

ENTREVISTA COM MARCOS BERNARDES DE MELLO

INTERVIEW WITH MARCOS BERNARDES DE MELLO

POR RODRIGO XAVIER LEONARDO

Professor adjunto de Direito Civil na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre e Doutor em Direito Civil na Universidade de São Paulo – USP. Pós-doutorado na Università degli studi di Torino – Itália. Advogado, sócio de Tomasetti Jr Et Xavier Leonardo – Sociedade de Advogados. rxl@rxl.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Civil; Processual

RDCC:¹ Em primeiro lugar, gostaria de agradecer-lhe por conceder esta entrevista. Seria possível começar pelo seu percurso como professor de Direito Civil? Há quanto tempo o senhor é docente? Quando o senhor começou a lecionar e qual era o perfil de sua Universidade?

Marcos Bernardes de Mello: Meu caro Rodrigo. Antes de responder ao seu questionamento, desejo expressar meu agradecimento pela oportunidade que você está a me oferecer com esta entrevista. Muito obrigado.

Sempre desejei ensinar. Ainda no colégio, nos idos de 1950, cheguei a dar aulas de Química em um curso de preparação para ingresso na ESA (Escola de Sargentos das Armas – não sei se o nome ainda é esse). É preciso dizer que nunca imaginei ser um advogado. Desejava, mesmo, era ser químico, um pesquisador nessa área. Vi-me, porém, frustrado, dentre outras artimanhas da vida, porque meu pai, o Desembargador José Xisto Gomes de Mello, exatamente por ser um magistrado honesto, que vivia de seu salário, não dispunha de recursos suficientes para me mandar estudar fora de Maceió (pois aqui não havia escola de Química). A alternativa que me restava era o Direito (na época, em Maceió, somente havia faculdades de Medicina e Engenharia, profissões que não me atraíam). Entretanto, hoje sei que frustrado mesmo teria ficado se não me houvesse graduado em Direito, porque aqui encontrei o campo fértil

-
1. O texto contém alguns dados biográficos e históricos em colchetes, com o objetivo de contextualizar o leitor.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Entrevista com Marcos Bernardes de Mello. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 351-364. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

onde pude desenvolver meu espírito. Graduei-me em 1958, na Faculdade de Direito de Alagoas (naquela ocasião ainda não havia a Universidade Federal de Alagoas – UFAL).

Pois bem. Antes de tornar-me professor de Direito Civil, ensinei Instituições de Direito Privado, substituindo meu pai na Escola de Serviço Social, durante um ano, enquanto ele se recuperava de um grave enfarte. Isto em 1960.

Depois, em 1964, tentei inscrever-me em um concurso para catedrático de Direito Processual Civil, com a tese “Aspectos do despacho saneador”, onde discuti, principalmente, um tema pouco tratado e, quando tratado, muito maltratado pela processualística de então: quando, ao proferir despacho saneador, o juiz proferia decisão em que resolvia, no todo ou em parte, questão de mérito e, concomitantemente, decidia sobre matéria processual, quais os recursos adequados para atacá-las? Não consegui inscrever-me por ato arbitrário do então diretor da faculdade, movido pelo mesquinho sentimento de inimizade com meu pai, gerado pelo simples fato de haver se inscrito para disputar com ele uma das cátedras de Direito Civil na faculdade, em concurso que não pôde concluir em razão do enfarte a que me referi antes. Essa história é muito comprida, cheia de lances tristes, que é preferível esquecer (perdoei e superei as injustiças sofridas, mas, não as pude esquecer).

Posteriormente, já com outro diretor, a congregação da faculdade resolveu me indicar para lecionar Direito Civil, como professor catedrático contratado, em substituição a meu professor, excelente professor, Afrânio Salgado Lages [1911-1990, *professor catedrático e diretor da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA, foi governador do Estado de Alagoas no período de 1971-975*], que se aposentara.

Iniciava-se o ano de 1972. A Universidade era jovem. Fora fundada somente em 1961. A FDA, diferentemente, fundada em 1931, já alcançara sua plenitude como instituição de ensino respeitada. Desde o nascedouro teve um corpo docente de excelência, integrado por intelectuais possuidores de sólida cultura jurídica, quase sempre o que de melhor havia em Alagoas, em sua grande maioria comprometidos com um ensino de qualidade. E, com certeza, produziu ótimos frutos. Nunca fugiu à tradicional vocação do Nordeste de celeiro de brilhantes juristas, alguns incomparáveis, como Tobias Barreto, Teixeira de Freitas, Rui Barbosa, Clovis Beviláqua, Orlando Gomes, Seabra Fagundes, Jaime de Altavila, Torquato Castro, Lourival Vilanova, Pontes de Miranda, só para exemplificar alguns dentre centenas. Basta compulsar a história do Direito nacional para expungir o mau vezo de alguns desavisados que teimam em discriminá-los.

