Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Capitão, José Gonçalo de Areias, 1964-

Função ambiental da propriedade?

http://hdl.handle.net/11067/8144
https://doi.org/10.34628/G7R9-9A79

Metadados

Data de Publicação 2025

Resumo Neste artigo examino o conceito de “função ambiental da propriedade”, questionando a sua autonomia em relação à função social. Argumento que, apesar de uma crescente necessidade de integração de preocupações ambientais nas políticas públicas, a função ambiental não constitui uma figura jurídica independente, mas sim uma extensão da função social da propriedade. Através de uma análise das tensões entre o direito de propriedade e as exigências de sustentabilidade ambiental, sustento que as limitaç...

In this article I examine the concept of the ‘environmental function of property’, questioning its autonomy in relation to the social function. I argue that, despite a growing need to integrate environmental concerns into public policies, the environmental function does not constitute an independent legal figure, but rather an extension of the social function of property. By analysing the tensions between property rights and the demands of environmental sustainability, I argue that limitations o...

Editor Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave Direito de propriedade, Direito do ambiente, Protecção do ambiente

Tipo article

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] LD, s. 2, n. 33 (2025)

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-30T01:04:49Z com informação proveniente do Repositório

FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE?

ENVIRONMENTAL FUNCTION OF PROPERTY?

Gonçalo Capitão [1]

DOI: https://doi.org/10.34628/G7R9-9A79

Resumo: Neste artigo examino o conceito de "função ambiental da propriedade", questionando a sua autonomia em relação à função social. Argumento que, apesar de uma crescente necessidade de integração de preocupações ambientais nas políticas públicas, a função ambiental não constitui uma figura jurídica independente, mas sim uma extensão da função social da propriedade. Através de uma análise das tensões entre o direito de propriedade e as exigências de sustentabilidade ambiental, sustento que as limitações ao direito de propriedade, decorrentes de interesses ambientais, devem ser tratadas como restrições de natureza pública, sujeitas ao regime constitucional. Concluo, por fim, que a função ambiental, ao ser considerada uma parte da função social, promove a compatibilidade entre o exercício da propriedade e os interesses coletivos, assegurando o equilíbrio entre liberdade individual e responsabilidade intergeracional.

Palavras-chave: Função ambiental da propriedade; Função social; Direito de propriedade; Sustentabilidade ambiental; Responsabilidade intergeracional.

Abstract: *In this article I examine the concept of the 'environmental function of property', questioning its autonomy in relation to the social function. I argue that, despite a growing need to integrate environmental concerns into public policies, the environmental function does not constitute an independent legal figure, but rather an extension of the social function of property. By analysing the tensions between property rights and the demands of environmental sustainability, I argue that limitations on property rights arising from environmental interests should be treated as restrictions of a public nature, subject to the constitutional regime. Finally, I conclude that the environmental function, when considered part of the social function, promotes compatibility between the exercise of property and collective interests, ensuring a balance between individual freedom and intergenerational responsibility.*

Keywords: *Environmental function of property; Social function; Property rights; Environmental sustainability; Intergenerational responsibility.*

[1] Professor da Universidade Lusíada. Advogado. Investigador do CEJEIA.

Sumário: 1. Introdução. 2. A função social da propriedade. 2.1. A antecâmara aquiniana. 2.2. A conceção tradicional de Leon Duguit. 2.3. A utilização do conceito como elemento limitador do direito de propriedade privada. 2.4. A função social como elemento interno do direito de propriedade. 2.5. A função social como elemento externo ao direito de propriedade. 2.5.1. A função social e a imposição de obrigações positivas autónomas. **3. A função ambiental da propriedade. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.**

Summary: 1. Introduction. 2. The social function of property. *2.1. The aquinian antechamber. 2.2. Leon Duguit's traditional conception. 2.3. The use of the concept as a limiting element of private property rights. 2.4. Social function as an internal element of property rights. 2.5. Social function as an external element of property rights. 2.5.1. Social function and the imposition of autonomous positive obligations.* ***3. The environmental function of property 4. Final considerations. 5. Bibliography***

1. Introdução.

O agravamento das condições ambientais do planeta tem revelado a insustentabilidade do modelo de desenvolvimento que, em termos de caracterização geral e de forma global, é hoje dominante.

A esse agravamento associa-se uma consciencialização crescente do problema e dos seus efeitos atuais e, sobretudo, daqueles que se preveem num futuro não muito longínquo.

Essa consciencialização, que nos parece francamente positiva, tem, no entanto, sido aproveitada como elemento facilitador da atuação dos poderes públicos num sentido cada vez mais intervencionista e limitador da liberdade dos indivíduos.

Como sempre sucede nesses momentos de maior intervencionismo público, o equilíbrio entre a liberdade dos indivíduos e as necessidades coletivas altera-se, num movimento de oscilação que tende para o extremo, antes de ser encontrado um novo ponto de equilíbrio.

Na nossa opinião, é precisamente nesse ponto de aproximação ao extremo que nos encontramos.

Num Estado integrado na União Europeia e, como tal, assente numa ideia de economia de mercado, e num modelo liberal, não deixa de ser paradoxal identificarmos hoje uma tendência para o intervencionismo público, legitimado, muitas vezes, num ambiente de medo incutido nas populações.

O fenómeno é transversal às várias áreas da vida social e será merecedor de reflexão, mas, no que agora nos interessa, só é relevante para com-

preendermos a forma como entendemos estar enquadrado o problema no que à propriedade imobiliária diz respeito.

É que a propriedade, como não podia deixar de ser, tem sido um palco privilegiado dessa tensão cada vez mais evidente entre a vontade intervencionista dos poderes públicos e a liberdade dos indivíduos.

Depois de um período em que o direito de propriedade foi concebido como uma manifestação (como a manifestação) da liberdade individual[2], a mesma foi temperada pelo estabelecimento de limites que evitassem um uso contrário ao interesse público.

Tal meritório passo foi sendo progressivamente encarado como insuficiente, pois ainda assim, a propriedade surgia inúmeras vezes como um fator gerador de dificuldade na prossecução de políticas públicas.

Não está em causa, na generalidade das situações (e com a ressalva das incorreções que as generalizações sempre geram), a existência de obstáculos inultrapassáveis (de um ponto de vista jurídico) à execução dessas políticas.

Está em causa, tão só, a incapacidade financeira dos poderes públicos conseguirem executar as políticas pretendidas dentro dos quadros jurídicos tradicionais.

Daí que tenham começado a surgir posições jurídicas fundamentadoras da instrumentalização da propriedade privada ao serviço da execução de políticas públicas.

Em causa está, tão somente, reduzir o leque das situações em que a intervenção pública é geradora da obrigação de compensação patrimonial.

Essas construções jurídicas, ainda que com nuances, assentam inevitavelmente na ideia de "funcionalização" da propriedade.

A expressão não é, como facilmente se compreenderá, inocente.

Com a sua utilização pretende-se incorporar todo um universo fundamentador construído a propósito do princípio da função social da propriedade que, com diversas matizes e fundamentos, tem sido aceite de forma quase consensual[3].

---

[2] António Menezes Cordeiro, sem questionar a existência de limites e restrições ao direito de propriedade, considera que a "*História mostra que, sem um espaço patrimonial reservado, a liberdade das pessoas não tem suporte nem meios de realização*" (Cfr. Cordeiro, António Menezes (2022). *Tratado de Direito Civi*l, Coimbra, Almedina, p. 152).

[3] A conceção do direito de propriedade como não ilimitado e sujeito a condicionamentos em nome do interesse coletivo é amplamente aceite na atualidade pelas Constituições ocidentais, contrastando com visões clássicas de um direito absoluto. Em Portugal, autores como Menezes Cordeiro corroboram esta perspetiva. Menezes Cordeiro, na sua análise sobre a propriedade privada, destaca o princípio *"A propriedade obriga" (Eigentum verpflichtet)*, presente, por exemplo, no artigo 153.º da Constituição de Weimar

Nesta pequena reflexão pretendemos analisar, de forma necessariamente muito sintética, se a função social é adequada a fundamentar essa funcionalização da propriedade.

Fazemo-lo por reporte à designada "função ambiental da propriedade", pelas características que a mesma apresenta e pela importância que tem assumido na fundamentação da atuação dos poderes públicos.

A abordagem que faremos toma como ponto de partida uma análise superficial das teorias de São Tomás de Aquino e de León Duguit, por entendermos que as mesmas permitem dar um enquadramento teórico distinto da preocupação de enquadramento do direito de propriedade na vida em sociedade, para prosseguirmos com a análise daqueles que são os traços marcantes da questão que hoje se coloca e com a nossa posição sobre a questão.

2. A função social da propriedade.

A função social da propriedade é, na atualidade, quase unanimemente aceite como conceito, mas merecedor de inúmeras divergências, quer quanto ao seu conteúdo e alcance quer quanto ao seu fundamento.

No presente ponto, iremos dar nota de duas visões sobre o fundamento dessa função social da propriedade que nos parecem ilustrativas dessas divergências e que constituirão o enquadramento da análise realizada nos pontos seguintes.

2.1. A antecâmara aquiniana.

São Tomás de Aquino aborda a questão da propriedade privada a propósito do tema da Justiça, na Secção II, da Parte II da *Summa Teológica*, na questão 66[4].

A formulação apresentada diz respeito aos pecados contra a Justiça que causam dano aos bens do próximo, que são enunciados desde logo e que são o furto e o roubo.

É a propósito destes crimes que apresenta nove artigos em que teoriza a propriedade privada e, no que agora nos importa, aprofunda a função

(1919), que determina que o uso da propriedade deve operar "*no interesse comum*". O autor considera "*indubitável*" este "*pensamento básico de que a propriedade privada não é ilimitada e que o seu exercício tem condicionamentos em nome do interesse coletivo*", associando ainda a apropriação privada a inerentes deveres para prevenir abusos (Cfr. Cordeiro, António Menezes (2022). *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, pp. 148 e ss.).

[4] A tradução utilizada neste estudo é da autoria de uma equipa coordenada por Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira: Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola.

social da propriedade, na perspetiva da sua afetação ao bem comum.

A posição que defende tem como ponto de partida a sua conceção dual sobre as coisas exteriores, na medida em que distingue a sua natureza do seu uso.

A natureza não está sujeita ao poder humano, sendo titularidade de Deus.

Já o uso das coisas pode estar no domínio do homem, que as pode utilizar racionalmente para sua utilidade individual[5].

É com base neste pressuposto que São Tomás de Aquino aborda as questões que coloca a propósito dos crimes de furto e de roubo, sendo das respostas que lhes dá que podemos retirar os seus ensinamentos para o tema que nos ocupa.

Partindo da propriedade divina dos bens externos a preocupação de São Tomás de Aquino não se foca na justificação da função social da propriedade, que lhe é natural e intrínseca, mas antes na justificação da admissibilidade da sua apropriação individual.

Na verdade, para São Tomás de Aquino não é possível analisar a propriedade individual dos bens externos sem ter em consideração que a apropriação do uso e utilidade foi concedida por Deus[6].

Por isso, começa por proclamar que *"ninguém deve atribuir a si o que a Deus pertence"*[7].

Razão pela qual, a perspetiva de análise, quando tentamos compreender a função social da propriedade em São Tomás de Aquino, é a inversa àquela que adotamos perante o pensamento liberal.

