

## ENTREVISTA COM NELSON NERY JR.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Entrevista com Nelson Nery Jr. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 1, p. 367-388, out.-dez.2014.

---

### **Otavio Luiz Rodrigues Junior**

Professor Doutor da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo.

### **Área do Direito:** Civil

*Revista*<sup>1</sup> *de Direito Civil Contemporâneo – RDCC*. Professor Nelson Nery Jr., é conveniente começarmos a entrevista apresentando aos leitores seus primeiros anos de formação universitária. O senhor concluiu sua graduação em Direito no ano de 1977, período no qual o Brasil ainda vivia sob o regime militar. Qual a realidade de um jovem acadêmico de Direito naquele tempo e quais as perspectivas para o futuro em uma época tão distinta da atual?

*Nelson Nery Jr.* Naquele ano de 1977, vivíamos em uma época de muita dificuldade política, tendo em vista a ditadura militar. Em meu período, praticamente não possuíamos um movimento estudantil com feição marcadamente política, como aconteceu um pouco antes, nos anos de 1964,1968 etc., porque nós pegamos o desenvolvimento da ditadura militar. Pode-se dizer que aquele era um ambiente acadêmico de estudo, sem maior envolvimento político. Nós estudávamos e tivemos a oportunidade de fazer um curso bastante interessante, com professores excelentes. Minha faculdade era uma autarquia municipal, a Universidade de Taubaté-UniTau, e comigo se formaram colegas expressivos, como a Rosa Nery, minha esposa, o José Roberto Bedaque, desembargador aposentado e agora advogado no escritório do Candido Dinamarco, o Roberto Gentil, que também é desembargador, a desembargadora Zélia Alves, enfim, muitos colegas de classe da Universidade de Taubaté tornaram-se pessoas destacadas no mundo jurídico atual. Nós nos formamos em um ambiente de estudo, acadêmico, e eu não cheguei a viver outra realidade, até porque, quando a ditadura militar se instaurou em tinha 12, 14 anos de idade e eu não poderia fazer algo muito diferente disso.

A visão do jovem estudante de Direito, naquele tempo, era marcada por uma preocupação com o futuro profissional. Tínhamos professores excelentes, as matérias básicas, vamos colocar assim, Civil, Processo Civil, Penal e Processo Penal, foram extremamente bem ministradas em minha graduação na Universidade de Taubaté. Isso dava para os estudantes, na própria faculdade, uma formação muito boa. Não tivemos uma formação igualmente boa em Direito Constitucional por razões óbvias. O Direito Constitucional, na acepção de hoje, nem existia na época. A matéria era ministrada como se fosse uma Teoria do Estado, algo assim mais etéreo, justamente pelas dificuldades que eram enfrentadas à época no âmbito institucional ou, melhor, político-institucional no País. A visão era: vamos estudar, prepararmo-nos para vida e, no meu caso, prestar concurso público para a magistratura e o Ministério Público. Para esses concursos eu me preparei desde o início de

minha faculdade. E realmente isso aconteceu: eu prestei ambos os concursos, fui aprovado nos dois e optei pelo Ministério Público.

*RDCC.* Muito bem, nesse período quais os autores que mais o influenciaram?

*Nelson Nery Jr.* Os autores *jurídicos* que mais me influenciaram, nesse período da faculdade, foram Orlando Gomes, Caio Mário, Pontes de Miranda e Carvalho Santos. Eu estudava muito os comentários ao Código Civil do Carvalho Santos, que eram muito práticos, agudos e eram consultados por mim com frequência. Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Civil, o Caio Mário era meu preferido, embora eu também estudasse bastante pelo Orlando Gomes, o Pontes de Miranda e pelo Clóvis Beviláqua, que era o autor de consulta mais rápida, que fornecia uma visão geral do Direito Civil, mas muito cirúrgica e precisa. Eram esses meus autores preferidos, embora houvesse alguns autores laterais como Lafaiete Rodrigues, com seus livros de Direito de Família e de Direito das Coisas. Enfim, para se falar apenas da área do Direito Civil. Outros autores de outras matérias podem ser citados, como Nelson Hungria e Aníbal Bruno, no Direito Penal; Hélio Tornaghi e Florêncio de Abreu, em Processo Penal; em Direito Comercial, o Waldemar Ferreira; no Direito do Trabalho, Orlando Gomes e Elson Gottschalk, e, de Teoria Geral do Estado, um livro do qual eu gostava muito era do Darcy Azambuja. De Direito Constitucional, não havia um livro para estudo efetivo, em razão do que eu já falei.

*RDCC.* Concluída a graduação, aprovado no concurso público, o senhor segue para uma vida profissional, como membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, em paralelo aos estudos de pós-graduação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Gostaria que o senhor comentasse sobre esse período, sobre como se deu a escolha pela PUC-SP e porque o senhor definiu seu objeto de pesquisa, que se tornou sua dissertação de Mestrado, intitulada *A reserva mental na teoria geral do negócio jurídico*, sob orientação do professor titular Arruda Alvim.

*Nelson Nery Jr.* Tudo começa assim: no último ano da faculdade, um professor de Direito Civil, que era juiz, tornou-se desembargador e depois presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, de nome Antonio Carlos Viana Santos, falecido recentemente, falou comigo, com a Rosa Nery, com o José Roberto dos Santos Bedaque e com a Zélia Alves e disse “Olha, vocês não podem ficar aqui! Vocês tem de fazer uma pós-graduação”. Ele mesmo era aluno da pós-graduação na PUC-SP. E com isso o professor Viana Santos foi o responsável por nos levar para o Mestrado da PUC-SP. Ele nos apresentou, fizemos os exames de admissão e todos nós fomos aprovados. Dessa forma, começamos a cursar a pós-graduação já no primeiro semestre de 1978. Saímos da faculdade em dezembro de 1977 e iniciamos a pós-graduação em março de 1978. Devo, portanto, meu início de vida na pós-graduação ao querido professor Antonio Carlos Viana Santos.

Eu e a Rosa Nery continuamos na PUC-SP. O professor José Roberto dos Santos Bedaque depois transferiu-se para a Universidade de São Paulo – USP, em razão de um convite que lhe foi feito pelo professor titular Candido Rangel Dinamarco, que era seu conterrâneo de Guaratinguetá. Havia – e há até hoje – uma amizade entre os dois e ele fez essa mudança, tendo-se desculpado com os colegas e com o professor Arruda Alvim. Ele disse que estaria mais próximo do método de trabalho, da matéria e do próprio professor Candido Rangel Dinamarco. Hoje ele é professor titular na Faculdade de Direito da USP e é uma pessoa de

quem muito me orgulho ter sido colega de universidade e de privar de sua amizade até hoje.

Enfim, prosseguimos na PUC-SP e, em 1978, o professor Arruda Alvim convidou-me para trabalhar no escritório dele, o que fiz durante quase um ano, no intervalo de minha entrada na PUC-SP, em março de 1978, e posterior ingresso no Ministério Público, em dezembro de 1978. O convite se deveu à minha performance no Mestrado. Após empossado no Ministério Público de São Paulo, eu continuei a pós-graduação e segui minha nova carreira.

Como se deu a escolha da reserva mental? Bem, foi algo bem interessante. Eu tinha uma dissertação em Direito Processual Civil sobre recurso extraordinário e as limitações ao recurso no regimento interno dos tribunais. Eu ia defender a dissertação em dezembro de 1980 ou 1981, não estou bem certo quanto ao ano, mas o texto foi elaborado tendo por base a casuística do Supremo Tribunal Federal – STF. Muito bem, exame marcado para 15 ou 20 de dezembro daquele ano, quando, uma semana antes, muda o Regimento Interno do STF. Não com alterações cosméticas, mas alterações profundas. E eu praticamente teria de reescrever a dissertação.