Foi nesse ambiente que comecei.

RDCC: O senhor, que era professor catedrático de Direito Civil, pediu exoneração e resolveu prestar um novo concurso para ingresso no magistério, perante a mesma Universidade. Como isto se sucedeu?

Marcos Bernardes de Mello: Eu sempre quis entrar na Universidade, mas pela porta da frente, mediante concurso público. Entrei, no entanto, por uma janela, como professor catedrático contratado. Embora efetivado nessa condição, a situação me incomodava. Por isso, quando a Universidade abriu concurso para professor assistente de Direito Civil, renunciamos, eu e o Professor Marcello Lavénère Machado [1938-, *presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (1991-1993)*], hoje na Universidade de Brasília, e nos candidatamos a “passar de ganso a pato” (como diria minha avó Binha, que me criou), sendo aprovados, ele em primeiro lugar e eu em segundo, para o cargo de Professor Assistente. Posteriormente, fui promovido a professor adjunto. Esperava que a UFAL convocasse concurso para professor titular. Tenho, até, um escrito bem adiantado sobre a *exceptio non adimpleti contractus*, que seria minha tese para o concurso. Mas, contrariamente, a UFAL nunca realizou um concurso para professor titular, de modo que nunca pude retornar àquela situação funcional que, por convicção, renunciei.

RDCC: Por que o senhor não o conclui e publica?

Marcos Bernardes de Mello: Primeiro, porque teria de refazê-lo por completo, uma vez que o escrevi para ser uma tese. Explico. Quando fui escrever minha tese para a cadeira de Direito Processual Civil (aquela que nunca defendi), meu pai me deu um livrinho (no tamanho) francês, preciosíssimo, intitulado *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, escrito pelo célebre civilista francês Henri Capitant [1865-1937, *catedrático de Direito Civil da Universidade de Paris*](Librairie Dalloz, Paris, 1926). Nesse livro Capitant ensina alguns *expedientes* que se pode utilizar para facilitar a sua defesa. Por exemplo: nunca esgote o assunto no texto, porque você, ao ser arguido sobre ele, não terá argumentos diferentes do que está escrito para justificar seu ponto de vista; elabore o texto de modo a criar *trilhas* para induzir o examinador a questioná-lo sobre aquilo que mais lhe interessa etc. Na elaboração de minha dissertação de mestrado (*Contribuição à teoria do fato jurídico*) segui aquelas lições. A dissertação impressa contém pouco mais de 90 páginas. Quando a complementei, passou a ter mais de 200 páginas.

Depois, tomado por minhas atividades na advocacia e outras obrigações que não posso deixar de lado, ainda não consegui concluir a segunda parte da *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. Essa é uma dívida que preciso saldar

com meus leitores e me incomoda muito. Não posso deixá-la para escrever outra coisa.

Depois de adimplida essa obrigação, quem sabe...

RDCC: Além do magistério, o senhor foi Procurador do Estado, salvo engano Procurador-Geral do Estado de Alagoas em diversas oportunidades, advogado militante e presidente da Seccional de Alagoas da OAB. Como foi a sua experiência em conciliar todas estas atividades?

Marcos Bernardes de Mello: Desde janeiro de 1961, quando tinha 25 anos de idade, até março de 1987, durante quase 27 anos, trabalhei como assessor jurídico direto dos governadores de Alagoas. Porque alguns renunciavam no último ano de mandato para candidatar-se a senador, assessoriei onze deles, ao todo, incluindo o Interventor Federal, General Tubino [João José Batista Tubino (1905-1982), governador biônico de Alagoas no período de 31.01.1965 a 15.08.1965, por designação do presidente Marechal Humberto de Alencar Castello Branco]. Comecei com o governador Luiz Cavalcanti [1913-2002, general-de-brigada e governador de 1961 a 1966], de quem fui, inicialmente, Assessor Jurídico, Secretário do Governo (uma espécie de secretário geral de administração) e, finalmente, Consultor-Geral do Estado. No Governo Lamenha Filho [1919-1997] foi criada a Procuradoria Judicial do Estado (à época o Estado era representado em juízo por Promotores de Justiça), porque o título de Procuradoria-Geral do Estado era do MP. Fui para ela readaptado, com o título de Procurador Judicial (que correspondia ao cargo de Procurador-Geral). Posteriormente, quando o órgão do MP passou a denominar-se Procuradoria-Geral de Justiça, a Procuradoria Judicial foi denominada Procuradoria-Geral do Estado, passando meu cargo a ser Procurador-Geral do Estado, o qual ocupei até me aposentar, em meados do governo José Tavares, sendo nomeado em comissão até o fim de seu governo, que antecedeu ao Collor. Esses cargos eram *isolados de provimento efetivo*, espécie que não mais existe no serviço público.