Com efeito, se a propriedade é originariamente divina e, por força disso, dirigida ao bem comum, ao bem coletivo, a necessidade de fundamentação diz respeito às razões que permitem a afetação de um bem divino à utilidade individual[8].

---

[5] Ver, nesse sentido, Pêcego, Daniel Nunes (2010). "*A propriedade e sua função social sob a perspectiva do realismo jurídico clássico: aproximações com base na doutrina de santo Tomás de Aquino*." Aquinate, Ano 6**,** n.º 11, (55-72) p. 56.

[6] Daí que *"a função social existe, primeiramente, nos bens objeto do direito de propriedade, para depois se ver destacada e atingida plenamente com o exercício do direito de propriedade sobre eles"* (cfr. Mota, Mauricio (2009). *"Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino*." Ibid. Ano 5**,** n.º 9, (84-126), pp. 115-116).

[7] Cfr. Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, p. 155.

[8] Para São Tomás de Aquino a propriedade comum e a liberdade de todos os seres humanos *"pertencem ao direito natural na medida em que a natureza não nos impele nem à propriedade privada nem à escravatura; a estas instituições nos empurra a razão, porque úteis à vida humana"*

Razão que leva a que a função social seja o "pano de fundo" da conceção Aquiliana da propriedade[9].

O que é normal para quem, como São Tomás de Aquino, entende o homem numa relação de subordinação em relação ao todo social de que faz parte. O que se traduz na subordinação moral do indivíduo à sociedade, na superioridade metafísica e moral do corpo social sobre o individual e do bem comum sobre o bem particular[10].

Já para um liberal a propriedade é individual (independentemente da causa legitimadora da aquisição) - pelo que a função social surge como um elemento externo que precisa de encontrar fundamento justificativo para a compressão do direito que provoca[11].

Como referimos, em São Tomás de Aquino o percurso lógico é o inverso, ou seja, é necessário justificar a apropriação individual do uso ou das utilidades do bem o que São Tomás de Aquino faz com base em três premissas:

- Uma primeira premissa é a de que o indivíduo é mais zeloso na administração daquilo que lhe pertence, do que das coisas que pertencem a muitos ou a todos;

- Uma segunda premissa assenta na ideia de que o indivíduo trata me-

(cfr. Loureiro, João Diogo (2020). *"Aspectos da crítica Straussiana a São Tomá*s." Revista Filosófica de Coimbra, Ano 29, n.º 58, p. 397.

[9] Na esteira, aliás, da conceção aristotélica, ainda que com um ponto de partida significativamente diverso, pois Aristóteles parte da natureza privada da propriedade para o seu uso comum e não o inverso, como sucede em São Tomás de Aquino. Como nota Mauricio Mota *"Aristóteles prevê três combinações entre a propriedade e o seu uso: a) propriedade privada e uso comum; b) propriedade comum e uso privado e c) propriedade e uso comuns. Ele não cogita da propriedade privada e de uso privado"* (cfr. Mota, Mauricio (2009). *"Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino*." Aquinate, Ano **5,** n.º 9, (84-126), pp. 97-98).

[10] Nesse sentido, Mota, Mauricio (2017) "*O direito de propriedade em Tomás de Aquino*."p.1. Acedido a 18 de maio de 2025, em https://emporiododireito.com.br/leitura/o-direito-de-propriedade-em-tomas-de-aquino-por-mauricio-mota.

[11] O diferente ponto de partida tem especial relevância na delimitação da função social. Enquanto numa visão liberal da propriedade a sua função social é exceção, com tudo o que isso significa, mas em especial com o efeito restritivo que provoca, na visão aquiliana, a função social é a regra, devendo a apropriação e utilização da propriedade adequar-se a essa função. É verdade que de um ponto de vista jurídico a questão torna-se menos clara em virtude de a obrigação de distribuição ser entendida (como veremos adiante) numa lógica caritativa e não obrigacional, mas a simples existência dessa obrigação não jurídica de caridade, encontra o seu fundamento na afetação originária da propriedade ao bem comum.

lhor as coisas se a respetiva administração estiver atribuída a pessoa determinada, reinando a confusão se estiver atribuída a todos ou a vários indistintamente;

- Uma terceira premissa reporta-se à satisfação de cada um com o que é seu, como fator propiciador de paz social, no sentido de evitar conflitos entre possuidores de coisas em comum[12].

O bem comum constitui, assim, o ponto de partida e o ponto de chegada da propriedade[13].

O ponto de partida, pois como referimos, originariamente a proprieda-

[12] Ver Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, p. 157. Ver também, Rampazzo, Lino and Regina Vera Villas Bôas (2018). *A propriedade cumprindo a função social de dar moradia a cada "pessoa" e o princípio da destinação universal dos bens que os restitui a todas as "pessoas"*. Congresso Ibero-Americano de Direito Imobiliário - Direito social à moradia como concretização da dignidade humana. Lorena, Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)., p. 7. Na configuração dada por Daniel Nunes Pêcego, *"a apropriação dos bens cumpre três papeis. Juridicamente, garante o pacífico e ordenado desfrute dos bens à disposição por parte de todos, atribuindo a cada um o domínio sobre uma parcela determinada desses bens. Do ponto de vista económico, representa o meio mais eficaz para garantir a solicitude e o interesse necessários para que os bens frutifiquem, estimulando a capacidade produtiva e favorecendo o sentido da responsabilidade pessoal. Por último, exerce a função política de garantir a liberdade individual frente ao Estado, evitando que o indivíduo tenha que se submeter a ele para obter os bens necessários à sua sobrevivência"* (cfr. Pêcego, Daniel Nunes (2010). "*A propriedade e sua função social sob a perspectiva do realismo jurídico clássico: aproximações com base na doutrina de santo Tomás de Aquino*." Aquinate, Ano 6, n.º 11, (55-72), p. 60).

[13] Em bom rigor, não podemos escamotear que ele está sempre presente, pois o proprietário está limitado por essa função da propriedade de que se apropriou. Sendo que, o próprio fundamento da apropriação não deixa de ser uma forma de prossecução do bem comum. Com efeito, as premissas ou razões que servem de fundamento à admissibilidade da propriedade privada, são, na sua essência, razões que assumem ser essa a melhor forma de garantir o bem comum. Podendo parecer contraditório, num primeiro momento, a ideia de apropriação privada e de prossecução do bem comum, a verdade é que os fundamentos dessa apropriação se reconduzem a um melhor e mais racional aproveitamento dos bens externos e dos benefícios que esse melhor aproveitamento geram para a coletividade. Como salienta João Diogo Loureiro, "*se considerarmos uma qualquer parcela de terra em si mesma, não há razão alguma para que pertença a um determinado ser humano e não a outro, mas «atendendo a uma certa utilidade que daí resulta»* [STh II-II 57:3 ad 2], faz sentido ela ser confiada a um sujeito particular" (cfr. Loureiro, João Diogo (2020). "*Aspectos da crítica Straussiana a São Tomás.*" Revista Filosófica de Coimbra, Ano 29, n.º 58, p. 399). verdade, porém, é que o bem comum e o bem individual são conceitos que se interligam, pois, como bem repara John Michell Finnis "*o bem comum é fundamentalmente o bem dos indivíduos*" (cfr. Finnis, John (2011). Natural Law an Natural Rights, Oxford, Oxford University Press, p. 168).

de é de titularidade divina e, como tal, está afeta ao bem comum[14].

O ponto de chegada, no sentido de que as premissas apresentadas para justificar a apropriação privada constituem o limite dessa mesma apropriação e utilização individual[15].

É que se o fundamento da propriedade privada assenta naquelas premissas, quando elas se deixam de verificar, desaparece o fundamento que a legitimava.

Daí que, num primeiro momento, o bem comum surja como limite e parâmetro de atuação do proprietário privado[16] e que, num segundo momento, a propriedade deva voltar a estar afeta ao bem comum.

São esses dois momentos que veremos em seguida, dado o seu especial interesse para o tema que nos ocupa.

Em virtude da titularidade originária divina da propriedade, São Tomás de Aquino, não obstante defender a legitimidade da propriedade privada, considera-a uma propriedade limitada[17].

---

[14] É o que conclui quando afirma:

(i)"deve-se dizer que Deus tem o domínio principal sobre todas as coisas";

(ii)"deve-se dizer que aquele rico é repreendido por julgar que os bens exteriores eram principalmente seus, como se os não tivesse recebido de outrem, isto é, de Deus" (cfr. Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, p. 156).

[15] Na expressão de Daniel Nunes Pêcego *"o correto é ter a propriedade privada, mas fazer uso comum dela"* (cfr. Pêcego, Daniel Nunes (2010). "*A propriedade e sua função social sob a perspectiva do realismo jurídico clássico: aproximações com base na doutrina de santo Tomás de Aquino*." Aquinate, Ano 6**,** n.º 11, (55-72), p. 58.

[16] São Tomás é claro quando assume que relativamente ao uso dos bens exteriores o homem não as deve ter como próprias, mas como comuns, no sentido de que, de bom grado, as partilhe com os necessitados (cfr. Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, p. 158.

[17] Nas suas palavras, "*a propriedade não é contra o direito natural, mas a ele se ajunta, por um trabalho da razão humana*". Especial interesse para o tema deste trabalho, parecenos revestir a conclusão seguinte. Nessa conclusão São Tomás de Aquino afirma que *"deve-se dizer que quem, chegando primeiro ao espetáculo, facilitasse o acesso aos outros, não agiria ilicitamente, o que aconteceria se os impedisse de entrar. Assim, o rico não age ilicitamente, apropriando-se de um bem, que a princípio era comum, se partilha com os outros. Peca, porém, se de maneira desavisada impede os outros de usar desse bem"* (cfr. Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, p. 158).Na verdade, ainda que com alguma criatividade e atualização interpretativa, podemos identificar em São Tomás de Aquino as bases para uma função ambiental da propriedade. É verdade que a sua construção filosófica não podia ter ponderado as razões relativas ao bem comum que a esse propósito hoje se colocam, mas não é menos verdade que encontramos na sua posição bases suficientes para a defesa dessa função.

O que se compreende, uma vez que a própria apropriação dos bens externos apenas é legítima se trouxer benefícios para os membros da comunidade[18] e a utilização do bem como privado só se justifica se usado em direção ao bem comum, pois ele não pertence naturalmente ao indivíduo[19].

Daí que o respeito pelo bem comum não seja apenas o fundamento da legitimidade da apropriação, mas também o parâmetro da futura utilização privada do bem.

Parâmetro que se torna mais visível em São Tomás a propósito das medidas de redistribuição, ainda que numa lógica caritativa[20].

A verdade, porém, é que a afetação ao bem comum vai mais longe do que a mera distribuição caritativa do supérfluo.

Essa afetação justifica que São Tomás de Aquino conclua não ser qualificável como furto alguém servir-se de um bem alheio em caso de extrema necessidade, sua ou de outrem[21].

O que revela que a afetação ao bem comum, na filosofia aquiniana, acompanha inseparavelmente a propriedade privada, podendo revelar-se a qualquer momento, seja por força da posição do proprietário[22], seja por força da posição de terceiros[23].

---

[18] Nesse sentido, ver Wiviurka, Eduardo Seino (2019). *"O fundamento da Justiça distributiva em São Tomás de Aquino: Uma crítica ao libertarianismo de Robert Nozick*." Quaestio Iuris, Ano 12**,** n.º 4, (326-345), p. 332.