Bem, havia o Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, coordenador pelo Carvalho Santos, cuja edição parou no volume relativo ao comezinho da letra “r”, e os professores Arruda Alvim, meu orientador, e Tereza Alvim foram encarregados de continuar com esse projeto, que era da editora Borsoi, do Rio de Janeiro, e que fora vendida para a editora Revista dos Tribunais – RT. O Arruda Alvim e a Tereza Alvim eram editados pela RT e a editora os encarregou de tomar à frente e concluir o projeto do Carvalho Santos. Eu fui designado pelo professor Arruda Alvim para escrever sobre “reserva mental” e elaborei um verbete de enciclopédia, que estava praticamente pronto, mas bastante alentado. E aí o Arruda Alvim falou: *“Espera um pouco, não sei se vai sair esse projeto, isso não anda, as pessoas não escrevem, a RT está meio desanimada. Acho que não vai sair. Vamos fazer uma coisa? Você pode aproveitar o que já escreveu, que ficou muito interessante, e defendê-lo como dissertação de mestrado sobre a reserva mental.”* Foi o que eu fiz. Não publicamos o Repertório, que não saiu até hoje, passados 34 anos, o que foi uma pena, mas saiu minha dissertação. O verbete foi aproveitado, adaptado e, com modificações ligeiras, apresentado e defendido como dissertação logo em seguida. Eu não precisei refazer aquele texto sobre o recurso extraordinário e terminei por defender um trabalho em Direito Civil.

**RDCC.** Um ponto muito destacado em sua trajetória acadêmica é sua ligação com a Alemanha. Como se deu seu interesse pelo alemão e a decisão de estudar na então Alemanha Ocidental?

**Nelson Nery Jr.** No primeiro semestre do Mestrado, primeira aula do professor Arruda Alvim, ele começou a apresentar a bibliografia, a posição da doutrina, a dogmática desse ou daquele autor, e então disse: *“Para conhecer Direito, tem de saber alemão. Do contrário você será sempre um jurista de segunda categoria.”* Ouvir aquilo ferveu meu sangue e me encheu de brios. Como eu vou ser um jurista de segunda categoria? Não vou mesmo! Então, se tem de saber alemão, é agora! E aí eu comecei a estudar alemão como um autodidata. E, na primeira prova, em abril de 1978, eu já estava com meus rudimentos de alemão bem avançados, com leitura de livros jurídicos em alemão, o que me permitiu citar

doutrina alemã, extraída de um livro de Leo Rosenberg [1879-1963, *professor catedrático da Ludwig-Maximilians-Universität München*]. Era seu Tratado de Processo Civil, que havia uma tradução para o espanhol, mas que eu usei uma edição mais atualizada em alemão. Por causa disso, o professor Arruda Alvim convidou-me para trabalhar com ele, pois ficou impressionado que um aluno com três meses de curso já citasse obras alemãs em sua prova. Eu já havia estudado um pouco de alemão em minha adolescência, mas nunca de forma mais sistemática. Graças a essa provocação, no bom sentido, do professor Arruda Alvim nasceu meu interesse pelo alemão, o convívio profissional e uma amizade que dura até hoje, pois ele é meu padrinho de casamento.

Logo após concluído o mestrado, eu fui selecionado para uma bolsa de estudos oferecida pelo Governo alemão. Foi um concurso de bolsa bastante disputado, pois havia uma só vaga para Direito no Brasil. De lá para cá eu mantenho vivo esse contato com a Alemanha, participo de associações e projetos envolvendo o Direito alemão.

*RDCC*. Começou, então, essa nova etapa em sua vida acadêmica com início do doutorado na *Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*, que fica no território da antiga Alemanha Ocidental. Como foi esse período de "exílio dourado" em uma universidade alemã e o que o senhor poderia dizer sobre a cultura de estudos na Alemanha e como isso lhe influenciou em métodos de trabalho e na organização de seus escritos? É algo bastante perceptível em seus textos e isso talvez tenha surgido naquele momento.

*Nelson Nery Jr.* Efetivamente surgiu! Eu escolhi a *Erlangen-Nürnberg* por causa de meu orientador, o professor Karl-Heinz Schwab [1920-2008, *professor catedrático de Direito Civil e Direito Processual Civil, além de reitor da Universität Erlangen-Nürnberg*], que era, na ocasião, o maior e melhor processualista civil da Alemanha. Eu escrevi para ele, com o apoio e o "de acordo" do professor Arruda Alvim, e o professor Schwab examinou meu currículo e me aceitou como orientando. Essa é a razão de eu haver ido para *Erlangen-Nürnberg* e não para Munique, Berlim ou Heidelberg, como as pessoas normalmente vão, por sediarem as universidades mais conhecidas da Alemanha. Eu resolvi ir para uma universidade não tão conhecida por conta do luminar do Processo Civil, com o qual eu muito acrescentaria à minha cultura e muito aprenderia tendo-o como orientador.

No primeiro dia, na primeira semana, na qual eu estava com o professor Schwab na universidade, ele me forneceu uma sala, um escritório na verdade. Quando eu lá cheguei, já havia meu nome em uma placa na porta. Tudo o que havia de mais moderno na Alemanha estava disponível para os doutorandos. O professor Schwab tinha pouquíssimos orientandos. Éramos apenas dois, pois o terceiro estava concluindo sua tese. Ele pediu-me para ajudá-lo em seus trabalhos, assistindo-o em seminários e, na primeira semana, ele me disse para participar de um seminário sobre jurisdição voluntária. A apresentação caberia a uma aluna, cujo nome não me lembro, e eu e outra professora assistente da universidade colheríamos o seminário.

Na classe, havia uns 15 anos, mais ou menos, e eu tentei estudar jurisdição voluntária naquela semana. Ocorre que os livros da biblioteca sobre o assunto estavam todos emprestados e eu não conseguia estudar. Apenas um dia antes do seminário é que os livros foram liberados e eu pude estudar de modo bem corrido. Com quem estavam os livros? Com a aluna... Ela fez um *paper*, um escrito, de umas 180 páginas, com cerca de 500 notas

de rodapé, o qual foi por ela copiado e distribuído aos professores e aos alunos. Sem internet, sem computador, tudo datilografado. Na hora em que eu li o trabalho, eu perguntei: "Como pode? Ela fez esse trabalho? Ela nem cursou essa matéria ainda!". O professor Schwab então me disse: "Aqui na Alemanha, as pessoas estudam. Elas não ficam esperando o professor ensinar, elas vão à biblioteca, leem e estudam, não ficam esperando pelo professor". Foi um grande contraste para mim.

Esse nosso ensino brasileiro passivo, no qual o aluno fica sentado, ouvindo o professor falar e se ele não fala, ele não sabe, porque não estuda, não existe na Alemanha. O estudante lá é um *estudante*, na acepção da palavra. O professor não dá aulas sistemáticas toda semana. Ele ministra aula como se fosse uma conferência, a qual se chama *Vorlesung*, traduzível por "leitura", no sentido inglês de *lecture*. O professor ministra uma ou duas dessas conferências por mês, os alunos matriculam-se, comparecem os interessados, pois não há "classe" no sentido que há no Brasil (primeiro ano A, primeiro ano B). Quando o professor vai dar uma *Vorlesung*, uma aula-magna, você vai lá e assiste. De ordinário, você fica na biblioteca e estuda. Tem alguma dúvida? Marca com o professor e vai a seu gabinete e tira as dúvidas com ele, o qual permanece 8 horas na faculdade. Isso tudo me impressionou muito. O aluno alemão tem de estudar em profundidade os assuntos. Ele deve fazer esses trabalhos de pesquisa, com referências em vários autores, com notas de rodapé.

Percebi também o extremo cuidado dos alemães com a publicação de seus livros. Eles colocam a advertência de que a literatura observada aqui foi a existente até o dia 10 de janeiro de 2014, porque se sair um artigo ou um livro no dia 15 de janeiro, o autor não tinha obrigação de citá-lo. Mas, antes ele tinha, por isso que ele coloca a data, o termo *ad quem* de sua pesquisa na introdução do livro. Eles levam muito a sério o que está publicado e eles devem ler tudo o que está publicado para poder escrever. Diferentemente do que ocorre entre nós. Eu fui sendo doutrinado por essa prática, sendo disciplinado e aprendendo que se eu quero me aprofundar, é necessário o estudo com afinco. Não adianta fazer referências superficiais.

