

## Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos



Resumo: Para juiz, vovó poderia dar dinheiro para Lenio, Bolsonaro ou

Flamengo, mas não para os netos mais queridos.

Uma sentença absolutamente voluntarista vinda de Minas Gerais ([ver aqui](#) a excelente matéria de Tadeu Rover) me faz voltar a um assunto pela enésima vez. Falo da *Freirechtslehre*, a Escola do Direito Livre. De forma breve, retomo:

“[f]undada por Hermann Kantorowicz (1906, *A Luta pela Ciência do Direito*), essa doutrina defende — atenção! — para a época — a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, podendo, até mesmo, confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, mas, mais do que isso, a sua função de legislador, seu poder legiferante para encontrar aquilo que ele, juiz, percebe como ‘o justo’.”

Uma observação necessária: Como venho mostrando — e especialmente farei isso nesta coluna — setores do Judiciário chegaram ao ponto de radicalizar *para além* da Escola do Direito Livre. Afinal, ainda que o movimento (i) fosse cético quanto ao Direito e (ii) defendesse uma espécie de atuação legislativa do julgador, *atendendo às vontades sociais (contingentes*, diferenciando-se assim do jusnaturalismo *lato sensu*),<sup>[1]</sup> *ainda assim, Kantorowicz pregava sua tese a partir das lacunas*, isto é, a partir da ideia de que o Direito não é um sistema completo capaz de prever todas as hipóteses de aplicação. É aí que entra a ideia de “Direito Livre”. Aqui, no Brasil, *o Direito parece ser livre desde-já-sempre*.

Um “bom” exemplo dessa livre apreciação do Direito foi dada na decisão acima linkada, pela qual o juiz criou um novo dispositivo do Código Civil, para arrepio de civilistas da cepa como Otávio Luiz Rodrigues Jr e a doutrina alemã de gente como Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt ([ver aqui](#)).

Pois não é que o juiz, por sua opinião pessoal, decidiu que duas netas *fossem incluídas na partilha da avó*, que tinha excluído ambas do testamento por serem fruto de relacionamento não matrimonial do pai? Na

---

verdade, essa motivação — fruto de relacionamento não matrimonial — não consta no testamento. É ilação do juiz. Para o Sua Excelência, ainda que a autora do testamento possa dispor livremente da parte disponível da herança, esse direito encontra limitações constitucionais, devendo o Poder Judiciário afastar esses abusos.

Para o juiz, tudo é público. O Direito Civil e o Código Civil não podem dispor disso. Afinal, é tal da constitucionalização do Direito Civil, *tirando qualquer autonomia desse ramo do Direito*. Goste-se ou não do instituto do testamento, critique-se-o à vontade. No entanto, há 126 referências a testamento no CC, que é bem novinho, aliás (2002). A pergunta é: por que não atiramos fora o Código Civil e ficamos só com a Constituição e com a opinião pessoal dos juízes sobre o sentido da CF? Logo, logo, teremos que fazer licitação pública para casamento de filhas e coisas do gênero, se me permitem a ironia. Afinal, algum pretendente pode alegar que foi preterido pela moça e entrar com mandado de segurança baseado no princípio do amor ou coisas do gênero.

Na aludida ação ([aqui](#) está a decisão), as duas netas afirmaram que foram excluídas do testamento por serem fruto de relacionamento não matrimonial do pai. Dos sete netos, a avó deixou de fora apenas as duas. O valor atribuído a causa é de R\$ 35 milhões.

Veja-se: Para o magistrado, *não haveria discriminação se a avó tivesse aquinhoado terceiros ou apenas um ou dois entre tantos netos*. No entanto, explicou o juiz, houve disposição em favor de cinco dos sete netos, deixando de fora apenas as duas netas concebidas por um de seus filhos em relação não marital. Quer dizer que a vovó poderia ter dado o dinheiro para o Flamengo, mas não para as netas preferidas dela. Que tal?

Diz o juiz: "Ora, o direito não tolera o abuso". Concordo. Por exemplo, Vossa Excelência acabou de cair em uma contradição performativa, porque, exatamente, julgou contra o claro texto de lei, sem amparo na Constituição. Como se chama a isto — julgar contra texto legal expresso, claro e sobre o qual até hoje ninguém teve dúvidas?

Ora, a vovó pode dispor em seu testamento livremente (qual é a parte do "livremente" que não ficou clara?) da metade-de-seus-bens. Pode dar para Lenio Streck. Pode dar para os comentaristas do ConJur (por exemplo, para o Pantagrul). Por que não poderia dar para os seus netos ou mendigos ou jogadores de futebol preferidos? A outra metade é que ela não dispõe.

Pior é que aparecerão opiniões do tipo "interessante a decisão". Ou: "o direito de testar não é absoluto (por que, se o CC diz que a metade o testador dispõe livremente?). Ou "chega de discriminação de netos". Ou "abaixo a ditadura dos testamentos". Outros até defenderão que o juiz seja consultado antes da feitura do testamento. Ou alguém defenderá audiência pública para a feitura do testamento. Quem sabe *amicus curiae*?