Enquanto Assessor Jurídico e Consultor-Geral, não tinha dia, nem hora. Houve dia de sair de casa às 7 da manhã, o que era normal, e só retornar às 9, 10 da noite. Aquela tese que não defendi, a escrevi na calada da noite e aos sábados e domingos. Muitos dias vi o sol raiar, eu sentado diante de uma velha máquina de escrever. Era jovem. Tinha saúde e disposição e uma esposa dedicada, que me estimulava. Era cansativo, difícil, mas valeu a pena a grande experiência que adquiri.

Na Procuradoria-Geral, o trabalho era mais ritmado.

Nesse período, fui um dos fundadores e eleito o primeiro Presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Alagoas (APE), cargo que exerci

por vários mandatos; o primeiro Presidente eleito da Associação Nacional de Procuradores de Estado (Anape); e também Presidente do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Quando me inscrevi na OAB (1958), o Estatuto vigente não previa impedimentos para advogar, razão por que não me afastei da advocacia privada, que, no entanto, exercia limitadamente. Somente quando me aposentei da Procuradoria passei a exercê-la plenamente.

A Universidade também me ocupava bastante tempo. Mas, sempre deu para conciliar, sem jamais negligenciar qualquer de meus deveres. Nos anos 1980 fui Chefe do Departamento de Direito, cargo que correspondia ao Diretor da Faculdade.

Já aposentado da Procuradoria, durante vários anos exerci o cargo de Conselheiro Federal da OAB, representando meu estado. Em 2003 fui eleito Presidente da Seccional de Alagoas da OAB.

Também tive a honra de ser Juiz do TRE-AL, durante dois mandatos, onde pude viver o outro lado da Justiça.

RDCC: Toda a sua carreira tem sido marcada por um dedicado estudo da obra de Pontes de Miranda. Qual a origem de sua relação com a obra de Pontes de Miranda?

Marcos Bernardes de Mello: Meu pai era um jurista de primeira plana, e um juiz impecável. Não havia área do Direito que ele não dominasse. Era comum eminentes advogados e juízes virem pedir-lhe orientação. Tinha uma vasta e bem abastecida biblioteca jurídica, com o que de melhor havia à época. Diariamente, de segunda a sábado, já ao alvorecer, sentava-se em uma cadeira de palhinha, ao lado de uma janela que dava para uma pequena área, e, pelo menos até as 9 horas, dedicava-se a ler algum livro, em geral, jurídico, ou a estudar um processo sob seu julgamento. Quando juiz de primeira instância, tinha fama de publicar suas sentenças ao final das audiências de instrução e julgamento, nunca marcando outro dia para fazê-lo.

Estava, eu, cursando o 2.º ano da Faculdade (1954), iniciando o estudo do Direito Civil, quando, um belo dia, meu pai chegou em casa com um lindo e grosso livro de capa branca. Ele era uma pessoa reservada, de pouca conversa, consequência de uma grave deficiência auditiva, e de linguagem comedida. Dois dias depois ele, textualmente, me disse: “estou lendo um livro que o autor ou é um gênio, ou é uma grande pulha”. Essa palavra *pulha* saindo da boca de meu pai era coisa gravíssima, para mim. Alguns dias mais, fui chamado ao seu gabinete e dele ouvi que eu não deveria mais estudar Direito Civil por nenhum daqueles tratadistas que honravam sua biblioteca, mas deveria me concentrar

naquele livro novo, que não era outro senão o tomo I do *Tratado de Direito Privado* de Pontes de Miranda. É bom lembrar que não havia, praticamente, obras didáticas à disposição dos estudantes, salvo alguns poucos manuais, bastante elementares. Obras como as de Orlando Gomes, Caio Mario, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, por exemplo, vieram muito depois.

Desde aí, sem deixar de estudar outros juristas, nacionais e estrangeiros, para comparação e complementação, dediquei-me à obra de Pontes de Miranda, encantado pela precisão, logicidade e sistematicidade com que desenvolveu os conceitos e ideias com que construiu o seu paradigma científico, completamente diferente daquele empregado pela doutrina até ali. Na minha modesta opinião, vejo em Pontes de Miranda o maior cientista do Direito no século XX, em todo o mundo.

RDCC: E o seu encontro com o “*Sistema de Ciência Positiva do Direito*”? Qual a influência dessa obra em seu pensamento atual?

Marcos Bernardes de Mello: Há um fato interessante envolvendo o *Sistema*. Entusiasmado com a doutrina de Pontes, achei que devia aventurar-me a ler o *Sistema*. Meu pai, porém, dissuadiu-me, alertando-me para as dificuldades que teria de enfrentar em razão da extraordinária erudição de seu conteúdo. O *Sistema* passou a ser para mim território proibido.