*RDCC.* O senhor viveu em uma Alemanha dividida em dois Estados soberanos, a Alemanha Ocidental (República Federal da Alemanha) e a Alemanha Oriental (República Democrática Alemã), respectivamente, capitalista e comunista, sob influência norte-americana e soviética. Era um tempo de Guerra Fria, de ameaça de uma guerra atômica, de separação dos alemães por fronteiras, como a simbólica imagem do Muro de Berlim. Como foi viver nessas condições na Alemanha? A vida, bem entendido, fora dos muros da universidade.

*Nelson Nery Jr.* Eu era membro do Ministério Público, estava casado e tinha três filhas, sendo a mais nova nascera em novembro de 1984 e eu fui para a Alemanha em janeiro de 1985. Antes de ir, recebi um telefonema de Bonn, antiga capital da Alemanha Ocidental, do serviço alemão de intercâmbio acadêmico, advertindo-me que minha bolsa não seria suficiente para me manter e a minha família. Eu os esclareci de que, além da bolsa, eu e minha mulher, ambos licenciados, receberíamos os vencimentos do Ministério Público. Então, eles entenderam minha situação. Eu faço esse registro porque as pessoas imaginam que a vida de quem estuda fora do país é uma maravilha. E não é assim. Na verdade, é muito difícil. Mesmo com os vencimentos do Ministério Público, meus e de minha esposa, somados à bolsa de estudos, que mal daria para uma pessoa só, nós passamos dificuldades

nesse período na Alemanha. Não falo penúria, mas dificuldades.

Na Alemanha, não havia babá, empregada, copeira. Minha mulher e eu tínhamos de cuidar dos filhos e da casa. E os filhos só podiam ir para o jardim da infância, o *Kindergarten*, a partir dos três anos de idade. Só conseguimos colocar minha filha mais velha no *Kindergarten*. Eu revezava com minha mulher os períodos de estudo. Pela manhã, eu ia para a faculdade, enquanto ela ficava com as crianças. Nas tardes, nós invertíamos as funções, porque ela também foi para estudar na Alemanha. Quando havia coincidência dos períodos de aula, nós chamávamos uma brasileira, estudante de jornalismo, para ficar com as crianças. Isso implicava um custo muito alto, como são em geral os serviços na Alemanha, e essa quantia pesava em nosso orçamento. Essas experiências, no entanto, foram muito importantes para estreitarmos nossos laços de amizade, companheirismo e de casal, além de nossa relação com os filhos. As dificuldades serviram para fortalecer nosso sentido de família.

Guerra Fria! Existia Guerra Fria sim naquela época. Era um período extremamente complicado. A primeira vez que fomos a Berlim foi de carro, por meio de um corredor entre Munique e Berlim, uma autoestrada na qual não se podia parar e descer, porque se atravessava o território da antiga Alemanha Oriental. Ao chegarmos em Berlim, nessa primeira vez, fomos submetidos a uma fiscalização quase que humilhante: o soldado de fronteira colocou a lanterna nos olhos de minha filha, de poucos meses de idade, para conferir se era ela mesma que constava do passaporte. Era como se eles imaginassem que estudantes brasileiros quisessem ir a Berlim para fazer algo de natureza política contra o governo socialista.

Estivemos outras vezes na Alemanha Oriental, quando ainda havia o Muro de Berlim. Essas experiências foram gratificantes, mas também muito traumatizantes, por conta dessas dificuldades com os filhos e pelo tratamento dado pelo então Governo comunista para aqueles que ousavam visitar o Bloco Oriental da Europa.

*RDCC*. Chegamos ao final da década de 1980. O professor Nelson Nery Jr. e sua família retornam ao Brasil e encontram um cenário inteiramente mudado: processo de redemocratização em marcha, assembleia constituinte e novos atores políticos. Como se deu sua participação nesse processo, especialmente na formulação de ideias jurídicas que embasariam os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte?

*Nelson Nery Jr.* Eu ainda estava com a preocupação de concluir meu doutoramento aqui, pois defendi a tese em 1987 e Constituição foi promulgada em 1988. Eu não tive muito tempo de participar desse processo. Rosa Nery e eu escrevíamos alguns artigos, nos jornais *Folhas de S. Paulo* e *Estado de S. Paulo*, sobre a Corte Constitucional alemã e sobre a forma de se compor uma verdadeira corte constitucional. O professor José Afonso da Silva leu esses artigos, procurou-nos e conversou conosco sobre o tema. Algumas dessas ideias ficaram no texto final da Comissão de Sistematização, a saber, a criação de uma corte constitucional, formada paritariamente por membros escolhidos pelo Executivo, Judiciário e Legislativo, como é na Alemanha, na França, em Portugal, na Espanha e na Itália. Seria uma corte acima dos três poderes, com uma relação vertical em face dos três poderes e estes, entre si, seriam vinculados horizontalmente (independência e autonomia entre eles). Essa foi uma pequena contribuição. Colocou-se esse modelo no texto da

Comissão de Sistematização. A Rosa Nery publicou um artigo no *Estado de São Paulo*, elogiando a Comissão. Houve, contudo, uma emenda de plenário do Centrão, que voltou ao modelo primitivo, mantendo-se o Supremo Tribunal Federal e criando-se o Superior Tribunal de Justiça. Essa manobra decorreu de um *lobby* muito forte dos 11 ministros do STF, da época, que resultou bem sucedido. Hoje nós temos um STF que é órgão do Poder Judiciário, tal como está no art.101 da Constituição, e não uma corte constitucional. O STF até pensa que é uma corte constitucional. E muita gente também pensa desse modo, o que não está correto. Daí a discussão sobre se o STF tem ou não legitimidade para anular ato típico de outro poder, como é o caso do Legislativo. Nós construímos o STF à imagem e semelhança da Suprema Corte norte-americana. Lá não existe ADI [*ação direta de inconstitucionalidade*]. A Suprema Corte é igual ao Congresso e ao presidente da República. Não lhes é superior. A Suprema Corte pode até não aplicar uma lei porque não a entende inconstitucional. A Corte realiza um *judicial review* em concreto, mas não anula a lei, pois esta continua íntegra.

Na Europa, que se inspirou no sistema austríaco, criado por Kelsen, existe a corte constitucional. Ela está colocada acima dos três poderes e anula sim as leis. A corte constitucional anula a lei, acórdão de tribunal superior, decisão do presidente da República, o que o faz por se colocar em posição de preeminência sobre os três poderes. Nós trouxemos isso para o Brasil e não criamos uma corte constitucional. Pensávamos que essa ideia prevaleceria em 1988, mas isso não ocorreu por força de uma ação corporativista do STF, essa que é a grande verdade, tem-se de dizer isso, que não queria perder a magnitude de seu poder. O STF não deixou que se criasse uma corte constitucional e se arvorou nessa condição, mas não do modo idealizado pela Comissão de Sistematização em 1988: um órgão independente, com mandato, com membros indicados pelos 3 poderes, acima destes, autônomo e independente do Poder Judiciário. Em paralelo, criou-se o STJ. Essa foi uma enorme falha da Constituição de 1988 e, ao final, nossa contribuição nessa matéria ficou apenas na intenção.

*RDCC*. A Constituição de 1988, no art. 48 de seu ADCT, determinou que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de 120 dias de sua promulgação, um código de defesa do consumidor. Foi constituída uma comissão para essa finalidade, composta por vários juristas, os quais tomaram importantes decisões. Uma delas é sobre se não teria sido melhor seguir o modelo que os alemães terminaram por adotar em 2002, com a aprovação da Lei de Modernização do Direito das Obrigações, que incluiu no *BGB* a matéria de Direito do Consumidor. Gostaria de ouvi-lo sobre os bastidores do processo de codificação do Direito do Consumidor, especialmente sobre a vantagem de um código autônomo e sobre a relação dos juristas e da sociedade com esse histórico momento para o Direito Privado brasileiro. A impressão que se tem é que não havia por parte da sociedade e da comunidade jurídica à época a dimensão do era se criar um código de defesa do consumidor. Essa impressão é verdadeira?

*Nelson Nery Jr.* Totalmente verdadeira. Ninguém sabia ao certo o que isso significa. Nem o setor produtivo sabia o que viria pela frente com um Código do Consumidor, muito menos os consumidores tinham noção do ocorreria. Sabiam que era algo importante, mas a "dimensão", palavra certíssima que o senhor usou, ninguém realmente tinha sabia.

