

FUNÇÃO SOCIAL E TUTELAS COLETIVAS: CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO A UM NOVO PARADIGMA

José Isaac Pilati¹

1. Introdução: o discurso atual da função social e sua ineficácia

Um dos maiores desafios ao civilista de hoje é, sem dúvida, a questão da função social. A baixa eficácia da norma — que a garante, mas a relega ao voluntarismo estatal — revela um descompasso da teoria do direito perante a realidade normada, ou mais precisamente, um erro histórico (e nada ingênuo) de funestas conseqüências. Cumpre resgatá-la teoricamente, e este é o problema.

Basta observar o discurso da doutrina a respeito do assunto: o constitucionalismo moderno impõe à propriedade um novo conceito, que inclui a função social; o proprietário já não é aquele

1 Texto elaborado para discussão em aula no Curso de Doutorado do CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina, no primeiro trimestre de 2005. O autor agradece, especialmente, aos doutorandos Fernando Coruja Agustini e Nelson Nones, cujas pesquisas de elaboração de tese contribuíram à construção do pensamento aqui esposado. As citações de obras de língua estrangeira são com tradução livre do próprio autor do texto.

proprietário quiritário² do velho direito romano; ele deve utilizar a coisa não mais de forma absoluta e egoística, como se estivesse sozinho no mundo, mas de acordo com a finalidade econômica e social; pesa sobre a propriedade uma hipoteca em favor do bem comum. E continua: não se trata de simples limitações ou restrições ao exercício do direito, ou de simples obrigações negativas, mas de imposição de *deveres positivos*, que integram a própria essência do direito subjetivo. O não cumprimento da função social legitima a intervenção do Estado, que pode, inclusive, desapropriar a coisa, por interesse social, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182 e 191).

A expressão “função social” denota, de um lado, o direito subjetivo, poder de que dispõe o titular ao seu alvedrio e no seu interesse individual, sob o amparo da ordem jurídica; e, de outro, a idéia de função – poder que se exerce não no interesse próprio, mas como um funcionário público, no interesse da coletividade e na forma da lei: função social.

Resumidamente, e *mutatis mutandis*, este é o discurso mais comum, quando se trata da propriedade³. No Brasil⁴, além disso,

-
- 2 Quiritário vem de *quiris* (lança), que era o símbolo primitivo da força e do direito usado pelos primeiros romanos. Servia, o nome quírite, *para significar o romano, puro, verdadeiro. Domínio por direito dos quírites queria exprimir que estava sancionado pelo direito civil romano, oposição a outras formas menos perfeitas de propriedade, como por exemplo a propriedade dos estrangeiros, a propriedade das províncias, a propriedade bonitária ou pretoriana.* HENRIQUE, João. *Direito romano*. Porto Alegre: Globo, 1938. t. 2, p. 14-15.
 - 3 Seria uma injustiça citar um ou outro autor, a título de ilustração; é uma síntese do que se observa em geral.
 - 4 Art. 182, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil: *A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.* E no § 4º do mesmo artigo: *É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica [...] exigir [...] do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:* (parcelamento compulsório, imposto progressivo, desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública). Art. 184: *Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social [...]* São requisitos ao atendimento da função social do imóvel rural, pelo art. 186:

há enfoque especial na dicotomia: propriedade urbana/propriedade rural, arts. 182 e 191 da Constituição (como bens de produção!). A função social só teria pertinência no caso dos bens de produção (aí incluída a empresa), e não nos de simples uso ou consumo.

Com este diapasão, de sermão ético, ou político, ou moral, a função social continuará, indefinidamente, uma idéia muito difícil de ser colocada em prática. A norma parece feita para ter baixa eficácia, perante o vórtice individualista do direito subjetivo⁵, perante a dependência do voluntarismo estatal, e a própria conveniência do paradigma hegemônico.

O desalento pode ser percebido na seguinte afirmação de um dos melhores civilistas do Brasil, que é Orlando Gomes:⁶

“Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista por isso que, para os socialis-

aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores. Do que se transcreve dá para perceber que não há autonomia do conceito de função social; ainda que fixando deveres positivos ao proprietário, o constituinte mantém a função social estritamente nas mãos do legislador; e os dispositivos citados, especificamente, estão voltados aos casos de desapropriação por interesse social. A construção do conceito, autônomo, é tarefa da doutrina.