Pois bem. No *Tratado*, desde o prefácio (que é uma preciosidade e onde ele expõe sua concepção da juridicidade e propõe a divisão do mundo jurídico em três planos: existência, validade e eficácia) Pontes afirma que o efeito da regra jurídica é a incidência, por meio da qual o suporte fático se transforma em fato jurídico. No entanto, no tomo V há uma passagem em que ele, após reafirmar que a incidência é o efeito da regra jurídica, diz: *Mas não só*. E não explica qual a outra ou quais as outras eficácias.

Durante anos, cada vez que lia o *Tratado*, procurava encontrar uma explicação. Em vão. Encontrei-a ao ler o *Sistema*, somente em 1973, e constatei que, embora tenha sempre estado diante dos meus olhos desde as primeiras páginas do *Tratado*, não a conseguia ver, simplesmente porque procurava por algo de cunho jurídico, quando, em verdade, esse outro efeito tinha caráter sociológico: a função corretora da adaptação social.

O *Sistema*, em verdade, é obra hercúlea, de profundo e notável conhecimento científico. Não apenas jurídica, muito menos de Direito positivo, mas de ciência social em que o Direito se insere. Serviu-me para alargar meus horizontes e permitir ver o Direito posto no mundo, em suas relações mais arraigadas com as demais ciências que tocam diretamente o homem como indivíduo e também membro de grupos sociais.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Entrevista com Marcos Bernardes de Mello. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 351-364. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

RDCC: O seu livro intitulado “Teoria do Fato Jurídico: plano da existência” está completando trinta anos. Trata-se de uma obra monográfica, de Teoria do Direito, de incomum aceitação no Brasil. Ao longo destas três décadas, qual o segredo deste sucesso editorial?

Marcos Bernardes de Mello: Nenhum segredo, mas a junção de alguns fatores. Primeiro, porque buscou explicar de maneira simplificada uma doutrina, a de Pontes de Miranda, extremamente respeitada, mas pouquíssimo conhecida e, pior ainda, considerada muito complicada. Quem não reverencia a obra de Pontes? Mas, quem se dispôs a estudá-la? A extensão e a profundidade com que são tratados os problemas do Direito animam muito poucos. Acrescente-se: a doutrina de Pontes criou um paradigma novo para tratar a Ciência do Direito, desprezando aqueles que vinham dos clássicos. Quem, julgando-se dominador dos conceitos jurídicos iria aceitar esquecê-los para aprender tudo de novo? Era necessário muito espírito científico. Tive um professor de Direito Civil que me dizia: *menino, Pontes é bom para ser citado, não para ser estudado.*

Segundo, porque, a maneira intencionalmente simples de expor as ideias, permitiu que aquele desejo contido de conhecer o pensamento de Pontes se tornasse realidade.

Terceiro, porque vários professores dedicados à boa ciência viram na teoria do fato jurídico um caminho seguro para lidar com os conceitos do Direito e torná-los úteis para a sua aplicação no dia a dia das lides jurídicas. Quem domina a teoria do fato jurídico, encontra sempre a solução para os problemas da experiência jurídica, por mais intrincados que sejam. A possibilidade de errar é bastante reduzida.

Finalmente, é uma obra que não tem similar na literatura jurídica. Ao agradecer ao Professor José de Albuquerque Rocha [*Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, falecido em 2009*] uma citação que fizera de meu livro em sua obra *Teoria Geral do Processo*, qualificando-o de *excelente trabalho* (nota de rodapé n. 55), disse-me ele, benevolentemente, que não tinha porque agradecer-lhe, pois, vivia pelo mundo fazendo pós-doutoramentos e nunca encontrara livro igual.

RDCC: Hoje, a sua teoria sobre o fato jurídico está exposta em três livros, cada um deles dedicado respectivamente a um dos planos: a existência, a validade e a eficácia. Por qual razão este modelo teórico se mantém contemporâneo?

Marcos Bernardes de Mello: Porque atende ao rigor científico que uma teoria deve observar. Veja-se. Os atos jurídicos *lato sensu*, exclusive os ilícitos, estão sujeitos às seguintes vicissitudes: (a) existe, é válido e é eficaz (são as

situações mais corriqueiras); (b) existe, é válido e é ineficaz (exemplo: testamento antes da morte do testador); (c) existe, é inválido e é ineficaz (é o que em geral acontece); (d) existe, é inválido e é eficaz (exemplos: casamento putativo, ato jurídico anulável). Como se pode constatar há nessas combinações uma constante: a existência. Validade e eficácia são variáveis. Daí se tira que: existir é pressuposto de validade-invalididade e de eficácia-ineficácia. Entretanto, validade não constitui pressuposto de eficácia, nem invalididade pressuposto de ineficácia. Ora, qualquer teoria que confunda essas três situações (existir, valer e ser eficaz) nega uma realidade que ocorre no mundo e, portanto, é falsa.