Promulgada a Constituição em 5 de outubro de 1988, o Ministro da Justiça Paulo Brossard

criou uma comissão juristas para elaborar um projeto de código do consumidor. Essa comissão foi presidida pela professora titular Ada Pellegrini Grinover.

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, que hoje é ministro do STJ, e eu não integrávamos a comissão. O ato publicado no *Diário Oficial*, que instituiu a comissão, continha apenas os nomes de Ada Pellegrini Grinover (procuradora do Estado de São Paulo), Kazuo Watanabe (professor da Faculdade de Direito da USP), Zelmo Denari (procurador do Estado de São Paulo), José Geraldo Brito Filomeno (diretor do Centro de Apoio ao Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo) e Daniel Fink (diretor do Procon). O Zelmo Denari era companheiro da Ada Grinover na Procuradoria-Geral do Estado, os quais eram muito afinados. E o Kazuo Watanabe era o companheiro jurídico da Ada na USP. Era uma comissão formada pelo *establishment* da época: a Ada convidou o Kazuo, que era da USP, e o Zelmo, que era da PGE-SP, pessoas de sua confiança, e mais dois do Ministério Público, vinculados à matéria de consumidor.

Benjamin e eu o que fizemos? Nós praticamente redigimos um código do consumidor inteiro. Essa que é a verdade. Fizemos isso em minha biblioteca, com base em pesquisas que já havíamos iniciado há anos. Eu não saio comentando isso por aí, mas isso é verdadeiro e a Ada pode corroborar essa afirmação. Na verdade, foram palavras dela: *"Vocês não estão me trazendo uma contribuição, é um código. Ele está pronto. Vocês dois não podem ficar de fora disso"*.

A Ada fez uma parte processual. O Filomeno cuidou da parte penal. Enfim, estava tudo meio no ar, quando nós apresentamos à comissão nosso trabalho, com um diploma orgânico, sistemático, pronto do começo ao fim. Então, a Ada nos convidou para fazer um trabalho conjunto e o resultado foi um projeto feito a várias mãos e muito interessante. Houve muitas discussões nacionais e internacionais sobre nosso projeto de código do consumidor. Chegaram sugestões de fora do país e realizaram-se dois congressos internacionais para debater nosso projeto de código. Um deles foi organizado pela PUC-SP e pela USP e outro no Rio de Janeiro, dos quais participaram professores de vários países, como Austrália, Nova Zelândia, Alemanha e Holanda. O processo de elaboração do código foi bastante democrático e levou em consideração a influência da doutrina brasileira e estrangeira.

A comissão entregou seu trabalho ao Congresso Nacional em dezembro de 1988. Publicou-se o projeto no Diário Oficial da União nos dias 24 ou 25 de dezembro daquele ano e o ministro da Justiça recebeu ordens do presidente da República no sentido de não levar aquilo adiante, por ser uma lei muito moderna. Nesse mesmo dezembro de 1988, o projeto foi ao arquivo. Todos os membros da comissão ficamos absolutamente indignados e tomamos a decisão de dar sequência à iniciativa. Nós queríamos o melhor para o país e, se o Governo não mais apoiava o projeto, caberia a nós agir. Foi quando eu me prontifiquei a falar com um deputado amigo, membro de um partido com trânsito no Congresso Nacional e com representatividade para apresentar nosso projeto de código de defesa do consumidor. Todos concordaram e eu procurei o deputado federal Geraldo Alckmin, do PSDB de São Paulo. Ele e eu éramos conhecidos desde nossa adolescência. Então, o Geraldo disse: *"Perfeitamente. É comigo mesmo"*. Ele apresentou o projeto ao Congresso Nacional como uma iniciativa de seu partido, a fim de granjear o apoio interno e dos partidos aliados. Nós fomos conversar com o presidente do PSDB, o senador Franco

Montoro, e com o líder do partido no Senado da República, o senador Fernando Henrique Cardoso. O presidente do Senado era Nelson Carneiro, do PTB, e ele considerou que o projeto tinha de ser aprovado, porque estava muito bom, e nomeou uma comissão mista, formada por 10 senadores e 14 deputados, com o objetivo de reunir todos os projetos de lei sobre consumidor no Congresso e elaborar um substitutivo. Carneiro também nomeou Ada, Benjamin e eu para sermos assessores especiais do Congresso Nacional no processo legislativo do CDC.

Então, a comissão encerrou seus trabalhos em dezembro de 1988. A partir da apresentação do projeto pelo deputado federal Geraldo Alckmin, nós três, Ada, Benjamin e eu, ficamos com esse encargo de assessorar o Congresso. Minha biblioteca ficou atulhada de sugestões e subsídios, oriundos da sociedade e dos parlamentares, para elaboração de pareceres de acolhimento ou de rejeição de emendas.

Nomeou-se então como relator da comissão mista o deputado federal Joaci Góes (PSDB-BA), que era empresário no Sul da Bahia. Ele declarou que *"aqui eu sou deputado, não sou empresário. E vamos trabalhar pelo consumidor"*. E assim foi feito. O projeto foi aprovado em 1990, com esforço de toda a sociedade brasileira, pois cada um colocou um tijolo nessa construção e permitiu que tenhamos um diploma importantíssimo, um marco no Direito brasileiro, porque nosso Direito era um antes do CDC e é outro depois.

Hoje, com a aprovação do novo Código Civil, que tem como base a eticidade, a operabilidade e a socialidade, com as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social da propriedade e da função social do contrato, como elementos de flexibilização do sistema fechado, acho que ficou extremamente diluída a importância do CDC. Hoje eu acho até que o Código Civil é mais forte que o CDC. Do ponto de vista psicológico, o CDC é considerado uma lei importante. No entanto, o Código Civil é melhor do que ele, ao meu ver, sob os aspectos político, ideológico e sistemático. Daí porque eu não vejo com maus olhos aquilo que aconteceu por meio da *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* [*Lei de modernização do direito das obrigações*], que alterou a parte do Direito das Obrigações na Alemanha nos anos de 2000 para 2002, inserindo tudo aquilo que havia de legislação esparsa de Direito do Consumidor no texto do *BGB*, a começar pela *AGB-Gesetz*, a famosa lei das cláusulas contratuais gerais de 1976, que tratou das listas cinzas, negras de cláusulas abusivas. Essa lei está hoje inteiramente dentro do *BGB*. O *BGB*, em seu §15, tem um conceito de consumidor. O Direito Civil alemão acaba absorvendo a legislação esparsa, leis importantes como essa *AGB-Gesetz*. Comentários e mais comentários, monografias foram escritas desde 1976 sobre essa lei. No entanto, toda essa doutrina e jurisprudência sobre a *AGB-Gesetz* não se perderam, na medida em que o conteúdo da lei está hoje no Código Civil.

Eles fizeram uma codificação na contramão do que Natalino Irti chamou de *L'età della decodificazione*, a idade da descodificação. A Alemanha fez algo diferente: ela trouxe os microssistemas para a codificação. E nós, no Brasil, estamos fazendo algo diverso: pegando a codificação e dela extraindo microssistemas para fazer leis separadas. São técnicas de política legislativa. Cada país adota seu modelo. Não vejo o da Alemanha com maus olhos. E, sinceramente, não sei se hoje aprovaríamos um código de defesa do consumidor, como aprovamos no ano de 1990. Como disse o professor Otavio Rodrigues em sua pergunta, as pessoas não tinham a dimensão do que era um CDC. Hoje, elas já têm

essa noção e eu não sei se o texto, como está em vigor, seria aprovado.

*RDCC.* Hoje tramitam importantes projetos de reforma do CDC no Congresso Nacional. Um dos pontos mais polêmicos ou interessantes, a depender do observador, é a introdução do chamado "diálogo das fontes". Qual sua opinião sobre o "diálogo das fontes" e o senhor entende que é conveniente sua introdução no CDC?