- 5 ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica italiana*, art. 42, alínea 2: *La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo dei assicurarne l'funzione sociale e di renderla accessibile a tutti* (834 c.c.). A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e torná-la acessível a todos (art. 834 c.c.). ITÁLIA. *Código civil italiano*. Trad. Souza Diniz, art. 834: “Ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, dos bens de sua propriedade, a não ser por causa de interesse público, legalmente declarado, e contra o pagamento de uma justa indenização. As regras relativas à desapropriação por causa de utilidade pública são estabelecidas por leis especiais”. Como se observa, o poder de delimitar o alcance das limitações ficou nas mãos do legislador. Não há autonomia do conceito de função social.
- 6 Pensamento exposto por GOMES, Orlando. *Direitos reais*, p. 98, ao relatar idéias de respeitáveis autores, como, por exemplo, Perlingere (Introduzione alla problematica della proprietà).

tas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois ‘mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística’”.

Vale dizer, a grande propriedade (financeira, intelectual e empresarial) permanece intangível, e do fato de a propriedade imóvel *poder ser desapropriada com maior facilidade e de poder ser nacionalizada com maior desenvoltura não resulta que a sua substância estaria deteriorando*⁷.

A pergunta não é só: o que é função social? A questão é: como torná-la eficaz?

De nada adianta ficar admoestando e ameaçando o proprietário com apelos à ética e à solidariedade, com perdão da insistência, se o Estado trata o proprietário complacentemente, como um filho malcriado e incorrigível que faz tudo o que quer. Cumpre dar à função social eficácia jurídica e efetividade social. Esse é o desafio da esfinge ao civilista contemporâneo: cumpre-lhe dar à função social autonomia conceitual e *status* jurídico, que a coloquem no mesmo plano em que é tratado o direito subjetivo individual; colocando os interesses da Sociedade em tempo real, *no agora*, como diz Bobbio⁸ (ao verberar contra as normas programáticas, a propósito de outra mazelas que são os direitos sociais⁹).

7 GOMES, Orlando. *Direitos reais*, p. 98.

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, p.77-78. Diz Bobbio: “O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. [...] na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*? [...] Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas moral ou, no máximo, política?”

9 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional: e teoria da constituição*, 3. ed., p. 491 *et seq.*, trata dos *Deveres Fundamentais*, como capítulo dos próprios direitos Fundamentais. E diz: “Há apenas deveres fundamentais de natureza pontual necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autori-

A reação deve começar, inevitavelmente, pelo resgate do Direito Romano, perante acusações infundadas, que apenas mascaram e camuflam a verdadeira dimensão do problema; ao contrário, é nele — no Direito Romano clássico — que está o elo perdido da função social. Sem voltar ao Direito Romano não há resgatar a autonomia do conceito de função social, e colocá-lo em plano de igualdade (em tempo real, conforme dito), ante o direito subjetivo.

De fato, o equívoco de culpar o Direito Romano é um lugar comum, nem mesmo Orlando Gomes¹⁰ foge do paradigma reinante, quando afirma:

“Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se destinam as funções sociais desse direito”.

Tomando a Roma clássica como parâmetro, pode-se demonstrar a falta que faz uma correta classificação dos bens jurídicos nos códigos civis, um conceito de propriedade mais consentâneo à realidade hodierna, e uma solução mais adequada às tutelas coletivas. O sistema romano não cogitava de função social, é evidente, mas tinha solução jurídica para problemas que hoje são discutidos na dimensão da função social.

2. A classificação dos bens em Roma: um passo à eficácia

Os modernos códigos do mundo sofrem de um aleijo na classificação dos bens jurídicos, em decorrência de um erro que os romanos não cometeram. Para o código brasileiro e o código

zação constitucional”. O mesmo autor, em *Direito constitucional*, 6. ed., p. 511 *et seq.*, refere-se também à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, no que é acompanhado por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 161: *não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos*, podendo ser opostos contra e entre particulares.

10 GOMES, Orlando. ob. cit., p.100.

italiano¹¹, por exemplo, os bens são públicos ou privados. Os públicos são do Estado e os demais, dos particulares. Não está prevista a terceira categoria, dos bens que pertencem a toda a Sociedade, ou seja, a cada um e a todos os indivíduos, coletivamente, e dos quais ninguém pode dispor individualmente. Nem o Estado! É o caso do ambiente, por exemplo. O ambiente não é do Estado e não é do dono do imóvel: nem o Estado nem o particular podem dispor do ambiente, e cada cidadão, como co-proprietário desse patrimônio coletivo, está legitimado a defendê-lo.