Nem vou falar do restante da sentença. Um comentarista da **ConJur** (WLStorer (Advogado Autônomo – Previdenciária) já o fez. Vejam:

"O valor atribuído a causa é de R\$ 35 milhões.

(...) O juiz concede a "assistência judiciária gratuita" às requerentes, mas condena os requeridos no "pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios sucumbências, o qual

---

fixou no importe correspondente à 15% do valor do proveito econômico obtido pelas requerentes". E vejam que interessante: "Esclareço, visando a evitar surpresa aos réus, que o recurso cabível contra a presente sentença antecipada de mérito (fracionada) é o de agravo de instrumento, nos termos do art., 356, §5º, do NCPC."

Os advogados deveriam pedir ao juiz que, se não fosse incomodo, também fornecesse um modelo de Agravo de Instrumento".

O comentarista foi na veia.

Em síntese, no mundo mágico de Sua Excelência, o testador poderia ter deixado tudo para a campanha do Bolsonaro ou para o Greenpeace. Seu problema está em ter netos prediletos. E se fosse o contrário? Se a avó desse toda a parte disponível (!!!!) para os netos "bilaterais", aí estaria tudo bem? E desde quando o testador tem de motivar o ato de disposição?

Por fim, além dos problemas de direito livre, voluntarismo, subjetivismo, etc, há outros. Trata-se de um queijo suíço. A doutrina citada não alberga a tese. Só se for por arrastamento. Apenas citou doutrina que falam do valor da Constituição e coisas do gênero. Também não há qualquer jurisprudência. Logo, não houve qualquer fundamento para superar o artigo 926 do CPC. Até hoje ninguém decidiu pela invalidade ou reinterpretção do dispositivo do CC que trata do testamento. Cadê o ônus argumentativo do juiz? Flagrante violação também do artigo 489 do CPC.

Enfim, até quando iremos aguentar essa paixão desenfreada por coisas como Escola do Direito Livre ou correntes antidemocráticas do gênero?

**Post scriptum 1:** De novo não consegui publicar a coluna sobre "Quando uma lei é clara e quando uma lei não é clara", pergunta que faço à ministra presidente do Supremo Tribunal Federal. Sempre surge um assunto novo. De todo modo, a coluna de hoje é um questionamento acerca das razões pelas quais temos tantas dificuldades em aplicar uma lei com a qual, subjetivamente, não concordamos.

**Post scriptum 2:** O advogado do promotor Dr. Andre Rodrigues, Dr. Duval Vianna, mandou correspondência pedindo direito de resposta nesta coluna. O assunto já foi resolvido pela **ConJur**. Pergunta; será que os jornais *O Globo* e *Dia* foram tão democráticos como a **ConJur**? Enfim... São sete páginas com as quais o advogado explica a atuação do promotor, dizendo que a notícia de *O Globo* e da **ConJur** não expressaram o que aconteceu. A resposta contém um equívoco: disse que eu disse que o promotor era "contumaz". Não. Referi-me só a esse fato do ex-governador. Do resto do que fez até hoje o promotor eu nada sei. Diz também que o promotor dispensa minhas admoestações. OK. Nem tentei admoestar. Falei como ex-procurador de Justiça. O resto é autoexplicável.

Mais crítico do que eu com o Dr. André foi o juiz, Dr. Rafael Estrela, quem disse que "Não se pode conceber que as atividades administrativas inerentes ao sistema prisional fiquem à margem de ordens flagrantemente ilegais, em afronta à separação dos poderes e à ordem constitucional do Estado Democrático de Direito". Precisa desenhar? Se o juiz errou, contra ele deve ser feito um recurso. Não mate o mensageiro. Não se deve ficar irritado com o mensageiro. Ele só traz a mensagem.

Aliás, a resposta do advogado do promotor está repleta de ambiguidades. Coisas como "não colocaram no isolamento"; "é inimaginável admitir uma negativa pública e abusada de um preso"; "isolaram o foco

do problema”; “não foi isolamento, apenas uma cela separada”; quando saíram (o promotor e sua equipe) não se preocuparam (sic) em ver como ficou a situação do “interno”. Pergunto: Mas, não deveriam se preocupar? O promotor não é o fiscal da lei? Mais: “Ao que parece, [o Diretor] decidiu impor ao preso um “isolamento preventivo”. Pronto. A culpa é dos carcereiros, por certo. Pois é.

**Post scriptum 3:** Nessa linha, espero que o juiz mineiro prolator da decisão sobre testamento não queira também direito de resposta. Afinal, também eu deveria querer direito de resposta de todos os comentários que são feitos me criticando na **ConJur**. E os próprios juízes, promotores, autoridades, etc também teriam direito de resposta na **ConJur** para responder aos próprios comentários dos comentaristas que comentam as matérias dos colunistas da **ConJur**. Os quais, aliás, não mais duros que os colunistas.

---

[1] Escrevo com mais vagar sobre o(s) positivismo(s) clássico(s) e sua(s) antítese(s) em algumas de minhas obras, como [Hermenêutica Jurídica e\(m\) Crise](#) e o [Dicionário de Hermenêutica](#).

**Date Created**

02/08/2018