*Nelson Nery Jr.* A ideia do "diálogo das fontes" foi trazida para o Brasil a partir de um texto do professor alemão Erik Jayme [1934-, professor catedrático da Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg], um internacionalista privado, e aqui desenvolvido pela professora Claudia Lima Marques, do Rio Grande do Sul. Realmente, eu não sei se é necessário falar-se em "diálogo das fontes", porque nós temos tantas formas de integração das fontes em nosso Direito que seria mais uma satisfação, uma explicação para o que nós já podemos fazer sem que exista lei que o diga. O CDC tem o art.7º, que expressamente afirma que os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas e que decorram dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Essa é uma norma de encerramento que eu diria expletiva, pois nem precisaria. Nós a colocamos no CDC apenas para deixar claro, para não haver dúvida, em razão da multiculturalidade que forma a sociedade brasileira. Então, o juiz do Amapá ou do Rio Grande do Sul talvez tenham entendimentos não tão completos sobre o que seria uma interpretação teleológica ou sistemática e, com isso, para não deixar dúvida, colocou-se essa norma no CDC, embora, como já disse, é algo despiçando.

Eu não vejo isso como uma grande novidade, sinceramente. É algo muito parecido com aquelas ideias de direito civil/constitucional, de direito alternativo etc. Se você for examinar a fundo, observará que não precisa disso. Nosso direito já possui mecanismos suficientemente importantes e fortes para dispensar esse tipo de *approach* de direito civil-constitucional, de direito alternativo ou de diálogo das fontes.

*RDCC.* Considerando-se, então, esse último ponto, é de se notar o surgimento, logo após a Constituição de 1988, da chamada "constitucionalização do direito civil". Qual sua visão sobre esse tema em um cenário social e jurídico tão diferenciado e diversificado, pós-Código Civil de 2002 e com tantas mudanças ocorridas na última década?

*Nelson Nery Jr.* Eu acho que nosso direito constitucional ele tem ganhado uma importância e uma dimensão que lhes são devidas. Nós devemos sim conhecer o direito constitucional, que não deveria ser uma área de especialização de um colega ou outro. Eu também acho que dizer que a água é molhada ou que o ar é respirável equivale a afirmar que o direito civil tem de se subordinar à Constituição.

Nós temos no país uma constituição-dirigente, ela é a lei maior, a *lex legum*, a lei das leis. A Constituição é que vai dizer o que é o direito civil, o que é o direito do trabalho, o direito tributário, o direito do trabalho, o processo civil. Nós não precisamos criar uma escola ou uma corrente específica para dizer que o direito civil deve observar o direito constitucional. Isso é o óbvio ululante e não precisa ser dito. Agora, o que se possa dizer é sobre as interpenetrações existentes entre o direito constitucional e o direito civil, mas isso não merece uma escola jurídica para tal fim, com a devida vênia. Eu sei que há colegas eminentes que pensam assim, como o professor Pietro Perlingieri [1937-], da Universidade

de Camerino, e seu discípulo no Brasil, o professor Gustavo Tepedino, da UERJ, muito meu amigo, que também desenvolve esse raciocínio e até criou um grupo de trabalho no Rio de Janeiro. Não resta dúvida de que são colegas eminentes e não estou aqui criticando colegas, mas a crítica é às ideias. Eu vejo assim o problema e faço até a pergunta: teria de se criar um direito do trabalho-constitucional, um direito tributário-constitucional? A esse propósito, já existe livro, o Professor Roque Carrazza tem um livro intitulado *direito tributário constitucional*. Seria o caso de se imaginar como o direito tributário poderia não ser constitucional? O direito tributário é constitucional, tem de observar a Constituição sempre.

Em relação aos direitos fundamentais e ao direito privado, eu não vejo tanta relação de interpenetração. Eu escrevi um artigo em um livro, editado em 2008, coordenado pelo ministro Francisco Rezek, do STF, e o professor Ives Gandra Martins, sobre os 20 anos da Constituição, cujo título era *Público vs. privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais*. O artigo surgiu na ocasião da Operação Satiagraha, da Polícia Federal, na qual se cometeram muitas barbaridades inconstitucionais, sob o argumento de que o público deveria sempre se sobrepor sobre o privado. É algo que sempre se fala. Eu entendo que são esferas diferentes. A constituição existe para regular a relação cidadão e Estado, administrado e Estado. Nada obstante a nossa tenha invadido outras esferas e regulado várias questões e outras searas do direito também, inclusive com a ideia de obrigar o particular. A Constituição, porém, é um pacto social que se faz entre o Estado e o cidadão. Ao passo em que a Constituição do cidadão é o Código Civil, expressão do professor Miguel Reale. O Código Civil é a Constituição do particular e a Constituição Federal é a Constituição do administrado, do cidadão contra o Estado. Se um ou outro desses diplomas invadem a esfera do outro, isso acontece. A Constituição trata de muitos assuntos que não lhe dizem respeito, mas estão lá.

O argumento de que os direitos fundamentais são direitos privados não corresponde à realidade. O direito à moradia e o direito à propriedade, por exemplo, não são direitos privados, eles são direitos fundamentais. Essa circunstância advém da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que precede à Constituição de Filadélfia e o próprio constitucionalismo, a qual indicou alguns direitos que o Estado não pode conspurcar, os quais se sobrepõem e se contrapõem aos direitos do Estado. Tanto assim que essa foi a ideia da Revolução Francesa, que acabou como absolutismo.

Em 2008, a Suprema Corte americana concedeu *habeas corpus* para um cidadão árabe, do Afeganistão ou do Paquistão, não me recordo, em razão de considerar inconstitucional o *Patriot Act*, do presidente George W. Bush, por violar direitos fundamentais. O *Patriot Act* é de 2001, logo após os atentados de 11 de setembro. Mas, o presidente George W. Bush reforçou essa lei em 2005, 2006 e só depois veio essa decisão da Suprema Corte. O caso era o seguinte: um cidadão árabe, preso em Guantânamo, ele não sabe o porquê, muito menos de que lhe acusam, apesar de estar custodiado há 2 ou 3 anos, impetrou *habeas corpus* ao tribunal de Nova York, o qual rejeitou o pedido sob o argumento de que, em razão do *Patriot Act*, a garantia do HC está suspensa, porquanto o direito privado individual não se pode sobrepor ao direito da nação americana de se resguardar contra o terrorismo internacional. O direito público, o direito da coletividade sobrepunha-se ao direito dos particulares. A Suprema Corte americana disse o contrário: direito fundamental se sobrepõe contra tudo e contra todos. Essa é uma decisão paradigmática sobre o que é

direito fundamental. Há um mito dos publicistas brasileiros sobre a supremacia do direito público sobre o direito privado, que termina por diminuir a importância do direito privado e por confundir o conceito de direito fundamental com direito privado. Ou ainda com a afirmação de que o direito fundamental não prevalece sobre o interesse geral. Ele prevalece sim, é para isso que ele existe. Ele foi criado para esse fim. No Brasil não temos essa dimensão. Muitos juízes praticam quotidianamente atos inconstitucionais ao autorizar violações desmedidas a direitos fundamentais. Tudo isso tem haver com o direito civil, com o lado constitucional do direito civil? Sim, é possível admiti-lo, até porque há um paralelismo com o direito civil.

*RDCC.* Nos anos 1990, o senhor lançou o *Código de Processo Civil comentado*, que foi um marco editorial pela forma como a matéria foi tratada. De certo modo, esse livro, seguido depois pelo *Código Civil comentado* e pela *Constituição comentada*, revela uma faceta de sua trajetória que remonta a uma tradição muito antiga no Brasil, que é a figura do *jurista* e não de um especialista em certa área do direito. Temos vários exemplos de grandes privatistas como Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda e Clovis Bevilacqua que escreveram obras fundamentais em Direito Público, até pelo exercício de relevantes funções na administração brasileira. Gostaria de ouvi-lo sobre essa atuação como *jurista* e sobre o caráter inovador de seus comentários aos principais diplomas legislativos brasileiros, os quais seguem a tradição europeia.

*Nelson Nery Jr.* Esses comentários surgiram após um convite da Revista dos Tribunais – RT para que eu escrevesse um comentário ao Código de Processo Civil. Theotonio Negrão havia acabado de sair da RT e ido para a Malheiros, de onde ele foi posteriormente para a Saraiva. A editora ficou sem um livro de comentários em um único volume e resolveu me contratar. Eu respondi que havia autores mais ilustres do que eu no fundo editorial da RT, mas eles replicaram que se fez uma pesquisa de mercado e meu nome era o que mais se ajustava à demanda existente pelos leitores.