É verdade que validade e eficácia são questões que se põem na dimensão dogmática do Direito e, por isso, podem ter o tratamento que lhe quiser dar, quem tenha na comunidade jurídica o poder de revelar o Direito. Nada impede, assim, que o legislador, por exemplo, exclua do sistema jurídico a espécie *validade* e disponha que todos os atos defeituosos serão ineficazes, ou determine que todos os atos inválidos são ineficazes, isto de modo absoluto, sem exceção. Em tal caso, a tripartição do mundo jurídico perderia a razão de ser. Mas seria necessário, então, uma bipartição.

Do ponto de vista da Ciência, é preciso considerar que uma teoria sobre determinado objeto somente é verdadeira quando abrange todas as situações possíveis, sem admitir exceções. Por isso, a concepção ponteana da divisão do mundo jurídico em três planos é irretocável e atualíssima. Quem a desconsidera está exposto a cometer erros graves.

RDCC: Por muitos anos, a teoria do negócio jurídico foi alvo de críticas que sustentaram a sua imprestabilidade para o Direito Civil contemporâneo. Em pleno século XXI, no entanto, verificamos novas monografias a respeito do tema, inclusive no Direito europeu, ainda que se distanciando do voluntarismo que marcou a sua gênese, tal como defendido pelo senhor em sua “Teoria do fato jurídico: plano da existência”. A teoria do negócio jurídico se mantém importante para o Direito Civil contemporâneo?

Marcos Bernardes de Mello: Sem dúvida. O negócio jurídico é instituição que nunca vai poder ser desprezada, em razão de sua enorme utilidade e pertinência. A questão é de como se deve tratá-lo. Os juristas têm o mau costume de se manterem fiéis a conceitos que caducam ou mesmo que vieram formulados equivocadamente desde a origem. Desse último mal sofre o negócio jurídico. Quando os pandectistas alemães *isolaram* a espécie negócio jurídico deram um enorme passo científico. Mas, quando o conceituaram como *uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos*, quando falaram em *efeitos*

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Entrevista com Marcos Bernardes de Mello. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 351-364. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

queridos e coisas semelhantes, cometeram o erro de considerar o *elemento volitivo* do suporte fático como o próprio fato jurídico. Esse erro perpetuou-se, atravessou os séculos, em todos os idiomas onde a figura do negócio jurídico foi recepcionada (a doutrina francesa não a admite). Não há dúvida de que a *vontade* nunca pode gerar algum efeito jurídico. Em verdade, somente quando reconhecida pelo Direito, portanto, quando erigida a elemento de um suporte fático de norma jurídica, pode ter alguma consequência jurídica. Certamente, nessa espécie, é o dado mais importante, por isso denominado *elemento cerne*. Mas, indiscutivelmente, nem a norma jurídica, nem a vontade, nenhuma delas sozinha, pode gerar qualquer efeito jurídico. Somente o acoplamento das duas, formando o fato jurídico, tem essa função. Esse o verdadeiro conceito de negócio jurídico: o fato jurídico em que a vontade constitui o cerne de seu suporte fático, à qual a norma jurídica reconhece o poder de escolha da categoria jurídica (poder de autorregramento da vontade ou autonomia da vontade).

Pontes de Miranda mostrou isso muito bem, com a maestria que lhe é peculiar, no *Tratado de Direito Privado*. Quantos o leram? Quantos constataram o avanço que suas lições trouxeram na precisão desse conceito? Parece que pouquíssimos, porque, massivamente, continuam os juristas a repetir o pecado original, cometido no Século XVIII.

Por isso, é que há doutrinas que negam a pertinência do conceito de negócio jurídico. Visto com os olhos de Pontes, vale dizer, atualizada e corrigida a concepção, a categoria negócio jurídico é absolutamente atual e aplicável a todos os ramos do Direito.

Veja-se. A doutrina consumerista, por exemplo, sustenta a imprestabilidade da categoria negócio jurídico para o Direito do Consumidor, porque nesse ramo jurídico a *vontade* não é geradora de efeitos jurídicos, além do que a maneira como o Direito Civil a trata, em especial quanto à validade, não se coadunaria com a sistemática desse novo e relevante ramo da ciência jurídica. Citam-se, em abono de sua tese, situações como as de compras feitas em supermercados, por meio de máquinas, através de contratos de adesão, de vendas e contratos obrigatórios impostos pelo governo (e.g. venda compulsória de um produto ao governo; seguro obrigatório de automóveis), em que, aparentemente, não há negociação entre as partes. Essas objeções não se sustentam se considerarmos que a vontade tem apenas a função de *querer* ou *não querer, conscientemente*, realizar o ato, não de obter uma eficácia jurídica. Não há nem necessidade de saber que se está a praticar um negócio jurídico, *basta querer o ato em si*. Quando vou a um supermercado e adquiero uma mercadoria qualquer, o faço pensando em realizar um *contrato de compra e venda*? Não, evidentemente, mas a empresa dona do estabelecimento *quis vender* a mercadoria que expôs na gôndola e