Na Roma clássica, havia essa classe de bens, os que eram de propriedade de todo o povo, de forma que ninguém podia deles dispor individualmente, só coletivamente; qualquer cidadão podia sair em sua defesa, acionando o magistrado, que inclusive, aceitava o preito do postulante mais habilitado a fazer prosperar a demanda de interesse coletivo.

É que os romanos não conheceram essa ficção jurídica a que se denomina *pessoa jurídica*¹². O povo romano era uma *corporação*, e, como tal, todos os seus membros, constituindo um corpo (*cives Romani*), eram co-proprietários do patrimônio comum (*res publicae*), patrimônio ao qual se aplicavam regras diferentes daquelas a que eram submetidos os bens particulares. A cidade era uma corporação. O município era uma corporação. O *princeps* era uma corporação (corporação única). O *aerarium populi Romani* (os impostos arrecadados) era uma corporação.

O conceito e a expressão *pessoa jurídica* foi criação de Mommsen no final do século XIX, idéia essa, segundo Schulz¹³,

11 ITÁLIA. *Código civil italiano*. Trad. Souza Diniz, art. 822 e 823. Art. 822: *Pertencem ao Estado e fazem parte do domínio público as costas marítimas, as praias, os ancoradouros etc.* Alínea 1: *Fazem igualmente parte do domínio público, se pertencerem ao Estado, as estradas, as auto-estradas e as estradas de ferro; os aquedutos; os imóveis reconhecidos de interesse histórico, arqueológico e artístico de acordo com as leis sobre a matéria etc.* Art. 823: *Os bens que fazem parte do domínio público, são inalienáveis e não podem constituir objeto de direito a favor de terceiros etc.* Alínea 1: *Cabe à autoridade administrativa a tutela dos bens que fazem parte do domínio público etc.*

12 SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clasico*, p. 83 et seq.

13 SCHULZ, Fritz. *Ob. cit.*, p. 84.

não só supérflua, como prejudicial, pois cria um sem número de dificuldades, que têm dado azo a abundantíssima e absurda bibliografia.

Com a elevação do Estado à condição de *pessoa jurídica*, criou-se um buraco negro na classificação dos bens, pois o novo ente usurpou a categoria dos bens jurídicos coletivos, criando um vazio jurídico, que abre caminho ao novo modelo histórico, da propriedade moderna¹⁴. Sem isso não teria sido possível, aos interesses privados, apoderar-se daqueles espaços que não se coadunam com a apropriação privada. O modelo dos códigos civis consistiu, nesse passo, em retirar a tutela coletiva das mãos corporativas da Sociedade, para confiá-la aos órgãos estatais e seu poder de polícia, quase sempre ineficaz, mas bem ao gosto e feição do sistema.

Na verdade, a classificação dos bens, nos códigos, deveria estar assim estabelecida: os bens são públicos (os do Estado como pessoa jurídica), privados e coletivos ou sociais¹⁵.

A criação (posterior e relativamente recente) da categoria dos interesses difusos¹⁶ seria um remendo, ao lado do velho poder de polícia pouco menos que inoperante; com isso, o tratamento da função social surgiu em forma dúbia, confusa, e a tutela jurídica coletiva, prejudicada na sua eficácia.

-
- 14 A idéia é de GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*, p. 105 *et seq.* A propriedade moderna é uma construção histórica de cinco séculos, que começa no XIV, recebe contribuições de teólogos e filósofos, e se aperfeiçoa no XIX, com a reflexão jurídica pandectista, *quando sobre o calco do modelo antropológico há muito definido se desenha um acabado e rigoroso modelo jurídico*, que se caracteriza pelos atributos de *simplicidade e abstração*.
- 15 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional: e teoria da constituição*, p. 1.192, ao tratar de colisão entre direitos e bens jurídicos, fala de conflito entre direitos fundamentais e *bens jurídicos da comunidade: Não se trataria de qualquer valor, interesse, exigência ou imperativo da comunidade: Exige-se, pois, um objeto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de proteção jurídica e constitucionalmente garantido*. Seriam bens como saúde pública, patrimônio cultural, defesa nacional, integridade territorial e família.
- 16 Introduzidos no Brasil pela Lei n. 7.347/84, cuja ementa é a seguinte: “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico”.

