjar um instituto novo que tenha por objecto único a disciplina legal da propriedade superficitária, fica apenas em suspenso a regulamentação jurídica da vontade privada do proprietário do solo no momento em que, renunciando ao direito de acessão, quer tornar possível a propriedade separada da superfície; e é esta regulamentação, não contemplada expressamente pela lei escrita, mas juridicamente admissível e concebível, que tem de ser reconstruída pelo intérprete.

A vontade do proprietário do solo, no acto constitutivo do direito de superfície, renuncia ao direito de acessão; e esta ideia de renúncia, porque a relação se revela logo como uma derrogação à acessão, surge como evidente. No entanto, positivamente a relação traduz-se

na transmissão a um terceiro do direito de construir, uma das várias faculdades inerentes ao conteúdo económico do direito de propriedade; por outro lado, esta transmissão da faculdade de construir constitui, por seu turno, um fenómeno de desmembramento da propriedade, que não pode deixar de ser encarado sob o aspecto da *realidade*.

Ora o título de aquisição da propriedade superficiária reside no próprio facto de construir (ou plantar), ou melhor, no próprio trabalho em tal dispendido; mas a sua causa está na transmissão da faculdade de construir. E se a propriedade superficiária não tem em si necessidade de especial regulamentação jurídica, por ser fundamentalmente disciplinada pelo direito de propriedade, aquela transmissão, como transmissão de parte do conteúdo do direito de propriedade do solo, deve sempre encontrar a sua regulamentação no campo dos direitos reais, regulamentação esta que não é nenhuma das figuras tradicionais (servidão, enfiteuse, etc.), mas sim o direito de superfície.

A teoria que considera o direito de superfície apenas como um direito de propriedade, dá à concessão «ad aedificandum» o valor dos vários meios de aquisição da propriedade; e esta opinião seria aceitável quando muito no caso de existir já a construção, como propriedade destacada e separada da propriedade do solo. Mas a verdade é que então se esquece, por exemplo, a hipótese de concessão já constituída e de construção ainda não existente.

E ainda outros obstáculos se levantam contra tal teoria.

Na ordem jurídica romana o direito de superfície era um «jus in re aliena», um direito real sobre solo e edifício alheios, constituindo uma regulamentação orgânica e unitária de harmonia com as exigências do princípio absoluto da accessão imobiliária. Mas quem sustenta no nosso Código Civil ou, em geral, nas legislações decalcadas do Código Napoleónico, reduzir-se o direito de superfície à propriedade superficiária, não admite depois que a relação de propriedade se estenda também ao solo alheio; e na impossibilidade de recorrer ao conceito de servidão, aqui inaplicável para explicar a relação entre solo e superfície, contenta-se em ignorá-la, truncando-se assim o instituto por se atender apenas ao seu efeito prático.

Que a propriedade superficiária, a que o direito de superfície conduz, não é o próprio direito de superfície, mas sim o efeito do seu exercício, mostra-o também o facto de que, destruído o edifício

ou plantação, o superficiário pode sempre plantar e construir novamente; e isto confirma que ele pode comportar-se assim, não porque proprietário mas porque titular dum especial direito sobre solo alheio, consistente fundamentalmente em poder construir ou plantar sem que a superfície ceda ao solo.

Para se conseguir um direito sobre a superfície, necessário se torna ter-se já obtido um direito sobre o solo, um direito prodrómico, anterior à propriedade da superfície, nascido de duas vontades que se encontrem para constituir uma relação juridicamente tutelável. E se esta necessidade lógica não se vê claramente quando se adquire uma superfície já existente em solo alheio, ela torna-se evidente quando se obtém o direito de construir ou plantar. No entanto a primeira hipótese reconduz-se à segunda, pela razão de que a aquisição dum construção ou plantação superficiárias contém desde logo o pressuposto da faculdade de ter, a título de propriedade superficiária, uma superfície em solo alheio.

Sendo assim, reduzidas ambas as hipóteses a uma só, o problema pode ser encarado sob um único ponto de vista — o da concessão para construir ou plantar.

Por estar consagrado expressamente na recente lei n.º 2.030, urge agora verificar, embora sem preocupações de pormenor, se o direito de superfície, tal como aí foi regulamentado, corresponde ou não à construção atrás elaborada. Parece-nos que a resposta deverá ser afirmativa; mas vejamos porquê.

Já observámos que o direito de superfície não tem por objecto a propriedade superficiária, mas sim o solo alheio em que tal propriedade está, ou virá a estar, incorporada ou unida.

Mas qual será o objecto da própria relação superficiária?

Escreve o Prof. Dr. Luís Pinto Coelho: «Segundo a orientação hoje dominante entre nós, o objecto da relação não é o *quid* sobre que recai o poder do sujeito, mas sim o próprio direito subjectivo; e este é que, por sua vez, tem por objecto um *quid* que se pode chamar objecto mediato da relação jurídica».

