

O DIREITO DE SUPERFÍCIE (*)

pelo Dr. Armindo Ribeiro Mendes

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

§ 1.º

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

1. *Introdução*

Não é unívoca a palavra «*superfície*», mesmo em textos legais.

Não referindo já o sentido matemático ou geométrico do vocábulo, pelo qual se designa a posição de espaço a duas dimensões, comprimento e largura respectivamente, com abstracção da altura, ou ainda o seu significado corrente de face exterior de uma coisa, outros sentidos podemos ainda distinguir.

(*) Trata-se da 2.ª parte de um trabalho escolar elaborado no ano lectivo de 1967/1968 para o curso de Direitos Reais, da regência do Prof. Dr. José Oliveira Ascensão. A 1.ª parte desse estudo foi publicada nesta Revista, no Ano 30 (1970), págs. 5 a 78, subordinada ao título «A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966».

O texto agora publicado é idêntico ao apresentado em 1968. Pareceu ao seu autor que o facto de se tratar de um estudo apreciado por um júri do Prémio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito e o de se achar já publicada a 1.ª parte sem quaisquer alterações aconselhavam a que se não procedesse à necessária remodelação e actualização, tendo em conta o que se publicou desde 1968 até hoje versando o mesmo tema.

Assim em textos legais, superfície aparece algumas vezes para designar o plano superior e visível do solo sem abranger ou abrangendo a respectiva coluna de ar ⁽¹⁾. Mais frequentemente designa, porém, tudo aquilo que será feito sobre o plano horizontal do solo, o mesmo é dizer, as plantações e construções que se levantam sobre ele. Tal utilização da palavra está rigorosamente de acordo com a sua origem etimológica: o étimo latino «*superficies*» era formado pela reunião de *super* e de *facere*, incluía o construído sobre o solo, «tudo aquilo que se levanta, por obra do homem ou da Natureza, sobre um plano horizontal» (Braga da Cruz).

Esta noção de superfície como qualquer construção incorporada no solo, ou mesmo como qualquer plantação de carácter permanente enraizada na terra, não tem tanto interesse hoje, no âmbito do novo Código Civil, em que o termo designa antes um direito sobre construções ou plantações feitas em terreno alheio ou, mais geralmente, uma forma de parcelamento jurídico de um prédio segundo o eixo horizontal do solo em que o direito de propriedade deste não tem o mesmo titular que o direito de promover e manter nesse solo construções e plantações que apresentam indubitavelmente autonomia jurídica. O proprietário do solo, *dominus soli* ou fundeiro e o titular do direito de superfície ou superficiário são pois titulares de direitos reais que incidem sobre um mesmo prédio.

É nos artigos 1524.º e seguintes do novo Código Civil que é tratada esta matéria do direito de superfície, que iremos examinar seguidamente. Segundo resulta daquele artigo, o direito real de superfície é definido na nossa ordem jurídica como a «faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente uma obra em terreno alheio ou de nele fazer ou manter plantações.»

Entende-se que o direito de superfície socialmente tem interesse pois, entre outros objectivos, «serve para favorecer a construção de edifícios (...) sobre terrenos pertencentes a uma

(1) Cfr. artigo 1344.º, 1 do Código Civil: «A propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo (...).»

pessoa que por um lado não tenciona aliená-los e, por outro, não quer ou não pode construir neles» (1).

Fundamentalmente o direito de superfície é um instituto jurídico próprio das cidades ou outros centros urbanos de importância e visa facilitar a construção de imóveis destinados, em regra, à habitação ou ao exercício de actividades industriais ou comerciais. Tal como a propriedade horizontal, é um meio de lutar contra o problema habitacional, tornando possível o fomento da construção de moradias familiares em terrenos do património do Estado ou das autarquias territoriais. Mediante o pagamento dum cânon, renda ou *solarium* o superficiário pode construir e manter durante longos períodos uma casa em solo alheio, evitando o gasto de quantias incomportáveis para o seu orçamento na compra de terreno. É esta a situação disciplinada pela Lei n.º 2030, artigos 21.º a 29.º — poder-se-á falar, como em Espanha, de uma *superfície urbanística*.

A partir de 1966, a par do regime da Lei n.º 2030 ainda em vigor, o direito de superfície abrangendo também as plantações em quaisquer terrenos, independentemente da natureza pública ou privada dos respectivos titulares é admitido no Código Civil, transcendendo por isso, ao menos na intenção do legislador, a problemática urbanística e da crise da habitação nas cidades.

Através da sua longa história a superfície tem estado ligada à concentração urbana e à expansão das cidades, não só em Roma, como na Idade Média, em várias cidades italianas. Desde 1066 que existem documentos estudados minuciosamente por Solmi que titulam negócios de constituição de direitos de superfície para construção de casas. Por outro lado os célebres Bártolo e Baldo referiram-se ao nosso instituto como *enfiteuse urbana* (2).

Discutível embora como política legislativa, tem sido tendência deste século a regulamentação legal cuidada da superfície. Em 1919 aparece o Regulamento Alemão sobre o direito

(1) Giovanni Balbi, «La superficie», pág. 16.

(2) Cunha Gonçalves, «Tratado de Direito Civil». vol. XI, pág. 301.

hereditário de construção (*Erbbaurechtsordnung*, de 15 de Janeiro de 1919); segue-se depois a regulamentação nos Códigos Civis chinês de 1929-1930, italiano de 1942 e português de 1966.

Antes de nos debruçarmos sobre a sua natureza jurídica e regulamentação na nossa lei civil, achamos de algum interesse recapitular as principais fases da sua evolução histórica.

2. *A «superficies» no Direito Romano*

Não há notícia histórica da existência de um direito de superfície nas cidades da Grécia, sendo muito duvidoso se a regra «*superficies solo cedit*» teria tido origem grega como pretendeu Wenger, opinião todavia geralmente repudiada pela doutrina romanista que admite, no dizer do Prof. Raul Ventura, que tal regra «não corresponde a qualquer estatuição positiva» grega ou de diversa origem (¹).

É em Roma que o instituto se desenvolve e que recebe pela primeira vez a atenção dos juristas, ao mesmo tempo que acompanha a evolução das condições económicas e sociais durante o Império.

Em primeiro lugar, para se compreender tal evolução é preciso ter presente a «virtude absorvente» do *dominium* romano, que De Francisci põe em relevo. O sistema jurídico romano estava estruturado sobre um princípio da propriedade, sendo solução invariável que «tudo aquilo que está sobre o *fundus* ou que se une a ele é propriedade do proprietário do fundo» (²). O proprietário do fundo vê o seu *dominium* estender-se *usque ad coela* ou *ad sidera* e, no sentido de profundidade, *ad inferos*.

É assim que surge o célebre princípio «*superficies solo cedit*» que reflecte, segundo Arangio Ruiz, «a exasperação do critério do absoluto senhorio sobre a coisa, pelo qual ela pertence ao proprietário não apenas na sua actual estrutura e destino, mas em

(¹) «O direito de superfície», artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano V (1948), pág. 108.

(²) De Francisci, «Sintesis historica del derecho romano», trad. espanhola, págs. 160-161.

todas as possibilidades mesmo remotas de ampliamiento e fruição» (1). Esta absorção da construção pelo fundo, a coisa principal, aparece-nos descrita por Gaio, nas Institutas: «*Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificandum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, jure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*» (II, 6). Também no Digesto, nos surge um fragmento de Gaio, provavelmente interpolado, em que se consagra o princípio da acessão: «*omne quod inaedificatur solo cedit*» (D. 41.17.10).

A concepção romanista da propriedade construía o *dominium* quiritário como uma soberania, «senhorio absoluto, exclusivo, a que repugna qualquer limitação» (De Francisci), o qual absorve necessariamente qualquer construção ou plantação aí levantada ou feita, é dotado de perpetuidade e se revela imune a quaisquer impostos prediais.

Ao tempo da República, porém, o Estado começou a conceder aos particulares certas zonas do *ager publicus* para construção, no Forum romano e noutros locais da cidade e permitia o estabelecimento de pequenas construções de particulares ao longo das vias públicas, as célebres «*tabernae*» onde, entre outros, negociavam os *argentarii* (2). Em virtude do princípio jurídico de *superficies solo cedit*, a propriedade dos terrenos tal como a das construções neles incorporadas respeitava ao Estado «enquanto que o *usus* era reconhecido ao concessionário privado, e por isso podia vir a ser transferido, num primeiro momento só por sucessão *mortis causa*, aos seus herdeiros, num segundo momento, também a terceiros estranhos mediante contrato de venda» (3). São estes, ao que parece, os primeiros exemplos de concessão superficiária em Roma. A maioria dos romanistas inclina-se para ver nesse *usus*, transmissível embora por morte, o exercício de um direito de estrutura obrigacional, tendo o Estado o dever de assegurar ao concessionário o uso pacífico da coisa. Na maioria dos casos, essa concessão *ad aedificandum*

(1) Transcrito em Prof. Raul Ventura, art. cit., Revista cit., pág. 108.

(2) Salis, «La superficie», pág. 1.

(3) Salis, ob. cit., pág. 2.

seria concedida por um contrato de arrendamento, a *locatio conductio*, e a violação do dever do Estado de consentir na construção e na fruição dela pelo concessionário geraria responsabilidade contratual e daria apenas direito a uma indemnização.

Mas o pretor interveio no instituto, como nota o Prof. Braga da Cruz ⁽¹⁾, «*adjuvandi vel corrigendi juris civilis gratia*» concedendo uma protecção judiciária de carácter real em favor do concessionário «*propter utilitatem publicam*» (D. 1.1.7).

Onde o direito civil via apenas um arrendamento, embora por longo tempo (*ad non modicum tempus*), sem qualquer *jus fruendi* ou *utendi*, em que ao arrendatário era atribuída apenas uma permissão nascida de um contrato obrigacional de utilizar a construção após ter sido realizada, isto é, um mero *re frui licere*, o pretor vai ver um titular de um *jus in re aliena*, considerando que o superficiário tem *animus domini* sobre a construção e acaba por outorgar-lhe um interdito (*interdictum de superficiebus*) e, mais tarde, talvez quando a *locatio conductio* fosse largamente utilizada pelos particulares que viam as suas expectativas de utilização da construção tuteladas pelo pretor, uma *actio in rem utilis*, uma acção real em atenção ao verdadeiro *animus domini* do superficiário, embora não *ex jure civili*.

Esta longa evolução processa-se durante o Império e pode analisar-se através dos textos do Edicto do pretor e de juristas como Paulo, Gaio e Ulpiano no Digesto. No direito clássico não pode falar-se, na opinião do Prof. Raul Ventura, «num direito de superfície, autonomamente organizado». A fruição da *superficies* baseia-se na respectiva *locatio* e «o interdito não é bastante para alterar a sua natureza» ⁽²⁾. Com o decorrer dos séculos, acentua-se o seu carácter real embora a fonte da superfície seja quase sempre o contrato de *locatio conductio*. Paulo diz ser superficiário aquele «*qui in conducto solo superficiem*

(1) «O direito de superfície no direito romano», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano IV, n.º 3-4, págs. 133 e segs.

(2) Artigo citado, *Revista citada*, pág. 121.

imponuit» e Gaio considera *superficiarias aedes*, as que «*in conducto solo positae sunt*» (1). Ulpiano admite, porém, como fonte a compra e venda. No caso da *locatio*, é elemento essencial do contrato o pagamento de um *solarium*, a cargo do superficiário; no direito justiniano, informa De Francisci, admite-se o carácter gratuito da superfície. A natureza deste *solarium* vai evoluindo no tempo de uma renda, contrapartida da fruição do terreno e do imóvel, até um verdadeiro «encargo real ambulatório» (2).

No direito justiniano admite-se já a superfície sobre plantações, segundo a opinião de Lino Salis. Mas a maior importância do instituto continua a manifestar-se na concessão *ad aedificandum* urbana. Nesta fase final a superfície parece modelar-se como uma enfiteuse urbana, um verdadeiro «direito real alienável e transmissível aos herdeiros que atribui o pleno gozo de um edifício ou de parte dele» (3). Deve, porém, notar-se que o princípio *superficies solo cedit*, apesar de formalmente em vigor, é esvaziado do seu conteúdo clássico. O Prof. Raul Ventura vai mesmo mais longe e afirma ter existido uma propriedade superficiária no direito justiniano, pois que «por muito paradoxal que pareça, no direito justiniano a propriedade da superfície pertence ao dono do solo, mas tudo se passa como se o superficiário fosse o proprietário» (4). A ser assim, sendo o princípio *superficies solo cedit* um *vanum nomen* sem correspondência social, a evolução do instituto no direito intermédio não seria tão discrepante com a construção romana, como afirmam numerosos autores.

