

# JUSTIÇA & CIDADANIA<sup>®</sup>

ISSN 1807-779X  
9771807274000 00203 >  
Edição 203 - Julho de 2017  
R\$ 16,90

CLAUDIO LAMACHIA, PRESIDENTE NACIONAL DA OAB

## FORA DA LEI NÃO HÁ SOLUÇÃO!

Encarte Especial: "A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ"

# Férias dos magistrados e o “novo” CPC

## Inconstitucionalidades e contradições

José de Anchieta da Mota e Silva | Desembargador do TJMG

**N**ão obstante inexistir previsão na redação original da Constituição acerca do período de férias dos magistrados, verifica-se que o art. 66, §1º, da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) dispõe que, exceto os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho, os demais membros dos Tribunais gozarão de férias coletivas nos períodos de 2 a 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho, ocasião em que havia juízes, desembargadores e ministros de plantão, atentando-se que, nesses períodos, não havia decurso de prazo para os advogados, o que possibilitava aos mesmos sair de férias com as suas famílias.

Pois bem. Em indubitável equívoco, os advogados buscaram junto ao Congresso Nacional a aprovação da Emenda 45/2004, com o fundamento na morosidade do Judiciário, visando à alteração das férias dos magistrados. Desse modo, já no mês de janeiro de 2005, o Poder Judiciário passou a funcionar normalmente, com exceção dos Tribunais Superiores, o que, de pronto, configura um tratamento desigual.

Por outro lado, após a referida alteração, os advogados passaram a perceber que não mais podiam sair de férias com suas famílias nos meses de janeiro e de julho, uma vez que o Judiciário passou a funcionar ininterruptamente, e, tanto fizeram, que o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça e à época Presidente do STF, Min. NELSON JOBIM, violando a Constituição Federal e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, decidiu por paralisar o funcionamento do Judiciário a partir de 20 de dezembro de cada ano até 6 de janeiro do ano seguinte, *como se legislador fosse*, para que os advogados pudessem sair de férias.

O Congresso Nacional, em 2009, passou a analisar o Projeto de Lei do “Novo” CPC e, já no ano de 2015, fora aprovado num espaço de tempo por demais curto, quando bastaria apenas alterar o Código de 73 no que efetivamente fosse necessário. E, mais uma vez, e de forma inconstitucional, suspendeu o expediente forense no período de 20 de dezembro a 20 de janeiro, sem que os prazos corresse para os advogados. *Coisa de país subdesenvolvido!*

Diante dessas inconstitucionais decisões, os processos cada vez mais passaram a demorar a chegar ao seu término não só na primeira instância, como nas demais instâncias. Ressalta-se que, principalmente na segunda instância, a morosidade é ainda maior, uma vez que agora, tão somente de seis em seis meses – *o que não acontecia antes* –, as Câmaras se reúnem com seus cinco integrantes, em razão dos períodos diversos que cada magistrado adota para gozar de suas merecidas férias, o que dificulta o julgamento dos processos pela Câmara cheia.

Nesse panorama, julgo que as decisões do Min. Nelson Jobim e do Congresso Nacional são plenamente inconstitucionais. É dizer, se queriam alterar as férias da magistratura, antes deveriam ter alterado a LOMAN (Lei Complementar nº 35, de 14/3/79), recepcionada pelo STF e de iniciativa do STF.

Assim, sem sombra de dúvida, o que restou decidido revela um absurdo jurídico, uma afronta às normas vigentes, uma vez que, antes, deveria ser alterada a LOMAN, já que se trata de Lei Complementar à Constituição Federal de iniciativa do STF.

Conforme já delineado anteriormente, o “Novo” CPC prevê a suspensão das sessões no período de 20 de dezembro a 20 de janeiro para que os advogados possam sair de férias com suas famílias, o que representa um retrocesso enorme e, quer queiram quer não, a culpa também deve ser atribuída à OAB e ao Congresso Nacional, com o devido respeito, pois, consolidada essa alteração pelo CPC, ocasiona-se uma permanente demora em demasia para que se dê o encerramento dos processos.

