

EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA, entidade de classe de âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.536.110/0001-72, representativa dos interesses dos magistrados da Justiça do Trabalho, com sede no SHS, quadra 06, bloco E, conjunto A, salas 602 e 608, Ed. Business Center Park Brasil 21, Brasília/DF, CEP 70.316-000, vem, perante esse colendo Supremo Tribunal Federal, por seu procurador, com fundamento no artigo 103, IX, da Constituição Federal/88, ajuizar

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Em face da decisão proferida na Consulta nº 0001363-95.2013.2.00.0000 requerida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região ao Conselho Nacional de Justiça, pelos fundamentos expostos a seguir.

I. DO ATO IMPUGNADO

1. Cuida-se de ADI proposta em face de decisão a Consulta formulada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, de número 0001363-95.2013.2.00.0000, sobre a possibilidade de cônjuge de

magistrado participar de hasta pública (leilão) promovida pelo tribunal ao qual está vinculado o magistrado, assim ementada:

CONSULTA. PARTICIPAÇÃO DE CÔNJUGE DE MAGISTRADO EM HASTA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS VIGENTES.

I. É vedada a participação de magistrado em hastas públicas no âmbito do Tribunal a que está vinculado, a fim de dar cumprimento às normas vigentes e garantir transparência, moralidade, impessoalidade e lisura do ato.

II. A participação de magistrado em hastas públicas realizadas por Tribunal ou ramo da Justiça diverso daquele em que atua condiciona-se à eventualidade. A participação reiterada configura prática de comércio, vedada pelo art. 36, I, da Lei Complementar n. 35/1979 (LOMAN).

III. A participação de cônjuge ou companheiro de magistrado em hastas públicas equivale à do próprio magistrado.

IV. Consulta respondida negativamente.

(CNJ - CONS - Consulta - 0001363-95.2013.2.00.0000 - Rel. RUBENS CURADO - 178ª Sessão - j. 05/11/2013).

2. Segue, ainda, transcrição da parte final da decisão referida:

Por fim, não se deve perder de vista que a atuação do CNJ, também nesta Consulta, se limita ao controle da atuação administrativa e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados. Logo, a dúvida ora dirimida tem como fim precípuo orientar os tribunais que regulamentaram administrativamente os procedimentos relativos às hastas públicas, inclusive cadastro prévio de licitantes, bem como esclarecer a matéria sob o ângulo do dever funcional dos seus membros.

Ante o exposto, **conheço e respondo negativamente à presente Consulta no sentido de que, sob o ângulo do controle da administração da Justiça e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, a participação de cônjuge de magistrado em hasta pública equivale à participação de próprio magistrado, pelo que só deve ser admitida em tribunal diverso daquele em que mantém vínculo, nos termos desta decisão.**

Também determino aos Tribunais que, doravante, passem a exigir dos magistrados que comuniquem às respectivas Corregedorias as aquisições de bens ou direitos realizadas pelos próprios e/ou seus cônjuges em hastas públicas conduzidas por tribunais diversos daqueles a que estejam vinculados.

Determino, ainda, que os Tribunais adequem aos termos desta Consulta as eventuais regulamentações administrativas a respeito da matéria.

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO PROPONENTE E DO CABIMENTO DA ADI PARA CONTROLE DO ATO IMPUGNADO

3. A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA é uma entidade de classe de âmbito nacional, integrada pelos magistrados do trabalho que estiverem vinculados às respectivas associações regionais, assim como os Ministros dos Tribunais Superiores, conforme exposto nos incisos do Art. 8º de seu Estatuto, defendendo e representando os interesses e prerrogativas dos associados perante as autoridades e entidades nacionais e internacionais conforme Art. 2º, III deste mesmo documento.

4. Essa colenda Suprema Corte já reconheceu a legitimidade de associações nacionais para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, decidindo pela legitimidade da AMB (Associação dos Magistrados do Brasil) para propor Ações Declaratórias de Constitucionalidade, sendo certo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado à presente ADI:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04). Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 09/05, alterando substancialmente a de nº 07/2005. A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da

impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

(ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)

5. Inquestionável, portanto, a legitimidade ativa da Associação autora, nos termos do Art. 103, IX da Constituição/88.

6. A mesma decisão acima transcrita evidencia que as decisões do Conselho Nacional de Justiça dotadas de generalidade, impessoalidade e abstratividade podem ser consideradas como atos normativos primários para fins de possibilidade de análise através do controle concentrado.