De qualquer modo, mesmo admitindo que socialmente o superficiário era um proprietário, como defende o Prof. Raul Ventura, a verdade é que nos textos jurídicos da época justiniana se encontram afirmações de Gaio que não deixam dúvidas

(1) Gaio, D.43.18.2: «*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt; quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est cujus est solum*».

(2) Prof. Braga da Cruz, art. cit., pág. 152.

(3) De Francisci, ob. cit., pág. 753.

(4) Artigo citado, revista citada, pág. 123.

sobre o valor do princípio da acessão: o superficiário teria apenas um *jus in re aliena*, pois que «*id quod solo nostro ab alieno aedificaverit, jure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*» (Gaio) ⁽¹⁾.

3. *A superfície no direito intermédio*

Por um lado, a regra da acessão que os juristas romanos tinham trabalhado com grande rigor, perde parte do seu significado, não só porque o direito romano e a técnica jurídica romana se tinham circunscrito ao Império do Oriente mas porque a desagregação do poder romano no ocidente europeu fora acompanhada pelas deslocações dos povos germânicos, cujos costumes e direito se impunham aos colonizados antes dependentes dos Imperadores e do direito imperial. Por outro, mesmo no direito justinianeu a evolução processa-se no sentido de diminuir, pelo menos *de facto*, o vigor do princípio *superficies solo cedit*.

O direito germânico aparece mais centrado na ideia ou princípio do trabalho. Nada significa a superfície romana entendida como um mero *jus in re aliena*. São correntes as práticas da propriedade dividida, das conhecidas *Obereigentum* e *Untereigentum*. A acessão romana é desconhecida pelo *jus germanicum*.

Imóvel era só a terra. Móvel tudo o mais. E isto também porque em parte os edifícios nas cidades eram de madeira ou de colmo, muitas vezes não incorporadas no solo, correntemente considerados como móveis. Casas assentes sobre colunas de madeira, sempre sujeitas à prática do «correr do fogo», pelo qual os burgos procuravam evitar catastróficos incêndios, não se prestavam ao funcionamento da velha *accessio*. Faltava igualmente o princípio da propriedade que via no *dominium* um «domínio reservado» da soberania do *paterfamilias*. O trabalho é tutelado pelo direito germânico como modo de aquisição de

(1) Semelhante ao direito de superfície, na Palestina, era o direito ou *jus gazagâ*, espécie de locação perpétua de uma casa, transferível *mortis causa* e *inter vivos*, que circundava a proibição hebraica de ter propriedade imobiliária (Balbi, ob. cit., pág. 19).

propriedade. A superfície é concebida em termos muito diversos dos da doutrina romana, desde que se entenda como o fazia o direito germânico, «que a uma pessoa possa pertencer a propriedade do solo e a outra a do edifício, a um a propriedade do subterrâneo, a outro a do plano superior, e até a um andar, e a outro andar e a um o solo e a outro as árvores. Este conceito é estranho (...) ao direito romano» (Filomusi-Guelfi) ⁽¹⁾.

No entanto a superfície sofre uma sorte curiosa, que o Dr. Pacheco Carreiro põe em destaque. Na Itália e nos países europeus onde o direito romano se tinha mantido na tradição, verifica-se uma certa infixidez dos contornos do instituto. Fala-se em enfiteuse urbana (Bartolo, Baldo) mas, por outro lado, subvertendo o funcionamento da *accessio* romana enunciam os juristas a regra inversa de *solus superficiei cedit*, admitindo-se que a propriedade da construção faça adquirir a propriedade do solo e que coexistam a propriedade superficiária e a propriedade do solo com diferentes titulares. Na Itália foram muito frequentes as situações de superfície a partir do século XI, em especial, como refere Barassi, nas áreas do domínio eclesiástico, de natureza inalienável. Nestes casos, «também ao superficiário como ao enfiteuta foi reconhecido um domínio útil, ligado ao domínio directo» ⁽²⁾.

Em territórios de influência jurídica germânica, pelo contrário, a recepção posterior do direito romano vai influenciar as concepções sobre a superfície, sendo o princípio do trabalho afastado muitas vezes em proveito do princípio da propriedade, adquirindo grande vigor a regra de *superficies solo cedit*.

O grande pandectista Windscheid dá conta da influência profunda dos conceitos romanos de propriedade e de acessão, ao escrever que «o direito de superfície funda-se sobre a ideia de que a alguém pertence ou o edifício ou outro anexo (Anlage)

⁽¹⁾ Transcrito por Dr. Paulo T. Pacheco Carreiro, em «Origem, Evolução e Conceito actual do Direito de Superfície», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano XII, n.º 3-4, pág. 246.

⁽²⁾ «Proprietà e Comproprietà», pág. 609.

— que se encontra sobre ou sob um fundo — sem o solo», afirmando em seguida que tal relação de direito, não é «juridicamente possível, pois aquilo que está ligado (permanentemente) ao solo não tem existência independente, mas é apenas parte constitutiva do solo, a qual não pode porém ser objecto de um direito especial, mas vem necessariamente compreendida na relação jurídica que tem lugar sobre o fundo» (1). Explica depois a natureza da superfície como «um direito sobre coisa alheia (fundo com o anexo que aí se encontra) o conteúdo do qual, porém, como o enfiteuse, traz a sua determinação da ideia de que o superficiário tem mais do que um direito sobre coisa alheia» (2), um verdadeiro direito ilimitado de gozo sobre a coisa, transmissível, podendo o superficiário por convenção dispor da substância da construção superficiária.

A doutrina de Windscheid parece-nos exemplificativa do modo profundo como o direito romano influenciou os tratadistas germânicos da época anterior à codificação, através da difusão nas universidades e tribunais do *Usus modernus Pandectarum*.

Em França, não obstante a recepção do princípio da accessão do direito romano e a crença de que o proprietário do solo é senhor do *tréfonds* e de tudo o que se eleva acima do terreno, em certas regiões aparecem desde épocas distantes situações de superfície.

Assim, na Bretanha, em séculos recuados da Idade Média aparecem situações de arrendamento com domínio precário (*bail à domaine congéable*), figuras reguladas por normas costumeiras em que, mediante um contrato de arrendamento, o «foncier», proprietário do terreno nu e das árvores que aí crescem espontaneamente (*arbres fonciers*) concede o uso deste a um locatário designado por *domanier*, *férmier* ou *colon*, que «*dominium habet*» de todos os «*edifices et superficies*», compreendendo tais termos «não só as construções e as plantações mas também todos os trabalhos capazes de melhorar o solo, fossas, drenagens,

(1) «Dritto delle Pandette», tradução italiana de Fadda e Bensa, vol. I, § 223, págs. 798-799.

(2) *ibidem*.

poços, taludes, etc., tudo o que é devido ao trabalho do homem» (1).

Esta situação foi respeitada pela Revolução Francesa, tendo sido regulamentada em plena época revolucionária, em que a ideologia liberal procurava apagar todos os vestígios de oneração e parcelamento de direitos sobre o solo, tão característicos do «Ancien Régime», e que eram prejudiciais, segundo os economistas liberais, ao são funcionamento do «organismo económico».

4. *Situações de superfície no direito inglês*

São apontados como exemplos de verdadeiros direitos de superfície certos arrendamentos de origem medieval para construção de edifícios em solo alheio (*building leases*), sendo célebre o facto de Londres estar construída em grande parte sobre solo pertencente ao Duque de Westminster (2).

A complicação do sistema inglês de direitos reais, de desenho medieval, não torna fácil traçar um paralelo com os sistemas continentais, em especial no que se refere à superfície.

A noção de propriedade superficiária não se aplica ao direito inglês. A exposição dos direitos reais não assenta na distinção básica entre móveis e imóveis, embora essa distinção tenha estado na base da dicotomia *real property* — *personal property*. Simplesmente, as origens históricas e evolução das jurisdições reais e das respectivas competências segundo a *common law* emprestaram à distinção um carácter anacrónico e terrivelmente confuso que é impenetrável para o jurista continental.

No direito inglês, no que se refere à matéria de direitos reais, o sistema está centrado não sobre a ideia de *property* mas sim sobre a de *estate*, ou seja, «a ideia de interesse jurídico que pertence a uma pessoa sobre uma coisa» (René David). Não existe um *numerus clausus* de *estates*, sendo porém muito

(1) Picard, em Planiol et Ripert, «Traité», III, «Les biens», pág. 327.

(2) Cunha Gonçalves, «Tratado» citado, vol. XI, pág. 295.

frequentes o *estate in fee simple absolute*, de difícil caracterização, de poderes mais vastos, outrora concedido pelos monarcas, e que se aproxima do direito de propriedade continental⁽¹⁾; e o «*estate for terms of years*», menos vasto, que podia no entanto até 1925 ser estabelecido perpetuamente, através de convenção, e a partir do *Land Property Act* foi sujeito a um termo de 2000 anos.

Em certos casos, através de um contrato típico que se aproxima do nosso arrendamento, o *lease*, pode o *landlord* ou *lessor* operar uma limitação do seu direito real, a favor do *lessee* (arrendatário), podendo este por sua vez construir edifícios no terreno do *landlord*, os quais, segundo a *common law*, se integram no prédio⁽²⁾ pela regra jurisprudencial de *quicquid plantatur solo, solo cedit*. A equidade, porém, introduz por vezes modificações apreciáveis neste esquema.

Dado que os *estates* são em número indefinido, pois não vigora em relação a eles um princípio de *numerus clausus*, podem ser constituídos com características idênticas às da superfície continental, uma vez que o prédio (*land*) «se divide para fins jurídicos vertical ou horizontalmente» (Jenks), sendo admitida a pertença separada de um andar ou a utilização de chão alheio, com a respectiva coluna de ar, nomeadamente para fins de construção.

Situações de efeitos semelhantes aos do direito de superfície podem surgir relativamente à *settled land* (noção complexa que surge com um acto de afectação jurídica, o *settlement* e que envolve a ideia de *trust*): o *tenant for life* numa *settled land* pode conceder arrendamentos em que estejam incluídos poderes de o locatário transformar a coisa, construindo edifícios ou plantando florestas, de que se pode utilizar por longos períodos

(1) Segundo Jenks, o *tenant in fee simple* «está autorizado a tratar a terra e tudo (incluído) nela ou sobre ela, da maneira que lhe agrada» (Jenks' *English Civil Law*, II, pág. 495).

(2) O termo *land* (prédio) «inclui, além do próprio solo, minerais não explorados, a superfície, a água, as árvores e outra vegetação que cresça de facto no solo, edifícios incorporados no solo e todas as coisas ligadas ao solo ou a qualquer edifício incorporado nele, de tal modo que não possam ser removidas sem prejuízo (*disturbance*) perceptível do solo ou edifício (pertenças — *fixtures*)» — Jenks, ob. cit., II, pág. 481.

de tempo; são os *building* ou *forestry leases* que podem prolongar-se pelo período latíssimo de 999 anos, nos termos do *Settled Land Act* de 1925. Constituem-se então verdadeiros direitos de superfície por tempo indefinido (1).

É com as reservas que procurámos expor sucintamente que se pode entender existirem verdadeiros direitos de superfície em Inglaterra. A construção doutrinal dos direitos reais é muito complexa e a força da tradição, a técnica processual e a obediência à regra *stare decisis* têm permitido a sobrevivência de reais anacronismos. Sucessivas leis têm procurado neste século limitar os longos prazos dos *building leases*, sem que se tenha chegado a uma solução satisfatória. Ainda em 1951, o Partido Liberal apresentou um vasto projecto de reforma que não foi acolhido e que visava limitar, entre outros, os casos de arrendamentos para construção (2).

Para compreender o direito inglês, afirma o Prof. René David, tem o jurista continental de abandonar as ideias «devidas a séculos de refinamento do pensamento jurídico nas universidades, e é preciso voltar a certas ideias de base, mais concretas, e lembrarmo-nos do papel primordial que desempenhou o processo no desenvolvimento do direito inglês» (3).

5. *Os Códigos europeus modernos e a superfície*

O Código de Napoleão que iniciou a era da codificação não contemplou expressamente a superfície, não obstante a tradição enraizada do instituto em regiões como a Bretanha. O princípio da acessão imobiliária é recebido como regra geral: «*La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (...)*» (artigo 552.º). E no artigo 553.º estabelece-se a presunção de que todas as construções, plantações e obras sobre o terreno ou no seu interior foram feitas pelo proprietário à sua custa e lhe pertencem se não se provar o contrário.

(1) Veja-se Jenk's *English Civil Law*, II, págs. 769-770.

(2) Veja-se L. Barassi, «Proprietà e Comproprietà», pág. 610, nota (171).

(3) «Le Droit Anglais», P. U. F., 1965, págs. 100-101.

A doutrina francesa entendeu que, tratando-se de uma presunção ilidível a prevista no artigo 553.º, a regra *superficies solo cedit* não seria de ordem pública, podendo validamente constituírem-se direitos de superfície.