[19] Cfr. Wiviurka, Eduardo Seino (2019). *"O fundamento da Justiça distributiva em São Tomás de Aquino: Uma crítica ao libertarianismo de Robert Nozick*." Quaestio Iuris, Ano 12**,** n.º 4, (326-345), p. 333. Como salienta Mauricio Mota *"A legitimidade da propriedade se funda a partir da distinção entre o "poder" (potestas) de gerir as coisas e delas dispor e o dever moral de utilizá-las (usus) em proveito de todos"* (cfr. Mota, Mauricio (2017) "*O direito de propriedade em Tomás de Aquino*." p. 3).

[20] Como nota Eduardo Seino Wiviurka "*Para São Tomás, inicialmente há um estoque comum dos recursos naturais, e a propriedade privada é originada pela apropriação e confere o uso primário da propriedade. Se a parte que alguém se apropria for além de certo ponto, o excesso de apropriação deve retornar ao estoque comum. Ou seja, a partir de certo ponto há deveres positivos com os outros"* (cfr. *Wiviurka, Eduardo Seino (2019). "O fundamento da Justiça distributiva em São Tomás de Aquino: Uma crítica ao libertarianismo de Robert Nozick*." Quaestio Iuris, Ano **12,** n.º 4, (326-345), pp. 333-334. São Tomás de Aquino vai mesmo o ponto de citar Ambrósio, quando este afirma que *"Tudo o que excede o suficiente, é obtido por violência"* (cfr. Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, p. 159).

[21] Cfr. Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, pp. 166-167.

[22] No caso de os bens se tornarem supérfluos.

[23] No caso de os bens se revelarem necessários a assegurar a subsistência desses terceiros.

Como referimos anteriormente, a afetação dos bens externos, mesmo que objeto de propriedade privada, ao bem comum tem efeitos ao nível da justiça distributiva.

São Tomás de Aquino não só afirmou esse efeito, como se preocupou em torná-lo operativo.

Para o efeito classificou os bens em: *"a) recursos absolutamente necessários, necessários para a subsistência; b) recursos relativamente necessários, necessários para satisfazer suas responsabilidades e vocações, e de seus relativos (parentes); c) supérfluos, que sobram após a realização das duas categorias anteriores"*[24].

Com base nesta classificação São Tomás de Aquino considera que *"os bens que alguns possuem em superabundância são devidos, em virtude do direito natural, ao sustento dos pobres"*[25].

Mas, mais do que isso, considera que a necessidade extrema se sobrepõe aos bens supérfluos dos indivíduos, justificando a "desconsideração" da propriedade privada.

Do que vimos de expor resulta, no essencial, que a propriedade das coisas exteriores estava, segundo São Tomás de Aquino, fortemente limitada pela sua afetação ao bem comum, o que constituirá uma forma de evidenciação da sua função social.

A particularidade resultará do facto de a construção dogmática não assentar na análise da função do direito de propriedade, como direito subjetivo, mas da função da propriedade em si, ou seja, da função das coisas.

Perspetiva que bem se compreende se se atender ao momento histórico em que São Tomás de Aquino viveu e ao momento em que a conceção da propriedade como direito subjetivo foi erigido como chave do direito moderno[26].

Ora, foi precisamente essa conceção da propriedade como direito subjetivo que conduziu à visão da propriedade como manifestação de liberdade do indivíduo, numa lógica absoluta[27], justificando o aparecimento

[24] Cfr. Wiviurka, Eduardo Seino (2019). "*O fundamento da Justiça distributiva em São Tomás de Aquino: Uma crítica ao libertarianismo de Robert Nozick*." Quaestio Iuris, Ano **12,** n.º 4, (326-345), p. 334.

[25] Cfr. Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológica* - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola, p. 166.

[26] O que tem lugar com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em França, ou seja, em 1776.

[27] A conceção de direito absoluto, para além de dogmática, tinha um forte pendor ideológico, o que levava a que o direito de propriedade fosse entendido como um direito que podia ser exercido sem qualquer limitação social (cfr. Fonseca, André Luiz (2020).

da concetualização da função social em moldes completamente distintos.

Isto é, o excesso do individualismo liberal não conduziu ao retorno às conceções filosóficas comunitaristas, assentes no direito natural - antes justificou a criação de uma nova dogmática de cunho mais positivista.

2.2. A conceção tradicional de Leon Duguit.

É nesse contexto que surge a formulação de León Duguit, nas suas conferências de Buenos Aires, de 1911[28].

Nas palavras de Carla Amado Gomes *"a função social da propriedade foi uma "invenção" de León Duguit, que num conjunto de seis conferências proferidas na Universidade de Buenos Aires, em 1911, explanou o conceito e o filiou no princípio da solidariedade"*[29].

A perspetiva de Duguit assenta, essencialmente, numa visão comunitária da propriedade, no sentido de a mesma não dever estar ao serviço de um interesse individual e egoísta, mas antes dever desempenhar um papel na prossecução do interesse comunitário.

Até porque, na sua opinião, o sistema individualista está em flagrante contradição com o estado da consciência moderna[30].

Para ele o instituto jurídico da propriedade visa satisfazer a necessidade económica de afetação da riqueza a objetivos individuais ou coletivos definidos e, em consequência, proteger socialmente essa afetação[31].

Duguit assenta toda a sua formulação na ideia de que o conceito de direito subjetivo é um conceito artificial e caduco em que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1776, o Código de Napoleão e a generalidade das legislações modernas assentaram todo o sistema jurídico[32].

Sendo que, para ele, a *"noção metafísica do direito subjetivo foi acompanhada por uma conceção puramente individualista da sociedade e do direito objetivo, ou seja, o direito imposto como regra de conduta aos indivíduos e à coletividade personificada, o Estado"*[33].

Arrendamento rural forçado: em busca da função social da terra em tempos de escassez. Tese de Doutoramento, Universidade de Coimbra.

[28] Subordinadas ao tema *"Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napolèon"*.

[29] Cfr. *Gomes, Carla Amado (2018). "Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade."* epública - Revista eletrónica de Direito Público, Ano 4, n.º 3, p. 6.

[30] Cfr. Duguit, Léon (1912). *Les transformation genérales du Droit Privé depuis le Code Napoléon,* Paris, Librairie Félix Alcan, p. 157.

[31] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit., p. 150.

[32] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit., p. 14.

[33] Tradução livre. Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. p. 15. Não podemos, no entanto,

A teorização da função social da propriedade surge, pois, nesse enquadramento de contraposição e oposição ao individualismo e à figura do direito subjetivo.

Para Duguit, o homem isolado e independente é uma pura ficção que jamais existirá, pois o homem é um ser social que apenas pode viver em sociedade[34].

Por isso defende que a evolução terá de ser, inevitavelmente, no sentido da progressiva eliminação da conceção metafísica de direito subjetivo e pela sua substituição pela noção de função social.

Até porque, a norma jurídica não tem fundamento na proteção de direitos individuais (que não existem), mas antes na própria estrutura social[35].

Daí que, nas suas palavras *"a propriedade não é um direito; ela é uma função social"*[36].

---

deixar de notar que, como refere Miguel Nogueira de Brito *"a ideia de direito subjetivo não pressupõe necessariamente uma conceção de direito individualista, no sentido de que a origem e a determinação de todo o direito radicam no indivíduo, e pode ser enquadrada e valorizada no âmbito de outras interpretações do conceito de direito. Será mesmo possível, e a ciência jurídica medieval fornece porventura a ilustração disso, falar de direito subjetivo, ou pelo menos de usos subjetivos da palavra "direito", no contexto de uma ordem de direito natural objetiva"* (cfr. Brito, Miguel Nogueira de (2007). *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional,* Coimbra, Almedina, p. 191).

[34] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. p. 18.

[35] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. p. 26. A visão comunitarista de Duguit surge no seu discurso simultaneamente como fundamento e como conclusão da sua análise. Com efeito, ele só consegue alcançar as conclusões que alcança, com a linearidade com que o faz, porque as premissas de que parte têm como pressuposto a correção das suas conclusões. Na verdade, o único argumento que parece, num primeiro momento, irrebatível é o de que o homem não pode ter direitos se desintegrado da sociedade. Este argumento parece irrebatível, pois, na verdade, não é possível identificar as características do direito subjetivo, sem a presença de outro sujeito a quem o mesmo possa ser oposto. Porém, esse facto, não é suficiente para servir de alicerce à conclusão que alcança de que o direito subjetivo e a conceção individualista em que o mesmo assenta não fazem sentido. Na verdade, não é pelo facto de o homem ser um ser social e de apenas poder viver em sociedade que resulta inaceitável a proteção da sua individualidade. No extremo oposto a Duguit, até poderíamos afirmar que é precisamente essa natureza social do homem que justifica essa proteção.

[36] Na perspetiva de Duguit o proprietário é um mero detentor de uma riqueza e, por esse facto, tem uma função social a desempenhar. Como tal, se o proprietário desempenha essa função social, os seus atos serão protegidos, mas se o não fizer ou o fizer mal, a intervenção dos governantes com vista a obriga-lo a cumprir a função será legítima (Cfr. Duguit, Léon, ob. cit. p. 21).

Sendo essa função social a função que cada indivíduo deve desempenhar na sociedade, sob pena de provocar a desordem, com prejuízo social[37].

Daí que, citando Auguste Comte conclua que: *"Em suma, ninguém tem mais direitos para além do de cumprir sempre o seu dever"*[38].

Isto é, para Duguit a propriedade privada devia deixar de ser um direito subjetivo, para passar a ser uma função social e os casos de afetação da riqueza à coletividade deviam ser protegidos e tornarem-se cada vez mais numerosos[39].

Importa, no entanto, não perder de vista que o próprio Duguit tem o cuidado de explicitar que a sua posição não nega a situação económica em que a propriedade se traduz, defendendo, mesmo, que essa situação é merecedora de proteção social contra todos os atentados, mesmo os da autoria dos poderes públicos[40].

O que ele defende é uma reconfiguração da conceção jurídica da propriedade privada, por atenção à função social que lhe é inerente – a propriedade função.

Ora, esta propriedade função significa, por um lado, que o proprietário tem o dever e, nessa medida, o poder de empregar as coisas que detém para satisfação das suas necessidades individuais, de desenvolvimento da sua atividade física, intelectual e moral e por outro lado que o proprietário tem o dever e, como tal, o poder, de empregar as suas coisas na satisfação das necessidades comuns[41].

Nesta perspetiva a utilização do bem no simples exercício da liberdade individual seria socialmente protegida, mas se essa utilização (ou não utilização) não se traduzisse nesse exercício de liberdade e não tivesse por objetivo de utilidade pública já seria contrária à lei[42].

---

[37] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. p. pp. 24-25.

[38] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. p. p. 29. Por isso, "*o Estado é provocado a restringir atividades individuais que, mesmo não provocando danos a outros (o limite do exercício da liberdade individual e que ela não provoque danos a outros), não cumprem nenhuma função social*" (cfr. Oliveira, André Soares and Thaís Dalla Corte "*Da função social à função ambiental da propriedade: as áreas de proteção permanente e reservas legais no novo código florestal.*", p. 13.

[39] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. pp. 148-149.

[40] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. p. 160.