É imprescindível uma mudança radical no que toca às férias dos juízes em todo o Judiciário, não só na Constituição Federal, mas também no CPC, a fim de que se retorne o sistema anterior, mantendo os termos constantes na Lei Orgânica da Magistratura.

A demora não estava e não está no sistema das férias. A verdade, como é sabida por todos, corresponde à enormidade de recursos protelatórios e inúteis, incluindo-se, agora, o acréscimo de dias dos prazos previstos no “Novo” CPC. Daí não há falar em prazo razoável.

Noutro norte, apenas para salientar as ditas inovações trazidas pela nova legislação processual civil, frisa-se que já existe a previsão na Constituição Federal da obrigatoriedade de o juiz de direito fundamentar todas as suas decisões, de forma que repetir tal norma no CPC nada mais é do que pleonasma e inutilidade manifesta. É notório que tal norma é de conhecimento de todo magistrado e, diante da sua inobservância, os Tribunais casam a decisão ou a sentença viciada.

Nesse mesmo sentido, vê-se que decisão de teor repetitivo, súmulas vinculantes e repercussão geral já existiam no CPC de 73, em razão da alteração pelas Leis nºs 11.276/2006, 11.277/2006, 11.417/2006 e 11.418/2006.

### O “novo” CPC e os embargos infringentes

Não é preciso ter doutorado e mestrado para se chegar à óbvia conclusão de que o “NOVO” CPC transformou os magistrados dos Tribunais em advogados. Sem sombra de dúvida, senão vejamos.

Sem qualquer justificativa plausível, os Embargos Infringentes deixaram de figurar no CPC. Contudo, mais uma vez, trocaram o seis por meia dúzia. Isto é, o fato de deixar de existir nominalmente, não quer dizer que pelo simples fato de o julgamento continuar não significa não haver divergência de julgamento. O pior e o que é lamentável, que a nova legislação leva o presidente da Câmara a marcar nova data para que o recurso de apelação seja reapreciado como se ele e todos

os demais membros da Câmara fossem advogados e pudessem recorrer do resultado, como se não tivessem satisfeitos com a decisão da maioria. Ademais, tal inovação corre contra o tempo, eis que impede o Judiciário de arrecadar suas custas. Lamentável. Em verdade, transformaram os desembargadores em advogados. Coisa de país subdesenvolvido!

### Do agravo de instrumento

Pertinente aos prazos processuais, reitera-se que a nova legislação vai de encontro à duração razoável do processo.

Na hipótese do agravo de instrumento, o “Novo” CPC estendeu o prazo da sua interposição para 15 (quinze) dias úteis. Nesse passo, considerado o prazo de resposta, tem-se mais de um mês, sem contar eventual interposição de agravo interno nos autos, o que também revela grande atraso na tramitação dos processos.

E o que dizer, então, do disposto no artigo 1.015 do CPC, que, segundo entendimento de alguns, prevê rol taxativo (*do qual discordo*), e outros, pode ser considerado extensivo? Nesse específico, constatam-se diversas inexatidões, senão vejamos.

Na hipótese em que o juiz acolhe a exclusão de litisconsorte (art. 1015, VII), também não será admitido agravo de instrumento em face da decisão que acolhe a inclusão de litisconsorte, por ser o aludido rol considerado taxativo?

Conforme prevê a nova legislação, neste caso, o autor não poderá recorrer, não sendo ainda cabimento de mandado de segurança. Daí, sobrevém a sentença. A parte recorre, requerendo a nulidade da decisão. Se reformada a decisão e a sentença pelo Tribunal, será determinado que o processo retorne à comarca de origem, com a cassação da decisão e da sentença, com a nulidade de todos os atos ali praticados, o que imputará enorme atraso.