Segundo Planiol e Ripert, este direito consiste em um sujeito de direito «ser proprietário de edifícios ou plantações que repousam sobre um terreno pertencente a outrem» (¹). Segundo estes autores, o direito de superfície derroga o princípio da acessão «separando a propriedade da superfície da do solo» (²).

A Bélgica, país onde fora posto em vigor o Código Civil francês, regulamentou o direito de superfície pela Lei de 10 de Janeiro de 1824, que o define como «o direito real que consiste em ter plantações, obras ou construções sobre terreno de outrem» (³).

O Código italiano de 1865 não regulava autonomamente este direito (⁴). Um longo trabalho doutrinal, porém, foi construindo a superfície, admitindo a doutrina italiana a sua admissibilidade de *jure constituto*. Segundo o artigo 448.º deste diploma «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 dos direitos legitimamente adquiridos por terceiros». Da presunção ilidível recebida do Código de Napoleão neste artigo, partiu a doutrina para a admissibilidade genérica da figura, tanto mais que os artigos 562.º e 564.º do diploma italiano previam casos de propriedade separada sobre partes distintas de um edifício. Destes elementos concluía, entre outros, Lino Salis que era admissível o direito de superfície na ordem jurídica italiana antes de 1942 e que «para a constituição de tal forma de propriedade separada, pela legislação passada, ninguém jamais considerou necessária a concessão de um direito de construção análogo ao *Baurecht* das legislações suíça, alemã e austríaca» (⁵).

(¹) «Traité» citado, III, pág. 324.

(²) *ibidem*.

(³) Transcrito em Salis, «La Superficie», pág. 8.

(⁴) Na Alemanha, como na Itália, eram frequentes certas formas de direito de superfície, de origem consuetudinária, e de escasso valor económico, como o direito de ter banco próprio numa igreja ou catedral.

(⁵) Salis, «La Superficie», pág. 8.

Os códigos civis germânicos admitiram e regularam expressamente a figura da superfície, ao contrário dos códigos latinos. A construção da figura foi moldada em termos algo diferentes dos acolhidos pelas doutrinas francesa e italiana.

O Código Civil alemão trata do *Erbbaurecht* nos §§ 1012.º a 1017.º. Segundo aquele primeiro parágrafo, «um fundo pode ser gravado de modo que àquele a quem é concedido o ónus seja atribuído o direito alienável e transmissível aos herdeiros de ter uma construção sobre ou sob o solo». «Segundo a doutrina o verbo ter era entendido no sentido de que ao superficiário cabe um direito de disfrute ou utilização directa sobre a construção (*Nutzungsrecht*), precisamente como se diz ter uma servidão» (¹). A lei alemã constrói assim a superfície como um ónus que grava o prédio de outrem. Este *Erbbaurecht*, direito de construção hereditário ou direito de superfície, estava anteriormente regulado no § 243.º do Código dos Estados Prussianos, e idêntica construção fora adoptada pela Lei belga de 1824 e pelo Código Civil holandês.

O Código Civil suíço, por seu turno, trata a superfície como uma servidão, pois, segundo o artigo 675.º, subordina a separação do solo e da construção à inscrição da servidão no livro fundiário, e o artigo 779.º define como servidão o direito de ter ou de erigir uma construção sobre solo de outrem (²).

O Código austríaco de 1811, muito diversamente dos códigos suíço e alemão, concebeu a superfície como um tipo de propriedade dividida, em que o domínio útil da construção pertence ao superficiário (³).

6. *Evolução legislativa do instituto no nosso século*

No nosso século o direito de superfície foi objecto de regulamentação quer em leis extravagantes quer nas codificações civis promulgadas desde 1929 (chinesa, italiana e portuguesa).

(¹) G. Balbi, «Il diritto di superficie», pág. 33.

(²) Balbi, ob. cit., pág. 40, nota 18.

(³) Barassi, «Proprietà e Comproprietà», pág. 609.

A Áustria publicou em 1912 a Lei de 26 de Abril que, afastando-se da concepção da superfície como domínio útil aceite pelo Código de 1811, admite a possibilidade de constituição de um *Baurecht* apenas em terrenos de entidades públicas (do Estado, Província, Comuna ou Distrito) ou de instituições de utilidade pública, desde que, neste último caso, as autoridades competentes considerem de interesse público a constituição concretamente projectada.

Na Alemanha, depois da 1.^a Grande Guerra e integrado no programa de política social da República de Weimar com vista à solução da crise habitacional, foi publicada a *Erbbaurecht-verordnung* em 1919. Aproveitando a experiência austríaca de 1912 e os estudos dos «Bodenreformers», este diploma veio regulamentar de novo a superfície, aclarando certos pontos do regime dos §§ 1012.º a 1017.º do Código Civil. Mantém-se a definição dada no § 1012.º do B. G. B. mas esclarece-se que a propriedade da construção, quer existente antes da constituição do *Erbbaurecht*, quer construída no seu exercício, pertence ao superficiário — enquanto que, como informa Wolff, «pelo Código Civil, o titular da superfície só é proprietário da edificação quando ele a haja construído» (1).

Embora não se confunda com o *Erbbaurecht*, uma situação semelhante à da superfície pode surgir com a constituição das vivendas familiares, arrendadas por longos períodos, prevista na Alemanha pela *Reichheimstätten-gesetz*, de 20 de Maio de 1920.

Em 1929 o Código Civil chinês regulamenta a superfície, definindo-a como «o direito de utilizar a propriedade de outrem para nela ser proprietário de construções ou outras obras, ou de plantações de bambus ou árvores» (2).

Em 1942, o Código Civil italiano regulamenta a superfície nos artigos 952.º a 956.º, admitindo que o proprietário do solo constitua «o direito de fazer e manter sobre ou sob o solo uma construção a favor de outrem, que adquire a propriedade dela».

(1) «Derecho de Cosas», II, pág. 3.

(2) Transcrito em Cunha Gonçalves, «Tratado» citado, XI, pág. 294.

Na Espanha, embora o instituto não esteja expressamente regulamentado no Código Civil como figura geral, o direito de superfície urbanístico acha-se regulado pela Lei do Solo, de 12 de Maio de 1956, que autoriza as entidades públicas e os particulares a constituir direitos de superfície em solo da sua propriedade «com destino à construção de vivendas e outras edificações determinadas nos Planos de Ordenação, o domínio das quais corresponderá ao superficiário» (artigo 157.º, 1).

7. *A superfície no direito português*

Na época anterior à codificação, dá-nos Cunha Gonçalves notícia da Lei de 9 de Julho de 1773 que nos seus §§ 11.º, 17.º e 26.º reconhece o direito de superfície em relação a plantações, árvores e construções.

O Código Civil de Seabra não regulava expressamente a situação de superfície. Pelo contrário, dos artigos 2304.º a 2307.º se concluía que o princípio geral nesta matéria era o de acessão imobiliária.,

O artigo 2308.º previa um caso de direito de implante, na designação sugestiva do Prof. Paulo Cunha, que se aproxima de um direito de superfície referente a plantações, se é que se não tratava mesmo de um direito de superfície (1).

Segundo este artigo «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».

No que toca à admissibilidade do direito de superfície como figura geral, pronunciaram-se pela afirmativa Cunha Gonçalves e Pacheco Carreiro, mesmo antes da Lei n.º 2030.

Cunha Gonçalves considerava, apoiando-se no texto da segunda parte do artigo 2308.º, na doutrina do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1934 e nas regras gerais de propriedade, que esse artigo e tais regras eram sufi-

(1) Neste sentido, Prof. Oliveira Ascensão, «Lições» citadas, pág. 362.

cientes para sobre elas se construir a trama do mesmo instituto (1).

Com maior rigor, o Dr. Pacheco Carreiro procurou basear a admissibilidade genérica do instituto da superfície, nos artigos 2335.º, 2287.º, 2289.º, 2306.º e 2308.º do Código Civil de 1867. Por um lado, o primeiro daqueles artigos permitia a propriedade por andares de um edifício, mostrando que nem sempre funcionava a acessão. Do confronto dos artigos 2287.º e 2289.º concluir-se-ia serem coisas diferentes a acessão como direito subjectivo ou poder jurídico integrado no direito de fruição da acessão em sentido material. Do artigo 2306.º poderia concluir-se que a acessão não tinha carácter absoluto e o artigo 2308.º, disposição mais importante, mostraria estar mesmo previsto um caso de superfície sobre plantações. Ora o facto de entre nós se admitir a enumeração taxativa dos direitos reais não seria obstáculo à admissibilidade da superfície já que direitos reais são não só «aquelas figuras que, como tais, sejam nomeadas pela lei», mas também aquelas em que, através de um trabalho de indução jurídica, «apareçam as características da realidade» (2).

Contra estas posições, pronunciaram-se entre outros o Dr. Armando Guerra, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 4 de Janeiro de 1957 e do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Julho de 1962, e o Parecer da Câmara Corporativa emitido sobre a regulamentação da propriedade horizontal. Ao que nos parece, também o Prof. Dias Marques discordava da posição afirmativa de Cunha Gonçalves e Pacheco Carreiro pois que, na sua obra «Direitos Reais», entendia que se não confundiam o direito de implante do artigo 2308.º e o direito de superfície, regulamentado só depois de 1948.

Esta controvérsia perdeu hoje todo o interesse, embora nos parecesse de acolher a tese afirmativa do Dr. Pacheco Carreiro, tendo presente o labor da doutrina italiana que, partindo de textos idênticos do Código de 1865, chegara à afirmação genérica da admissibilidade do direito de superfície.

(1) «Tratado» citado, pág. 295.

(2) «Revista da Ordem dos Advogados», Ano XII, 1-2, pág. 258.

Em 1948, a Lei n.º 2030 veio regular nos seus artigos 21.º a 29.º um direito de superfície «urbanístico», constituível em favor de terceiros «pelo Estado, as autarquias locais e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa» em terrenos do seu domínio privado.

Segundo o artigo 21.º, n.º 1, deste diploma, o direito de superfície é «o direito real que consiste na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária».

O Código Civil português de 1966, finalmente, admite como figura geral o direito de superfície, definindo-o no artigo 1524.º como «a faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações».

A regulamentação da superfície no Código Civil não revoga a da Lei n.º 2030, quanto aos casos especiais nela previstos. O artigo 1527.º do Código Civil ressalva expressamente a regulamentação dos artigos 21.º a 29.º da Lei n.º 2030.

Situações semelhantes à superfície surgem-nos no contrato de colónia da Ilha da Madeira ⁽¹⁾ ou no contrato de mundcária, que Cunha Gonçalves informava ser celebrado entre famílias de trabalhadores agrícolas, os mundcares, espécie de servos da gleba, e os seus senhores, para construção de habitações em solo destes, no território de Goa.

No território metropolitano são referidas por Cunha Gonçalves como situações consuetudinárias de superfície a manutenção de velhas oliveiras em chão alheio no concelho de Vidigueira, marcadas com as iniciais dos respectivos donos; e pelo Dr. Armando Guerra certas situações de construção em solo alheio, como as ocorrentes nos concelhos de Beja e Odemira, provenientes de foros ou arrendamentos a longo prazo ou por noventa e nove anos, mas que se não configuram, como refere este autor, como enfiteuses ou arrendamentos *ad non modicum tempus* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sobre o contrato de colónia, veja-se Prof. Oliveira Ascensão, «Lições» — citadas, págs. 368-369.

⁽²⁾ Ob. cit., págs. 204-205.

§ 2.º

NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

8. *Natureza da superfície no Direito Romano*

Pelo que dissemos da evolução do instituto em Roma, no parágrafo precedente, pode ver-se que o direito de superfície começou por ser um direito de natureza meramente obrigacional derivado de um contrato consensual, a *locatio-conductio*; lentamente e por acção do pretor, foi evoluindo para uma situação tutelada por um interdito decalcado sobre o de protecção da posse e, mais tarde, por uma *actio in rem utilis*. Podemos então encontrar aí um verdadeiro direito real, um *jus in re aliena*, uma enfiteuse urbana na opinião de De Francisci, ou mesmo uma propriedade separada de acordo com a tese do Prof. Raul Ventura, *jus in re aliena* que os textos justinianeus, por vezes, designam por *servitus*.

O contributo germânico veio antes acentuar a possibilidade de existência de uma verdadeira propriedade separada sobre o construído acima ou debaixo do solo, Gera-se assim a ideia da propriedade superficiária distinta da propriedade do solo, que a dogmática romana nunca tinha admitido.

Convém, porém, examinar as divergências da doutrina mais moderna sobre a natureza da superfície, em especial no sistema de direitos reais consagrados pelos modernos Códigos civis.