De fato, o livro seguiu a linha dos comentários europeus, especialmente o alemão e o italiano. Foi uma inspiração e não uma cópia desses modelos. Veja que o comentário de 1 artigo eu escrevi e reescrevi mais de 100 vezes. No começo, ele ficou com 30 páginas de extensão, depois com 20 e até chegar ao ponto ideal levou-se muito tempo, inclusive com a apresentação para a leitura e crítica de colegas e a reflexão que a Rosa e eu tivemos para atingir um modelo adequado. A apresentação gráfica foi outra dúvida, mas chegamos à estrutura de duas colunas. A nova edição do Código Civil comentado, a décima primeira, há pouco publicada, manteve as duas colunas nos comentários, mas a legislação ocupará a página de lado a lado.

Nossa ideia foi a de trabalhar a jurisprudência de forma crítica e não apenas lançando os acórdãos como se fossem um repertório jurisprudencial. Quanto à doutrina, ela é sempre indicada de modo preciso, mas sempre com nossa opinião. E é um comentário mesmo, em um só volume, um comentário de mão, curto, sobre toda a lei. Os trabalhos são exitosos, obras de referência, com sucessivas edições: o Código de Processo Civil na décima quarta edição, o Código Civil, na décima primeira, e a Constituição, na quinta edição. Eu digo trabalhos exitosos porque a primeira edição do Código de Processo Civil é de 1994 e atingimos, após 20 anos, a décima quarta edição. São edições e não reimpressões. E note-se que as tiragens médias de códigos comentados são de mil exemplares, segundo

informações que recebemos de alguns editores, enquanto os números de nossos comentários são absurdamente superiores a isso. A cada edição alteramos de modo substancial os comentários feitos. É algo feito com cuidado, com atualização de jurisprudência e doutrina. Posso citar um exemplo: há o famoso comentário breve ao Código Civil italiano de Cian-Trabucchi, Giorgio Cian [1935-, *professor ordinário da Universidade de Pádua*] e Alberto Trabucchi [1907-1998, *professor ordinário da Universidade de Pádua*], que é muito citado em nosso livro em sua edição de 2014. Nosso código de 2014 traz o pensamento desses autores também de 2014. É tudo revisto: se o autor mudou de posição, se mantém aquele entendimento, enfim, tudo isso é objeto de grande cuidado. Em razão disso, o professor José Carlos Barbosa Moreira disse-nos que a Rosa e eu éramos os únicos que faziam “*edição de código*”, algo que “*ninguém mais faz, só vocês. Eu mudei de opinião várias vezes em meus escritos e vocês tratam da nova opinião e criticam minha nova opinião*”. É muito comum ver livros na quadragésima edição, mas que correspondem exatamente ao texto da vigésima edição, com o mero acréscimo de uma súmula. É por isso que nosso CPC não está na vigésima edição e sim na décima quarta. É a prova de nosso cuidado editorial.

*RDCC*. Chegamos ao século XXI com um novo Código Civil. Apesar de tocado lateralmente em outras respostas, como o senhor vê a aprovação do Código de 2002 e seu impacto na doutrina brasileira?

*Nelson Nery Jr.* Eu considero o Código de 2002 um marco. Ele mudou o paradigma ideológico, político e jurídico do Direito Civil brasileiro. O sistema de Direito Civil era um, ao tempo do código de Clóvis Bevilacqua, e outro com o Código de 2002. É importante destacar que, ao tempo da aprovação do código atual, vozes apressaram-se em dizer que ele era um código velho, não tratava de questões da família na modernidade e repetia antigos assuntos, como dação em pagamento, usucapião, compensação, de modo idêntico ao texto anterior.

Parece que não houve tempo para as pessoas lerem o Código Civil. Mas, se houve tempo e elas leram, então não o compreenderam, pois houve mudanças sim. O fato de ele ter adotado a técnica legislativa das cláusulas gerais, como mecanismo de flexibilização do sistema, por si só já faz com que ele seja completamente diferente do Código Bevilacqua. Ele é um código muito mais social do que era o Código de 1916, porque dá oportunidade ao juiz para fazer valer as cláusulas gerais, aplicando-as ou até mesmo alterando disposições contratuais, quando ele julga conveniente.

O Código de 2002 provocou novos estudos na doutrina, pois todos têm de estudar o novo sistema e isso é importantíssimo porque provoca o surgimento de novos autores, pessoas com talento, que vão estudar e suscitar novas discussões sobre o que é o código civil. Só isso já é um diferencial bastante importante e capaz de mudar esse paradigma de que o Direito Civil é uma coisa velha.

Agora, a jurisprudência... Bem, nossa doutrina parece ter complexo de vira-lata, porque ela supõe que não se precisa pensar e basta ir à jurisprudência, encontrar uma súmula do STF ou STJ, e considerar que a matéria já está decidida. Como assim está decidida? Ora, quem entende de sistema, de dogmática, não são os tribunais. Aliás, nem é necessário exigir isso deles, não é uma tarefa do judiciário, que tem de entender do caso concreto. Entender e

muito bem! Compreender os fatos, saber lidar com eles e dar o direito a quem tem o direito. Essa é a tarefa do tribunal e essa casuística é riquíssima, por isso é que a jurisprudência é considerada, e tem de ser mesmo, por todos, tanto pelos juízes quanto pela doutrina. No entanto, não pode ser só isso, na medida em que os tribunais não têm a tarefa de pensar a Teoria do Direito. Essa é uma tarefa da doutrina, que tem de meditar, refletir. Quem criou a cláusula geral? Paul Oertmann [1865-1938], esse foi um jurista alemão, que escreveu sobre base do negócio jurídico e cláusulas gerais em 1921, um pouco depois do término da Primeira Guerra Mundial, quando a Alemanha precisava de algum mecanismo para flexibilizar o sistema do *BGB*. Eu falo do Paul Oertmann, com muita alegria porque ele foi professor catedrático na universidade onde eu estudei, a Erlangen-Nürnberg. Ele é um autor fantástico e deve-se, portanto, à doutrina a criação das cláusulas gerais. Não foi uma criação dos tribunais. Às vezes, é claro, o tribunal encontra uma saída para resolver um problema, mas, normalmente, isso não é fruto de uma construção teórica. A doutrina tem de teorizar e determinar o que diz a Teoria do Direito. E cabe ao tribunal escolher a teoria que ele julga aplicável.

Não pode, contudo, a doutrina ficar em berço esplêndido, esperando que surja amanhã uma súmula para dizer o direito. Ora, a súmula é uma norma e é também susceptível de interpretação. Muito embora, quando da discussão dos *consideranda* da Súmula Vinculante 11, do STF, sobre o uso das algemas, a então Min. Ellen Gracie estava indignada porque estavam interpretando as súmulas do Supremo e do STJ. Se os senhores pesquisarem no sítio eletrônico do STF, encontrarão as declarações da ministra Ellen Gracie, no sentido de que “*precisamos redigir uma súmula que seja impossível de ser interpretada*”. Com a devida vênia, súmula é texto e texto eu interpreto, seja ele legal ou sumular. Súmula vinculante, jurisprudência vinculante, algo que querem instituir com o novo CPC, tudo isso é uma bobagem sem tamanho, pois haverá sempre a necessidade de interpretação. Se quiserem coarctar a mão do juiz de primeiro grau ou das partes, ao se afirmar que algo é assim, desculpem-me, mas a lei também pode fazer desse modo e o juiz a interpreta e abranda seu sentido. Em resumo, não mudará absolutamente a criação e a instituição de súmulas vinculantes ou a jurisprudência vinculante em nosso sistema processual civil.

*RDCC*. Tramita no Congresso Nacional um projeto de Estatuto das Famílias, que reformaria o Código Civil e revogaria a parte relativa ao Direito de Família. O senhor considera interessante a criação desse estatuto e o que lhe parece a tese de que é necessário conferir autonomia legislativa e principiológica ao Direito de Família?