[41] Cfr. Duguit, Léon (1912). ob. cit. pp. 165-166.

[42] A questão que Duguit não coloca e, por isso, não resolve é a da delimitação do exercício da liberdade individual. Com efeito, na sua tese a não utilização de um bem não constituirá um exercício da liberdade individual. Dito de outra forma, o conceito de liberdade de Duguit parece pressupor uma utilização de todos os bens e, acrescentaria, com alguma vinculação à utilidade social dessa utilização.

Esta visão de Duguit, ainda que com contornos específicos foi obtendo o acolhimento nas Leis Fundamentais de diversos Estados, de onde se destaca o México (Constituição de 1917) e a Alemanha (Lei Fundamental de Bona, de 1949)[43].

No caso português, e ainda que a Constituição de 1976 não assuma expressamente a existência de uma função social da propriedade, a verdade é que a mesma resulta não só dos termos da consagração da garantia constitucional da propriedade privada, como da própria inserção sistemática da garantia.

Como o Tribunal Constitucional reconheceu no Acórdão n.º 76/85, *"[…] a velha concepção clássica da propriedade, o jus utendi ac abutendi individualista e liberal, foi, nomeadamente, nas últimas décadas deste século, cedendo o passo a uma concepção nova daquele direito em que avulta a sua função social"*[44].

Fazemos esta passagem dos fundamentos para a consagração positivada, pois não é fácil identificar um conceito uniforme de função social, mas um conjunto de características que lhe são associadas e que vão variando ao longo dos tempos e em função do espaço[45].

Estamos, porém, convencidos que uma coisa é aquilo que a função social é e outra a maneira como se manifesta.

Na perspetiva ontológica a função social consistirá num conceito estável que importa procurar.

Já nas suas manifestações no direito positivo ou, mais ainda, na aplicação desse direito, a variabilidade será inevitável e necessariamente marcada pelo contexto em que se insere.

De todo o modo, são normalmente associadas à função social um conjunto de características de que nos poderemos servir na tentativa de identificar a sua natureza.

Uma primeira característica é a da sua função económica.

A propriedade cumprirá esta característica se for produtiva. Se o não for perde a sua função e, como tal, pode ser objeto de intervenção públi-

[43] Cfr. Gomes, Carla Amado (2018). "*Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade.*" Pública - Revista eletrónica de Direito Público, Ano 4, n.º 3, p.7.

[44] Citado por Gomes, Carla Amado (2018). "*Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade.*" Pública - Revista eletrónica de Direito Público, Ano 4, n.º 3, p. 7 e acedido eletronicamente no dia 18 de maio de 2025, no sítio do Tribunal Constitucional, em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850076.html.

[45] Nesse sentido, Fonseca, André Luiz (2020). *Arrendamento rural forçado: em busca da função social da terra em tempos de escassez*. Doutoramento, Universidade de Coimbra., p. 147.

ca[46].

Estaremos, neste caso, numa perspetiva de necessidade de renovação permanente da fonte de legitimação da apropriação do bem, se seguirmos de forma próxima a teoria de John Locke a propósito do fundamento de legitimação da apropriação[47].

Na verdade, associar a produtividade do bem ao cumprimento da função social, especialmente se se considerar estarmos perante um elemento intrínseco ao direito, mais não é do que considerar que a propriedade privada só é legitima se o proprietário estiver sucessivamente a incorporar trabalho no bem.

Digamos que é a utilização, a propósito da função social, de um fator que os liberais invocam e aceitam como forma de justificar a primeira aquisição da propriedade.

Para os liberais, uma vez adquirida, a propriedade privada é merecedora de proteção social e, utilizando a teoria da justiça na transferência de Nozick, a legitimidade da propriedade encontra fundamento na legitimidade da sua anterior titularidade[48].

Uma segunda característica que é identificada prende-se com a vocação natural dos bens.

Segundo esta característica os bens devem ser usados de forma adequada a preservar a sua sustentabilidade ambiental.

Nesse sentido, mesmo que seja utilizada de forma produtiva, a propriedade não cumprirá a sua função social se essa utilização for feita com técnicas que provoquem a degradação do meio ambiente[49].

A utilização deve, desse modo, garantir a preservação da própria qualidade do bem, para que possa servir as gerações futuras, numa perspetiva de responsabilidade intergeracional.

A característica assim apresentada, não obstante parecer abranger muitas das medidas públicas de intervenção na propriedade privada é,

[46] Cfr. Fonseca, André Luiz (2020). *Arrendamento rural forçado: em busca da função social da terra em tempos de escassez*. Doutoramento, Universidade de Coimbra., pp. 148-149.

[47] A propósito da incorporação de trabalho como fundamento legitimador da apropriação e, logo, da aquisição da propriedade ver Locke, John (2007). *Segundo Tratado do Governo. Ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 56

[48] Cfr. Nozick, Robert (2019). *Anarquia, Estado e Utopia*, Lisboa, Edições 70, p. 193.

[49] Nesse sentido, ver Fonseca, André Luiz (2020). *Arrendamento rural forçado: em busca da função social da terra em tempos de escassez*. Tese de doutoramento, Universidade de Coimbra., p. 150.

pelo menos, redutora, porquanto afere a função social da propriedade numa lógica unitária.

Consideramos redutora pois, muitas são as medidas públicas que buscam o seu fundamento não nas circunstâncias concretas de determinada propriedade, mas no efeito que um determinado tipo de atuação pode ter, se adotado de forma generalizada ou, pelo menos, em número significativo.

Como veremos adiante, as exigências ambientais não se compadecem com a análise casuística e com a regulação e interferência isolada que a abordagem resultante desta identificação parece assumir como indiscutível.

A sustentabilidade ambiental é, como aliás constitui característica das questões ambientais e dos princípios de direito que as regulam, geral, tanto de um ponto de vista territorial, como numa perspetiva temporal, quer quanto ao tipo de medidas cuja adoção exige ou, no mínimo, justifica.

Sendo certo que a vinculação do proprietário se faz sentir e opera individualmente, o fundamento da intervenção pública ultrapassa em muito o objeto do direito do proprietário e uma sua eventual função social.

A propriedade é objeto de intervenção, de que são exemplo a programação e o planeamento, ao serviço de um objetivo coletivo que não apresenta uma conexão direta com a propriedade, por lhe ser exterior e mais amplo.

Uma terceira característica, identificada por André Luiz Fonseca, a propósito da propriedade imobiliária rural, reporta-se à observância das disposições reguladoras das relações de trabalho e exploração que favoreçam o bem-estar dos proprietários e trabalhadores[50].

A esse propósito discorre este autor sobre a obrigação do proprietário pagar um salário justo ao trabalhador e exercer a sua atividade em termos que favoreçam o seu próprio bem-estar e o dos trabalhadores.

Estamos, contudo, em crer que o respeito pela legislação laboral e pela legislação relativa às condições de exercício da atividade não integra o conceito de função social.

Na verdade, não nos parece que essas obrigações decorram da titularidade do direito de propriedade, mas antes da relação jurídica de emprego que se estabelece, ou seja, essas obrigações não são do proprietário, mas do empregador.

O facto de proprietário e empregador serem a mesma pessoa física, não permite confundir ou misturar o conteúdo das duas posições jurídi-

[50] Cfr. Fonseca, André Luiz (2020). *Arrendamento rural forçado: em busca da função social da terra em tempos de escassez*. Tese de doutoramento, Universidade de Coimbra., p. 152.

cas, seja quanto aos seus direitos, seja quanto aos seus deveres.

A demonstrá-lo está o facto de o explorador da terra poder não ser o proprietário - situação em que é ao primeiro e não ao segundo que cumpre respeitar a legislação laboral e a legislação relativa ao exercício da atividade.

Em nossa opinião, só poderão integrar o conceito de função social e constituir sua característica as limitações que digam diretamente respeito à propriedade, no sentido de a propriedade ser o instrumento de realização do interesse coletivo que se pretende alcançar.

O respeito pela legislação laboral, por exemplo, não se reporta ao modo de exercício dos poderes que integram o conteúdo do direito de propriedade, nem diz respeito aos deveres que o integram, pois só surgem com o estabelecimento de uma relação jurídico-laboral e no âmbito dessa relação.

Poderá, nesse sentido, dizer respeito à função social do empregador, mas não já do proprietário.

2.3. A utilização do conceito como elemento limitador do direito de propriedade privada.

Na atualidade o caráter não absoluto do direito de propriedade é, em maior ou menor medida, aceite pela generalidade da doutrina do mundo ocidental[51].

Mesmo as posições doutrinárias libertárias, de que é exemplo Robert Nozick, acabam por reconhecer limitações ao direito, ainda que restritas a assegurar o respeito pelos direitos dos outros indivíduos[52].

Trata-se de uma formulação próxima da aproximação ao conceito de função social alicerçada na figura do abuso de direito, que marcou a jurisprudência de muitos Estados europeus numa fase inicial do abandono do carácter absoluto[53] do direito de propriedade.

---

[51] Sobre a fundamentação histórica e a manifestação no Direito Civil do princípio da tutela civil dos fracos ou vulneráveis, que em diversos contextos justifica a imposição de limitações e deveres para a proteção de interesses mais frágeis – uma perspetiva conceptual que, embora em ramo distinto, ressoa com a ideia de funcionalização da propriedade para a tutela do bem comum e do ambiente – vd. Cordeiro, António Menezes (2021). *Vulnerabilidades e Direito Civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano Ano LXII, n.º N.º1, Tomo 1, (21-58)

[52] Posição bem espelhada na teoria do Estado mínimo que teoriza e defende em Nozick, Robert (2019). *Anarquia, Estado e Utopia*, Lisboa, Edições 70.

[53] No sentido de que o direito de propriedade nunca foi um direito absoluto, António Menezes Cordeiro afirma que "*A propriedade – e com ela os diversos direitos reais – nunca terá sido o "direito absoluto" que por vezes, por razões de (exagerada) reconstituição*

Por isso, e partindo dos dois grandes modelos teóricos da função social que apresentam uma estrutura fundamental diversa, como acabamos de ver, é hoje essencial, para se compreender a função social da propriedade, apurar a sua natureza endógena ou exógena em relação à própria propriedade.

É que, a função social do direito pode ser configurada como elemento delimitador do conteúdo do direito (natureza endógena) ou como fundamento legitimador da restrição do direito (natureza exógena).

Estas diferentes formas de configuração não se traduzem numa simples discussão dogmática da figura, antes conduzindo a soluções diametralmente opostas no que ao respetivo regime jurídico diz respeito, em especial no que se reporta à proteção do direito de propriedade.

Sendo que se trata de uma questão nem sempre assumida de forma clara.

Com efeito, muitos autores olham a função social sem apurar a sua natureza, abordando-a indistintamente como elemento interno e como elemento externo ao direito[54].

Da nossa parte, entendemos como essencial a opção por uma das perspetivas ou, em alternativa, a adoção de um conceito dual de função social da propriedade que acolha características de uma e de outra.

É o que tentaremos compreender em seguida.

Não sem antes estabelecermos como ponto de partida, de forma expressa e clara, a assunção do direito de propriedade como direito subjetivo.

Este ponto de partida não foi, como vimos, o de São Tomás de Aquino, por razões de enquadramento histórico.