9. *Explicações doutrinárias e divergência sobre o conteúdo do direito de superfície*

Examinando-se a figura jurídica que é designada por direito de superfície, podemos distinguir dois aspectos que podem existir cumulativamente ou estar dissociados. São eles, por um lado, aquele *poder jurídico de construir (ou plantar)* sobre solo alheio, o qual confere ao titular respectivo a possibilidade jurídica de construir e manter a obra sem que o proprietário do solo adquira por accessão a propriedade da obra ou da plantação feitas pelo primeiro; e por outro, os *poderes jurídicos* de que

é titular o superficiário e que têm por objecto o edifício ou a plantação superficiária, tenham ou não estas sido realizadas pelo superficiário.

Parece indiscutível poder constituir-se um direito de superfície, entendido como poder de construir sobre solo alheio ou concessão *ad aedificandum*, sem que o superficiário venha de facto a actuar o seu poder de construir, o seu *Baurecht*, realizando a obra ou fazendo a plantação — e nem por isso esse direito deixa de ter eficácia até à sua extinção por caducidade, nos sistemas que a admitem. Também é possível, ao menos em certas ordens jurídicas (como a alemã, a italiana e, ultimamente, a nossa, nos termos do artigo 1528.º do Código Civil) a constituição de um direito real, igualmente designado por superfície, pelo qual o superficiário «mantém» uma obra ou plantação já realizada no solo alheio, e que lhe foi «alienada», separadamente da propriedade do solo.

A distinção entre o que chamamos o poder de construir ou concessão *ad aedificandum* e a propriedade superficiária, ou seja, a afectação jurídica a um sujeito, o proprietário da superfície, da obra ou plantação, separada e independentemente da propriedade do solo em que estão incorporados, parece ter de acentuar-se pois a consideração unilateral de um dos aspectos pode contribuir para perpetuar certas divergências doutrinárias (1).

10. *O direito de superfície explicado como um direito de servidão*

É esta uma das teses que tem gozado grande favor da doutrina e, em países como a Suíça, tem mesmo consagração legal. Com efeito, dos artigos 675.º e 779.º do Código Civil suíço infere-se que o direito de superfície é construído como um direito de servidão.

Esta tese foi também defendida na Bélgica por Guyot e na Itália por ilustres autores como De Ruggiero, Messineo, Barassi, Butera, Vassali e Gabba.

(1) Neste sentido, G. Balbi, ob. cit., pág. 30.

Ao aderir a esta tese a maior parte dos autores refere-se ao aspecto da concessão *ad aedificandum* ou ainda às relações que decorrem entre o solo e a construção. Não se quer, é claro, explicar a propriedade do construído, a propriedade superficiária, através da figura da servidão.

De Ruggiero, ao estudar o direito de superfície anteriormente ao Código Civil de 1942, distingue entre a «relação de propriedade», isto é, o poder jurídico do superficiário sobre a construção, e a relação entre o superficiário e o fundeiro ou proprietário do solo, esclarecendo que «esta segunda relação, que alguns consideram englobada na primeira e por isso implicitamente se considera de propriedade, é nitidamente distinta e deveras» e acrescentando que «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» (1).

Outros autores falam preferentemente duma servidão predial inominada, hesitando em identificá-la com a *servitus oneris ferendi* ou servidão de apoio. É o caso de Messineo que, depois de ter aderido à tese da servidão de apoio estabelecida «a favor do edifício a construir e a cargo do solo de outrem (ou seja do solo do concedente) e sobreposta à *conditio juris* (suspensiva) da execução da construção», acaba por afastá-la, assim como à tese da servidão predial inominada, pois que embora o Código Civil italiano admita a constituição de servidão a favor de edifício a construir no artigo 1029.º, faz depender nesse caso da efectiva construção do edifício o nascimento da servidão, «de modo que, com esta configuração, a concessão *ad aedificandum* não teria existência jurídica imediata e poderia nunca tê-la, se à concessão se não segue a construção, enquanto que, no conceito da lei, a concessão falada é direito *actual*, com conteúdo imediatamente efectivo» (2).

(1) Transcrito em Pacheco Carreiro, artigo citado, Rev. cit., pág. 252.

(2) «Manuale», vol. II, Parte 1.ª, 8.ª edição, 1952, pág. 398.

Em França, Laurent parece ter concebido a superfície como um *jus in re aliena* e, mais precisamente, uma servidão predial.

Contra a tese de servidão, fez-se notar que não havia no caso da superfície dois prédios, mas apenas um único prédio, formado pela incorporação do edifício ou da plantação no solo. Pugliese, Coviello, Cunha Gonçalves e Pacheco Carreiro fazem-se eco desta crítica.

No entanto, como nota Giovanni Balbi, tal argumento da não existência de dois prédios por si não basta pois que se pode retorquir, como fez Butera, defensor da tese da servidão *oneris ferendi*, que há dois prédios distintos do ponto de vista jurídico, embora materialmente unidos, já que a derrogação do princípio da acessão se traduziria precisamente na existência de duas propriedades imobiliárias, de dois prédios jurídicos distintos⁽¹⁾.

Balbi afasta a tese da servidão invocando o artigo 1029.º do Código italiano sobre a constituição da servidão que beneficia o edifício a construir. Este argumento faz também afastar Mes-sineo da doutrina da servidão e parece que pode ser empregado quanto ao nosso direito pela conjugação dos artigos 1543.º e 1544.º. Com efeito, sendo a servidão predial «um encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente», parece que será uma contradição nos termos considerar uma servidão a concessão *ad aedificandum* já que o pretense prédio dominante (o edifício a construir ou a plantação a realizar) ainda não existe no momento da constituição do direito. A concessão *ad aedificandum* só seria definitiva quando surgisse a obra, mas o tratamento que dá a lei mostra que o direito de superfície tem existência jurídica *ab initio* e não está dependente da verificação de qualquer *conditio juris*. Não falando já no facto de que se não veria muito bem onde estaria o prédio dominante no caso de concessão *ad plantandum* — as plantas não poderiam ser consideradas um prédio ...

Más, quanto à nossa ordem jurídica, a consideração fundamental que parece afastar irremediavelmente esta tese é a de

(1) Veja-se G. Balbi, ob. cit., pág. 40.

que mesmo no caso de superfície há apenas *um prédio* em que um terceiro que não seja seu proprietário tem o poder de aí cultivar e manter plantações ou de aí fazer e manter uma obra. Se a construção incorporada pelo superficiário num prédio rústico tiver autonomia económica, surgirá um prédio urbano sem que seja possível distinguir com autonomia predial o solo e a construção incorporada nele (art. 204.º, n.º 2, do Código Civil). Se a obra não tiver autonomia económica (por exemplo, um abrigo para máquinas agrícolas, pocilga ou celeiro) haverá apenas um e mesmo prédio rústico. O que a nossa tradição jurídica repudia em absoluto e o nosso ordenamento impede é que se possa falar de uma construção (seja ou não de edifício) ou duma plantação *enquanto tais* como prédios, sendo o solo sempre um outro prédio.

11. *O direito de superfície como uma forma de propriedade — a propriedade separada*

Tem havido autores como Planiol, Ripert, Coviello, Pugliese, Cicu e Cunha Gonçalves que têm procurado reduzir a superfície a uma mera forma de propriedade separada.

Assim, Simoncelli, ainda que defendesse a tese da servidão *oneris ferendi*, observava que no fundo «a superfície é uma propriedade como toda a outra»⁽¹⁾.

E Cunha Gonçalves, apoiando-se em Stolfi, Demolombe, Aubry e Rau e Planiol, pronunciava-se «no sentido da existência de duas propriedades paralelas, a do superficiário no supersolo, ou antes, nas superfícies (edifícios ou plantações) e a do proprietário do terreno no solo»⁽²⁾.*

Segundo uma variante desta tese, o solo estaria relativamente à obra numa situação análoga à dos andares de um edifício sobrepostos uns aos outros, estaria cindido em planos horizontais e ter-se-ia neste caso um conjunto de recíprocas limitações, de relações de vizinhança entre duas propriedades: a do superficiário e a do fundeiro; tal como se essas propriedades incidis-

(1) Citado por Balbi, ob. cit., pág. 48.

(2) «Tratado» citado, tomo XI, pág. 297.

sem sobre prédios confinantes verticalmente, mas que aqui se travariam entre propriedades confinantes horizontalmente, ou, segundo opinião mais extremista, entre prédios distintos sobrepostos horizontalmente. Coviello e Pugliese aderiram a esta tese.

Na sua forma exclusivista de identificar o direito de superfície como um direito de propriedade, não pode ser aceite este grupo de doutrinas, pois que deixa sem explicação a figura da concessão *ad aedificandum* ou direito de implantar a obra, o qual nos parece constituir o cerne da figura do direito de superfície ⁽¹⁾. Esta doutrina, nota Balbi, «configura o direito de superfície só para as hipóteses em que o edifício exista», deixando sem explicação a figura do direito de superfície antes da construção da obra ou a sua manutenção mesmo depois da destruição desta (confronte-se o artigo 1536.º, 1.º, *b*), do Código Civil).

Além disso parece não ser suficiente para explicar o gozo do solo que o superficiário tem, o qual, como o próprio Coviello reconhece, «excede a noção de limite e aponta para a de gozo da coisa» ⁽²⁾.

12. *Explicação do direito de superfície como figura complexa*

As observações feitas anteriormente neste exame breve das opções doutrinárias acerca da natureza jurídica do direito de superfície, levam-nos a avançar um pouco mais, passando para uma primeira conclusão.

Antes de mais temos de notar que o direito de superfície coexiste com um direito de propriedade sobre o solo e que é um direito que incide sobre uma parte de um prédio, juridicamente autonomizada. Como nota o Prof. Oliveira Ascensão, a superfície «é a hipótese mais simples de conflito entre direitos a partes da coisa», embora a situação derivada da constituição deste direito seja complexa «em elevado grau», reflectindo-se tal facto «nas infundáveis disputas que agitam a doutrina» ⁽³⁾.

(1) Veja-se Prof. Oliveira Ascensão, «Lições» cit., pág. 367.

(2) Transcrito em Balbi, ob. cit., pág. 46.

(3) «As Relações Jurídicas Reais», pág. 135.

O direito de superfície, encarado pelo prisma mais característico da concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, é um direito real de gozo sobre coisa alheia, ou, como também se usa dizer, um direito real menor, diverso da enfiteuse, do usufruto ou da servidão. Este *jus in re aliena* típico seria o cerne do *Erbbaurecht* do direito civil alemão, e distingue-se bem da propriedade superficiária. Seria assim «uma transformação do *jus superficiei* romano, o último estágio evolutivo deste», no dizer de Lucci (1).

Neste sentido se orienta também Messineo que, depois de repudiar a tese da servidão, como acima se disse, afirma que «parece preferível a outra concepção que — pondo de parte qualquer solução que queira reduzir a figura em exame a um tipo tradicional de direito real — vê na concessão um direito real autónomo, ou seja, um tipo *a se* de direito real de gozo sobre a coisa de outrem: o direito real de construir sobre o solo de outrem (art. 952.º)» (2). Nota ainda este autor que não obsta a esse entendimento o princípio do *numerus clausus* em matéria de direitos reais sobre coisa alheia pois que, enquanto tal princípio se dirige e vale para o intérprete, não vale para o legislador, que pode criar uma figura peculiar de natureza real, a concessão *ad aedificandum* ou direito de implante, ou, ainda, o direito de superfície, num dos entendimentos possíveis da palavra.

Lino Salis, de igual modo, entende que se deve rigorosamente distinguir o direito de superfície, «direito real de gozo que, como qualquer outro direito real de gozo, não pode ser constituído de outro modo senão pela livre determinação da vontade do proprietário do terreno» (3), da «propriedade separada» das construções realizadas no exercício desse direito.

Esta construção acha-se a florada também por Wolff que fala de direito de superfície e da sua consideração como coisa

(1) Citado por Balbi, ob. cit., pág. 47.

(2) «Manuale» citado, II, 1.ª parte, pág. 398.

(3) «La superficie», pág. 25. Af se diz que «o efeito típico mais importante do direito de superfície é o de impedir a aquisição por acessão do *dominus soli* de quaisquer construções ou obras que outros (concessionário do direito de superfície, um outro terceiro ou mesmo o concedente) fizessem sobre o terreno relativamente ao qual o direito de superfície foi concedido».

imóvel (a propriedade superficiária). Um dos fins da reforma de 1919 do *Erbbaurecht* foi reconhecer a propriedade da superfície ao superficiário, mesmo quando este não tivesse construído a obra superficiária. Pelo contrário, segundo o Código Civil alemão, «o titular da superfície» só é «proprietário da edificação quando ele a haja construído» (1).

Em Portugal, o Dr. Pacheco Carreiro distingue igualmente entre o direito de superfície propriamente dito e a propriedade superficiária, a qual pode existir em certos casos sem aquele, quando o superficiário não haja feito qualquer construção, por esta existir anteriormente à constituição do seu direito. O direito de superfície é um «direito prodrómico» que pode definir-se como «aquele direito real, transmissível entre vivos ou por morte, de implantar ou ter uma propriedade superficiária em imóvel alheio» (2).

