

**Revista de Direito**

Vol. 14, Nº. 19, Ano 2011

**Ana Luiza Nery**

*Pontifícia Universidade Católica  
de São Paulo*

analuzabafnery@gmail.com

## ENTREVISTA COM NÉLSON NERY JÚNIOR

***Direito Civil na Atualidade***

Anhanguera Educacional Ltda.

Correspondência/Contato  
Alameda Maria Tereza, 2000  
Valinhos, São Paulo  
CEP 13.278-181  
rc.ipade@aesapar.com

Coordenação  
Instituto de Pesquisas Aplicadas e  
Desenvolvimento Educacional - IPADE

Entrevista  
Recebido em: 3/8/2011  
Avaliado em: 8/8/2011

Publicação: 11 de agosto de 2011

## 1. INTRODUÇÃO

**Ana Luiza:** *Professor, como é a sua visão sobre o sistema jurídico do Código Civil?*

**Néelson Nery Júnior:** Eu entendo que o Código Civil é bem estruturado, é um sistema com começo, meio e fim que sucedeu o regime jurídico do Código Civil do Clóvis Bevilacqua que já era muito bom, muito bem estruturado. Só que ele veio com outra idéia é desta codificação. Fundado principalmente nos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, ou seja, as bases filosóficas e ideológicas sobre as quais se erigiu o Código Civil atual dão a ele um contorno mais de preocupação social, de direito coletivo e etc. Coisa que o Código Civil de Clóvis Bevilacqua não tinha porque era um código mais individualista, ainda com resquícios do liberalismo do século XIX das grandes codificações européias do começo do século XIX. Por isso, acho que ele é bem atual e muito importante! É o diploma jurídico mais importante do Brasil do ponto de vista do sistema.

**AL:** *Perfeito. Professor, o senhor achou boa a sistemática adotada pelo legislador brasileiro de recodificação do Código Civil?*

**NNJ:** Eu achei. Porque sempre é recorrente esta questão, é sempre polêmica sobre se o direito deve ser codificado ou não. Eu me recordo da polêmica famosa entre o Savigny e Thibaut que ocorreu na Alemanha no século XIX, em que o Thibaut defendia a codificação do direito civil e o Savigny defendia a não codificação, sob o argumento de que isso poderia engessar a dinâmica e o progresso do direito e assim por diante. O Thibaut dizendo que não, tem que codificar para dar mais segurança jurídica, fixar quais são as regras do jogo, ainda que seja mais rígido isto, a codificação seria necessária. Venceu a tese do Thibaut e a Alemanha codificou o direito civil com o BGB do Código Civil que é de 1896 e entrou em vigor em 1900. Houve quatro anos de *vacatio legis*. Com efeito, os alemães foram os que melhores recepcionaram o direito romano na Europa, muito melhor do que os italianos e com a escola pandectista. E por isso, o Savigny estava com aquela idéia de não querer codificar. Então, esta polêmica sempre existiu. E o Brasil seguindo a idéia do Thibaut codificou o direito civil também. Em meados do século XIX foi nomeado Teixeira de Freitas para fazer um Código Civil para o Brasil, já que o Brasil é um país que se tornou independente, então fez o seu Código Comercial em 1850, fez o Código Criminal do Império em 1830, Código do Processo Criminal do Império em 1832. Enfim, foi fazendo a sua legislação! E o Código Civil deveria ser feito também em 1850, dali para frente. Mas empacou um pouco esta história porque Teixeira de Freitas apresentou um esboço do Código Civil e ele chamou de esboço, por brigas internas que não compete

agora aqui discutir, isso não foi adiante. Mas o Código Teixeira de Freitas é a base para o Código Civil Argentino, *Velez Sarsfield*, que tem nome de time de futebol, mas que foi o maior jurista civilista da Argentina do século XIX, *Velez Sarsfield* seguiu o esboço de Teixeira de Freitas e fez o Código Civil Argentino. Então eles dão muita importância e veneram Teixeira de Freitas lá na Argentina. No Brasil, como não houve sucesso na empreitada de Teixeira de Freitas, outras comissões foram nomeadas, outros juízes apresentaram projetos como Ferreira e assim por diante, e culminou com o projeto Clóvis Bevilacqua. Fez um trabalho excepcional adotando a base estrutural do BGB ela não como a parte geral, porque o Código Civil francês não tem parte geral, e todos os códigos latino-americanos sofreram influência francesa. Nenhum deles tem parte geral, só o brasileiro. Então, nós temos um código que parece estruturalmente com o Código Civil Alemão, com a parte geral e a parte especial com os vários livros. Isso foi mantido no código de 2002. Bom o código de Bevilacqua é excelente! Quiseram fazer um *upgrade* no código de Bevilacqua nomearam uma comissão na década de 60 para fazer um novo projeto, foi apresentado um projeto que tramitou pela Câmara dos Deputados e foi protocolado como número de projeto: 6324B de 1975. E de 1975 a 2000, ele não teve andamento no cenário da República. Aprovado na câmara ficou lá sem andamento. Até que o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso resolveu patrocinar este projeto e incentivou o Senado a retomar os trabalhos, e ele foi aprovado em 2002, entrando em vigor em 2003! Então nós insistimos na idéia da codificação. Eu achei boa! Porque não é possível que o direito civil fique sem ser codificado, é preciso que sejam expostas as regras do jogo e isso nós fizemos muito bem no código de 2002.