Outros equívocos também se constata nos casos da ausência de previsão quanto à negativa de produção de prova ou de incompetência do juízo. Em qualquer das hipóteses, o atraso será enorme.

Esse é mais um exemplo deste “péssimo” Código, no dizer do saudoso Professor, Jurista e Desembargador JOSÉ MARRARA.

### O art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal e o art. 85, e seus parágrafos inconstitucionais, do “novo” CPC

O art. 7º e seu inciso IV, assim estão redigidos:

Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo; **sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.**

POIS BEM. Basta uma leitura atenta do artigo 85 e seus parágrafos do CPC no que dizem respeito aos honorários dos advogados, nos casos que envolvem a Fazenda Pública, à evidência que contrariam a Constituição Federal, que dispõe que a vinculação do salário mínimo é “*vedado para qualquer fim*”. É dizer, a alegação de que se trata de mero cálculo não se sustenta. Isso, porque o salário mínimo está sendo tomado como base para se fixar o valor dos honorários dos advogados, como se depreende do inciso 1º do § 3º e o § 4º do art. 85, como se segue:

Art. 85. (...)

§ 3º: Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV, do § 2º e os seguintes percentuais:

I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários mínimos.

§ 4º. (...) IV: **será considerado o salário mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.**

COMO SE VÊ, nada mais é preciso dizer. O contido no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 85 do “Novo” CPC é inconstitucional. Não houve revisão de direito.

### As contradições do “novo” CPC. As contradições no que diz respeito à atuação dos juízes

Para mim, tenho como “horroroso” o “Novo” CPC – com o devido respeito aos que pensam de forma diferente –, pois vejo que não houve séria e cautelosa revisão das normas, o que externou diversos artigos contraditórios.

Em dois ou três artigos, ou quando muito, em quatro, tem-se que é vedado ao juiz decidir de ofício, sem que antes se abra vista às partes, mesmo a lei lhe conferindo o direito de agir de ofício. Já mais à frente, o Código permite ao juiz agir de ofício, o que evidencia que o “Novo” CPC foi sancionado com muita pressa e sem a devida revisão de direito.

Os artigos 9º e 10º proíbem que os juízes decidam, sem que antes os advogados sejam ouvidos. Muito bem. Acontece que, nos 34 artigos à frente, tem-se a

permissão para que os juízes possam agir de ofício. Confirmam-se os números dos artigos: 9º e 10º não permitem. Mas os artigos 63, § 3º, 64, § 1º, 78, § 2º, 81 “caput”, 82, § 2º, 138, “caput”, 142, 190 § único, 203, § 3º, 271, 288, 292, § 3º, 332, § 1º, 337, § 5º, 342, inciso II, 363, 370, 382, § 1º, 385, “caput”, 421, 461, “caput”, 464, § 2º, 480, 481, 485, § 3º, 487, inciso II, 622, “caput”, 712, 773, “caput”, 803, § único, 828, § 3º permitem.

**Aliás, os artigos por último citados assim dispõem: “o juiz de ofício, ou a requerimento das partes”.**

Como se vê, a uma leitura simples, é fácil constatar a contradição, dentre outras não citadas para não cansar o leitor. Assim, diante do comprovado, fácil concluir que tem total aplicação a lição da hermenêutica jurídica quando ensina: “quando o legislador proíbe determinado ato em uma norma, mas, mais à frente, outras normas permitem, é porque se esqueceu da primeira”. É o caso dos artigos acima apontados em que os dois primeiros artigos citados “proíbem”, mas os demais “permitem” ao juiz agir de ofício. Não poderia ser diferente; isso porque quem preside o processo é o juiz e quem julga é o juiz e não o advogado, com o devido respeito.