Recapitulando, pois, e tendo especialmente em vista o caso da superfície no direito português vigente:

a) O direito de superfície entendido como figura complexa é um direito real menor pelo qual se efectua um parcelamento jurídico de um prédio, pela derrogação do princípio da acessão, de modo que o titular desse direito tem «a faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente uma obra em terreno alheio ou de nele fazer ou manter plantações» (art. 1524.º do Código Civil);

b) O direito de superfície, entendido em sentido restrito como poder de construir ou plantar em solo alheio, não se confunde com a propriedade da obra ou plantação superficiária, pois que lhe é logicamente anterior, sendo em certa medida um direito «prodrómico» que pode existir sem que exista *actualmente* uma propriedade superficiária;

c) O direito de superfície não é, para o nosso Código Civil, só um «direito de implantação» ou concessão *ad aedificandum*, mas também um «direito de manter» obra ou árvores já exis-

(1) «Derecho de Cosas» págs. 2-3.

(2) Artigo citado, Revista cit., pág. 268.

tentes, alienadas separadamente do solo (cfr. art. 1528.º do Código Civil) (1) ;

d) O direito de superfície recaindo sobre uma parte de um prédio que é objecto também de um direito de propriedade do fundeiro, incidindo este, porém, sobre parte distinta da primeira, integra-se numa situação de conflito de direitos reais sobre partes de uma coisa.

Em conclusão, podemos definir o direito de superfície como o direito real menor de fazer e manter obra ou plantação (a propriedade superficiária) em solo alheio, ou ter aí obra ou plantação próprias, já existentes antes da constituição do direito, e alienadas separadamente do solo.

CAPÍTULO II

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DE 1966

13. *Assento legal da matéria de direito de superfície*

Vimos na Secção I deste capítulo a evolução do direito de superfície no direito português.

Notámos a existência de certas situações de carácter consuetudinário em que parecem surgir verdadeiros direitos de superfície e vimos que o Código Civil de 1867 não regulava genericamente o instituto, embora previsse um caso de implantação de árvores que se configurava, na opinião da melhor doutrina, como um caso especial de superfície.

Em 1948 a lei n.º 2030, que procurou resolver numerosos problemas ligados à questão habitacional, na sua Parte II, artigos 21.º a 29.º, tratou detalhadamente do direito de superfície, embora com a grande limitação prevista no artigo 22.º: só o

(1) Balbi define o direito de superfície «como aquele direito real positivo de conteúdo especial mediante o qual vem atribuída a uma pessoa a faculdade de construir sobre solo não seu e de manter sobre ele a construção a erigir, da qual se torna proprietário, ou então somente a faculdade de manter sobre o solo a construção já erigida, transferida em propriedade» (ob. cit., pág. 72).

Estado, as autarquias locais e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa podem constituir, em terrenos do seu domínio privado, o direito de superfície.

Em 1966, o novo Código Civil veio regular como figura geral o direito de superfície, no Livro III, entre os direitos reais.

Encontramos um título V deste Livro III, que abrange os artigos 1524.º a 1542.º, dedicado ao direito de superfície ⁽¹⁾.

No artigo 1527.º dispõe-se que «o direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas em terrenos do seu domínio privado fica sujeito a legislação especial e, subsidiariamente, às disposições deste código». Ficam assim ressalvados os artigos 21.º a 29.º da Lei n.º 2030 que continuarão a ser aplicados às entidades previstas no artigo 22.º desta lei. A expressão «pessoas colectivas públicas» do artigo 1527.º parece englobar também as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa previstas nesse artigo 22.º, apesar da formulação defeituosa do legislador. O Código Civil só subsidiariamente é aplicável nesses casos.

O Título V do Livro III encontra-se dividido em quatro capítulos:

Capítulo I — Disposições gerais.

Capítulo II — Constituição do direito de superfície.

Capítulo III — Direitos e encargos do superficiário e do proprietário.

Capítulo IV — Extinção do direito de superfície.

Vamos, pois, examinar os artigos 1524.º e seguintes do Código Civil, esforçando-nos por seguir a ordem consagrada pelo nosso legislador.

14. *Conceito legal de direito de superfície no Código Civil*

O artigo 1524.º dá a seguinte noção de direito de superfície: é «a faculdade de constituir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações».

⁽¹⁾ Acha-se publicado o anteprojecto não fundamentado sobre «Direito de Superfície», da autoria do Professor Pires de Lima, no Bol. Min. Just., n.º 123, págs. 217 a 224.

Esta noção tem objecto mais vasto do que a consagrada na Lei n.º 2030: o artigo 21.º, n.º 1 define direito de superfície como o direito real «que consiste na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, sem aplicação das regras sobre accessão imobiliária».

Consente o novo Código que o direito de superfície tenha por objecto plantações em solo alheio, orientação que é contrariada pelas modernas legislações: o Código Civil italiano proíbe a constituição de direitos de superfície relativamente a plantações no artigo 956.º e igual proibição se encontra na legislação civil alemã (¹). O direito do implante previsto no Código de Seabra é hoje considerado como uma forma de direito de superfície. É duvidosa a bondade da solução do legislador português, pois que a existência de um direito de superfície sobre plantações pode constituir, como se entendeu em Itália, «um obstáculo ao progresso agrícola» (²). *De jure constituto* é o que se acha estabelecido no nosso direito (³).

Cotejando a definição do artigo 1524.º com a definição proposta pelo Prof. Pires de Lima, no seu anteprojecto, não pode deixar de notar-se o aperfeiçoamento formal alcançado. Enquanto no anteprojecto se definia direito de superfície como a faculdade de «construir e manter» uma obra em terreno alheio ou «de nele fazer plantações», embora se admitisse a constituição do direito de superfície por alienação separada da obra ou de árvores já existentes (artigo 4.º), a noção do artigo 1524.º introduz a dijunção «ou» entre os vocábulos «construir» e «manter» e acrescenta «ou manter» na sua parte final, harmonizando de forma clara a noção de direito de superfície com a possibilidade de alienação separada de obras ou plantações já existentes (artigo 1528.º do Código Civil). Serviram de fonte ao artigo 1524.º os artigos 21.º, n.º 1, da Lei n.º 2030 e o artigo 952.º do Código Civil italiano (⁴).

(¹) Wolff, «Derecho de Cosas», II, pág. 1.

(²) Relação do Guarda-Selos, transcrita por Messineo, ob. cit., pág. 406.

(³) Manifesta aprovação pela orientação legislativa em matéria de direito de implante, o Prof. Oliveira Ascensão, «Lições», cit., pág. 364.

(⁴) Diz o artigo 952.º do Código Civil italiano:

«O proprietário pode constituir o direito de fazer e manter sobre o solo

Constituído um direito de superfície inerente a determinado imóvel (prédio rústico, ou urbano no caso do artigo 1526.º), opera-se um parcelamento jurídico da coisa (1):

a) O superficiário tem um direito real «de construir ou manter» obra ou fazer ou manter plantação em solo alheio — direito que pode ser objecto de outros direitos reais de gozo ou de garantia (vejam-se artigos 1539.º e 1541.º, de onde parece inferir-se que é o própria direito de superfície e não a obra superficiária que é objecto de outros direitos reais).

b) O proprietário do solo ou fundeiro (designação que o Prof. Oliveira Ascensão entende ser preferível à legal) tem um direito de propriedade que recai sobre o solo independentemente da propriedade superficiária da obra que nele se incorpora, isto é, um direito de propriedade sobre uma parte (ideal) do prédio parcelado pela constituição da superfície.

A existência destes dois direitos sobre partes da mesma coisa, em conflito, não esgota as posições muito complexas do fundeiro e superficiário, as quais contém outros direitos reais, como veremos adiante.

15. *Objecto do direito de superfície*

Quando o objecto do direito de superfície seja a construção de uma obra, diz-nos o artigo 1525.º, n.º 1, que pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra.

Rigorosamente entendido como direito de construir, o direito de superfície tem por objecto o solo de outrem, numa parte verdadeiramente ideal, a superfície; tal direito estende-se à obra superficiária, uma vez realizada — [o direito de superfície é então direito de manter construção em solo alheio e direito de

uma construção a favor de outrem, que adquire a propriedade dela (*che ne acquista la proprietà*).

Igualmente (*del pari*) pode alienar a propriedade da construção já existente separadamente da propriedade do solo.

(1) Ver Prof. Oliveira Ascensão, «As Relações Jurídicas Reais», pág. 135.

propriedade superficiária. A nossa lei, porém, não distingue estes aspectos mais simples da figura jurídica e engloba-os na designação de superfície.

Assim, o direito de superfície pode abranger além do solo em que estão incorporados os alicerces da obra (edifício de habitação ou destinado à indústria, comércio, etc.; construção sem autonomia económica, como um telheiro para recolha de máquinas agrícolas, por exemplo), uma porção de terreno que sirva de logradouro à construção (pátio térreo, quintal, etc.). Nestes casos, terá de estar tal parcela incluída nos limites do solo consignados no título constitutivo do direito. A lei n.º 2030, no artigo 21.º, n.º 5, exige ainda que a parte do solo não destinada à construção e abrangida pelo direito de superfície seja economicamente menos importante do que a outra parte. Esta doutrina, porém, só é válida nos casos a que é aplicável a Lei n.º 2030, uma vez que não foi recebida no Código Civil e a autonomia privada do fundeiro e superficiário deve ser respeitada, no silêncio da lei.

* Segundo o n.º 2 do artigo 1525.º, é proibida a constituição de um direito de superfície que tenha por objecto a construção de uma obra no subsolo, como, por exemplo, uma adega subterrânea, um abrigo contra bombardeamentos, um parque de estacionamento subterrâneo ou uma construção para instalação de depósitos frigoríficos. Esta proibição não se aplica já quando a obra do subsolo seja «inerente à obra superficiária» — no caso de um superficiário levantar um edifício em chão alheio, a sua propriedade superficiária ou superfície (no sentido utilizado nos artigos 1528.º e 1534.º) estende-se à cave que tal edifício porventura tenha.

Esta orientação, como opina o Prof. Oliveira Ascensão, não parece já justificada, embora a lei tenha procurado «tirar todas as consequências da pertença do solo ao fundeiro, que não admitiria esta intromissão do superficiário»⁽¹⁾. Ao contrário dos direitos alemão e italiano, onde são admitidos os direitos de superfície sobre obra subterrânea (§ 1012.º do B. G. B. e

(1) «Lições» citadas, pág. 364.

§ 1.º do *Erbbaurechtverordnung*; artigo 955.º do Código Civil italiano), o nosso Código acolhe uma noção de superfície mais restrita, atende muito ao aspecto etimológico e histórico do instituto na época romana. A propriedade de imóveis «abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico» (art. 1344.º, n.º 1) — o fundeiro ou proprietário do solo pode alienar a superfície construída (ou a plantada, a que os autores italianos chamam sugestivamente superfície vegetal), independentemente da propriedade do solo ou constituir um direito de construção sobre o chão, mas não pode desintegrar negocialmente uma construção subterrânea autónoma já existente ou o direito de construir no seu subsolo, a não ser, quando a obra seja acessória de edifício construído sobre o solo. Atendendo apenas a considerações de ordem lógica e histórica, sem ter em conta a importância das construções subterrâneas que a técnica moderna popularizou, a lei vedou aqui, pois, «uma situação conveniente no ponto de vista prático» (¹).

Não é assim possível criar direitos reais de superfície sobre obra subterrânea, sendo nulos os negócios jurídicos que os constituam por impossibilidade legal do objecto (artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil). Inclina-mo-nos todavia para aceitar a possibilidade de conversão desse negócio noutro de efeitos obrigacionais, se se verificarem os requisitos exigidos pelo artigo 293.º do Código Civil. Por esse negócio o proprietário do solo obriga-se a deixar construir e utilizar ou a utilizar apenas a construção subterrânea já existente — tendo tal obrigação eficácia *inter partes*, já que não pode constituir-se um direito real sobre tal objecto.

O objecto do direito de superfície, entendido como direito de construção, é, na generalidade dos casos, um prédio rústico, podendo todavia, pelo seu exercício, surgir um prédio urbano, se for construído um edifício com autonomia económica (artigo 204.º, n.º 2, do Código Civil). Nos casos de alienação de

(¹) Prof. Oliveira Ascensão, «Lições» citadas, pág. 364.

obra já existente, não pode já falar-se de um direito real de construção ⁽¹⁾. Nestes casos o direito de superfície, isto é, de manter obra própria em chão alheio, refere-se ao solo em que a obra está incorporada, e é através da constituição da superfície que se opera idealmente o parcelamento do prédio urbano em terreno e construção (esta, segundo a regra geral da accessão, formava com o solo um todo — o prédio urbano).