**AL:** *A tese muito em voga atualmente sobre direito civil constitucional, o senhor acha que tem repercussão no sistema brasileiro?*

**NNJ:** Eu já escrevi sobre processo civil da Constituição Federal. Foi a minha tese de livre docência, hoje é um livro que se encontra na décima edição e já enfrentei este problema muito antes da discussão que aconteceu agora no início do século XXI, final do século XX, começo do século XXI, mil novecentos e poucos e daí para frente, sobre o direito civil constitucional. Isso parece para aquele que não se dá conta, toma atenção para aquilo que realmente é, dá a primeira impressão de que isso é uma tese muito moderna, muito bonita, muito nova. Quando na verdade é uma decorrência absolutamente normal do sistema porque nós temos uma constituição dirigente, ou seja, todos os ramos do direito submetem-se à situação, ao texto da Constituição Federal. Então, não tem nenhuma novidade em eu dizer que o direito civil tem que se conformar em obedecer às regras da constituição, em que o direito penal tem que obedecer a constituição, o processual, o

comercial, o administrativo tem que obedecer a Constituição. Então é meio que descoberta do ovo de Colombo falar que o direito civil tem que se submeter à Constituição, ou que o código de processo civil ou do consumidor tem que se submeter à Constituição. Mas eu acho que é válida a tese de você chamar a atenção para aspectos do direito civil que se encontram dentro do texto da constituição. Mas não que isso seja uma grande novidade é mais uma forma de você olhar o direito civil, nada mais do que isso! Não é um ramo novo do direito, não é uma análise nova, não é uma modalidade nova, não é uma tese nova. Ou seja, conceitos abstratos em grau de abstração praticamente máximo e que cabe ao juiz dar concretude a essas abstrações. Então é o juiz que vai dizer no caso concreto o que é boa fé. Se aquele contrato preencheu ou não a sua função social; artigo 421 do Código Civil: todo contrato tem que cumprir a sua função social; então a liberdade de contratar encontra limites na função social do contrato. Agora o que é função social do contrato? É o juiz que vai dizer se no caso concreto se ocorreu ou não. Essa que é a beleza da cláusula geral, ela é um preceito aberto, abstrato e geral. Cabendo ao juiz dar concretude na situação que se lhe se apresenta. Então conceito legal indeterminado que vai ser concretizado pelo juiz na sua sentença.

**AL:** *E as novas questões de direito de família como, por exemplo, a homoafetividade, a fertilização in vitro, pos mortem, o senhor acha que deveriam ser objeto de tratamento legislativo?*