No Direito brasileiro, o velho modelo está sacramentado na Parte Geral do Código Civil, Livro II, que no art. 98 diz, simplesmente:

São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às *peçoas jurídicas* de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

É evidente a omissão quanto àqueles bens que não pertencem às pessoas jurídicas de direito público, nem aos particulares individualmente, mas a toda a coletividade, como é o caso do bem ambiental e dos direitos sociais previstos a partir do art. 6º da CRFB, *v.g.*, a saúde¹⁷, que é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196).

A mesma omissão está presente no art. 92 do CC, que ao dispor sobre os bens reciprocamente considerados deveria contemplar: bens principais, acessórios e sociais. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal; social é o bem que pertence a toda a coletividade, não podendo o proprietário da coisa, ou qualquer outra pessoa, pública ou privada, ou o detentor de qualquer poder, dispor dele individualmente ao exercer o direito de propriedade ou outro poder.

Não se pode cogitar, portanto, de eficácia da função social sem dar autonomia aos bens coletivos em que incide, e sem os devolver à legítima dona, a Sociedade (de quem foram usurpados pelo ente estatal, na configuração jurídica da propriedade moderna).

3. A propriedade em sentido amplo: segundo passo

O outro obstáculo à definição do verdadeiro perfil da função social está na versão que os códigos dão à propriedade, restringindo o seu âmbito aos bens corpóreos e aos chamados direitos reais. O contexto romano era bem diferente.

17 Art. 6º da CRFB: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Fritz Schulz¹⁸ destaca: “*são os autores modernos que propendem incluir a propriedade e os direitos que modificam esta em um conceito [...] de iura in re*”. E complementa: “*os juristas clássicos nunca denominaram a propriedade ius in re ou in rem, nem conheceram o termo iura in re aliena*”.

Talvez seja muito difícil aos padrões e valores de hoje, trabalhar com a idéia de que não havia *direito das coisas* em Roma, e não havia um tratamento *separado* da propriedade ante os direitos patrimoniais gerais (para restringi-la a bens corpóreos). É certo que os romanos faziam distinção entre *actio in rem* e *actio in personam*, mas isso é outra coisa e outro contexto.

Mackeldey¹⁹, romanista de escol, ao expor a noção de propriedade, com base em fontes gerais, como Gaio, Ulpiano, Institutas de Justiniano e Código (VII, 25), percebe a sutileza e diz com todas as letras:

“A propriedade, no sentido amplo da palavra, é tudo o que forma parte de nossa fortuna, tudo o que nos pertence, seja corpóreo ou incorpóreo”. E arremata: “Desta noção geral de propriedade, aplicada às coisas corpóreas, nasce a idéia de propriedade em sentido estrito (*dominium*)”.

O tratamento das ações, nas suas diversas classificações (pessoais/reaais, civis/honorárias) não interfere nesse sentido amplo de propriedade, nem permite projetar naquele sistema um *ramo* pertinente ou semelhante ao que conhecemos hoje por direito das coisas.

Não custa lembrar que os modernos ramos do direito, agasalhados pela moderna ciência jurídica, foram esboçados a partir do século XVI, com Connan (falecido em 1551) e Hugo Doneau (1527-1591)²⁰, e não pelos romanos, e muito menos pelo direito quiritário.

O direito quiritário pertence e corresponde a um período escravista agrário, em que as terras, nas mãos da família patriar-

18 SCHULZ, Fritz. ob. cit., p. 321-322.

19 MACKELDEY, F. *Elementos del derecho romano*, p. 151.

20 STEIN, Peter. *El derecho romano em la historia de Europa*, p. 111-112.

cal, ainda nem sequer sonhavam alcançar o *status* de mercadoria. Tanto é verdade, que no auge do direito quiritário, no período das ações da lei e da *actio per sacramentum*, lembra Petit,²¹ “o objeto da condenação era *pecuniário*”. E continua: “Ainda nas ações reais, como a reivindicatória, quando o demandado que perde o processo recusa-se a devolver a coisa litigiosa, o demandante só obtém uma indenização em dinheiro”. Como falar, portanto, em absolutismo no sentido moderno, a propósito do *dominium* romano clássico?