*Nelson Nery Jr.* Eu primeiro vou fazer uma referência a uma pergunta anterior e, por enquanto, discuta-se a premissa. Codificação ou não codificação? Esse debate não é de hoje. Vamos codificar ou descodificar o Direito de Família? Vamos tirá-lo fora do Código Civil e fazer um código separado ou proceder como na Alemanha, que optou por introduzir o direito do consumidor no direito civil? Deve-se lembrar da célebre discussão que houve, em meados do século XIX, entre Thibaut [Anton Friedrich Justus Thibaut, 1722-1840, professor catedrático da Universität Heidelberg] e Savigny [Friedrich Carl Freiherr von Savigny, 1779-1861, professor catedrático da Universität zu Berlin e ministro da Justiça da Prússia], ambos alemães, apesar de seus nomes franceses. Thibaut defendia a codificação, o que conferia segurança jurídica e o conhecimento das regras do jogo, enquanto Savigny defendia a não codificação, pois isso engessaria o Direito. Thibaut acabou vencendo e Alemanha codificou o Direito Civil, o que ocorreu com a aprovação do *BGB* em 1896. Até os

dias de hoje são reeditados os estudos de Thibaut e Savigny sobre a polêmica da necessidade de um código civil para a Alemanha. Esse debate é retomado recorrentemente na doutrina da Alemanha, da França, da Espanha, de Portugal e da Itália, como já referi sobre Natalino Irti. Não é uma discussão atual, mas uma discussão de 150 anos ou até mais.

A premissa sobre codificar ou não codificar baseia-se em uma opção política de nosso parlamento. Nosso parlamento adotará uma opção *política* de extrair do Direito Civil o Direito de Família e das Sucessões, deixando-o em um código autônomo? Ou nosso parlamento ficará com a codificação, a fim de dar ao Direito Civil uma feição homogênea?

É verdade que o Direito de Família mudou bastante. Ele não está sincronizado com o Direito das Sucessões. Deveríamos pensar sim em uma compatibilização entre essas duas searas importantíssimas do Direito, mas não sei se chegaria a tanto e defenderia a criação de um código separado de Direito de Família.

Quanto à questão principiológica, que foi objeto da pergunta, o direito das coisas tem princípios próprios, que são diversos do direito das obrigações, que também possui princípios próprios. O direito de família, por certo, terá outros princípios. Eu não vejo essa dificuldade de se tratar de um ramo do direito, ao exemplo do direito empresarial, direito das coisas, direito das obrigações e o direito da família e das sucessões, como um empecilho para que o direito de família continue no Código Civil. Essa é uma ideia que os defensores da retirada do direito de família e sucessões apregoam, como a disparidade de princípios. É evidente que os princípios são outros e tem de se outros mesmo. Mas, isso não é suficiente para justificar a retirada do sistema do direito de família e das sucessões do Código Civil.

*RDCC.* Em 2004, o senhor encerrou uma carreira iniciada em 1978 no Ministério Público do Estado de São Paulo. Em que sua condição de promotor de Justiça e, depois, de procurador de Justiça, influenciou em sua visão do Direito?

*Nelson Nery Jr.* Eu sempre fui uma pessoa do mundo, vamos dizer assim. Na condição de membro do Ministério Público, fui promotor do júri, trabalhei na área criminal, depois ingressei na área cível e dela nunca mais saí. Eu atuava na curadoria de ausentes e incapazes, no primeiro grau, que praticamente tinha uma função de advogado. Hoje essa função foi absorvida pela Defensoria Pública. Com isso eu tive uma experiência muito rica na cidade de São Paulo, que é um lugar onde acontece de tudo, o que me deu uma visão muito ampla do Direito. Tudo o que poderia acontecer no direito estava ali no foro da capital de São Paulo, que é um laboratório riquíssimo para o direito. Além disso, eu continuei na academia, o que nos dá uma visão de estudo sistemático do direito. Chega um artigo, uma revista, você quer discutir novas teses, novas ideias, além do que o convívio com os alunos é fundamental. Aprende-se muito com os alunos de graduação e até hoje eu dou aulas na graduação, embora alguns colegas pensem que é uma *capitis deminutio* para um professor titular dar aulas no bacharelado. Eu continuo com meus alunos de graduação e acho que se tem muito a aprender com o jovem, mesmo com toda a experiência de vida que o professor possa ter.

Na academia tem-se essa visão e no Ministério Público, além da experiência processual, eu tive a vivência institucional. Eu fui presidente da associação do Ministério Público, o que dá

uma visão da luta pelos direitos da categoria e me fez participar de algumas discussões sobre projetos de lei com interesse público e social. Exemplo disso foi minha participação na lei de política nacional do meio-ambiente [*Lei 6.938, de 31.08.1981*]. Não se tratava de um projeto de origem no Ministério Público, mas este interveio e fizemos inserir o parágrafo primeiro do art. 14, criando-se a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública ambiental e também instituindo a responsabilidade objetiva ambiental, algo a respeito do qual nem se pensava à época. Veja só: em 1981 já defendíamos essa proteção ampla ao meio ambiente, pois como se poderia defendê-lo a não ser com a responsabilidade objetiva e com a legitimidade ativa do Ministério Público?

Depois, no decorrer dos anos 1980, houve a aprovação da Lei da Ação Civil Pública [*Lei 7.347, de 24.07.1985*], uma lei importantíssima, um marco no direito coletivo brasileiro, cujo primeiro projeto era apenas para regulamentar esse parágrafo primeiro do art.14 da lei de política nacional do meio-ambiente. Esse projeto foi elaborado pela Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Candido Dinamarco, os três da USP, e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, este da PUC-SP. Eu achei que era insuficiente e então fizemos uma sugestão para alterar o projeto, o que não vingou, até porque a professora Ada não deu resposta. Então, o Ministério Público encampou nosso projeto de lei de ação civil pública, o qual foi apresentado ao ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, do governo então presidente da República João Baptista Figueiredo. Abi-Ackel enviou o projeto ao Congresso Nacional com uma mensagem do Governo, o que lhe deu preferência na tramitação em face de outros projetos, os quais ficaram agregados ao nosso. A Ada Pellegrini depois comentou: “É, vocês eram garotos e deram um passa-moleque na Lei da Ação Civil Pública. Tiraram a paternidade, que era nossa!” E eu respondi que “ninguém tirou nada... Eu mandei minhas sugestões e até hoje estou esperando a resposta. Você não respondeu e nós fomos procurar outra via. E na outra via, deu certo”. Posteriormente, ao tempo do CDC, ela disse: “Vocês me deram um passa-moleque no projeto da ação civil pública, agora vocês venham para perto de mim no projeto do CDC”.

*RDCC.* O senhor hoje é um advogado e um parecerista reconhecido em todo país. No entanto, o senhor também é mencionado por ter uma das maiores bibliotecas jurídicas (e talvez nem só jurídica) privadas do Brasil. Fale-nos um pouco sobre essa biblioteca e sobre os autores contemporâneos que mais o influenciam no Direito Civil.

*Nelson Nery Jr.* Essa biblioteca tem uma história. Meu pai era juiz e possuía uma biblioteca jurídica, mas era uma biblioteca normal, de qualquer magistrado. Quando eu entrei na faculdade já comecei a fazer minha biblioteca, distinta da de meu pai. Então, aluno da faculdade, eu conversava com o livreiro e dizia de meu interesse em comprar o livro, mas dizia não ter dinheiro para pagar à vista e parcelava a compra em 8, 10 vezes. É desse tempo que eu criei o hábito de fazer a aquisição dos livros mais importantes para minha formação. E isso até hoje não parou. Formar uma biblioteca foi e tem sido um prazer para mim. E é algo que depende de muito denodo, dedicação e perseverança, porque você pode desistir desse projeto por impossibilidade física (a casa não comporta mais receber tantos livros, por esgotamento do espaço interno) ou por impossibilidade material (os livros vão encarecendo e há outras prioridades na vida). Há vários fatores que podem fazer desanimar no meio do caminho. A mim não desanimaram. Eu continuei a fazer minha biblioteca, embora sempre com dificuldades.

Eu me lembro que fui convidado para dar aulas de direito das obrigações no Mestrado da PUC-SP, assim que me doutorei. Minhas últimas inserções por bibliotecas, à altura, haviam sido no direito processual. Eu estava sem uma bibliografia muito boa e atualizada de direito das obrigações e fui à Livraria dos Advogados, conversei com o Sr. Manoel, que é nosso livreiro querido. Eu lhe expliquei que não tinha livros atuais, importantes, bons de direito civil para minha nova cadeira de direito das obrigações, mas que eu precisava adquiri-los para estudar e preparar as aulas.