Um caso especial acha-se previsto no artigo 1526.º do Código Civil. Pode ser constituído um direito de construção sobre edifício alheio com o objectivo de ampliar tal edifício pela construção de novos andares. Este direito real de construção está sujeito às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal (maxime, à do artigo 1435.º), além de se reger pelas disposições do Título V do Livro III. «Levantado o edifício», parece extinguir-se este «direito de construir sobre edifício alheio» (que a lei não designa por superfície), passando o superficiário ou construtor a ser proprietário da sua fracção e «condómino das partes referidas no artigo 1421.º, nomeadamente do solo em que estava construído o primitivo edifício. Parece que a construção do andar funciona como *conditio juris* resolutiva do direito de construção e suspensiva do regime de propriedade horizontal. Se ocorrer eventualmente a destruição da parte levantada pelo superficiário, achamos que deve aplicar-se o artigo 1428.º e não o artigo 1536.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil.

16. *Constituição do direito de superfície*

Utilizando um método criticável, o nosso Código Civil consagra a propósito de cada figura de direito real os respectivos factos constitutivos e extintivos.

Não foge à regra o caso do direito de superfície.

(1) Pode este direito surgir se a obra ou plantação tiver sido destruída antes de findar o prazo tratando-se de superfície temporária, ou pode ser exercido, sob pena de extinção, dentro do prazo de 10 anos, se se tratar de superfície perpétua (art. 1536.º, 1 b).

Nos termos do artigo 1528.º, pode constituir-se um direito de superfície por contrato, testamento ou usucapião. E acrescenta-se que o direito de superfície «pode resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo».

Na interpretação deste artigo tem de notar-se que na primeira parte o legislador se refere ao direito de superfície entendido como direito real de construção que terá de ser exercido pelo superficiário quando efectuar a obra ou a plantação superficiais. Na segunda parte tem-se em vista o direito de superfície, entendido primacialmente como direito de manter obra ou plantação em solo alheio, as quais já existem *in rerum natura* e são alienadas separadamente do solo em que estão incorporadas, pelo proprietário deste e dessa obra ou plantação. Aqui o direito de superfície surge como efeito do negócio de alienação da obra ou plantação independentemente da do chão. Está-se longe do direito real de construir ou do *Erbbaurecht* alemão. Há apenas um «direito de manter» em solo alheio obra ou plantação, de que é proprietário o superficiário, ocorrendo também uma derrogação negocial das regras da acessão imobiliária (¹).

A designação destas três realidades não totalmente coincidentes (o direito real de construção, a propriedade superficial e a propriedade separada de obra ou plantação em solo alheio) como direito de superfície no nosso direito não deve impedir-nos de interpretar correctamente o artigo 1528.º do Código Civil.

Tal qual como se passa no direito italiano, os factos constitutivos negociais «são de muito longe os mais importantes» (Balbi).

Antes de mais, deve notar-se que tem legitimidade para constituir um direito de superfície em favor de outrem, através de negócio jurídico, o proprietário do solo, ou ainda, tal como

(¹) Lino Salis, ob. cit., págs. 25 e 26, distingue entre *direito de superfície*, entendido como faculdade de construir em solo ou subsolo alheios, *propriedade superficial*, isto é, propriedade da construção eventualmente efectuada pelo superficiário e *propriedade separada*, no caso da alienação separada de obra já existente, permitida pelo § 2.º do art. 952.º do Código Civil italiano.

aponta Balbi no direito italiano, o fiduciário nos casos de substituição fideicomissária, regulada nos artigos 2286.º e seguintes do Código Civil, mas dentro dos apertados limites do artigo 2291.º, sempre precedendo autorização do tribunal e «desde que os interesses do fideicomissário não sejam afectados» — e isto tanto para constituir o direito de construir e manter obra superficiária de outrem no próprio solo que há-de reverter para o fideicomissário, facto que nos parece caber na ideia de «oneração dos bens sujeitos ao fideicomisso» (artigo 2291.º, n.º 1, *in fine*): como ainda no caso de alienação separada da obra ou plantação incorporada em solo sujeito a fideicomisso. O direito de superfície constituído pelo fiduciário tem de entender-se estar sujeito ao termo (incerto) da morte deste (¹), mesmo que haja sido convencionado prazo diverso.

Já no que respeita ao usufrutuário, não penso que tenha legitimidade para constituir negocialmente um direito de superfície em favor de outrem, e isto porque «a constituição de um direito de superfície pode não ser compatível com o respeito da destinação económica do fundo» e também porque «ao usufrutuário não é lícito impedir os efeitos da accessão nem, em geral, modificar o conteúdo da relação de usufruto, constituindo direitos reais que o diminuam» (²). Neste sentido parece poder apontar-se a definição legal de usufruto, como «direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio *sem alterar a sua forma ou substância*» (art. 1439.º). Pode, porém, ser atribuída legitimidade ao usufrutuário para constituir um direito de superfície através do título constitutivo do usufruto (veja-se artigo 1445.º), embora nos pareça, por aplicação analógica do artigo 1460.º, n.º 1, que o direito de superfície tenha de ser temporário não ultrapassando «a duração do usufruto».

(¹) Pode o fideicomissário, quando para ele reverta o solo, prorrogar o tempo por que a superfície é constituída, desde que o superficiário acorde nisso. No caso de faltar tal acordo, parece que o superficiário tem direito à indemnização prevista no artigo 1538.º, 2, a qual deve ser paga pelo fideicomissário, que adquire a propriedade da obra ou plantação superficiária.

(²) Balbi, ob. cit., pág. 140.

A lei reconhece expressamente ao enfiteuta «o direito» de constituir um direito de superfície em favor de outrem (artigo 1501.º, alínea *b*). Caso algo diferente deste é o previsto no artigo 1535.º, n.º 1 *in fine* que, segundo cremos, diz prevalecer «*sendo (...) enfiteutico o prédio incorporado no solo*»⁽¹⁾, a preferência do fundeiro ou proprietário do solo sobre a do enfiteuta. Este artigo tem uma redacção extremamente obscura. Julgamos que a hipótese (algo complicada...) prevista neste artigo é a seguinte: o superficiário constitui relativamente ao edifício de que tem a propriedade superficiária uma enfiteuse — o prazo é, pois, o edifício superficiário, «*o prédio incorporado no solo*» de que fala a lei. Se o superficiário quiser alienar o seu direito de superfície surgem-nos dois direitos legais de preferência, ambos graduados em último lugar: o do proprietário do solo, em caso de «venda ou dação em cumprimento do direito de superfície» (artigo 1535.º, n.º 1, 1.ª parte) e o do enfiteuta ou foreiro nos termos do artigo 1501.º, alínea *d*), nos casos de «venda ou dação em cumprimento do domínio directo», de que era neste caso titular o superficiário. Na hipótese que julgamos ser desenhada neste artigo, manda a lei prevalecer a preferência ou prelação do proprietário do solo ou fundeiro, embora a enfiteuse continue a onerar separadamente a superfície e não a parcela distinta constituída pelo solo (artigo 1541.º do Código Civil). Acrescente-se que o direito de superfície assim extinto através da prelação do fundeiro tinha de ser perpétuo, uma vez que a enfiteuse é de sua natureza perpétua (artigo 1492.º, n.º 1) e também aqui vale o princípio de que «*nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*»⁽²⁾.

Depois de termos visto quem tem legitimidade negocial para constituir um direito de superfície sobre prédio seu, voltemos ao exame dos factos constitutivos do direito de superfície.

(1) A redacção do anteprojecto era diferente e parecia ter em vista a hipótese do artigo 1501.º, *b*): «sendo o *prédio enfiteutico* prevalece, todavia, o direito de preferência do proprietário» (artigo 11.º, 1). Veja-se «Bol. Min. Just.», n.º 123, pág. 221.

(2) Sobre este princípio veja-se Prof. Manuel de Andrade, «Teoria geral» citada, II, pág. 18.

Se o título constitutivo for um contrato, terá de ser um contrato de eficácia real ou real *quoad effectum* (1) — típico ou atípico, gratuito ou oneroso. Nomeadamente, parece nada impedir que se constitua um direito de superfície por doação (veja-se o artigo 940.º, n.º 1), não falando já no contrato de compra e venda. Será mesmo muito corrente efectuar a alienação da obra superficiária já existente através de doação, de testamento e de venda. A locação, ao contrário do que se passava no velho direito romano com a *locatio-conductio* ou se passa ainda hoje no direito inglês com o *lease*, e o comodato parecem não ser, como nota Balbi, contratos idóneos para a constituição de um direito de superfície, pois que se não contam nos seus efeitos o de alienação de obra construída, independentemente do solo, ou de atribuição do poder de construir em solo alheio (vejam-se os artigos 1022.º, 1023.º e 1129.º do Código Civil) (*).

Como já foi referido pode constituir-se um direito de superfície através do negócio dispositivo de última vontade que é o testamento (cfr. artigo 2179.º, n.º 1).

Finalmente pode a superfície, como em geral todos os direitos reais de gozo, ser constituída ou adquirida por usucapião, desde que sejam preenchidos os requisitos dos artigos 1287.º e seguintes, maxime dos artigos 1293.º a 1297.º.

Quanto à propriedade superficiária (que a nossa lei não distingue, designando-a, tal como a faculdade de construir, por direito de superfície) pensamos que ela pode surgir na titularidade do superficiário a título originário, pela construção da obra, dinamizando-se o direito de superfície, entendido como

(1) Cfr. Profs. Pessoa Jorge, ob. cit., págs. 165/6 e Oliveira Ascensão, «Lições», págs. 414/415.

(2) Windscheid no «Diritto delle Pandette» citado, vol. I, pág. 800, nota 12 parece admitir, dada a sua concepção de superfície, como seu facto constitutivo a locação. Aí se refere que Degenkolb acha que tal constituição tem de ser sempre feita através de um contrato de locação, enquanto que Wächter nega que possa ser através de locação constituído um direito real como é o de superfície.

faculdade de construção, sendo fundamento da aquisição o trabalho, como opina o Dr. Pacheco Carreiro, ou então a título derivado, pela alienação de obra ou árvores já existentes (será a «propriedade separada» de que fala Salis).

Porque o direito de superfície é um direito real inerente a um imóvel, na maioria dos casos um prédio rústico, estão sujeitos a inscrição no registo predial os factos que importem o seu reconhecimento, constituição, aquisição, ou modificação (artigo 2.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Registo Predial). São requisitos especiais do extracto de inscrição de facto jurídico relativo ao direito de superfície «as obrigações do superficiário, na parte especialmente regulada pelo título constitutivo, a causa do direito, a sua duração e o seu valor, se estiver determinado» (artigo 182.º, alínea *c*), do Código de Registo Predial).

Exceptuando o caso de usucapião, em que o documento que titula a constituição do direito é a certidão da decisão judicial que declara a aquisição do direito por usucapião, o formalismo do negócio constitutivo tem de ser o exigido por lei para o testamento, ou a escritura pública nos casos de contrato, por força do artigo 89.º, alínea *a*) do Código do Notariado.

Nos termos do artigo 170.º, n.º 1 do Código de Registo Predial, «os prédios construídos em terreno descrito no exercício do direito de superfície serão apenas averbados à descrição do terreno». Nota-se aqui de modo sugestivo a distinção entre direito de superfície como concessão *ad aedificandum* e propriedade superficiária. Se o direito de superfície, isto é, a concessão superficiária, para plantar ou edificar ou a propriedade superficiária separada, tiver sido constituída sobre uma parcela do prédio descrito, será essa parcela objecto de descrição autónoma (artigo 170.º, n.º 2).

Na técnica do registo predial, diz-nos o Dr. Armando Guerra, «o direito de superfície é inscrito no livro F., como resulta do disposto no artigo 44.º do Código de Registo Predial, quer se trate de reconhecimento, constituição ou modificação, pois que o facto jurídico a inscrever tem a sua incidência apenas sobre a propriedade superficiária e não no solo, o que equivale à não

aplicação da regra do n.º 1 do artigo 42.º, do Código que se refere a prédios» (1).

Tal solução, aliás, é plenamente compatível com a afirmação do artigo 21.º, n.º 3, da Lei n.º 2030 de que o direito de superfície é «propriedade imperfeita», na terminologia consagrada do Código de Seabra para os direitos reais menores de gozo.

Como novidade no regime da superfície relativamente ao direito anterior, prevê o artigo 1529.º com a constituição deste direito a constituição implícita e automática «das servidões necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores». Não se percebe, porém, muito bem que servidões sejam estas, pois a servidão implica sempre a existência de dois prédios (artigo 1543.º) e, directamente, nesta sede, estamos perante um único prédio, embora juridicamente parcelado. Do n.º 2 do artigo 1529.º em que se estabelece que «a constituição coerciva da servidão de passagem sobre *prédio de terceiro* só é possível se, à data da constituição do direito de superfície já era encravado o prédio sobre que este direito recaía», parece poder concluir-se talvez que o n.º 1 não se refere a prédios de terceiro. Como no negócio (unilateral ou bilateral) constitutivo da superfície intervêm ou só o fundeiro (caso do testamento) ou este e o superficiário, mas não terceiros, parece que as servidões que o n.º 1 prevê não se referem a prédios de terceiros já que se dispõe que o local e demais condições de exercício de tais servidões sejam designadas no título constitutivo do direito de superfície. Se não for designado o local e as demais condições de exercício no respectivo título podem ser fixados na falta de acordo pelo tribunal. Admitindo como normal que no título constitutivo intervenham o fundeiro e o superficiário mas já não terceiros, como falar em servidão?