Temos que, portanto, o imóvel ou o chão alheio, como se diz no n.º 1 do art.º 21.º da lei n.º 2.030, objecto material do direito de superfície é, na relação superficiária, o objecto mediato; o objecto imediato desta será o próprio direito subjectivo de superfície, defi-

nido no art.º 21.º como o direito real que consiste na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária».

Os n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo acrescentam que o direito de superfície constitui propriedade imperfeita, está sujeito a registo e é alienável por título oneroso ou gratuito, susceptível de hipoteca e transmissível por sucessão; no n.º 1 do art.º 23.º diz-se ainda que «são deveres do superficiário... c) a reconstrução do edifício em caso de destruição; e o art.º 24.º dispõe no n.º 1 que «ao superficiário são assegurados: a) a propriedade do edifício enquanto o direito de superfície lhe pertencer».

Confrontando este conceito legal de direito de superfície com a construção do instituto atrás elaborada, e não nos preocupando com a questão de saber se a lei permitirá também a alienação da propriedade do edifício já existente separadamente da propriedade do solo, como um modo de constituição do direito de superfície, podemos dizer que as diferenças são apenas de ordem quantitativa. Em tudo o resto a concordância é manifesta.

Assim, o direito de superfície não é, para a nossa lei, o direito de propriedade sobre a superfície, mas sim o direito real de implantar e manter o edifício próprio em chão alheio. Basta confrontar o n.º 1 do art.º 21.º com a al. a) do n.º 1 do art.º 23.º, onde se faz referência ao prazo acordado para a construção do edifício, para se concluir que o direito de superfície é direito que pode existir antes mesmo de o edifício estar construído. O que acontece é que, além da faculdade de construir, o superficiário tem outros direitos, um dos quais é precisamente o direito de propriedade sobre o edifício (al. a) do n.º 1 do art.º 24.º), a partir do momento em que este exista materialmente e enquanto o direito de superfície lhe pertencer, e cujo título de aquisição não é outro senão o próprio trabalho (art.ºs 567.º a 569.º do Cód. Civil).

Além disto, a lei n.º 2.030 vê também no direito de superfície uma verdadeira derrogação à acessão, sem dúvida a sua característica mais saliente, ao dizer no n.º 1 do art.º 21.º que a faculdade de implantar e manter edifício em chão alheio é atribuída ao superficiário «sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária».

O outro ponto fundamental em que alicerçamos o construção atrás exposta, foi o de ver na constituição do direito de superfície o

resultado do fraccionamento ou desmembramento do direito de propriedade do «dominus soli» pela transmissão ao superficiário do poder de nele construir. E exactamente por isto o n.º 3 do art.º 21.º atribui a natureza de propriedade imperfeita ao direito de superfície, mas no sentido de que o superficiário é titular dum direito que, por ter sido destacado e retirado ao conteúdo do domínio, o veio tornar imperfeito.

Deve na verdade notar-se que, anàlogamente ao que acontece no art.º 2.189.º do Cód. Civil, à excepção dos n.ºs 1, 3 e 5, a expressão *propriedade imperfeita*, empregada naquele art.º 21.º, não se refere, contrariamente ao que a boa técnica jurídica impunha, ao próprio direito de propriedade desmembrado, mas sim ao direito real resultante de tal desmembramento.

CAPÍTULO X

DEFINIÇÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE

Chegados a este ponto do nosso estudo, e já na posse dos elementos que entendemos necessários e suficientes para formulação dum conceito rigoroso de direito de superfície que exprima a essência do instituto tal como, nesta fase final do seu ciclo evolutivo, deve ser entendido, cumpre-nos defini-lo.

Na verdade, concluimos já que :

1.º — o direito de superfície é um direito real, transmissível entre vivos e por morte, que estabelece a relação entre o proprietário do solo e o da superfície ;

2.º — o objecto do direito de superfície é o solo alheio ;

3.º — o seu conteúdo é, fundamentalmente, o poder atribuído ao superficiário de plantar ou construir em solo alheio sem actuação das regras da accessão imobiliária ;

4.º — este direito do superficiário é-lhe transmitido pelo dono do solo, que assim vê desmembrado o seu direito de propriedade pela atribuição a outrem de poderes que inicialmente pertenciam ao conteúdo deste ;

5.º — a propriedade superficiária é, não o próprio direito de superfície, mas o efeito do seu exercício; e o seu título de aquisição é o trabalho.

Nestes termos, podemos definir o direito de superfície como sendo aquele direito real, transmissível entre vivos ou por morte, de implantar ou de ter uma propriedade superficiária em imóvel alheio.

PAULO DE TARSO PACHECO CARREIRO