Aqui cabe um adendo: eu não gosto de frequentar bibliotecas. Eu aprecio ter o livro à hora que eu quero. Esse foi outro fator que me influenciou a montar minha biblioteca. Eu estou lá duas da manhã estudando um problema e quero ver um determinado livro, o qual eu não o tenho. Então, eu teria de parar tudo, esperar pelo dia seguinte, pedir a um funcionário para ir a uma biblioteca, quando não eu mesmo, para procurar a fonte. Não. Eu quero o livro de imediato para consulta. E, para que isso ocorra, é necessário ter uma biblioteca.

Retomo a história com o Sr. Manoel. Após me ouvir, ele disse: *"Olha, pega o livro que você quiser"*. Eu retruquei: *"Mas, não tenho dinheiro"*. E ele afirmou: *"Isso nós vemos depois"*. O Manoel sempre foi conhecido por ser um comerciante rígido. Mas, comigo foi diferente. Ele disse: *"Nelson, você é um rapaz estudioso. Eu tenho de te ajudar de alguma forma. Pega os livros que você quiser e você me paga quando puder"*. Eu não tinha como pagar. Fiz uma dívida de mais ou menos 100 mil dólares com ele. Eu não dispunha de dinheiro mesmo. Eu era promotor de Justiça, ganhava um salário muito pequeno, não dava para sustentar a família e comprar livros nessa quantidade. Então, o Sr. Manoel abriu essa linha de crédito para mim em 1987, 1988. Só em 1994 eu ganhei meus primeiros direitos autorais pelos comentários ao Código de Processo Civil. Foram honorários polpudos! No mesmo dia em que eu recebi o depósito no banco, eu fui pagar minha conta. Falei para o Sr. Manoel que havia recebido hoje os direitos autorais e queria saber o tamanho da minha dívida para quitá-la totalmente, com juros e correção. O senhor me disse *"pague quando tiver dinheiro"*. Pois bem, eu tenho agora e é o momento de lhe pagar. Ele disse *"são tantos mil dólares"*. E eu contestei: *"E os juros? O senhor está me esperando há 4, 5 anos e não vai cobrar juros?"*. Ele insistiu que era aquele valor, sem juros. A quantia fora indexada pelo dólar, mas mesmo assim havia a mora e os juros, que ele não cobrou. Eu fiz o cheque, paguei de uma só vez, e liquidei a conta.

Em outra ocasião, eu precisei comprar a revista italiana de Direito Processual, coordenada pelo Carnelutti, Chiovenda e Calamandrei, mas elas custava muito caro e por isso eu não tinha como adquiri-la. Pois bem, somando-se a revista e outros livros, eu tive de vender um pequeno apartamento para comprá-los. Alguém faz uma coisa dessas para comprar livro? De jeito nenhum.

Hoje a biblioteca é uma média empresa, com 8 funcionários em tempo integral, todos com registro em carteira, a qual possui 100 mil volumes. Minha mulher e eu ainda estamos em dúvida como fazer para abrir a biblioteca para consulta ao público. É necessário informatizá-la por inteiro, pois não chegamos a informatizar nem 50% do acervo. No entanto, existe uma estrutura logística que me permite fazer consulta daqui de meu escritório de advocacia.

Minha biblioteca tem uma peculiaridade que é possuir desde incunábulo, ou seja, livros

anteriores ao surgimento da imprensa de Gutenberg, até edições de 2015, pois já saíram livros com a data do ano de 2015. É uma biblioteca absolutamente atualizada, que dispõe de livros não apenas jurídicos, embora de Direito haja de todas as matérias, mas também obras de minha predileção em História, Literatura, Política, Artes, Música etc. É uma biblioteca bastante eclética e que tem um diferencial em relação a outras jurídicas: ela tem uma disseminação, que eu mesmo criei, que toma os livros e os capítulos dos livros. Por exemplo, uma obra coletiva, como um livro de estudos em homenagem a qualquer pessoa, no qual haja 40 capítulos. Em nossa catalogação, encontra-se o sumário de todos os livros e os capítulos são individualizados, com a referência ao título, ao autor e ao assunto separadamente. De modo que se você der um termo para fazer uma pesquisa, o qual não se refira ao título do livro, será possível encontrá-lo se ele estiver referido no capítulo do livro, no sumário ou em algum outro lugar.

Há também uma parte já digitalizada, relativa aos livros em domínio público. Eu consigo ter um acesso eletrônico ao livro. Se, em uma audiência no fórum, eu quiser ter acesso ao livro, que sei já está digitalizado, eu poderei fazê-lo por meio de um computador, página por página.

Minha mulher e eu formamos pessoalmente, desde o início e até hoje, a biblioteca. Não há um único livro comprado por outra pessoa que não minha mulher e eu. Isso implica que eu sei perfeitamente tudo o que eu tenho na biblioteca.

*RDCC.* Antonio Junqueira de Azevedo, então jovem professor assistente doutor na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, publicou um provocativo artigo na *RT* 472, de fevereiro de 1975, com o título *O direito civil tende a desaparecer?* Este artigo, até por uma homenagem ao autor, será republicado neste primeiro número da *RDCC*. Estamos em 2014 e cabe indagar, ao término desta entrevista, qual o futuro do direito civil contemporâneo?

*Nelson Nery Jr.* Eu vejo um futuro promissor para esse jovem ramo do Direito que é o Direito Civil. Já se escreveu muito sobre o desaparecimento do contrato, tendo um livro importante de um jurista canadense intitulado *A morte do contrato*, além do trabalho de Georges Ripert [1880-1958, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Paris], escrito no pós-guerra, em 1949, publicado na França, com o título *Le déclin du Droit, o Declínio do Direito*. Nesse livro, há uma frase famosa: "*Tout devient droit public*", ou seja, "*Tudo se tornará direito público*", que é (ou era) o receita de todo jusprivatista em períodos de crise do direito privado. Quando é que o direito público ressalta de importância e o direito privado perde sua importância? Nos períodos nos quais não há mercado, como no pós-guerra. Nessas épocas, há destruição generalizada de tudo e o Estado tem de assumir funções que normalmente não seriam suas e o direito público reflui. Vejam o que aconteceu com o direito administrativo na época da ditadura militar no Brasil. Ele aflorou, ficou importantíssimo, era o tempo do estudo do Dec.-lei 200/1967. Então, o direito público ganha importância, mas, na medida em que o mercado e a livre iniciativa vão se manifestando e exercendo suas atribuições normais no dia a dia da sociedade civilizada, o direito privado é recolocado em sua devida importância. De uma área mais importante que o direito público.

Desse modo, eu não vejo nenhum perigo de desaparecimento do direito civil e eu sempre

releio o livro *O declínio do direito*, de Georges Ripert, para me certificar permanentemente dos motivos que levaram o direito público a ter uma importância e a causar medo nos civilistas, no sentido de que agora o direito civil irá desaparecer, de que o direito civil vai acabar porque o direito público assume cada vez mais suas funções. Hoje é bem o contrário. Temos visto, por exemplo, os publicistas voltarem os olhos para a teoria geral dos contratos e fazer com que o contrato administrativo obedeça àquela. Ou fazer com que o princípio da boa-fé objetiva aplique-se ao Direito Público, uma tese já pacífica na doutrina publicista do século XXI, sem esquecer da aplicação do *venire contra factum proprium* no direito público.

Enfim, eu vejo que é normal uma relação entre os dois grandes ramos tradicionais do direito, uma classificação mais didática do que ontológica, mas ainda conservada, do direito público e privado. Existe um entrelaçamento entre esses dois grandes ramos do direito.

1 O texto corresponde à transcrição do áudio da entrevista concedida em 20.10.2014, em São Paulo, na sede do escritório de advocacia do Prof. Nelson Nery Junior. Em colchetes estão notas biográficas de pessoas referidas pelo entrevistado, bem como de natureza bibliográfica ou legislativa, elaboradas pelo entrevistador e não colocadas no rodapé para dar maior fluidez à leitura. O texto foi submetido à revisão pelo entrevistado.