



AS VÁRIAS FACES DA DISCRICIONARIEDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: O "REAPARECIMENTO" DO MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE EM *TERRAE BRASILIS*

*THE VARIOUS FACETS OF JUDICIAL DISCRETION
IN BRAZILIAN PRIVATE LAW: THE "RESURGENCE"
OF THE FREE LAW MOVEMENT IN TERRAE BRASILIS*

LENIO LUIZ STRECK

Doutor (Universidade Federal de Santa Catarina) e Pós-doutor em Direito (Universidade de Lisboa).
Professor titular na Unisinos e Unesa.
Ex-Procurador de Justiça (RS).
Advogado.
lenio@streckadvogados.com.br

Recebido em: 11.06.2016
Aprovado em: 04.07.2016

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo demonstra que o Direito Civil, assim como a teoria do Direito brasileiro em geral, sofre profundamente com o problema da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, com um protagonismo judiciário que muitas vezes desconsidera a legislação democraticamente estabelecida. Tardiamente, as experiências do Direito Civil brasileiro revitalizam as posturas do Movimento do Direito Livre no início do século XX na França, cujo nome já denuncia que o Direito estaria livre da lei. O método de abordagem é o hermenêutico-fenomenológico, desenvolvido por Heidegger e seguido por Gadamer, em uma espécie de revolvimento do chão linguístico no qual se assentam os conceitos para que o fenômeno possa aparecer. Como resultados parciais, agrega-se o fato da necessidade de o Direito Brasileiro encontrar uma teoria da decisão judicial adequada aos padrões constitucionais, levando em consideração limites interpretativos e o papel do Judiciário em uma Democracia.

ABSTRACT: This paper demonstrate that Private Law, as well as the whole brazilian legal theory, deeply suffers with the problem of judicial discretion and, consequently, with a judicial role that many times flout legislation democratically established. Lately, brazilian Private law experience's regenerate attitudes of the Free Law Movement at the beginning of the 20th century on France, which name denunciate that law would be free of the legislation. The method of approach is the hermeneutic-phenomenological developed by Heidegger and folowed by Gadamer, on a sort of dig over the linguistic ground on which is seated the concepts to the phenomenon could appears. As partials results, add the fact of necessity of brazilian law find a legal decision theory appropriate to constitutional defaults, taking in consideration interpretative limits and the role of Judicial Power on a democracy.

STRECK, Lenio Luiz. As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o "reaparecimento" do Movimento do Direito Livre em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 37-48. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.





PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – Teoria do Direito – Movimento do Direito Livre.

KEYWORDS: Private Law – Legal Theory – Free Law Movement.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A presença da discricionariedade judicial no Movimento do Direito Livre – 3. A discricionariedade judicial que se considera “progressista” – 4. À guisa de conclusão: a difícil (e antipática) tarefa de fazer teoria (crítica) do direito.

1. INTRODUÇÃO

Todos conhecem a crise do sistema político brasileiro ou, pelo menos, já ouviram falar muitas vezes dela. O mau funcionamento da representação política – já que muitas vezes esta se encontra contaminada pela influência de grandes grupos econômicos –, os constantes escândalos de corrupção que atingem todos os partidos e a ausência de diálogo com a sociedade civil fazem com que a comunidade seja tomada por um grande pessimismo em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Diante dos últimos acontecimentos desencadeados pelas operações da polícia federal, é natural que a sociedade civil seja tomada por esse sentimento e comece a buscar um salvador da República. Movidos pelo desânimo, alguns começam a olhar para o Poder Judiciário com a esperança de que este irá redimir o sistema político de seus principais pecados. Como se o Judiciário não fizesse parte do sistema político e, portanto, não estivesse contaminado pelos mesmos desvios que ocorrem nos outros Poderes. Nesse sentido, espera-se dos juízes posições mais “progressistas” em todos os assuntos da República. Mas nesse ponto existe um grande perigo para as instituições democráticas. Afinal, o que é um juiz “progressista”?

O “progressista” aqui tem relação com o velho problema da discricionariedade judicial. Assim, se o sistema político não funciona, se o Congresso Nacional não discute os grandes temas nacionais e se o Executivo não faz políticas públicas, alguém se apropria de todas essas funções e busca resolver os problemas da República. E o agente institucional escolhido pela comunidade para cumprir esse papel é o magistrado. Ele recebe a autorização para funcionar como verdadeiro motor da história,¹ mesmo que, para isso, seja necessário se apropriar da Constituição para

1. Em entrevista à *Folha de São Paulo*, o Min. Luis Roberto Barroso fez a seguinte afirmação: “(...) a gente, para fazer andar a história, não precisa estar com o povo gritando atrás. É preciso interpretar e fazê-la andar. (...) Está ruim, não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar”. Ou seja, segundo o ministro do STF, em casos de inércia do Legislativo, cabe ao Judiciário a tarefa de empurrar a história. É como se, na atual conjuntura, os juízes devessem se portar como vanguarda das transformações sociais. O resultado dessa posição nós já conhecemos: mais discricionariedade. Nesse sentido, ver: “Inércia do Congresso traz riscos para a democracia”, diz Bar-

STRECK, Lenio Luiz. As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o “reaparecimento” do Movimento do Direito Livre em *Terrae Brasiliis*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 37-48. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