7. É precisamente o que ocorre no caso, vistos os efeitos claramente normativos atribuídos ao ato impugnado. Vale dizer que, nos termos do próprio Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (artigo xxx), as consultas dessa natureza tem inarredável efeito normativo, notadamente pelo quórum com que foi aprovada em plenário. Desse modo, conquanto não se trate de resolução *proprio sensu*, a decisão da consulta, onde limita as atividades civis dos juízes (para além do que rezam o CC e o CPC, como se dirá), e onde lhes impõe "novo" dever funcional (o de comunicar aos seus tribunais atividades de terceiros --- seus cônjuges --- em leilões e hastas públicas judiciais), tem inexorável **caráter normativo**, pela abstração, pela generalidade e pela bilateralidade atributiva (Miguel Reale). Daí a sua subsunção, sob tais circunstâncias, à hipótese do artigo 102, I, "a", da CF (ato normativo federal).

8. Patente, portanto, também sob este aspecto, o cabimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

III. DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

9. Dentre as finalidades da ANAMATRA, está a de “defender e representar os interesses e prerrogativas dos associados perante as autoridades e entidades nacionais e internacionais;” conforme o Art. 2º, III de seu Estatuto.

10. Ocorre que a Consulta impugnada ao exigir que os magistrados comuniquem às respectivas Corregedorias as aquisições de bens ou direitos realizados pelos próprios e/ou pelos cônjuges em hastas públicas conduzidas

por tribunais diversos daqueles a que estejam vinculados, atinge diretamente os interesses dos associados e se inclui na esfera de atuação da autora, caracterizando a exigência da pertinência temática. .

IV. DAS INCONSTITUCIONALIDADES QUE ATINGEM O ATO IMPUGNADO.

11. Para a análise das inconstitucionalidades que atingem o ato impugnado faz-se necessária a divisão em dois aspectos, a saber: i) a questão da limitação territorial da vedação à participação dos Magistrados nos leilões judiciais ii) a obrigação de comunicação por parte dos cônjuges de aquisições realizadas.

Da questão da limitação territorial. Violação ao princípio da legalidade e do devido processo legal substancial.

12. A doutrina já se manifestou diversas vezes quanto à correta interpretação dos artigos 690 – A do Código de Processo Civil e sua leitura conjunta com o artigo 497 do Código Civil:

Com relação ao inciso III do art. 690-A, deve prevalecer a orientação de que o juiz, o membro do Ministério Público e o da Defensoria Pública, o escrivão e ao demais servidores e auxiliares da Justiça não podem lançar os bens penhorados em execuções em que atuaram de alguma forma. A regra não pode ser entendida como um caso de ilegitimidade dessas pessoas para, em outros casos, que não guardem qualquer vinculação com seus misteres profissionais, participarem de hastas públicas. Há decisões, corretas, que vedam a prática do ato por cônjuge dessas pessoas, buscando a maior lisura possível entre os atos das hastas públicas e a arrematação. (BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva - 3 ed. rev. atual ampl.- São Paulo: Saraiva, 2010. Pag.354.)

Em segundo lugar, o Código Civil deixa claro que a restrição da legitimidade do juiz, escrivão, administrador, depositário, avaliador, perito, oficial de justiça etc. (inciso III do 1º do art. 690 do CPC-73; inciso III do art. 497 do CC-2002) *refere-se apenas à arrematação que ocorra* “no lugar onde que servirem, ou a que se estender a sua autoridade”. A ilegitimidade não se restringe aos processos em que atuaram ou podem vir atuar: ela abarca

qualquer processo, desde que ocorra na comarca onde servirem ou até onde exerçam a sua autoridade.

Também aqui se revela o vaivém legislativo: essa ressalva existira no CC-1916 (inciso IV do art. 1.133), mas, por não ter sido reproduzida no CPC-73, estava revogada. Frise-se que andou bem o Código Civil de 2002 ao limitar territorialmente a restrição da legitimidade desses sujeitos. (DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 5ª Ed. Salvador – Bahia: Editora jus Podivm, 2013. Pag. 670.)

13. O Superior Tribunal de Justiça também analisou o tema quando de decisão que tinha por objeto o estudo da extensão subjetiva da vedação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARREMATACÃO. IMPEDIMENTOS. ARTS.

690 DO CPC, 1133 DO CC/16 E 497 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA A TODOS OS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA.

1. Da análise sistemática da legislação adjetiva e material, extrai-se que o impedimento à aquisição de bens em hasta pública atinge quaisquer serventuários da justiça que se encontrarem lotados no local em que for realizada a arrematação. Tais restrições objetivam resguardar a ética e a moralidade públicas, impedindo as pessoas que se encontrem vinculadas ao juízo, possam tirar vantagens nas compras e vendas realizadas sob sua autoridade e fiscalização.