ALÍAS, não quero com isso dizer que o juiz não tenha a obrigação de “dar vista” ao advogado naqueles casos normais para o andamento do processo durante a instrução, como vista para defesa, impugnação, juntadas de documentos, produção de provas, formação de litisconsórcio, audiência, depois de proferida a sentença e contrarrazões, etc. Mas, não, quando decide declarar a prescrição e a decadência. De se destacar que estas matérias deveriam, inclusive, ser devidamente analisadas pelos advogados antes do ajuizamento da ação. E MAIS, quando o julgamento é unicamente de direito, prescinde a abertura de vista ao advogado.

É um absurdo jurídico o juiz ter que dar vista ao advogado quando a prescrição e a decadência estão visíveis nos autos, o que levará tão somente a procrastinar o resultado útil do processo. O juiz não mudará a decisão que será proferida. E deixa de decidir de ofício. Coisa de país subdesenvolvido!

### A lição da doutrina

O saudoso jurista CARLOS MAXIMILIANO (1979, p. 7), em sua conceituada obra HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO, ensina:

Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência, de exclusão em exclusão se chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais.

Entre preceitos que promanam da mesma origem e se contradizem, cumpre verificar a data da publicação, a fim de se saber qual o que revoga implicitamente o outro. Se os dois surgiram simultaneamente ou pertencem ao mesmo repositório, procura-se conciliá-los quanto possível. Se, ao contrário, são de natureza diferente, faça-se prevalecer o estatuto fundamental sobre todos os ramos do Direito positivo, a lei sobre o regulamento, costume, uso, ou praxe.

O também saudoso jurista VICENTE RÁO (1976, p. 235), em seu conceituado O DIREITO E A VIDA DOS DIREITOS, assim leciona:

E DEL VECCHIO aqui acrescenta esse magistral conselho, tantas e tantas vezes esquecido pelos intérpretes e aplicadores da lei: “A harmonia das diversas partes componentes do sistema deve ser experimentada e confirmada a cada instante, aproximando-se as regras particulares entre si e relacionando-as com os princípios gerais a que se prendem. Só assim poderá o jurista compreender o espírito do sistema e observá-lo em suas aplicações particulares, evitando os erros que se produziram se ele se contentasse em considerar, por um modo geral, apenas esta ou aquela regra em si mesma. O jurista e, especialmente o juiz, devem, tanto quanto possível, dominar e, por assim dizer, reviver o inteiro sistema, compenetrando-se de sua unidade espiritual, desde os princípios remotos e subtendidos, até às mínimas disposições de detalhe, como se fossem autores de todo.

Também o saudoso jurista explicita:

Disposição Geral e Disposição Especial. QUANDO RECIPROCAMENTE SE REVOGAM. – A disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explicitamente ou implicitamente. Em consequência, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. (RÁO, p. 297).

Diante disso, é evidente que, se duas ou três normas proíbem o juiz agir de ofício e mais duas dezenas de normas permitem, à conclusão lógica, de bom senso e de inteligência, é ignorar as que proíbem; isso, porque estas últimas demonstram ausência de bom senso.

Outro jurista de renome ALÍPIO SILVEIRA (1985, p. 141), em sua famosa obra HERMENÊUTICA JURÍDICA cita o ministro Hahnemann Guimarães em voto proferido no STF e em outra passagem o magistrado belga HENRI DE PAGE, na seguinte ordem de transcrição:

Não se deve na interpretação da lei, observar estric-

tamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem dúvida, a gramatical. A Lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei; é a interpretação teleológica”. (Rec. Extr. 9189, acórdão de 3.3.48, na Revista Forense. Editora Brasiliense vol. 2, nº 4 págs. 39/40, 1ª edição ano 1985).

Sem dúvida, o juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar liberdades inadmissíveis com ela, mas não deve igualmente ficar surdo às exigências do Real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. Ele se destina a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser imobilizar a vida ou cristalizá-la, mas ficar em estreito contato com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se-lhe. Daí resulta que o direito tem um fim social a preencher, o que o juiz deve participar dele, interpretando as leis não apenas segundo seu texto e suas palavras, mas segundo as necessidades sociais que elas se destinam a reger, e segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim, em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser ‘formal’; ela deve ser, antes de tudo, ‘real’, humana, socialmente útil.