Podem aventar-se algumas tentativas de explicação.

Em primeiro lugar poderia dizer-se que no n.º 1 do artigo 1529.º a palavra servidão teria sido usada não em sentido técnico, isto é, o de servidão predial, figura regulada nos artigos 1543.º e seguintes, mas antes num sentido diverso, de ser-

(1) «Da propriedade horizontal e da propriedade superficiária», 2.ª edição, pág. 219.

vidão pessoal ou de obrigação *propter rem* decorrente das relações jurídicas entre fundeiro e superficiário.

Poder-se-ia pensar que, como novidade, se prevê nesse número a existência de verdadeiras servidões entre dois prédios, sendo o solo e a obra ou plantação superficiárias de per si considerados como prédios.

Ou então, e esta parece-nos ser a explicação mais curial, a lei tem em vista apenas servidões prediais que podem surgir relativamente ao prédio em que surge a superfície e o de um terceiro ou entre esse prédio e outro distinto do mesmo dono, que surja por virtude de desanexação quando seja constituído o direito de superfície (veja-se o artigo 170.º, n.º 2 do Código de Registo Predial).

Quanto à primeira tentativa de explicação cremos ser argumento bastante contra ela o facto de a palavra servidão ser utilizada no Código com um sentido técnico preciso. Quanto à segunda tentativa apontada, basta notar que é solução estranha no nosso direito considerar uma plantação ou obra superficiária como prédios distintos do solo.

Parece-nos por isso que se deve interpretar o artigo 1529.º, n.º 1, no sentido apontado em último lugar.

17. *Duração do direito de superfície. Carácter oneroso ou gratuito da respectiva constituição*

De acordo com o artigo 1524.º, o direito de superfície pode ser constituído perpétua ou temporariamente.

O direito de superfície perpétuo ou por tempo indefinido é admitido pelos Códigos Civis português e italiano (artigo 953.º, *a contrario*). A lei n.º 2030, porém, só prevê a superfície por tempo determinado, embora prorrogável em certas circunstâncias (artigo 28.º, n.ºs 1, 2 e 3), seguindo neste ponto na esteira da lei austríaca de 1912 (termos de trinta a oitenta anos) e da prática alemã quanto a terrenos públicos (termos de noventa e nove anos, em geral) (1).

(1) Wolff, ob. cit., II, pág. 8.

Os particulares, a que se aplica o regime do Código Civil, podem convencionar que certo direito de superfície seja constituído por tempo indefinido ou perpetuamente, o que pode em casos extremos, apontados por autores como Balbi e Salis, esvaziar de conteúdo o direito de propriedade do fundeiro, quase extingui-lo na sua eficácia prática. Basta figurar o caso descrito pelo primeiro daqueles juristas: o direito de superfície é constituído sobre uma fracção de solo que só pode ser desfrutada mediante construções e ao superficiário é concedido o direito de construir como e quando quiser. Neste caso ao concedente resta eventualmente o direito ao cânon ou *solarium* (que não é essencial para a nossa lei — artigo 1530.º, n.º 1) e o direito à fruição do subsolo previsto no artigo 1533.º, o qual, em regra, não tem grande viabilidade prática e pode, em certos casos, ser economicamente não susceptível de exercício (por exemplo, sendo o subsolo rochoso). Bem pode dizer-se com Balbi que «na realidade ter-se-ia a transferência da propriedade por parte do pretense proprietário do solo a favor do pretense superficiário mediante a contrapartida (*corrispettivo*) de um cânon perpétuo»⁽¹⁾, ou uma prestação única, a título de preço, ou ainda uma prestação anual durante certo tempo (art. 1530.º, n.ºs 1 e 2). Tal orientação legislativa *de jure constituendo* parece não ser a melhor, mas é direito vigente⁽²⁾.

Com o que acabamos de dizer podemos notar que a constituição do direito de superfície pode ter carácter gratuito⁽³⁾, e será normalmente o caso quando seja operada através de testamento, ou carácter oneroso, tendo o fundeiro direito a uma prestação única a título de preço ou a prestações anuais, perpétuas ou temporárias, sendo compatível o pagamento temporário de uma prestação anual com a constituição perpétua do direito de superfície (artigo 1530.º, n.º 2).

Quando tenha sido convencionado o pagamento de uma «certa prestação anual, perpétua ou temporária» achamo-nos

(1) Balbi, «Il diritto di superficie», pág. 92.

(2) Neste sentido Prof. Oliveira Ascensão, «Lições» citadas, págs. 364/5.

(3) A doutrina italiana entende ser possível a constituição gratuita deste direito — veja-se G. Balbi, ob. cit., pág. 141.

perante a figura de um ónus real, o cânon superficiário ou *solarium*, semelhante ao foro ou cânon pago pelo enfiteuta ao senhorio do domínio directo (1).

As prestações são sempre em dinheiro por imposição do artigo 1530.º, n.º 3, quer se trate de preço quer de cânon superficiário.

O artigo 1531.º, n.º 1, manda aplicar ao pagamento do cânon superficiário (que a lei designa por «prestações anuais») o regime dos artigos 1505.º e 1506.º sobre o pagamento do foro na enfiteuse. Havendo mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida (artigo 1531.º, n.º 2).

A falta de pagamento do cânon superficiário durante vinte anos extingue a obrigação de o pagar, mas o superficiário não adquire por tal facto a propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu benefício. À extinção da obrigação de pagar o cânon ou *solarium* são aplicáveis as regras da prescrição, regulada nos artigos 300.º e seguintes do Código Civil (2). Esta forma de extinção integra-se na figura geral de perda absoluta de um direito real pelo não uso (3).

18. *Conteúdo e estrutura do direito de superfície*

A) CONTEÚDO

No capítulo III do Título V do Livro III do Código Civil, são regulados os «direitos e encargos do superficiário e do proprietário».

Dado que o superficiário é titular desde logo de um direito real, o direito de superfície (entendido ou como faculdade de construir ou plantar em solo alheio ou de manter obra ou plantação em solo alheio) inerente a um prédio rústico ou urbano (caso do artigo 1526.º) de outrem, vemos que surge aqui um conflito de direitos reais que recaem sobre partes da mesma

(1) Prof. Oliveira Ascensão, «Lições» citadas, pág. 365.

(2) Artigo 1537.º, n.º 1 e 2 do Código Civil.

(3) Assim Prof. Oliveira Ascensão, «Lições», pág. 453, nota 1.

coisa — o prédio. Como se notava no Parecer da Câmara Corporativa sobre a regulamentação da propriedade horizontal, é orientação constante no nosso direito, como aliás noutros direitos europeus, a utilização de uma «noção de prédio que se filia na tradição do velho direito germânico, que olhava o solo como um bem fundamental, e nas doutrinas fisiocráticas desenvolvidas no fim do século XVIII, para as quais o terreno era o único bem produtivo; embora ultrapassadas essas concepções, mantêm-se em alguns aspectos a mentalidade de que elas eram afloramento, e isso levou os códigos a considerarem prédio só o próprio terreno, ou qualquer coisa estavelmente incorporada nele» (1).

Ora bem, o direito real de superfície onera o prédio rústico e noutros casos o solo onde se incorpora um edifício, construído ou não pelo superficiário. Como já se notou atrás, estamos sempre perante uma só coisa, em sentido jurídico, que foi parcelada idealmente em partes dotadas de uma autonomia que lhes permite serem excepcionalmente objecto de diversos direitos reais. Enquanto que o proprietário do solo conserva o direito de propriedade do solo sem que se estenda à construção ou plantação já feita ou a fazer pelo superficiário, este é titular de um direito real sobre a mesma coisa, o prédio, o qual tem por fim «construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações».

Como ensina o Prof. Oliveira Ascensão, entre os titulares destes direitos reais distintos (o superficiário e o fundeiro) «são numerosas as relações reais que conjugam as várias posições» (2) subjectivas.

Tais relações que decorrem entre titulares de um direito real *qua tale* e não entre pessoas individualmente consideradas, visam solucionar um conflito de direitos reais sobre partes da mesma coisa, o prédio, o qual tem como limites materiais «o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o sub-

(1) Transcrito em apêndice a Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 88.

(2) «Lições», citadas, pág. 366.

solo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico» (artigo 1344.º, n.º 1).

Ora o edifício (ou a plantação) «surge-nos como um corpo estranho incrustado no terreno em que se construiu. O direito do superficiário não se estende ao subsolo nem à porção da superfície que não fique coberta pela construção, e o espaço aéreo não está reservado à sua ocupação»⁽¹⁾. Como o subsolo⁽²⁾, o solo não abrangido pela construção (e seu logradouro) ou pela plantação e o espaço aéreo se acham na disponibilidade do fundeiro, surgem necessariamente conflitos de direitos que têm de ser compostos através de relações jurídicas reais.

Assim sobre o fundeiro recai o dever de não «impedir nem tornar mais onerosa a construção ou plantação» (artigo 1532.º) a fazer pelo superficiário, enquanto tem o uso e fruição da superfície, antes de iniciada a realização superficiária.

Sobre o fundeiro recai igualmente o dever de não causar prejuízos à obra ou plantação em consequência de exploração lícita do subsolo, sobre o qual tem imperativamente o uso e a fruição.

Por seu lado, o superficiário, fora dos casos menos frequentes de alienação de obra ou plantação já existente, tem o dever de construir a obra ou fazer a plantação para que foi atribuída a concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* dentro do prazo estipulado e, se não houver prazo estipulado, no prazo de dez anos (art. 1536.º, n.º 1, alínea *a*)) tendo como sanção deste dever a extinção do direito de superfície.

O superficiário tem ainda o dever de, «destruída a obra ou as árvores», reconstruir aquela ou renovar a plantação destas «dentro dos mesmos prazos a contar da destruição» (artigo 1536.º, n.º 1, alínea *b*)), sendo sanção da inobservância deste dever a extinção do próprio direito de superfície.

(1) Prof. Oliveira Ascensão, «As Relações Jurídicas Reais», pág. 135.

(2) Segundo o artigo 1533.º, epígrafado de «fruição do subsolo», «o uso e fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelo prejuízo causado ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer».

Além destas, outras relações reais podem ser constituídas através de imposição ou estipulação no título constitutivo respectivo. Assim se nos termos do artigo 1525.º o direito de superfície abranger uma parte do solo não necessária à implantação da obra, desde que tenha utilidade para o seu uso podem o superficiário e o fundeiro regular os direitos e deveres respectivos quanto à utilização por ambos dessa fracção de solo. Surgirão então relações *propter rem* ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

B) ESTRUTURA

a) *Estrutura da situação subjectiva do superficiário*

Como cerne da posição do superficiário encontramos desde logo o direito de implantar a obra ou plantação no solo do fundeiro. É o chamado *direito de superfície em sentido próprio*, ou concessão para edificar ou plantar (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*).

Todavia o direito real de implantar pode não existir se o edifício ou plantação já existentes forem alienados separadamente da propriedade do solo (artigo 1528.º do Código Civil) ⁽³⁾. O Prof. Oliveira Ascensão considera esta inovação de «duvidosa oportunidade». Podemos designá-la, tal como faz Salis, por *propriedade separada*, realidade que se não confunde com a propriedade dividida em que o conteúdo do direito de propriedade se reparte desigualmente por diversas pessoas, como tivemos ocasião de observar. No caso de destruição da obra ou plantação alienada separadamente, surge a favor do superficiário um direito de construção (artigo 1536.º, n.º 1, alínea b)).

Uma vez realizada a obra ou feita a plantação, o superficiário torna-se proprietário delas — temos então a *propriedade*

(1) Outra relação *propter rem* pode surgir quando no título constitutivo o superficiário se obriga a construir o prédio segundo certo projecto e com certas características (veja-se o artigo 23.º, 1, a) da Lei n.º 2030, sem disposição correspondente no Código Civil).

(2) Veja-se Prof. Oliveira Ascensão, «As Relações Jurídicas Reais», págs. 243/244.

(3) Situação prevista também no direito italiano, na parte final do art. 952.º do Código Civil e no direito alemão.

superficiária (1). Hoje a melhor doutrina entende que o superficiário tem sobre a obra ou plantação um verdadeiro direito de propriedade apesar de aquelas estarem implantadas em chão alheio. Entre outros autores, seguem esta posição Salis e Balbi na Itália, Wolff na Alemanha, Planiol e Demolombe em França e, entre nós, Cunha Gonçalves e Oliveira Ascensão. No mesmo sentido se pronunciaram também os Drs. Pacheco Carreiro e Armando Guerra.