O direito quiritário não era um direito absoluto no sentido burguês e codificado do termo; ele afirmava poder incondicional do *paterfamilias* sobre a família (*fâmulos*), sobre os filhos (pátrio poder), sobre a mulher (*in manu*); mas perante os pares, a ação ganhava foros de aposta em torno do direito, vale dizer, um reparo *pelo desaforo*. Há um fosso, um degrau dialético entre o direito quiritário e a propriedade como mercadoria.

Por outro lado, não deixa de ser apressada e infundada a afirmação de que o direito romano não impunha limites ao domínio, como esclarece o mesmo Schulz²²:

“O domínio clássico não implica um direito ilimitado sobre a coisa. Os poderes que correspondem ao dono de um escravo foram restringidos por constituições imperiais. A propriedade da terra foi também limitada, não só tendo em conta os interesses dos vizinhos, senão também por imperativo do direito público”.

Portanto, a contradição fundamental da função social não é com o direito romano, mas com a propriedade moderna, dos códigos; é o método *científico* de distribuição de matérias, nas codificações, que dificulta, confunde e atrapalha uma visão mais abrangente da propriedade, e, bem assim, a clareza teórica da função social.

Se tomar a propriedade em sentido amplo, e não no campo estrito do direito das coisas, e equacionar corretamente a questão dos bens da coletividade, pode-se falar de função social da

21 PETIT, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*, p. 645.

22 SCHULZ, Fritz. *ob. cit.*, p. 322.

propriedade intelectual, função social da empresa, função social do sistema financeiro, função social do contrato, pois a Constituição da República Federativa do Brasil diz que *a propriedade atenderá a sua função social* (arts. 5º, XXIII, e 170, III).

Assim, a título de exemplo, se uma empresa produz baterias ou pilhas, é responsável pelo seu recolhimento e pela lesão ao ambiente; não apenas em face do Código de Defesa do Consumidor ou da lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/84), mas em decorrência da função social: a empresa não é dona do ambiente e não tem o direito de prejudicá-lo com sua atividade empresarial. Outro exemplo: a empresa que fabrica leite em pó, e com propaganda maciça deseduca o povo quanto ao aleitamento materno, não está cumprindo a função social e pode ser chamada a reparar a ofensa ao direito coletivo fundamental, à educação e à saúde. Se a empresa ganhou dinheiro às custas da deseducação ou da produção de doença, não cumpriu a função social. Se não cumpriu a função social, independentemente da responsabilidade criminal ou da atuação do poder de polícia do Estado, deve responder perante a Sociedade (toda a coletividade), que é a legítima dona desses bens sociais.

Mas não é só isso. Nessa linha de pensamento, ao admitir o conceito amplo de propriedade, comprova-se no reverso que o Estado também tem função social. Nesse sentido, Pasold²³ defende que o Estado é uma criatura da Sociedade e, como tal, “deve possuir uma característica peculiar que é a sua Função Social, expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de toda a Sociedade”, perseguindo o bem comum, e com justiça social. Priorizará, o Estado Contemporâneo, a realização dos valores fundamentais do Homem e atuará com legitimidade²⁴. Vale dizer, quando o Estado não prioriza os valores fundamentais, não está cumprindo a sua função social.

Assim, quando elege uma política não condizente com os bens coletivos fundamentais, ou firma um termo de ajustamento de conduta lesando o ambiente, o Estado está dispondo de bem

23 PASOLD, César Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo*, p. 21.

24 PASOLD, César Luiz. Ob. cit., p. 111.

que não lhe pertence; não está cumprindo a função social, e é passível da intervenção reparadora da Sociedade, mediante os instrumentos de tutela coletiva.

4. A tutela coletiva: terceiro passo

O ponto crítico da função social, no Brasil, está na falta de uma tutela jurídica adequada aos interesses coletivos, que foi usurpada da Sociedade e confinada, pelas codificações, no âmbito do poder de polícia do Estado, de sorte que de nada adiantaria consagrar os direitos coletivos ou sociais, na forma aqui preconizada, e bem assim reconhecer um conceito amplo de propriedade — para estender a função social a poderes e direitos patrimoniais — se a tutela jurídica permanecesse afeta ao voluntarismo do Estado e a seus agentes.

Mais uma vez, a posição romana é uma lição indefectível: os interesses coletivos, em Roma, podiam ser defendidos por qualquer cidadão, mediante as chamadas ações populares²⁵.