eu *quis comprá-la*, simplesmente; quando alguém põe refrigerantes em uma máquina e a expõe ao público e ponho uma ficha adequada na máquina, aperto o botão e retiro a latinha de refrigerante, o dono da máquina e eu *expressamos, ou não, nossas vontades de vender e de comprar?* Mas, alguém põe a ficha pensando em *efetivar um contrato de compra e venda?* Mas, mesmo que nem tenha pensado em fazer contratos, houve, ou não, contratos de compra e venda? Quando entro em um ônibus e pago a passagem o faço pensando em formalizar um contrato de transporte, ou apenas *quero* ser transportado? Quando compro na bilheteria de um cinema um ingresso para assistir a um filme, vou pensando em fazer um contrato de exibição, ou simplesmente *quero* assistir ao filme. Em todas essas situações precisei *declarar a minha vontade?* Mas, são contratos, ou não; e contratos são, ou não, negócios jurídicos?

O mesmo acontece quando contrato o uso de uma linha telefônica, o fornecimento de água, de energia elétrica etc.

O problema que parece mais complicado é a do denominado *seguro obrigatório de veículos automotores*. Em verdade, não se trata de um contrato de seguro, mas de um *ônus* imposto pelo Governo para quem deseje ter um automóvel. É figura semelhante à exigência de registro nos conselhos reguladores de profissões (OAB, CFM, CFO, *e.g.*) e de pagamento de *taxas* para que alguém possa exercer certa profissão. Essa espécie, identificada originalmente pela doutrina italiana, foi muito bem exposta entre nós pelo Ministro Eros Grau, em brilhante parecer proferido a pedido do Conselho Federal de Farmácia, se não me engano.

Quanto ao problema da inaplicabilidade das normas sobre validade que regem o Direito Civil, é preciso anotar que essa é questão que se põe na dimensão dogmática do Direito, de modo que pode ser tratada diferente nos diversos ramos jurídicos. Não é, portanto, uma peculiaridade do Direito Civil. Pessoalmente entendo que andou muito mal o legislador civil brasileiro quando não adotou, no Código de 2002, o tratamento dado pelo CDC a temas como o da boa-fé, da equidade, relativamente à invalidade dos negócios jurídicos. Entendo, também, como mostrei em meu livro *Teoria do fato Jurídico: plano da validade*, que a moralidade, aí incluída a boa-fé, constitui elemento de validade dos atos jurídicos no Direito Civil, bem como em todos os ramos do Direito. Basta lembrar as menções aos bons costumes como elemento de licitude dos atos jurídicos nos arts. 122 e 187, do CC/2002 e à moralidade administrativa como pressuposto da licitude dos atos públicos no art. 5.º, LXXIII da CF/1988.

Parece-me evidente, assim, que se escoirmos do conceito de negócio jurídico a referência imprópria a *declaração de vontade para gerar efeitos jurídicos* como dado essencial seu, bem como se considerarmos que o problema de

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Entrevista com Marcos Bernardes de Mello. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 351-364. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

causas de invalidade se limita à dogmática jurídica, podendo ter tratamento distinto nos vários ramos do Direito, constataremos que as objeções à utilidade e atualidade do negócio são infundadas, com as devidas vênias aos notáveis juristas que construíram e continuam construindo o Direito do Consumidor.

RDCC: Jan Peter Schmidt, pesquisador do Instituto Max-Planck para o Direito Privado Estrangeiro e Internacional (Hamburgo), no vol. 5, p.135-158, de janeiro-abril de 2014, da *Revista Fórum de Direito Civil*, escreveu um ensaio intitulado *Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã*: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico, no qual ele analisa especialmente a tripartição de planos, procurando reconstruir o percurso bibliográfico, traçado por Pontes de Miranda, a partir de escritores alemães. Em suas conclusões, o Jan Peter Schmidt argumenta que, na Alemanha, em sua expressiva maioria, os privatistas defenderiam uma integração entre os planos da validade e da eficácia, a partir de uma noção de ineficácia em sentido amplo. Quais seriam as vantagens da diferenciação entre estes dois planos?