2. O art. 497 do Código Civil de 2002, confirmou o entendimento sufragado na doutrina e jurisprudência acerca da interpretação do art 490 do CPC, pois consignou, expressamente, que a vedação à aquisição de bens ou direitos em hasta pública açambarca todos os funcionários que se encontrarem lotados na circunscrição em que se realizará a alienação.

3. Recurso especial provido.

(REsp 774161/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005, p. 377)

14. Do voto condutor do acórdão transcrito se extrai o seguinte trecho, que deixa o ponto ainda mais claro:

O Código Civil de 2002 confirmou o entendimento sufragado na doutrina e jurisprudência acerca da interpretação do art. 690 do Estatuto de Ritos, pois consignou, expressamente, que a vedação à aquisição de bens ou direitos em hasta pública açambarca todos os servidores que se encontrarem lotados na circunscrição em que se realizará a alienação. Confira-se a redação do art. 497 do Diploma Civil em vigor:

"Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

(...)

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender sua autoridade;

15. Resta evidente, portanto, que a participação é vedada **no local no qual serve o Magistrado ou serventuário**. A locução “ou a que se estender sua autoridade” é aplicável a quem a possui sobre mais de uma comarca ou circunscrição, como, por exemplo, integrantes de tribunais ou turma recursais.

16. Deste modo, a determinação do Conselho Nacional de Justiça extrapola o determinado pelas normas de regência, inovando de maneira indevida o ordenamento jurídico, em patente violação ao princípio (ou postulado) da legalidade.

17. Não se diga em defesa do ato questionado que pretende proteger princípios constitucionais da Administração Pública.

18. As já mencionadas normas do Código de Processo Civil e do Código Civil são **regras** que trazem restrições à participação de servidores em sentido amplo das hastas públicas e leilões judiciais. Tais restrições existem precisamente para a proteção de princípios tomados em conta pelo legislador.

19. Ou seja, ao estabelecer as mencionadas regras, o legislador já está realizando um juízo prévio de ponderação entre os princípios em jogo e estabelecendo a decisão que considera proporcional e suficiente. É esta, inclusive, uma das principais funções das normas-regras no ordenamento jurídico, como ensina uma das obras mais respeitadas no mundo sobre o tema:

“Em primeiro lugar, como as regras tem a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita a escolha. É justamente para evitar o surgimento de um conflito moral e para afastar a incerteza decorrente da falta de resolução desse mesmo conflito que o Poder Legislativo opta pela edição de uma regra. Nesse sentido, Alexander e Sherwin: ‘A finalidade de se ter a lei promulgando

regras para estabelecer questões sobre como os princípios morais se aplicam em casos concretos reside na eliminação da controvérsia e da incerteza, e dos custos morais a elas associados.'

Em segundo lugar, além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais. Essa característica foi assim notada por Schauer, ao analisar a importância da qualidade resolutiva das regras para restringir a discricionariedade: 'Em suma, é verdade notória que as regras se atravessam no caminho; mas isso não precisa ser sempre considerado algo ruim. Pode consistir em uma desvantagem quando surge no caminho dos sábios julgadores que, ao perseguirem de forma precisa o bem, intuitivamente levam em consideração todos os fatores relevantes. Entretanto, também pode ser uma qualidade, quando surge para restringir julgadores desavisados, incompetentes, de má índole, ávidos por poder, ou simplesmente equivocados, cujo próprio senso de bem diverge daquele sistema ao qual do sistema ao eles servem.' ...)ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.)

20. A partir do momento em que há atuação do legislador no sentido de pré-decidir a questão através da criação de regras, totalmente ilegítima a atuação do Conselho Nacional de Justiça ao pretender dar interpretação mais restritiva da norma em nome de suposta proteção aos princípios constitucionais.

21. Nada impede que, na análise de casos concretos, o Conselho entenda que a proteção dada pelas regras vigentes se mostrou insuficiente e ocorreu a influência indevida que se pretende evitar. Nestes casos pode e deve atuar o CNJ, anulando o ato concreto e tomando as demais medidas cabíveis.

22. O que é inadmissível é a aplicação alargada de regras claras, se substituindo ao legislador na análise prévia da proteção aos princípios.

23. Tal juízo só poderia ocorrer em sede de controle de constitucionalidade, com a devida justificação quando à falta de proporcionalidade e razoabilidade da norma existente, o que não cabe ao Conselho Nacional de Justiça.

24. Com o indevido alargamento da proibição legal sem a devida justificação e demonstração clara de ausência de razoabilidade ou proporcionalidade resta violado também a garantia constitucional do chamado devido processo legal substancial, que também leva à necessária declaração de inconstitucionalidade da norma.

25. É pacífico, assim na doutrina como na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento da vinculação da idéia de devido processo legal substancial com a de razoabilidade e proporcionalidade e viabilidade de utilização dos princípios como parâmetro para o controle de constitucionalidade:

Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão *substancial* do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera *decisões jurídicas* substancialmente devidas.