Os artigos 21.º, n.º 1 e 24.º, n.º 1, alínea *a*) da Lei n.º 2030 e, menos claramente, o artigo 1528.º *in fine* do Código Civil vão no sentido de admissão de uma verdadeira propriedade superficiária. Também da solução do artigo 1526.º se pode inferir esta admissibilidade.

b) *A Estrutura da posição complexa do fundeiro*

O proprietário do solo ou fundeiro é titular, em primeiro lugar, do direito de propriedade sobre o solo ou chão (artigos 1524.º e 1533.º).

Pode igualmente ter um direito ao cânon superficiário ou *solarium*, que é uma prestação anual, perpétua ou temporária, que se configura como um ónus real que grava o direito de superfície. Tal prestação tem, como se disse, de ser sempre em dinheiro.

Além destes direitos, pode o fundeiro ter ainda a expectativa jurídica de aquisição da obra ou plantação superficiárias, se o direito de superfície for temporário ou sujeito a condição resolutiva (art.º 1536.º, n.º 2).

A evolução normal do instituto da superfície trará por fim a extinção do direito de propriedade superficiária, forma de propriedade temporária, excepto se o direito de superfície tiver sido constituído por tempo indefinido ou perpetuamente. Quando se trate de superfície sujeita a termo, o decurso deste torna

(1) Contestaram entre nós a existência de uma propriedade superficiária o Prof. Braga da Cruz, que fala num direito real de gozo no seu artigo já citado e o Dr. Pereira de Magalhães num estudo publicado na «Rev. Ord. Advogados», Ano 9.º, n.ºs 3-4, pág. 174.

eficaz um direito de propriedade do fundeiro sobre a obra ou plantação que se encontra sujeito a termo inicial (propriedade suspensa) (1). É o que dispõe o artigo 1538.º, n.º 1. A posição do fundeiro é, segundo o Prof. Oliveira Ascensão, protegida pela atribuição de uma expectativa real, mas não de um verdadeiro direito de propriedade, pois durante a vigência do direito de superfície e relativamente à obra ou plantação superficiária, «actualmente há uma única propriedade» (2), a do superficiário.

Entre o direito de propriedade do superficiário e a expectativa real de aquisição da obra ou plantação de que é titular o fundeiro, existe uma situação de conflito que explica a relação *propter rem* prevista no artigo 23.º, alínea b), da Lei n.º 2030, ao considerar dever do superficiário «a conservação do edifício e suas dependências como faria um proprietário prudente» (3). Uma tal norma, porém, não nos surge na regulamentação do Código Civil, parecendo-nos que pode ser aplicada analogicamente aos casos regulados neste diploma, quando o título constitutivo nada diga (o superficiário, no caso previsto no artigo 1538.º, n.º 3, responde pelas deteriorações da obra ou plantação, se tiver precedido *culposamente*, desde que não tenha direito à indemnização prevista no n.º 2 do mesmo artigo).

Finalmente, o fundeiro é titular de um direito legal de preferência ou prelação graduado em último lugar na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície (artigo 1535.º, n.º 1, 1.ª parte) (4). Já examinámos acima a hipótese especial da prelação do proprietário no caso de o prédio incorporado no solo ser enfitêutico. É aplicável a esta prelação a regulamentação da preferência legal do comproprietário (artigo 1410.º) e os artigos 416.º a 418.º, sobre a regulamentação do conhecimento do preferente e da venda da coisa juntamente com outra ou acompanhada de prestação acessória, artigos que se inserem no Livro II, no tratamento da preferência convencional.

(1) Prof. Oliveira Ascensão, «As Relações...», págs. 248-249.

(2) Prof. Oliveira Ascensão, «As Relações...», pág. 249, nota 64.

(3) Prof. Oliveira Ascensão, «As Relações...», pág. 249.

(4) O direito de preferência do arrendatário comercial é graduado «imediatamente acima» do direito de prelação do fundeiro previsto no art. 1535.º (art. 1117., n.º 3 Cód. Civil).

Vemos pois que, além dos poderes e deveres que decorrem das relações *propter rem* entre os titulares do direito de propriedade sobre o chão e do direito de superfície, o fundeiro tem ou pode ter vários direitos reais distintos como o direito de preferência ou prelação acima referido e, em certos casos (de direito de superfície temporário ou resolúvel), a expectativa real de aquisição da obra ou plantação superficiárias. Poder-se-á então falar do direito real complexo do fundeiro.

19. *Modificações do direito de superfície*

Podemos distinguir modificações subjectivas e objectivas do direito de superfície, no sentido amplo em que a nossa lei utiliza a expressão, englobando a concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* e a propriedade superficiária.

Quanto às modificações subjectivas, existe uma previsão específica na nossa lei: é o artigo 1534.º que está assim redigido: «o direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte».

Assim pode vender-se, doar-se ou transmitir-se por sucessão *mortis causa* um direito real de superfície, como aliás pode transmitir-se *inter vivos* ou *mortis causa* o direito de propriedade do solo de que o fundeiro é titular.

Quanto às modificações objectivas do direito de superfície podem ser introduzidas por alteração do título constitutivo de carácter contratual desde que seja utilizada a formalidade da escritura pública (veja-se o artigo 89.º, alínea *a*) do Código do Notariado) e intervenham o fundeiro e o superficiário. Parece que o acordo destes pode operar modificações objectivas do direito de superfície mesmo que o título de constituição não seja um contrato, mas um testamento ou a usucapião. Assim nada impede que o direito de superfície, depois de constituído para edificação de certo imóvel, seja modificado de modo a abranger posteriormente uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra, consoante o previsto no artigo 1525.º, n.º 1. Ou que a superfície constituída a título oneroso passe a ser gratuita, ou vice-versa.

Caso diferente é o previsto no artigo 1526.º, em que uma vez surgida a construção de ampliação do edifício alheio (em regra, o levantamento de um ou mais andares) se extingue o direito de superfície ou direito de construção, passando a ser aplicadas as regras da propriedade horizontal e adquirindo o titular do direito real de construção um direito de propriedade sobre as partes comuns desse edifício, como o solo, as escadas, as paredes mestras, o telhado, etc. Mais do que uma modificação relativa ao objecto parece-nos que ocorre aqui uma verdadeira extinção pelo exercício do direito de construir, seguida do aparecimento de uma nova figura de direito real complexo (direito de propriedade horizontal).

20. *Extinção do direito de superfície*

Para terminar esta análise do direito de superfície regulado no nosso Código Civil, e sem curar da existência de outros casos especiais de direito de superfície existentes porventura em outras leis, como o relativo a monumentos funerários (1), ou o direito de assentar carris de vias férreas sobre solo dominial, vamos analisar os casos de extinção do direito de superfície previstos no Capítulo IV do Título V do Livro III do nosso diploma fundamental de direito civil.

Contrariamente ao que se passa em relação à propriedade horizontal, o nosso Código prevê no artigo 1536.º os casos em que se extingue o direito de superfície, ou em que ocorre a sua perda absoluta.

Em primeiro lugar, dispõe o artigo 1536.º, n.º 1, alínea *a*) que se extingue o direito de superfície se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação deste, no prazo de dez anos.

No artigo 1536.º, n.º 1, alínea *b*) prevê-se como causa de extinção a não realização pelo superficiário de reconstrução ou nova plantação da obra ou das árvores respectivamente, se se tiver destruído tal obra ou tais árvores (objecto da

(1) Ver Cunha Gonçalves, «Tratado» citado, XI, pág. 300.

propriedade superficiária), dentro dos mesmos prazos da alínea *a*), a contar da destruição.

Em qualquer destes casos de extinção são aplicáveis as regras da prescrição, por força do n.º 3 do artigo 1536.º. Nomeadamente são nulos os negócios que procurem derrogar estes prazos legais (artigo 300.º) e o tribunal não pode conhecer *ex officio* desta forma de extinção que tem de ser invocada judicial ou extrajudicialmente por aquele a quem aproveita (artigo 303.º).

Pode porém estipular-se no título constitutivo a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra ou das árvores, ou da verificação de qualquer outra condição resolutiva (artigo 1536.º, n.º 2).

O decurso do prazo é outro facto extintivo, sendo constituído o direito de superfície por certo tempo. Se estiver sujeito o direito a termo incerto extintivo (por exemplo, a morte do superficiário) a extinção do direito ocorre pela verificação do facto. Nestes casos, expirado o prazo, o fundeiro adquire a propriedade da obra ou das árvores, tendo o superficiário direito a uma indemnização calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa, se outra coisa não se tiver estipulado. Não havendo lugar a indemnização, o superficiário é responsável pelas deteriorações culposas da obra ou das plantações. É o que consta do artigo 1538.º.

A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro. Recebendo o superficiário uma indemnização, tais direitos transferem-se para a indemnização ocorrendo uma figura que se chama correntemente sub-rogação real. É o que se dispõe no artigo 1539.º.

Por outro lado, «os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra e às árvores adquiridas nos termos do artigo 1538.º» (artigo 1540).

Uma quarta causa ou facto extintivo do direito de superfície é a reunião ou confusão na mesma pessoa das posições de superficiário e fundeiro (artigo 1536.º, n.º 1, alínea *d*)).

São ainda factos extintivos do direito de superfície o desaparecimento ou inutilização do solo e a expropriação por utilidade pública (alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 1536.º). Extinguindo-se o direito de superfície por expropriação do prédio por utilidade pública cabe, nos termos do artigo 1542.º, a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao respectivo direito.

Para terminar a nossa análise, resta notar que o artigo 1541.º prevê um caso especial de permanência de direitos reais sobre a superfície ou sobre o solo, separadamente, se se extinguir um direito de superfície perpétuo ou um direito temporário antes do prazo ter decorrido. Tais direitos reais «continuam a onerar separadamente as duas parcelas como se não tivesse havido extinção, sem prejuízo das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra». Este regime é excepcional, derogando o regime geral previsto nos artigos 1539.º e 1540.º.

NOTA DE ACTUALIZAÇÃO BIBLIOGRÁFICA

A indicação da bibliografia mais importante consultada na elaboração deste trabalho escolar acha-se publicada nesta Revista, ano 30 (1970), págs. 77/78, no final do nosso estudo sobre propriedade horizontal.

Como é facilmente compreensível não teve o autor possibilidade de consultar, ao tempo da elaboração deste estudo há cinco anos, alguns comentários italianos mais recentes, os quais versam com detalhe questões relativas ao direito de superfície: bastará referir exemplificativamente os comentários de Pugliese e de Palermo.

Mais importante parece, porém, fazer referência às obras nacionais entretanto aparecidas e a que o autor não pôde recorrer então.

Versando «ex professo» este direito real só temos conhecimento de uma obra de comentário ao Código Civil, além de trabalhos de carácter didáctico, fruto de lições universitárias.

Deve referir-se que o Prof. José Oliveira Ascensão publicou em 1971 a obra «Direitos Reais», onde o regime legal e caracterização dogmática do direito de superfície são tratados nas págs. 505 a 512. O mesmo autor publicou um desenvolvido estudo na «Rivista di Diritto Agrario», LI (1972), págs. 261 a 301, de que existe separata: «O Direito de Superfície referente a Plantações».

Igualmente serão de ter em conta os sumários das lições ao curso jurídico de 1966/1967, «Direitos Reais», da autoria do Dr. Manuel Henrique Mesquita. Simplesmente, ao que supomos, esses sumários ficaram incompletos, não chegando a ser versada a matéria de direito de superfície (o exemplar por nós consultado chegava apenas à pág. 280).

Por último referir-se-á a obra publicada por Álvaro Moreira e Carlos Fraga «Direitos Reais», Coimbra, 1971, apontamentos policopiados segundo as prelecções do Prof. Carlos Alberto da Mota Pinto ao 4.º ano jurídico de 1970/1971, onde o direito de superfície é analisado de págs. 289 a 303.

O estudo sistemático dos artigos 1524.º a 1542.º do Código Civil é levado a cabo pelos Profs. F. A. Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela no volume III da sua obra «Código Civil Anotado», publicado em 1972.

Seria descabido fazer o cotejo dos resultados obtidos no presente trabalho com as soluções expostas pelos referidos autores nacionais. Tal cotejo só iria acentuar as imperfeições dele, que saltam evidentemente aos olhos do leitor. Certos pontos deste estudo elementar poderão talvez conservar algum interesse pelo esforço exegetico ensaiado: é o que o autor pensa, com imodéstia, relativamente, por exemplo, às interpretações aventadas para os artigos 1529.º e 1535.º, n.º 1, depois de ter relido com alguma atenção o que escreveu anos atrás.