No mesmo trabalho, o referido jurista cita o Min. Mário Guimarães, que assim se manifesta:

No trabalho de adaptação é que se desenvolve o esforço ciclópico do juiz. Deve o magistrado manter-se fiel à lei, procurando, todavia, sem destruí-la, ajustá-la aos fatos sociais. Por essa forma, leis obscuras ou ambíguas, sob influxo da jurisprudência, perdem os vícios que lhe tolham o desenvolvimento, e tornam de plantas mofinas, em árvores frondosas. A ação do juiz as vivifica. (Autor e Obra citados, pág. 152, nº 3, vol. 4, edição de 1985).

Posto isso, diante de normas contraditórias, devem prevalecer aquelas que objetivam finalizar o processo o quanto antes, conferindo-lhe maior celeridade e efetividade.

#### **Atuação dos advogados e a parte “neófito” em matéria de direito**

E mais, o “Novo” CPC com relação aos honorários de advogado, tão somente favorece ao profissional da advocacia em prejuízo da parte. É dizer, com o devido respeito. A bem da verdade, no caso de demandas protelatórias, não é a parte a responsável pelo ajuizamento da ação e da interposição de recurso (s), mas o advogado, que deveria estudar melhor a causa e não ajuizar a ação por ajuizar e recorrer por recorrer. A condução da defesa das

partes é de inteira responsabilidade dos advogados. Quero dizer, a parte confia que o advogado sabe o que faz, e assim sendo, se faz errado deve pagar pelos seus erros.

Julgo que o maior deles é a quantidade de recursos inúteis e protelatórios. Aliás, até porque em razão da repercussão geral, súmulas vinculantes, decisões repetitivas, cabe ao advogado não ajuizar ação que sabe que será julgada improcedente desde a primeira sentença até a última, quer no STJ quer no STF. Tal assertiva advém dos resultados dos recursos, cuja maioria é julgada improcedente ou mesmo inadmitida. Quem quiser perder tempo para confirmar o que digo, basta que faça uma pesquisa séria e chegará ao que agora é afirmado.

#### **O “novo CPC dará mais agilidade à justiça”**

A frase acima é do Ministro Luiz Fux, do STF, em entrevista à Revista JUSTIÇA & CIDADANIA (2010, p. 11).

No entanto, a “duração razoável do processo”, como afirmado por alguns juristas que já escreveram sobre o assunto, pelo menos até o presente momento, não se confirmou. É dizer, basta consultar o assunto desde a alteração do CPC de 1973.

Aliás, como já dito acima, um mero recurso de agravo de instrumento leva mais de um mês, quase dois para ser julgado, e, sem contar com possível interposição de agravo interno, o que leva mais de três meses. Ora, hoje em dia, são 15 dias úteis para apelar e 15 dias úteis para agravar, sem contar o prazo em dias úteis para resposta e os dias sem expediente forense.

POIS BEM. Se se quer que o processo termine em prazo mais do que razoável, que se reduza o número de recursos. E mais, o que deveria acontecer seria o seguinte: o juiz sentencia o feito; a parte sucumbente tem a oportunidade de recorrer uma vez. Nesse passo, se confirmada a sentença, o processo deveria se encerrar aí, não havendo qualquer razão para mais recursos, eis que obedecido o contraditório e as provas constantes dos autos.

E mais, para finalizá-los de uma vez por todas, o valor da condenação devidamente atualizado deveria ser depositado, sob pena de não ser conhecido o recurso, com decisão que impeça qualquer recurso.

São essas as considerações, com o devido respeito aos eminentes participantes da elaboração do CPC, compatíveis com a minha posição e que, com certeza, não agradará a todos. Isso, talvez porque tão somente quem está na condução de milhares de processos sabe a enorme dificuldade de proferir a última decisão e arquivado o processo em definitivo. 