

A EROSÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O legislador do novo Código Civil, que entrou em vigência a partir de 11 de janeiro deste ano, teve por escopo substituir o sistema fechado do código civil de 1916, eminentemente casuístico, por um sistema aberto. Este sistema aberto valendo-se das chamadas “cláusulas gerais”, técnica legislativa criada na segunda metade do século passado, tem por escopo substituir a casuística cristalizada na tipicidade estrita da lei – que consolida-se através da concreção e individualidade dos casos projetados na abstração da norma jurídica. Esta alternativa, no entender de alguns dos participantes da Comissão (Miguel Reale – Clóvis do Couto e Silva), tem por finalidade substituir a rigidez do sistema fechado. O regime de sistema fechado, no entender dos mesmos, atuava como uma camisa de força sobre o dinamismo evolutivo dos fatos sociais coartando a Sociedade Civil e causando forte clamor social ante o paradoxo de exigibilidade daquela, esteada nestas demandas, frente ao monopólio de prestação jurisdicional do Estado Juiz.

Se o alvitre da alternativa adotada, o estabelecimento de cláusulas gerais, tais como a da boa fé, fim social do contrato e da propriedade, tais como prelecionava Arthur Steinwenter, com relação ao BGB alemão, paradigma neste aspecto do nosso novo Código Civil, foi criar a possibilidade da flexibilização e da absorção do evoluir dos fatos sociais que seriam recepcionados, através do trabalho criativo da jurisprudência. Esta alternativa, além de captar a evolução do processo social possibilitaria uma passagem na transição entre os direitos de propriedade, numa concepção romanística para a acepção fluente dos direitos da Info-Era, presentes na Sociedade de Conhecimento, com a lenta substituição, na escala hierárquica de valores, dos antigos pelos novos direitos, preservando-se concomitantemente, o sistema de mérito insito ao escopo maior do Direito e da Justiça que cristaliza o mesmo. No entanto, paradoxalmente, contra todas as expectativas dos legisladores do código, este modelo da chamada adoção das cláusulas abertas tem proporcionado, na realidade, a implosão do núcleo duro do conceito de propriedade – entre outros direitos – possibilitado pela infiltração ardilosa de referenciais marxistas-leninistas, totalmente alheios ao conceito de direito, desequilibrando o estabelecimento equidistante entre o decisionismo e o compromisso, conforme a concepção urdida por Carl Schmitt, na análise da Constituição Weimariana, paradigma do modelo social. No mesmo sentido, a infiltração de conceitos marxistas-leninistas, alheios à sistemática social, aproveitando-se do desequilíbrio e desestabilização entre os princípios liberais e socialistas, projetados nos vetores da liberdade e da igualdade, fazem com que o estado de direito, oscile como na imagem de Jurguen Habermas, “como uma nave com uma carga mal presa, que oscila ao sabor das ondas da direita para a esquerda e vice-versa”. A legislação brasileira, em função das cláusulas abertas constitucionais e da legislação ordinária, *verbi gratia*, consolidadas no novo Código Civil, tem oscilado mais para a esquerda em função do pernicioso ativismo voluntarista detectado fortemente na criação jurisprudencial e na produção doutrinária, causando o fenômeno, no concernente a propriedade, que Orlando Gomes cognominou o “ocaso da propriedade.” SÉRGIO BORJA – Professor de Direito das Faculdades de Direito da UFRGS e PUC/RS