E não foi, pelo menos aparentemente, o ponto de partida de León Duguit, ainda que este, não obstante o esforço de contestação da própria figura do direito subjetivo e da invocação do conceito de propriedade função, acabe por reconhecer ao direito de propriedade a natureza de direito subjetivo, mesmo que significativamente limitado.

A tese de León Duguit levar-nos-ia, aliás, à distinção entre a propriedade (caracterizada pela sua função social) e o direito de propriedade (caracterizado pelo conjunto de poderes ou faculdades do respetivo titular).

Seria, no entanto, uma tarefa árdua, uma vez que a própria função social da propriedade está construída na perspetiva de identificação dos deveres do proprietário, isto é, da sua posição jurídica subjetiva.

---

histórica, lhe é apontado. Sempre houve limites de ordem específica e de ordem geral, havendo ainda que recordar que os costumes e a própria religião contribuíram para delimitações razoáveis" (Cfr. Cordeiro, António Menezes (2022). *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, p. 443).

[54] Veja-se, a título de exemplo, Fonseca, André Luiz (2020). *Arrendamento rural forçado: em busca da função social da terra em tempos de escassez*. Tese de doutoramento, Universidade de Coimbra., pp. 146-147.

A questão que nos parece mais relevante na discussão desta matéria prende-se com a admissibilidade ou inadmissibilidade de um direito subjetivo poder comportar obrigações ou deveres autónomos, ou seja, que não se reportem, exclusivamente, à limitação dos poderes e faculdades que integram o conteúdo do direito.

É que, parecendo-nos verdade que a limitação de um poder do proprietário ou o estabelecimento de uma condicionante ao seu exercício constituem um elemento delimitador do conteúdo do próprio direito[55] e que, por essa razão, está integrado no direito subjetivo[56], a imposição de obrigações ou deveres autónomos, por outro lado, são, pelo menos, de difícil integração no conteúdo de um direito subjetivo. Na verdade, a imposição de uma determinada conduta a um indivíduo não pode, por contradição nos próprios termos, ser entendida como fazendo parte de um direito desse indivíduo[57/58].

[55] Nas palavras de António Menezes Cordeiro, estamos perante o conteúdo negativo do direito, por contraposição ao seu conteúdo positivo. Considera, porém, que podem existir obrigações positivas que integram o direito (cfr. Cordeiro, António Menezes (2022). *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, p. 442).

[56] Relativamente às alternativas interpretativas do conceito e conteúdo da propriedade em sentido constitucional, vd. Brito, Miguel Nogueira de (2007). *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, Almedina, pp. 947-948).

[57] Coisa diversa é a ideia de que são inconciliáveis as ideias de direito subjetivo e função. Como salienta Carlos Ari Sundfeld "*a afirmação de que são inconciliáveis, as ideias de direito subjetivo e função, é meramente ideológica. Eros Grau bem demonstrou sua improcedência: "Ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar ou não praticar um ato — isto é, a transformar em ato a potência, ou seja, a aptidão para a prática de tal ato. A transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada — e aí o direito subjetivo — deve ser exercida dentro dos limites da autorização. Daí parecer-me equívoca a afirmação de tal contradição dogmática. Pode o Direito, coerentemente, introduzir como elementos integrantes da autorização, a alguém para o exercício de uma faculdade, inúmeros requisitos, inclusive criando obrigações e ônus para o titular do direito subjetivo*" (cfr. Sundfeld, Carlos Ari (2019). *Função Social da Propriedade: The Social Role of Property*. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, Ano 3, n.º 10, (403-423), p. 4). Parece-nos, de facto, perfeitamente conciliáveis as ideias de direito e de função. O mesmo já não se passa com as ideias de direito e de dever, pelas razões que explicitaremos adiante. Na nossa opinião, essa ideia de dever ou obrigação apenas se revelarão conciliáveis com a ideia de direito, na perspetiva de o integrarem, se incidirem sobre o modo do seu exercício ou condicionamento do poder ou faculdade. De outro modo, serão compatibilizáveis, no sentido de que pode ser imposto o dever ou obrigação ao proprietário, mas já não conciliáveis de um ponto de vista dogmático.

[58] Oliveira Ascensão, contudo, entende que "*podem recair sobre os direitos obrigações positivas (…). Uma obrigação positiva não deixa de representar uma restrição ou limitação a um direito real, no sentido em que empregamos estas expressões*" (cfr. Ascensão, José de Oliveira

Não podemos perder de vista, a este respeito que o ordenamento jurídico português dispõe de uma norma basilar para a proibição do exercício disfuncional de posições jurídicas, tradicionalmente designado como abuso do direito: o Artigo 334.º do Código Civil. Este preceito estabelece que: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito."

A análise deste preceito, nomeadamente no que se refere aos "limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito", assume especial relevância, para a questão que abordamos.

Com efeito, e como salienta António Menezes Cordeiro, por referência ao "fim social ou económico do direito", "... no fundo, ela [a norma] apenas apela a uma interpretação melhorada das normas instituidoras dos direitos, que dê valor à dimensão teleológica. Não exige a ideia de 'abuso'"[59].

Acrescentando o mesmo autor que a ponderação do "fim económico e social dos direitos" "obriga, simplesmente, a melhor interpretar as normas instituidoras dos direitos, para verificar em que termos e em que contexto se deve proceder ao exercício", concluindo que "também aqui falta um instituto autónomo, já que tal interpretação é sempre necessária"[60].

Ora, esta análise do artigo 334.º do Código Civil, parece-nos reforçar a ideia de que a função social – e, neste contexto, a sua subespécie ou manifestação no domínio ambiental – opera primariamente ao nível da conformação jurídico-interpretativa do direito de propriedade, determinando o seu conteúdo em harmonia com a ordem constitucional e os valores básicos do sistema[61].

Até porque, a essa obrigação corresponderá um direito de que aquele indivíduo não é, seguramente, titular.

É este pressuposto dogmático que tem de ser tido em conta na análise que fazemos em seguida e que justifica essa mesma análise nos termos em que a configuramos.

(2000). *Direito Civil - Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 206). Mais desenvolvidamente a pp. 210 e ss.

[59] Cordeiro, António Menezes (2005). *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. in Revista da Ordem dos Advogados, Ano Vol. II, n.º Ano 65, , §V do ponto 2.

[60] Cordeiro, António Menezes (2005). *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. in Revista da Ordem dos Advogados, Ano Vol. II, n.º Ano 65, , ponto 19.

[61] Oliveira Ascensão vê no artigo 334.º do Código Civil "*a tradução na legislação ordinária do princípio da função social, não obstante uma roupagem técnica infeliz*" (cfr. Ascensão, José de Oliveira (2000). *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 200).

2.4. A função social como elemento interno do direito de propriedade.

A conceção da função social como elemento endógeno ao direito de propriedade implica a sua consideração na determinação do conteúdo do direito[62].

Será, ainda, um elemento que opera ao nível da definição do próprio direito, e não posteriormente a essa definição, como elemento limitador ou restritivo[63].

Como determinar, então, a função social da propriedade ou, na formulação que preferimos, do direito de propriedade.

Tem existido alguma tentação no sentido de determinar a função social do direito de propriedade em termos dogmáticos, como se ela fosse inerente ao próprio direito em si[64].

Não obstante as vantagens que esse exercício teria se fosse passível de ser bem-sucedido, a verdade é que, na concretização dessa função, todos os autores acabam por a reconduzir a considerações de interesse público, tal como ele surge configurado em cada momento histórico e em cada realidade geográfica.

O que resulta do facto de ser impossível determinar em abstrato qual a função que cada propriedade ou cada tipo de propriedade deve cumprir e, menos ainda, fazer essa determinação em termos imutáveis.

É que o direito de propriedade, ele próprio, não evidencia na sua natureza coisa diversa que o conjunto de poderes e faculdades que o seu titular vê protegidos pelo ordenamento jurídico.

Isto é, em nossa opinião, a natureza do direito de propriedade privada reconduz-se ao conjunto de poderes que o proprietário pode exercer sobre a coisa.

A delimitação concreta do seu conteúdo e os termos do seu exercício,

---

[62] Será mesmo um elemento essencial nessa tarefa de delimitação. Com interesse para esta caracterização, ainda que a propósito do "abuso de direito", Ver Cordeiro, António Menezes (2005). *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano Vol. II, n.º Ano 65, ,

[63] Em idêntica perspetiva António Menezes Cordeiro fala do conteúdo negativo, por contraposição ao conteúdo positivo do direito, sendo que a função social seria uma componente desse conteúdo negativo (Cfr. Cordeiro, António Menezes (2022). *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, pp. 442 e ss).

[64] Oliveira Ascensão, em coerência com a sua noção funcional de direito subjetivo, adota uma teoria interna funcionalista do direito de propriedade (crf. Ascensão, José de Oliveira (2000). *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 191).

podendo apresentar-se originariamente moldados, não derivam da sua natureza, mas antes do seu enquadramento social e jurídico[65] e da natureza da própria coisa que dele é objeto[66].

Daí que a função social da propriedade seja apresentada em termos que, não obstante as variações estruturais e de fundamento, apenas evidenciam a natureza não absoluta do direito de propriedade.

No mais, tendem a acolher todas as realidades que evidenciem essa relatividade, independentemente da natureza do mecanismo limitador utilizado e do respetivo alcance.

O que justifica que tanto se fale de função social, a propósito da delimitação do conteúdo, como a propósito da fundamentação de leis restritivas ou de intervenções restritivas.

Estamos, contudo, convencidos de que a função social não pode ser exterior ao próprio direito, no sentido de constituir um elemento que opera ao nível da sua definição.

Isto é, a tarefa delimitadora do direito, por reporte à sua função social

---

[65] Partindo da constatação de que "*as restrições necessárias ao direito de propriedade se tornam mais numerosas e mais precisas à medida em que a técnica legislativa se aperfeiçoa e que os diferentes interesses econômicos surgem*", André Soares Oliveira e Thaís Dalla Corte salientam que "*a existência dessas restrições não prova nada contra o caráter subjetivo do direito. Quanto aos deveres que podem incumbir a um proprietário em razão das prerrogativas que lhe são conferidas, elas são do domínio da moral e não daquele do direito*" (Cfr. Oliveira, André Soares and Thaís Dalla Corte "*Da função social à função ambiental da propriedade: as áreas de proteção permanente e reservas legais no novo código florestal.*", p. 16).

[66] A relevância da natureza do objeto do direito vai mesmo ao ponto de poder fazer questionar a qualificação do direito. Veja-se, a título de exemplo, e relativamente à relação de domínio sobre o corpo, o artigo de González, José Alberto Rodríguez Lorenzo (2021). "*A Pertença do corpo humano.*" Lusíada, Direito, Ano n.º 23/24, (65-154). Neste artigo González destaca que o domínio sobre o corpo humano não pode ser equiparado ao direito de propriedade plena previsto no artigo 1305.º do Código Civil, dado que apresenta um caráter sui generis. Tal decorre, por um lado, da restrição significativa dos poderes de fruição e disposição e, por outro, da ausência de subordinação a atos expropriativos, o que contrasta com as características próprias da propriedade plena sobre coisas corpóreas. González observa que, apesar de manter alguma afinidade com o conceito de propriedade, o domínio sobre o corpo humano configura-se como um direito de personalidade e não como um direito real pleno, evidenciando que a natureza do objeto condiciona a qualificação jurídica do direito a ele associado. Em contraste, González demonstra que a natureza das partes do corpo que dele hajam sido destacadas e individualizadas (como sangue, dente, rim) é diferente. Estas, pela sua separação, podem ser classificadas como "coisas corpóreas" e, consequentemente, ser objeto de "vulgar propriedade" nos termos gerais do artigo 1305.º do Código Civil, apesar de certas restrições ao seu comércio ou disposição.

não se pode confundir com a imposição de restrições ao direito.