Diz Charles Maynz²⁶:

“*Actiones populares*. É o nome com que se designam certas ações penais que apresentam a particularidade de poderem ser intentadas por todo o cidadão, ainda que não tenha nenhum interesse pessoal. Estas ações se referem principalmente às questões de interesse geral que nós consideramos hoje como sendo do domínio da polícia”.

Trata-se das *res publicae* (pertencente a todo o povo, em regime corporativo) e assim agindo, perante o pretor, o *cidadão*

25 Num contexto bem diferente do da Lei brasileira n. 4.717/65, evidentemente.

26 MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*, p. 531. No mesmo sentido, GARRIDO, Manuel J. Garcia. *Derecho privado romano*, p. 184: “*Estas ações, contidas no edito, estão voltadas à repressão de condutas ilícitas que o direito civil não havia sancionado. Os fatos que dão lugar a estas ações afetam, em princípio, a qualquer dos possíveis interessados que estaria legitimado para o exercício da ação*”. Exemplos: caso de animais perigosos, violação de túmulos, magistrados prevaricadores, associações criminosas, especuladores de víveres, atentados contra edifícios públicos, entre outros. Na mesma linha, MAY, Gaston, p. 644 e 354.

salvaguarda os interesses de todos, os direitos da comunidade, do Estado.

E continua Maynz²⁷:

“Assim, encontramos, ao tempo dos juriconsultos clássicos, diversos interditos e outras ações pretorianas populares, acessíveis a todo cidadão de reputação ilibada, com a nuance de, no caso de diversos indivíduos se apresentarem como demandantes, o pretor dar preferência ao que tivesse um *interesse pessoal e subsidiariamente àquele que parecesse o mais apto a perseguir a instância*”.

Não se acuse, portanto, o direito romano daquilo que ele não fez e não era. Por detrás da engenhosa construção que embaraça a função social, está, na verdade, o que Paolo Grossi²⁸ chama de *singular arquétipo jurídico — napoleônico-pandetístico*: uma noção de propriedade que vai além da apropriação individual, incluindo *conteúdos particularmente potestativos*, entre o ético, o social e o jurídico, numa visão antropocêntrica que legitima *dominar a terra e exercer o domínio sobre as coisas e sobre as criaturas inferiores*. A apropriação do social-coletivo, pelas mãos do Estado, em favor do modelo individualista, é o traço do modelo; a função social corre o risco de ficar no plano do remendo, como denunciou Gomes linhas atrás, se não for convenientemente resgatada pela teoria.

A visão individualista e potestativa desta propriedade, “que nos acostumamos a chamar de *propriedade moderna*”, continua Grossi²⁹, tem sido inteligentemente camuflada por seus inteligentíssimos criadores. No plano do Direito ganhou a correspondente versão jurídica, para depois se deformar *em conceito e valor*, ou

27 MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*, p. 531. Interessante lembrar, também, que o direito penal romano do período clássico não constituía um ramo à parte, distinto do que hoje se tem na esfera civil. PUGLIESE, G. *Diritto penale romano*. In: ARANGIO-RUIZ, V.; GUARINO A.; PUGLIESE, G. *Il diritto romano: la costituzione, caratteri, fonti diritto privato, diritto cimininale*. Roma: Jouvence, 1980, p. 247-341.

28 GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: um análisis histórico*, p. 31 *et seq.*

29 GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: um análisis histórico*, p. 33.

precisamente: em vez de sofrer os efeitos da realidade mutável, esse arcabouço conceitual transformou-se, cristalizado, no próprio cânon com que se mede a mudança da realidade.

É por isso que o conceito de função social, como uma crisálida, luta tanto para desembaraçar-se do casulo, cercado de predadores e de falsas verdades, como essa de acusar o direito romano e não o verdadeiro vilão da história, que é a propriedade moderna, das codificações.

5. Revisão teórica da função social: quarto passo à eficácia

A lição romana, como se percebe, abre caminho para uma reviravolta na concepção teórica da função social, pois oferece a chave para desatar o nó que amarra os braços da Sociedade perante os excessos do individualismo renitente.