Marcos Bernardes de Mello: Seja-me permitida uma digressão. Inicialmente, preciso ressaltar que o estudo do pesquisador Jan Peter Schmidt tem para mim uma relevância muito grande; é o reconhecimento da importância da obra de Pontes de Miranda. Depois, devo lembrar que a concepção de mundo em geral (como a soma de todos os fatos que aconteceram e o palco onde irão acontecer), bem como a sua divisão em dois mundos: dos fatos (onde se situam todos os fatos) e do Direito (integrando apenas por fatos jurídicos), e a tripartição desses nos planos da existência, da validade e da eficácia, constituem criação original de Pontes de Miranda e não foi reprodução de doutrinadores alemães. Também, é preciso lembrar, ainda, que a concepção da fenomenologia da juridicização tendo como dado fundamental a incidência infalível da norma jurídica, é também original de sua doutrina. Devo destacar, mais, que a obra de Pontes de Miranda, embora tenha seu fundamento maior na doutrina germânica, a ela não se subordinou servilmente, sendo constantes, ao longo de sua obra, as críticas aos mais importantes juristas alemães, muitas vezes para apontar erros e fazer correções. E ainda, a ela não se limitou. Sua obra é enciclopédica. Foi construída com os conhecimentos hauridos dos notáveis jurisconsultos romanos, cujas obras conhecia profundamente, passando pelos Glosadores, na Idade Média, e pelas doutrinas elaboradas pelos franceses, italianos, e bem como pela velha tradição lusa. Talvez seja um exagero, mas vejo na História do Direito, cinco momentos extraordinários: o Direito Romano, monumento maior do Direito em todos os tempos; a obra dos Glosadores, que permitiu a transposição daquele Direito para os nossos tempos; o Code de Napoléon, apesar dos males trazidos pela Escola da

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Entrevista com Marcos Bernardes de Mello. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 351-364. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

Exegese; a obra da Pandectística Alemã, que *construiu* a Teoria Geral do Direito, racionalizando a Ciência Jurídica; e a obra de Pontes de Miranda.

Quanto à propriedade da divisão do mundo jurídico em planos, já me referi acima. A sua pertinência é absoluta nos sistemas jurídicos em que são reconhecidos atos válidos ineficazes e atos inválidos eficazes, porque fica patente que validade e eficácia são podem ser sinônimos. Por outro lado, é preciso lembrar que eficácia e ineficácia, validade e invalidade são qualificações que, por isso, supõe, necessariamente, algo que qualifique. Portanto, não me parece lógico tratá-los com indistinção, muito menos ter como categoria única a ineficácia. Entre nós, o eminente Caio Mario da Silva Pereira adota essa indistinção e segue essa orientação de que ineficácia é o gênero de que existência e validade são espécies.

RDCC: Em recente obra escrita em homenagem ao jurista Clóvis do Couto e Silva, o senhor reafirmou e desenvolveu a tese da incidência invalidante de regras jurídicas. Em alguns atos a ilicitude estaria no núcleo do suporte fático, ensejando o seu ingresso no mundo jurídico como ato ilícito? Noutros, aparentemente, isto se verificaria apenas em um segundo momento. Sob o plano da existência, seriam atos lícitos, sofrendo, no plano da validade, a incidência invalidante. Como ocorreria a relação entre os dois planos (a existência e a validade) quanto à conformidade ao ordenamento jurídico?

Marcos Bernardes de Mello: É verdade. Há ilícitos que já entram no plano da existência com essa característica. No núcleo de seus suportes fáticos já se encontram os dois elementos caracterizadores da ilicitude: a contrariedade a direito e a imputabilidade. Nessa espécie está o ato ilícito *stricto sensu*, também denominado ato ilícito absoluto ou delito. São exemplos os ilícitos criminais e a espécie descrita no art. 186 do CC. (É preciso lembrar que o ilícito previsto no art. 186 do CC é apenas uma espécie de ilícito e não, como pensam alguns, o ilícito). Esses vão diretamente do plano da existência para o plano da eficácia, não passando pelo plano da validade. Quando se trata desses ilícitos não há que se falar em ineficácia, muito menos em invalidade. Todos são eficazes. Há outros, porém, que ingressam no plano da existência como negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*, porque estão concretizados todos os elementos cerne e completantes de seus suportes fáticos. Entretanto, todo negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu* tem de passar, necessariamente, pelo plano da validade, onde será verificado se algum dos elementos do núcleo de seus suportes fáticos é defeituoso, por exemplo: a vontade está viciada por erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, fraude contra credores; o objeto é indeterminável, imoral, ilícito, impossível; a forma não é a prevista em lei; ou ocorre alguma das causas de nulidade ou de anulabilidade definidas em lei. Se se constata a ocorrência de algum defeito invalidante, o ato jurídico é invalidado e taxado de ilícito.

A ilicitude, é preciso considerar, é uma sanção como outra qualquer aplicável ao ato jurídico defeituoso por contrariedade a direito.

Portanto, onde e quando se detecta a ilicitude do ato, se na entrada no plano da existência, ou depois no plano da validade, depende da sua natureza.

RDCC: O senhor foi um dos atualizadores do *Tratado de Direito Privado*, editado pela *Revista dos Tribunais* em 2012. Como foi a experiência, ainda que metafórica, de pensar e escrever ao lado de Pontes de Miranda?