Na verdade, a imposição de restrições tem como pressuposto inevitável a prévia existência do direito com determinado conteúdo, sendo precisamente esse conteúdo que vai ceder, total ou parcialmente.

Daí que a função social deva ser determinada no âmbito da tarefa de conformação do direito de propriedade, ainda numa operação jurídico-interpretativa interna do ordenamento constitucional.

Na conformação, ainda está em causa a determinação do conteúdo do direito (enquanto direito subjetivo fundamental), numa operação de compatibilização com os outros direitos e princípios fundamentais.

Daí que os poderes e faculdades que são incompatíveis com outros princípios ou direitos fundamentais não integrem o direito subjetivo fundamental de propriedade.

A função social, limitar-se-á, desta forma, ao mínimo necessário para assegurar essa compatibilização, ou seja, ao mínimo necessário a que o direito de propriedade não ponha em causa o que o legislador constitucional definiu como regras basilares da sociedade.

Esta perspetiva consegue garantir que o direito de propriedade não integre poderes ou deveres contrários à ordem social constitucionalmente definida, obedecendo ao princípio básico de que o direito não pode consagrar um direito que seja contrário, mesmo que parcialmente, à ordem por si definida.

Estamos, ainda, importa sublinhá-lo, no momento da consagração originária do direito, mesmo que a exata revelação do conteúdo do direito só venha a ocorrer em momento posterior e por reporte a uma situação individual e concreta.

Isto é, o direito foi consagrado, mas a revelação do âmbito e modo dessa consagração só é passível de ser determinado no momento de aplicação da norma.

Por outro lado, esta concetualização da função social garante a sua permanente adaptação ao sistema jurídico, político e social vigente.[67]

[67] A este entendimento poderá objetar-se que o mesmo conduz a uma relativização do direito de propriedade, colocando na disponibilidade do legislador constitucional a sua configuração. Esta objeção, sendo verdadeira, é transversal a todas as conceções da função social da propriedade. Na verdade, na perspetiva jusnaturalista e mesmo partindo da propriedade divina, São Tomás de Aquino acaba por moldar a legitimidade do uso da propriedade às preocupações sociais da época. Já León Duguit, partindo da negação do direito subjetivo, acaba por reconhecer a necessidade de manter a proteção social dos poderes do proprietário, desde que o mesmo exercesse o seu direito de acordo com os parâmetros dos objetivos sociais da altura. Para não falar dos que associam a função social a uma verdadeira discricionariedade do legislador na determinação do conteúdo

Como refere Orlando Gomes, a propósito de Duguit, *"a concepção de função social da propriedade não decorreria propriamente de inspiração socialista, mas que se desenvolveria plenamente no seio da sistemática econômica capitalista. Além disso, ela não deveria ser confundida com as limitações externas à propriedade que incidem sobre o seu exercício, devendo ser elevada à categoria de princípio de interpretação e aplicação do direito"*[68].

Coisa diversa já será a fixação de restrições ao direito de propriedade anteriormente consagrado.

A esse propósito importa apurar se estamos, ainda, perante uma manifestação da função social da propriedade.

2.5. A função social como elemento externo ao direito de propriedade.

Realizada a tarefa conformadora do conteúdo do direito de propriedade teremos definido o conjunto de poderes e faculdades que integram o direito, ou seja, o conjunto de faculdades e/ou poderes, normativamente reconhecidos ou atribuídos e tutelados, que permitem ao respetivo titular adotar determinada conduta, positiva ou negativa, e/ou impor a terceiros a adoção de determinada conduta, positiva ou negativa.

Porém, também esses poderes e faculdades não são absolutos, podendo sofrer limitações impostas por lei.

A questão que colocamos é a de saber se ainda estamos, nesse momento, perante uma manifestação da função social da propriedade.

Adiantamos, desde já, que entendemos que não.

Como defendemos anteriormente a função social é um elemento intrínseco ao direito de propriedade.

Seria contraditório admitir que o legislador consagrou um direito com um conteúdo que desrespeitasse a sua função social.

Ora, como referimos, as restrições aos direitos pressupõem a prévia existência do direito que vai ser comprimido.

---

e modo de exercício do direito, no sentido da funcionalização desse direito (a propósito da funcionalização do direito de propriedade, ver Monteiro, Claudio (2013). *O domínio da Cidade. A propriedade à prova no Direito do Urbanismo*, Lisboa, AAFDL, pp. 629 e ss.. Por isso, a relativização da propriedade, na posição que defendemos, revela-se mitigada e, acima de tudo, objetivada. Sendo que a relatividade da propriedade resulta da simples aceitação do conceito de função social da mesma, o que, como referimos anteriormente, mesmo os libertários, numa medida muito limitada, acabam por aceitar, ainda que apenas para proteção do direito de outros indivíduos.

[68] Cfr. Pêcego, Daniel Nunes (2010). "*A propriedade e sua função social sob a perspectiva do realismo jurídico clássico: aproximações com base na doutrina de santo Tomás de Aquino.*" Aquinate, Ano 6, n.º 11, (55-72), p. 68.

Como tal, a restrição é, por natureza, exterior ao direito[69]/[70].

É verdade que as restrições aos direitos fundamentais, como é o caso do direito de propriedade, também encontram nos outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais a sua fonte de legitimação.

Porém, no âmbito das leis restritivas já não estamos perante um exercício de compatibilização de direitos, mas antes no domínio da opção entre direitos.

Daí que o regime apertado das leis restritivas, para além das exigências orgânicas e formais, remeta para o princípio da proporcionalidade como critério material decisivo para aferição da legitimidade da restrição.

---

[69] Refira-se que a regra é consensual. A esse consenso teórico não corresponde, porém, um consenso na aplicação da regra. Na verdade, após a afirmação perentória da regra, alguns autores acabam por integrar na função social aquilo que nos parece ser, claramente, uma restrição. É o caso de Mangueira, Carlos Octaviano de M. (2000). "*Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente : notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais.*" Revista de informação legislativa, Ano 37, n.º 146, (229-249), pp. 231-232. Daí o especial cuidado que se deve ter na delimitação da função social, Para ilustrar o que acabamos de afirmar atentemos nas palavras de Carlos Otaviano Mangueira: "*A importância da noção de função socio-ambiental da propriedade se manifesta, sobremaneira, na percepção de que a interferência na propriedade não é interferência no direito de propriedade, quando proveniente da função social, posto que é a própria configuração desse direito. Por isso, quando o Poder Público interfere na propriedade rural, estabelecendo espaços a serem ambientalmente protegidos, não se está, via de regra, diante de limitações ao direito de propriedade, tampouco diante de desapropriações de fato ou indiretas, não ensejando qualquer indenização ao proprietário, conforme será visto a seguir"* (cfr. Mangueira, Carlos Octaviano de M. (2000). "*Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente : notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais.*" Revista de informação legislativa, Ano 37, n.º 146, (229-249), pp. 233-234). A conclusão que assim tira, reconduzindo ao conceito de função social, todas as medidas limitativas ou restritivas da propriedade com fundamento no interesse público ambiental, Carlos Octaviano Mangueira acaba por esvaziar a fronteira dogmática que páginas antes havia estabelecido entre a delimitação interna ou estrutural do direito de propriedade e a imposição de restrições ao direito.

[70] Nesta linha de raciocínio sobre a natureza das restrições, Oliveira Ascensão sublinha que a intervenção legal na propriedade pode ou não implicar uma relacionação intersubjetiva. Na sua lição, as restrições que visam conciliar o exercício simultâneo de diversos direitos reais necessariamente estabelecem uma relação jurídica. Por outro lado, as restrições que procuram harmonizar diretamente o direito de propriedade com o interesse geral não exigiriam esta estrutura técnica de relação jurídica entre sujeitos. Desta forma, a exterioridade da restrição ao direito em si, pode assumir diferentes consequências relacionais, consoante se procure compatibilizar diferentes direitos reais incidentes sobre o mesmo bem ou prosseguir outras manifestações do interesse público (cfr. Ascensão, José de Oliveira (2000). *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 213-214).

Se o legislador pode optar por priorizar um outro direito fundamental ou princípio constitucional em detrimento do direito de propriedade é porque já não está em causa a função social da propriedade.

Quando muito estaria em causa a função social do direito merecedor da prioridade.

Na verdade, não faz sentido falar da função social do direito restringido para fundamentar essa mesma restrição.

O fundamento da restrição não deve, nunca, ser procurado no direito restringido, mas no direito prevalente[71].

O que deve ser indagado no direito restringido é o alcance ou a medida da afetação, para aplicação do princípio da proporcionalidade, por ponderação com os benefícios alcançados pela solução adotada.

Isto é, o direito restringido não é relevante para fundamentar a restrição, mas para limitar a restrição.

O que nos leva a considerar que a função social do direito restringido só é relevante na parte em que ele se mantém, ou seja, na parte que não é objeto dessa restrição.

Repare-se que a operação que é realizada neste momento é diversa da que é realizada no âmbito da conformação do direito.

Na tarefa de conformação o intérprete vai determinar o conteúdo do direito de propriedade, expurgando do seu conteúdo todos os poderes ou faculdades que se revelem incompatíveis com a ordem jurídico constitucional definida, ou seja, que se revelem contrários à ordem social constitucionalmente estabelecida.

Não existe, nessa operação, qualquer juízo valorativo a realizar pelo intérprete ou qualquer hierarquização ou priorização de uns direitos sobre outros direitos ou princípios, ou seja, não existe uma manifestação de vontade criativa, mas o simples exercício de uma atividade interpretativa.

É verdade que se trata de uma atividade interpretativa de enorme complexidade, mas, ainda assim, de mera atividade interpretativa.

Já as leis restritivas e as intervenções restritivas constituem verdadeiros atos volitivos e inovatórios.

Daí que consideremos que apenas a conformação diz respeito à compreensão da função social, no sentido que apenas essa operação pretende compreender os termos como o direito fundamental se encontra consagrado.

Quando entramos no campo das restrições, estamos, pelo contrário, no

[71] No sentido de que estamos perante uma mera decorrência do princípio da supremacia do interesse público, ver Sundfeld, Carlos Ari (2019). *Função Social da Propriedade: The Social Role of Property*. in Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, Ano 3, n.º 10, (403-423), p. 5.

âmbito da tomada de decisões em matéria de políticas públicas, procurando determinar quais as opções que são possíveis à luz do ordenamento jurídico vigente.

2.5.1. A função social e a imposição de obrigações positivas autónomas.

As exigências sociais do mundo atual têm revelado uma cada vez maior insuficiência da imposição de obrigações negativas aos proprietários, para satisfazer as necessidades coletivas, o que tem motivado o aumento da imposição administrativa de obrigações positivas aos proprietários.

À tradicional obrigação de realização de obras de conservação de edifícios, têm-se adicionado medidas várias que possuem natureza idêntica.