**NNJ:** Acho sim. A comissão do Código Civil, o Professor Miguel Reale foi presidente da comissão do código civil em vigor. Disse que o código civil, a comissão optou por não inserir no corpo do Código Civil questões desta natureza, por exemplo, como mencionados na pergunta, justamente porque ainda estão em formação, em evolução, estes conceitos, então ficaria melhor deixar na legislação específica, extravagante, não codificada e assim por diante. A opção foi boa, achei que do ponto de vista da estrutura, a comissão agiu corretamente e não mereceu as críticas de: “Ah, o código civil não tratou dessa e daquela matéria, não falou de fertilidade, não falou de fertilização *in vitro* assim e tal!” É uma crítica que achei descabida, porque a opção do legislador foi correta. Agora o que acontece, o que tem acontecido é que nós precisamos debater realmente com democracia, com toda clareza, com dignidade e com cidadania estas questões que envolvem direito e família na atualidade. Isso não tem acontecido como deveria, no meu modo de ver. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal no dia 05 de maio de 2011 decidiu a questão da homoafetividade. Uma ação direta de inconstitucionalidade que questionava a constitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil. Então o Supremo julgou essa ação, dando a este artigo uma interpretação conforme a Constituição, que é uma técnica prevista na lei de ação direta inconstitucionalidade, e julgou a ADPF, uma ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental que envolvia a mesma questão. As duas matérias foram julgadas na mesma sessão do Supremo. E o que faz o Supremo? No meu modo de ver, ele agiu incorretamente, não quanto ao mérito porque a questão da homoafetividade, por exemplo, que foi objeto desta decisão, eu sou a favor de se ter regulamento para homoafetividade, é uma situação que existe, que nós estamos vendo do nosso lado todos os dias, isso está permeado na sociedade moderna, no mundo inteiro, isso não é só fenômeno brasileiro, no mundo inteiro e, portanto, o homossexual tem que ter a sua dignidade da pessoa humana respeitada, tem que ter a sua cidadania respeitada, a sua isonomia garantida e assim por diante! Não resta a menor dúvida. Agora o que eu acho que o Supremo não deveria fazer é legislar em matéria desta natureza e em matéria nenhuma. Não compete ao Supremo Tribunal Federal legislar. No Estado de Direito, o Supremo julga, o Legislativo legisla e o Executivo administra. Este é o Estado de Direito e nós estamos num regime político de Estado Democrático de Direito; artigo 1º, *caput* da Constituição. Então o que o Supremo fez, ele deveria ter julgado sim a ADPF e a ação direta de inconstitucionalidade pra dizer o que um tribunal do Poder Judiciário que o Supremo Federal não é corte constitucional, ele é um órgão do Poder Judiciário, está com todas as letras isso no sistema do estado brasileiro, na Constituição. Mas o Supremo às vezes se arvora em corte constitucional, ele não é! Mas às vezes ele se intitula, se auto-intitula corte constitucional. Ele é um tribunal, ele é um órgão do Poder Judiciário, Corte Constitucional não é órgão do Poder Judiciário. Está acima dos três poderes, não tem vinculação com nenhum deles por isso, pode determinar aos três poderes o que deve e o que não deve ser feito, não é? Muito bem. Agora o Supremo ao invés de julgar, ele legislou, ao arrepio ao Estado de Democrático de Direito, porque, a sede para se discutir o regulamento jurídico da homoafetividade é o Parlamento, é o Congresso Nacional. É ali que os *lobbies*, no bom sentido, tem que se pronunciar, vem lá o *lobby* dos evangélicos que são contra a homossexualidade, tem o *lobby* da Igreja Católica que é mais conservador, tem o *lobby* das organizações não governamentais, de lésbicas, de homossexuais em geral. Então aí as forças se manifestam na sede adequada que é o Parlamento, e lá nós vamos discutir. Eu me recordo da Assembléia Constituinte de 1988 que ficou praticamente um ano debatendo longamente, quase 600 parlamentares, sobre o artigo 226 da constituição, aliás, o 227 do direito de família e se concluiu que não deveria tratar da união estável como regulando relação entre pessoas e sim, entre homem e mulher. Uma longa discussão na Assembléia Constituinte. Longuíssima, aí sim com ampla democracia! E aí se resolveu naquela altura, em 1988, que não era para contemplar a união de homossexual na Constituição e união estável era só entre homem e mulher. Então isso é um debate democrático daquela altura. Hoje 23 anos depois, evidente que as coisas mais dinâmicas

se evoluíram, se modificaram, e que, portanto, o debate no Parlamento tem que ser feito de uma outra forma. É evidentemente que o resultado poderá ser outro, diferente daquele que ocorreu em 1988, mas não compete ao Supremo, suprimir o debate democrático no Congresso Nacional e tentar legislar dizendo o que a Constituição não diz, mudando assim deliberadamente, inconstitucionalmente a Constituição Federal. Então, deveriam garantir que os homossexuais são cidadãos, tem dignidade da pessoa humana e assim por diante. Mas, não regular como se fosse o legislador, isso é tarefa do Congresso. Por isso que na pergunta se deveria haver um objeto de tratamento legislativo a minha resposta é: sim. Nós temos que ter uma lei que regula a união entre homossexuais, uma lei que regule a união instável, uma lei que de o tratamento da inseminação *in vitro*, da inseminação *post mortem* e assim por diante. Estas matérias precisam de regulamento legislativo para ter segurança jurídica. Agora o regulamento legislativo passa pelo Congresso Nacional, não pelo Supremo Tribunal Federal. Eu achei que este ativismo do Supremo está virando decisionismo, é um perigo para o estado democrático de direito. Não é tarefa do Supremo legislar.

**AL:** Muito obrigada, Professor.

---

#### *Ana Luiza Nery (entrevistadora)*



Mestre e doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada e autora da obra “Compromisso de Ajustamento de Conduta”, publicada pela editora Revista dos Tribunais em 2010 e de artigos científicos.

---

#### *Nelson Nery Júnior (entrevistado)*



Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutor em Direito Processual Civil pela Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Advogado e consultor jurídico. Autor de diversas obras jurídicas e artigos científicos.