De fato, de tudo o que se levantou até aqui, pode-se concluir que a função social, sob o constitucionalismo, é um princípio muito mais importante do que vem dizendo a doutrina. É um princípio que afeta e vincula todo e qualquer poder que se exerça sob a égide da Constituição: privado (econômico, patrimonial e financeiro) ou público (político, administrativo, incluído o jurisdicional).

É princípio que atua na colisão de uns e outros desses poderes com os bens coletivos, ou seja, aqueles bens que não são do Estado, nem do particular, mas de todos e de cada um de nós, em regime de co-propriedade e co-responsabilidade (saúde, educação, ambiente e assim por diante).

Reconhecidos e elevados tais bens da Sociedade à condição do direito subjetivo, fica claro que a função social não está no interior do direito de propriedade, que é onde a vê, erroneamente, o senso comum dos juristas. Está fora dele, constitui direito autônomo, que desrespeitado pode ser exigido por qualquer cidadão idôneo (sem prejuízo da necessária intervenção policial ou do Ministério Público)³⁰.

30 O fato de o Ministério Público intervir num caso desses, não afasta a legitimidade de qualquer cidadão, co-titular da comunhão social. É o mesmo que o Código Civil

Quando alguém, exercitando poder econômico ou político assegurado pelo ordenamento jurídico, vai além do seu direito e apropria-se daquilo que não é dele, do bem coletivo fundamental — do qual não pode dispor individualmente — incide o princípio da função social; incide como princípio harmonizador, e legitima qualquer pessoa idônea da Sociedade a agir, seja administrativamente, seja em juízo. Não pode ela ficar à mercê da boa vontade das autoridades, nem mesmo do Ministério Público.

O problema do pensamento reinante está em não superar o paradigma tradicional da propriedade moderna; ele admite a função social, mas como componente interno do direito do proprietário, e por isso mesmo, sem força própria de atuação, atrelada ao voluntarismo estatal e ao poder de polícia. Nesta concepção, retira-se da função social quase toda a validade. No modelo romano é diferente: rearma-se a Sociedade, a verdadeira titular do direito lesado para que se possa defender.

Para ter eficácia jurídica, a concepção de função social deve romper esse casulo da propriedade potestativa — nas mãos e à mercê do proprietário — e exteriorizar-se como bem jurídico autônomo coletivo, que é ou representa, diante do particular e do próprio Estado (pessoa jurídica).

Com outras palavras: a autonomia do bem coletivo e sua equiparação ao direito subjetivo do proprietário são vitais e importam no reconhecimento da tutela respectiva, que se desloca do monopólio dos agentes estatais para a Sociedade.

Deve-se ter claro, portanto, que a função social pode incidir sobre qualquer bem patrimonial e não apenas sobre a propriedade corpórea do Código Civil; não decorre do direito particular, mas da interferência deste em valores e interesses sociais fundamentais, dos quais o titular é também co-proprietário. A empresa tem função social; o capital tem função social; a propriedade intelectual tem função social — justamente por isso: por afetarem ou

confere a qualquer condômino para atuar em defesa do condomínio, a teor do art. 1.314: “Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação [...] reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse [...]”.

poderem afetar direitos da coletividade, referentes a bens sociais que têm supremacia sobre quaisquer outros bens, incluindo os do próprio Estado.

Por outro lado e por isso, a função social afeta qualquer tipo de poder, até mesmo o do Estado. O Estado não pode dispor dos bens coletivos fundamentais, em benefício de interesses privados, ou mesmo dele próprio, pelo simples fato de que não lhe pertencem. Assim, por exemplo, se a autoridade pública ordenasse a destruição de um acervo histórico importante, estaria atentando contra a função social do poder que exerce, e, conseqüentemente, estaria legitimando a reação do direito subjetivo lesado.

A função social é, finalmente, um princípio que tem raiz constitucional nos direitos sociais como direitos coletivos fundamentais (especialmente os do art. 6º da CRFB), contrapostos aos direitos individuais e aos poderes do Estado. E em face disso, como de todo o exposto, pode-se concluir, dizendo que: a função social é o princípio informador da tutela coletiva dos interesses ou valores sociais fundamentais, como direitos subjetivos da Sociedade.

Considerações finais

Em síntese final, pode-se dizer que a idéia de função social é uma reação ao esgotamento do arquétipo da chamada propriedade moderna e seu modelo jurídico. Um modelo antropocêntrico, que desqualifica a natureza, como objeto de apropriação e exploração, e que erige o Estado — em detrimento da Sociedade — à condição de pessoa jurídica, dona dos bens públicos, monopolizadora do bem comum e detentora do poder de polícia.