A título de mero exemplo, é o caso da obrigação de gestão de combustível na zona envolvente às edificações ou o do arrendamento forçado, entre muitas outras medidas que não importa agora identificar, pois o que nos interessa é o tipo de medida e não o regime de cada uma delas.

Muitas vezes este tipo de medidas tem sido apresentado como uma concretização da função social da propriedade e, em consequência, como elemento determinador do conteúdo do direito de propriedade.

Estamos, porém, em crer que erradamente.

Estas medidas de imposição de obrigações positivas não delimitam nem condicionam o direito de propriedade. Antes constituem uma obrigação autónoma[72] para o proprietário.

Na verdade, pelas razões dogmáticas que apresentamos anteriormente não nos parece configurável integrar no conteúdo dum direito uma obrigação autónoma, ou seja, uma obrigação que não se traduz na conformação ou condicionamento dos poderes e faculdades que integram esse direito.

Poderá invocar-se que integra o direito, pois apenas os proprietários estão sujeitos a essas obrigações.

Tal argumento não nos parece convincente.

[72] A autonomia da obrigação é, neste ponto, um elemento essencial da realidade que queremos abranger. É que existem obrigações impostas ao proprietário que só aparentemente são positivas, pois visam condicionar o exercício do direito pretendido pelo proprietário. É o caso, por exemplo, da obrigação de instalação de elevadores ao proprietário que pretenda construir um edifício de habitação com mais de 4 pisos. A Imposição da obrigação de facere não é uma verdadeira obrigação positiva, pois ela apenas visa condicionar os termos do exercício do direito pelo proprietário. A propósito desta obrigações apenas aparentemente positivas ver Sundfeld, Carlos Ari (2019). *Função Social da Propriedade: The Social Role of Property*. in Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, Ano 3, n.º 10, (403-423), p. 7.

Na verdade, o facto de uma obrigação apenas poder ser imposta ao proprietário, não significa que ela integre o direito de propriedade; significa, tão só, que apenas quem detenha aquela qualidade pode ser titular daquela obrigação.

Trata-se, tão simplesmente, de um requisito de preenchimento do tipo subjetivo da previsão normativa.

A essa obrigação corresponderá um direito diverso do direito de propriedade, até porque o titular do direito e o titular da obrigação terão que ser sujeitos de direito distintos.

Por vezes, a identificação do direito contraposto à obrigação do proprietário é facilmente identificável, sendo que tanto pode ser um indivíduo determinado (o proprietário do edifício vizinho no caso da obrigação de gestão de combustível), como um grupo de indivíduos, no caso da imposição de obrigações para proteção de direitos coletivos, como pode ser a comunidade em geral.

Existirá, no entanto, sempre um fundamento de interesse público a alicerçar essa possibilidade de interferência dos poderes públicos, nem que seja o genérico objetivo de promoção da paz social.

E será, efetivamente, esse fundamento de interesse público, plasmado num outro direito fundamental ou num princípio constitucionalmente consagrado que constituirá o fundamento legitimador da imposição.

Em bom rigor, nestes casos, não existirá uma verdadeira restrição do direito de propriedade, mas sim uma restrição à liberdade individual do proprietário e à respetiva autonomia da vontade.

Restrição à liberdade individual e autonomia da vontade do proprietário que tem a mesma natureza que as restrições da liberdade e da autonomia da vontade individuais noutras situações de imposição de obrigações positivas[73].

Não negamos que o estatuto da propriedade poderá envolver diversos direitos e obrigações - o que entendemos é que esses direitos e obrigações não integram, ou seja, não se reconduzem todos ao direito de propriedade.

Sendo que essa diferenciação não é inócua, pois o regime jurídico aplicável é significativamente diverso consoante a opção que se faça.

Na verdade, para aqueles que defendem a funcionalização da proprie-

[73] Como sucede, por exemplo, com a obrigação de auxílio. Na verdade, não identificamos diferença de natureza entre a obrigação de auxílio e a obrigação de adoção de condutas positivas preventivas em matéria do regime dos incêndios florestais. Em ambos os casos um indivíduo é destinatário de uma obrigação de agir, imposta ou prevista por lei, independentemente da sua vontade e para proteção de um outro direito constitucionalmente consagrado.

dade, no sentido de que entendem que todas as limitações, restrições e imposições administrativas são manifestação da sua função social, a discricionariedade intervencionista dos poderes públicos é praticamente ilimitada.

Com efeito, a própria proteção constitucional esvazia-se nessa perspetiva da funcionalização, pois transporta a compressão do direito para o momento da compreensão do âmbito da garantia constitucional[74].

Tal significa que as limitações impostas por essa suposta função social da propriedade não chegam a merecer a tutela constitucional, pois são colocadas fora do próprio conceito.

Já a perspetiva que defendemos parte da consolidação de um núcleo estável, com uma amplitude significativa, do conteúdo da garantia constitucional, sujeitando a imposição de limitações, restrições ou de obrigações positivas ao regime apertado do artigo 18.º da nossa Lei Fundamental.

3. A função ambiental da propriedade.

Uma boa parte das razões que têm conduzido ao incremento das medidas restritivas do direito de propriedade e à imposição de obrigações positivas aos proprietários tem a sua origem nos problemas ambientais que se têm manifestado nas últimas décadas e, não menos importante, na consciencialização da sociedade para a sua existência[75].

Dessa consciencialização no mundo do direito demos nota, já em 1997, momento em que já começavam a ser comuns posições favoráveis à supremacia do interesse público ambiental sobre os restantes interesses públicos específicos[76].

Nessa altura, entendíamos que o conceito de função social era suficientemente amplo e flexível para acomodar as novas preocupações e necessidades ambientais[77].

---

[74] A propósito dos efeitos legitimadores da funcionalização do direito ver Sundfeld, Carlos Ari (2019). *Função Social da Propriedade: The Social Role of Property*. in Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, Ano 3, n.º 10, (403-423), pp. 11-12.

[75] Como bem salientam Renata Raupp Gomes, Ronei Danielli e José Isaac Pilati, "*a lógica da modernidade, tanto na orientação liberal como na marxista, sempre apontou para a dominação da natureza pelo homem, pondo em cheque o esgotamento de um planeta finito*" (cfr. Gomes, Renata Raupp, Ronei Danielli and José Isaac Pilati (2016). *A função ecológica da propriedade na perspectiva dos direitos de terceira dimensão: um necessário resgate da fraternidade*. in Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Ano 21, n.º 3, (1222-1243), p. 1232).

[76] Cfr. Capitão, Gonçalo (2004). *Expropriação e Ambiente*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, pp. 133-138.

[77] Cfr. Capitão, Gonçalo (2004). *Expropriação e Ambiente*, Lisboa, Universidade Lusíada

Até porque já considerávamos que a função social integrava a estrutura da garantia constitucional e se revelava na atividade de conformação do direito[78].

Adiantemos, desde já que, mantemos essa opinião, ainda que a intensidade dos problemas ambientais se tenha vindo a agravar de forma inesperadamente rápida e a sua invocação, pelos poderes públicos, para justificar uma intervenção cada vez mais forte na propriedade privada se tenha vindo a acentuar, de forma ainda mais significativa.

Entendemos, porém, que estamos perante uma questão de grau ou intensidade e não perante uma questão de alteração da natureza da intervenção ou do fundamento da intervenção.

No entanto, esta proposição, que nos parecia mais consensual no final do século passado, assume, nos dias de hoje, uma maior complexidade, fruto dos regimes jurídicos que foram sendo instituídos nas mais diversas matérias, com incidência no estatuto da propriedade imobiliária.

É que no final do século passado estávamos perante um quadro legislativo essencialmente elaborado com base em conceitos e fórmulas tradicionais, sendo poucas as inovações dogmáticas que marcavam a legislação vigente.

A década de noventa foi, aliás, o momento em que as matérias do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente viram os respetivos regimes jurídicos profundamente alterados e amplamente desenvolvidos, tendo-se iniciado uma, ainda tímida, incursão das tendências funcionalizantes na regulação da propriedade.

Estávamos, porém, longe de ser confrontados com os problemas que as alterações legislativas do Século XXI nos vieram trazer[79].

Editora, p. 136. No mesmo sentido de integração da função ambiental no conceito de função social, ainda que por reporte a um conceito mais vasto de função social, vd. Gomes, Carla Amado (2018). *Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade*. in Epública - Revista eletrónica de Direito Público, Ano 4, n.º 3, , pp. 9 e 11- 13.

[78] Cfr. Capitão, Gonçalo (2004). Expropriação e Ambiente, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, p. 55.

[79] Não sendo viável, neste trabalho, analisarmos as medidas em concreto que evidenciam a razão de ser desta afirmação, limitamo-nos a referir que temos em mente os instrumentos que as entidades públicas têm ao seu alcance por força de regimes jurídicos, como a Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 31/2014), o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (em especial na versão que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 80/2015), o regime jurídico da reabilitação urbana (Decreto-Lei n.º 307/2009), entre muitos outros. Em todos eles se manifestam novas formas de intervenção dos poderes públicos caracterizadas por uma maior interferência na esfera jurídica dos proprietários.

Essas alterações foram, indiscutivelmente, muito significativas e traduziram-se num incremento sério da intervenção restritiva dos poderes públicos na propriedade privada e na previsão legal, de uma forma generalizada, do poder administrativo de imposição de obrigações positivas aos proprietários[80].

O que nos obriga a repensar o problema no sentido de apurar se a realidade jurídica de hoje ainda permite as conclusões de ontem, ou, se se preferir, se estávamos certos quando defendemos que a amplitude e flexibilidade do conceito de função social era suficiente para abarcar as particularidades que caracterizam a função ambiental da propriedade.

De entre essas particularidades permitimo-nos destacar as resultantes do princípio da prevenção e do princípio da responsabilidade intergeracional.

A razão de ser do destaque prende-se com o facto de elas assumirem um papel essencial no interesse público ambiental em termos que não apresentam qualquer correspondência com os restantes interesses públicos setoriais.

Na verdade, em muitas situações, a intervenção ao nível do direito de propriedade justifica-se não pela existência de um dano atual, mas pela previsibilidade de um dano irreparável futuro.

Por outro lado, está repetidamente em causa a salvaguarda e a sustentabilidade do planeta, não no momento atual, em que a questão não se coloca, mas daqui a algumas décadas ou mesmo séculos.

O que significa que o "direito" contraposto à obrigação do proprietário não é da titularidade (mesmo que geral) da coletividade atual, mas da futura, numa perspetiva de defesa da perpetuação da espécie humana.

A estas acresce uma outra característica, que já é partilhada por outros interesses públicos específicos, que é a da eficácia conjunta das medidas.

Queremos com isto significar que as restrições ou medidas impositivas

[80] Daí que a tendência para a defesa da funcionalização da propriedade tenha sido especialmente sentida e granjeado apoios nos países em que as necessidades de proteção ambiental mais se têm sentido. Sendo comum a procura dos fundamentos dessa ideia de funcionalização na filosofia aquiniana. Na verdade, Mauricio Mota entende que "*A funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade. (...) Pode-se dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em sua essência, constituindo 'il titolo giustificativo, la causa dell´attribuzione' dos poderes do titular, ou seja 'il fondamento dell´attribuzione, essendo divenuto determinare, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad um organismo sociale*" (cfr. Mota, Mauricio (2017) *O direito de propriedade em Tomás de Aquino*. p. 5).

são, as mais das vezes, incapazes de alcançar qualquer objetivo se encaradas isoladamente.