Marcos Bernardes de Mello: Alguns anos depois da morte de Pontes de Miranda fui sondado por um amigo se aceitaria fazer uma atualização da obra do Mestre, principalmente do *Tratado de Direito Privado*. Declinei do convite, por dois motivos; primeiro, não me achava capacitado para enfrentar a empreitada; depois, seria um trabalho hercúleo, que me obrigaria a deixar todas minhas obrigações para dedicar-me, exclusivamente, a ela.

Para a edição da *Revista dos Tribunais* fui convidado já no fim dos trabalhos. Se não me engano, faltavam apenas uns seis meses para a conclusão. Alguém, que não sei quem, não conseguira atualizar os três tomos e, então, se lembraram de mim. Aceitei o encargo, tanto pela honra de dele participar, quanto pelo amor à obra. Mas, não haveria tempo para fazê-lo sozinho, de modo que convidei o Professor Marcos Ehrhardt Jr., um brilhante civilista e professor das Alagoas, também ponteano, para compartilhar comigo a incumbência. Junto demos conta do recado.

Vivenciamos uma experiência única. Constatamos que, por mais que o mundo tivesse mudado, por mais que o Direito estivesse em mutação, os fundamentos teóricos do modelo ponteano continuavam íntegros e atuais. Nada a modificar, senão apenas a por em dia.

Pessoalmente, pude manter com o pensamento que sempre me encantou um diálogo que gostaria pudesse ter sido ao vivo.

RDCC: A obra de Pontes de Miranda parece ser revigorada a todo momento. Novas obras constantemente são lançadas (cito, apenas como exemplo, a teoria dos fatos jurídicos processuais de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira), os ciclos de estudos são realizados, e o autor continua sendo a principal referência nos *Tribunais*. Qual a opinião do senhor a esse respeito?

Marcos Bernardes de Mello: A maioria das doutrinas que cuidaram e cuidam do Direito o fizeram, e o fazem, considerando um ou outro de seus aspectos, de modo que são vencidas pela permanente evolução da sociedade. O normativismo, por exemplo, apegou-se à norma, como se o Direito a ela se limitasse. A norma é apenas um dos dados da juridicidade. Sozinha, como já mencionei antes, não produz qualquer consequência jurídica.

O gênio de Pontes, diferentemente, buscou identificar o âmago do fenômeno jurídico e, ao encontrá-lo, explicou o Direito pela sua essência e não pelo que lhe é accidental. Por isso, com a aplicação da concepção ponteana no Tratado do Direito é possível encontrar explicação e solução para os problemas que surgem na experiência jurídica. Creio que esse constitui o segredo da vitalidade de sua doutrina.

RDCC: De certo modo, retomando o início da entrevista, pergunto-lhe: o senhor ainda leciona em cursos de graduação?

Marcos Bernardes de Mello: No dia em que completei meus 70 anos, estava dando minha aulinha, quando fui interrompido por um funcionário que, gentilmente, entregou-me uma correspondência da administração comunicando-me que eu estava aposentado, compulsoriamente.

Foi triste, depois de tantos anos. Passei quase um ano para retornar à sala de aula, onde ainda me encontro, como professor voluntário, tanto na graduação, como no mestrado. Faço isso por vários motivos. Primeiro, porque me acho válido o bastante. Segundo, porque considero cada aula um novo desafio que preciso vencer. Terceiro, porque, ensinando, sinto que minha mente se mantém cada vez mais viva, o que me faz bem. Finalmente, porque me graduei e fiz meu Mestrado em Faculdades Públicas, sem gastar um tostão do meu bolso, mas custeado pelo povo que paga os impostos; por isso, entendo ter um dever com minha comunidade de retribuir o quanto despendeu para minha formação, o que somente posso fazer doando, aos que querem, os conhecimentos que pude granjear ao longo de minha vida.

RDCC: Como um incansável professor, em sua opinião, quais seriam os desafios para o Direito Civil contemporâneo?

Marcos Bernardes de Mello: Sempre vi o Direito como um instrumento de realização do ser humano, de modo que deve ser feito para a vida e não a vida para o Direito, visando a paz no ambiente social. Por isso, deve buscar atender as carências humanas em cada momento histórico. Apesar de que, *grosso modo*, se possa dizer que são, basicamente, as mesmas desde o homem primitivo, a cada dia mais se sofisticam em razão dos avanços tecnológicos. No entanto, o dado fundamental a considerar é o elemento humano em sua integralidade, portanto, o homem enquanto *ser*. Por isso, parece-me que humanizar-se constitui o maior desafio do Direito Civil, pondo, definitivamente, o *ser* à frente do *ter*. Diz-se que o Código de 2002 fez isso, mas se o fez foi tão timidamente que somente se pode ver por meio de possante microscópio. Salvo em raríssimos momentos, imitando já projectos estrangeiros, houve alguma luz.