No presente artigo procurou-se eximir o direito romano de culpa nessa versão histórica da propriedade, obra das codificações século XIX, coroando uma evolução que se iniciara no século XIV; e buscou-se justamente nele, no direito romano, subsídios para ajudar a resolver o problema da baixa eficácia da função social no direito contemporâneo.

Comprovou-se, à luz do direito romano, que o resgate da função social na teoria do direito começa pelo retorno dos bens coletivos à esfera jurídica da Sociedade; vale dizer, aqueles valores sociais fundamentais do art. 6º da Constituição da República

Federativa do Brasil (saúde, ambiente e educação), usurpados pelo Estado nos códigos civis.

O próprio conceito de propriedade, como propriedade corpórea, é obra das codificações burguesas e constitui um elemento complicador a mais do sistema: impede ou dificulta que a idéia de função social estenda-se a todos os direitos patrimoniais (empresa, direitos autorais e ativos financeiros) e possa determinar nova escala de valores ante a realidade não humana (que deve ser biocêntrica). Impõe-se a necessidade teórica de trabalhar, também, com um conceito amplo de propriedade, a par do conceito estrito, pertinente aos bens corpóreos.

O obstáculo teórico mais significativo a remover consiste no errôneo pensamento de que a função social é um componente do direito subjetivo de propriedade. Não é. A função social diz respeito a outros bens autônomos, específicos, exteriores à esfera do proprietário individual e que pertencem a todas as pessoas, como co-proprietárias. Bens constitucionalmente assegurados como valores sociais fundamentais e dos quais ninguém pode dispor individualmente, nem mesmo o Estado, que, aliás, também tem função social no poder que exerce (todo poder emana do povo).

A função social é um princípio informador, perante essa colisão de interesses entre a esfera individual e a coletiva, interesses que em princípio não se tocam, a não ser no conflito. Por isso, outro ponto decisivo, corolário de todo o arcabouço estrutural da função social, é o reconhecimento da tutela coletiva dos direitos sociais fundamentais, legitimando-se a exercitá-la todo e qualquer cidadão idôneo (sem prejuízo da ação dos agentes públicos, do poder de polícia e do próprio Ministério Público).

Com isso, eleva-se a função social ao mesmo plano e força do direito subjetivo individual, outorgando-lhe o mesmo dinamismo criativo da propriedade, ou seja, eficácia.

Com esse perfil da função social, consciência jurídica dos operadores, e um Judiciário consciente, pode-se pensar em reverter o quadro ameaçador, de destruição da vida, das culturas, da biodiversidade e do próprio planeta.

Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Código civil*: Lei n. 10.406, de 10-1-2002 acompanhada de legislação complementar, súmulas e índices. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 27 de jan. de 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito constitucional: e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- GARRIDO, Manuel Jesus Garcia. *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*. Madrid: Dykinson, 2000.
- GROSSI, Paolo. *La propiedad e las propiedades: un análisis histórico*. Trad. Angel M. López y López. Madrid: Cuadernos Civitas, 1992.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- HENRIQUE, João. *Direito romano*. Porto Alegre: Globo, 1938.
- ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*.
- _____. *Código civil italiano*. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.
- MACKELDEY, F. *Elementos del derecho romano*. Trad. do editor. 4. ed. Madrid: Leocadio López, 1886.
- MAY, Gastón. *Éléments de droit romain*. 9. ed. Paris: J. B. Sirey, 1907.
- MAYNZ, Charles. *Cours de droit remain*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891. v. 1-3.
- PASOLD, César Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 3. ed. ver., atual. e amp., Florianópolis: OAB/SC, 2003.

- PETIT, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. José Ferrández González. Madrid: Saturnino Calleja, 1926.
- PUGLIESE, G. Diritto penale romano. In: ARANGIO-RUIZ, V. et al. *Il diritto romano: la costituzione, caratteri, fonti diritto privato, diritto criminale*. Roma: Jouvence, 1980, p. 247-341.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clasico*. Trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960. Tradução da edição inglesa: *Classical Roman Law*.
- STEIN, Peter. *El derecho romano em la historia de Europa: historia de una cultura jurídica*. Trad. César Hornero Méndez e Armando Romanos Rodríguez. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.