Isto é, se nos limitarmos a considerar isoladamente a restrição ou medida imposta a um determinado particular essa restrição ou medida é absolutamente ineficaz e logo inútil.

O que significa que numa ponderação individual teríamos um sério problema de desproporcionalidade da medida em relação ao fim visado.

Porém, a restrição ou a medida já serão eficazes se atendermos à globalidade dos seus destinatários.

Consideramos, no entanto, que estas características do interesse público ambiental, que se refletem na função ambiental da propriedade, não obstante terem de ser tidas em consideração na aplicação do princípio, não justificam a conclusão de estarmos perante uma nova figura jurídica, autónoma em relação à função social da propriedade[81].

Conclusão que é reforçada por força do entendimento restrito que temos da função social.

[81] Em sentido contrário, ver Carvalho, Délton Winter de (2018). "*A função ambiental da propriedade: caráter conceitual para a modulação de conflitos socioambientais*." Revista de Direito da Cidade, Ano 10, n.º 3, (1662-1691), pp. 1669-1672. Para este autor a função social e a função ambiental, embora tenham a mesma origem, distinguem-se em alguns aspetos que identifica. Um primeiro aspeto prende-se com o facto de a função social apenas existir na propriedade privada e a função ambiental existir quer na propriedade privada quer na propriedade pública. Tal não corresponde, na nossa opinião, à realidade. Com efeito, também a propriedade pública está sujeita ao princípio da função social. No caso do domínio público, com uma afetação mais direta e intensa. A particularidade poderia ser, neste caso, a desnecessidade de recurso ao princípio por a função social da propriedade estar assegurada pelo próprio regime jurídico a que o interesse público está submetido. Porém, nem isso sucede, uma vez que a função social tem uma multiplicidade de fins setoriais ou específicos que a moldam, que podem justificar a necessidade da sua aplicação em qualquer circunstância. É verdade que não desempenha a mesma função delimitadora da garantia constitucional, mas essa função também não é desempenhada pela função ambiental. Por outro lado, em relação ao bens do domínio privado das entidades públicas, estamos em crer que a posição de Délton Carvalho é ainda mais desajustada, pois, quanto a esses bens, o direito de propriedade das entidades públicas é, em tudo, idêntico ao direito de propriedade dos particulares.Um segundo aspeto diz respeito à insuficiência do conceito ou princípio da função social para responder a todas as necessidades ambientais. Também aqui não acompanhamos a sua posição. Em primeiro lugar, porque a função social não tem limites pré-concebidos de intensidade ou de graduação. Em segundo lugar, porque o pressuposto do raciocínio deste autor é um conceito de função ambiental que abrange as situações de imposição de restrições ou de imposição de obrigações positivas ao proprietário, o que, como vimos, podendo ser fundamento da intervenção dos poderes públicos, é coisa diversa, na sua natureza, da função social ou da função ambiental.

É que, a designada função ambiental não surge, muitas vezes, como critério delimitador do conteúdo do direito, na perspetiva da sua conformação, mas antes como fundamento para a imposição de restrições e de medidas positivas.

O que significa que, até nesse aspeto, a função ambiental coloca as mesmas questões e dificuldades que a função social.

Na nossa perspetiva a identidade de questões e dificuldades resulta do facto de se tratar de género da mesma espécie.

Ao que acresce o facto de a distinção dogmática das duas "funções" não trazer qualquer vantagem ou acréscimo de rigor concetual.

Ora, a identificação de uma nova figura jurídica ou de um novo princípio, para se justificar, tem que trazer consigo elementos que a individualizem e traços de regime que o diferenciem dos existentes.

Só dessa forma se conseguirá justificar a insusceptibilidade de integração nos institutos pré-existentes, que será, por natureza, a primeira opção que deve ser tentada.

Assim, a designada "função ambiental da propriedade" abarca duas realidades distintas.

Uma primeira que mais não é do que uma subespécie da função social, não apresentando, por isso, traços inovadores em relação a esta função.

Nessa vertente a função ambiental da propriedade será um critério a ter em conta na atividade de conformação do direito de propriedade, com o objetivo de delimitar o conteúdo da proteção constitucional do direito.

Uma segunda em que a função ambiental constitui mero fundamento da restrição do direito de propriedade ou da liberdade e autonomia da vontade do proprietário.

Neste caso, e pelas mesmas razões que referimos a propósito da função social, não estamos perante uma função ambiental da propriedade, mas sim perante princípios ou direitos fundamentais com natureza ambiental que legitimam a emanação de leis restritivas ou a adoção de medidas de intervenção restritiva.

Em consequência, essas restrições e medidas impositivas estão sujeitas ao regime apertado consagrado no artigo 18.º da Constituição, com todas as limitações que lhe são inerentes.

Admitimos, no entanto, que as características específicas do interesse público ambiental obriguem a um especial cuidado na aplicação do regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais.

Na verdade, a proporcionalidade das medidas adotadas, ou das soluções consagradas nas normas emanadas, é de mais difícil verificação, quando o fundamento da restrição é um interesse público futuro cuja lesão se pretende prevenir.

Serão, por isso, necessários juízos de prognose e ponderação de questões técnicas que tornam a atividade interpretativa mais difícil, pelo menos para um jurista.

Daí que a margem de livre conformação dos podres públicos seja, neste âmbito, superior[82].

4. Considerações finais.

Da reflexão que fizemos resulta ser nosso entendimento que não existe uma verdadeira função ambiental da propriedade ou, mais rigorosamente, que a função ambiental é uma parte da função social da propriedade.

Tal conclusão assenta no facto de as particularidades relativas ao interesse público ambiental não exigirem um tratamento diverso daquele que é feito a propósito da função social, assentando na aplicação dos mesmos critérios e das mesmas regras e gerando os mesmos efeitos.

Ao que acresce que, não obstante a especificidade do fim de interesse público, a própria fundamentação, no que ao direito de propriedade diz respeito, é a mesma, ou seja, a configuração e exercício do direito de propriedade em termos conformes aos interesses da coletividade.

Um segundo juízo conclusivo a que chegamos prende-se com a circunscrição do conceito de função social à atividade de conformação do direito de propriedade, ou seja, à compatibilização do direito de propriedade com os outros direitos fundamentais e com os princípios constitucionalmente consagrados.

A função social consiste, por isso, na limitação da liberdade que o direito de propriedade confere ao respetivo titular, em termos que assegurem a sua compatibilidade com o modelo social constitucionalmente definido.

Entendemos, por isso, que muitas das limitações atribuídas à função social da propriedade não constituem verdadeiras manifestações da função social, constituindo antes restrições ao direito de propriedade, sujeitas a regime próprio.

Encontram-se, nesse caso, com especial significado as medidas de imposição de obrigações positivas autónomas aos proprietários, pois, como vimos, elas não integram o direito de propriedade, antes tendo como contraponto outros direitos fundamentais ou outros direitos públicos resultantes da concretização de princípios constitucionais.

---

[82] Nas palavras de Carla Amado Gomes "*esse é um domínio que, salvo erro manifesto, cabe no núcleo incomprimível de escolha do legislador democrático, ao qual o Tribunal deve conceder um crédito de confiança*" (cfr. Gomes, Carla Amado (2018). *Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade*. in Epública - Revista Eletrónica de Direito Público, Ano 4, n.º 3, , p. 10).

5. Bibliografia.

Aquino, São Tomás de (2012). *Summa Teológic*a - II Secção da II Parte, São Paulo, Edições Loyola.

Ascensão, José de Oliveira (2000). *Direito Civil. Reais*, Coimbra, Coimbra Editora.

Brito, Miguel Nogueira de (2007). *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Coimbra, Almedina.

Capitão, Gonçalo (2004). *Expropriação e ambiente*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora.

Carvalho, Délton Winter de (2018). *A função ambiental da propriedade: caráter conceitual para a modulação de conflitos socioambientais.* in Revista de Direito da Cidade, Ano 10, n.º 3, (pp. 1662-1691).

Cordeiro, António Menezes (2005). *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Vol. II..

Cordeiro, António de Menezes (2021). *Vulnerabilidades e Direito Civi*l. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXII, n.º N.º1, Tomo 1, (pp. 21-58).

Cordeiro, António de Menezes (2022). *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Almedina.

Duguit, Léon (1912). *Les transformation genérales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan.

Finnis, John (2011). *Natural law an natural rights*, Oxford, Oxford University Press.

Fonseca, André Luiz (2020). *Arrendamento rural forçado: em busca da função social da terra em tempos de escassez*. (Tese de doutoramento), Universidade de Coimbra.

Gomes, Carla Amado (2018). *Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade*. in Epública - Revista Eletrónica de Direito Público, Ano 4, n.º 3,

Gomes, Renata Raupp, Ronei Danielli and José Isaac Pilati (2016). *A função ecológica da propriedade na perspectiva dos direitos de terceira dimensão: um necessário resgate da fraternidade*. in Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Ano 21**,** n.º 3, (pp. 1222-1243).

González, José Alberto Rodríguez Lorenzo (2021). *A pertença do corpo humano*. in Lusíada. Direito, Ano n.º 23/24, (pp. 65-154).

Locke, John (2007). *Segundo tratado do governo. Ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil,* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

Loureiro, João Diogo (2020). *Aspectos da crítica straussiana a São Tomás*. in Revista Filosófica de Coimbra, Ano 29, n.º 58.

Mangueira, Carlos Octaviano de M. (2000). *Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais*, in Revista de informação legislativa, Ano 37**,** n.º 146, (pp. 229-249).

Monteiro, Claudio (2013). *O domínio da cidade. A propriedade à prova no Direito do Urbanismo*, Lisboa, AAFDL.

Mota, Mauricio (2009). *Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino*. in Aquinate, Ano 5, n.º 9, (pp. 84-126).

Mota, Mauricio (2017) *O direito de propriedade em Tomás de Aquino*.

Nozick, Robert (2019). *Anarquia, Estado e utopia*, Lisboa, Edições 70.

Oliveira, André Soares and Thaís Dalla Corte. *Da função social à função ambiental da propriedade: as áreas de proteção permanente e reservas legais no novo código florestal*.

Pêcego, Daniel Nunes (2010). A *propriedade e sua função social sob a perspectiva do realismo jurídico clássico: aproximações com base na doutrina de S. Tomás de Aquino*. in Aquinate, Ano

6, n.º 11, (pp. 55-72).

Rampazzo, Lino and Regina Vera Villas Bôas (2018). *A propriedade cumprindo a função social de dar moradia a cada "pessoa" e o princípio da destinação universal dos bens que os restitui a todas as "pessoas"*. Congresso Ibero-Americano de Direito Imobiliário - Direito social à moradia como concretização da dignidade humana. Lorena, Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).

Sundfeld, Carlos Ari (2019). *Função social da propriedade: The social role of property*. in Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, Ano 3, n.º 10, (pp. 403-423).

Wiviurka, Eduardo Seino (2019). *O fundamento da Justiça distributiva em S. Tomás de Aquino: Uma crítica ao libertarianismo de Robert Nozick*. in Quaestio Iuris, Ano 12, n.º 4, (pp. 326-345).