A experiência jurídica brasileira assimilou o *devido processo legal* de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das *máximas da proporcionalidade* (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade, conforme seja o pensamento doutrinário que se adotar) e da razoabilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade. Convém transcrever trecho da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, no RE n. 374.981, em 28.03.2005, publicada no Informativo o STF n. 381:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "*substantive due process of law*" (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 - RTJ 178/22-24, v.g.): "O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e

a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador." (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Fala-se, então, em um *devido processo legal substantivo ou substancial*.

É como afirma CARLOS AUGUSTO ASSIS:

“essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) como adiantado acima, ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a ideia equivocada de que a acepção substancial do *due process of law* não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor liberdade para o julgador do que os do tipo *judges makes Law...*; c) reforça a ideia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como no clássico dilema entre celeridade e segurança”.

SÉRGIO MATTOS demonstra que a concretização do devido processo legal substancial pela jurisprudência do STF é bem ampla e vaga:

“segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição de ‘leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão’, passando pela exigência ‘de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (‘reasonableness’) e de racionalidade (‘rationality’), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos como o objetivo que se quer atingir, até a necessidade de ‘perquirir-se (...) se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e o proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto”.

(DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, pg.50/51)

“A experiência constitucional norte-americana influenciou decisivamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também passou a reconhecer no dispositivo constitucional do art. 5º, LIV, a cláusula do devido

processo legal material ou substantivo, com a finalidade de realizar o controle de *razoabilidade* e de *proporcionalidade* das leis. O princípio do devido processo legal garantido pelo art. 5º, LIV, tornou-se, dessa forma, fundamento para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Relevantes considerações sobre o tema no Supremo Tribunal foram trazidas pelo Ministro Moreira Alves, que em certo julgamento assim se manifestou: “a meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal. A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Esse princípio constitucional, que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medida para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade”.

(...)

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade como dimensão específica do princípio do devido processo legal ganhou autonomia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É certo, por outro lado, que essa vinculação normativa entre devido processo legal (substantivo) e princípio da proporcionalidade não é livre de críticas. Argumenta-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade decorrem do próprio sistema de princípios protegido constitucionalmente e não necessitam de nenhum dispositivo textual para fundar suas bases normativas. Pode-se afirmar, em outra perspectiva, que o dever de proporcionalidade está implícito no próprio princípio do Estado de Direito. E, em verdade, também na qualidade de matanormas ou sobreprincípios de interpretação de normas constitucionais e legais, proporcionalidade e razoabilidade não se identificam em dispositivos normativos específicos.”

(MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 5º, LIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 430/431)

26. O tema da razoabilidade e proporcionalidade nos leva ao outro ponto questionado, qual seja, a exigência de que os cônjuges dos Magistrados comuniquem aquisições realizadas em leilões judiciais.

A questão da comunicação das arrematações realizadas pelos cônjuges ou companheiros

27. O ato impugnado consigna que as aquisições feitas por Magistrados estão condicionadas à ausência de habitualidade, já que, caso frequentes, as arrematações poderiam caracterizar a prática de comércio. Para garantia do respeito a este requisito, as arrematações devem ser comunicadas às respectivas corregedorias.

28. Razoável a determinação, que, com alguma boa vontade, pode ser entendida como mera conseqüência do poder-dever de fiscalização do CNJ.

29. Todavia, ao estender a obrigação para as aquisições realizadas pelos cônjuges ficam novamente violados o postulado da legalidade e o princípio do devido processo legal substancial.

30. O raciocínio é simples: se a comunicação pretende verificar eventual exercício do comércio, só pode ser aplicada às pessoas para quem esta vedação existe.

31. Ora, se o cônjuge do Magistrado pode exercer o comércio, pode arrematar com freqüência.

32. Não se alegue que tal fato pode significar o exercício velado pelo Magistrado, já que tal argumento, na realidade, se aplica a qualquer atividade comercial. A seguir esta linha, ao cônjuge deveria ser vedado o exercício do comércio ou da advocacia, pois poderiam ser formas de dissimular as atividades ilegais do Magistrado.

33. É absurda esta forma de pensar, já que não se pode presumir a má-fé e nem pretender cercar a realidade com a criação de mais e mais regras, ainda que de forma ilegítima.

34. As vedações são postas pelo legislador. Estende-las de forma genérica é inconstitucional sob todos os aspectos.

35. Se há indícios, no caso concreto, de simulação ou fraude, que sejam tomadas as providencias cabíveis e punidos os responsáveis. A pretensão exagerada de proteção não pode dar azo à elaboração de atos que violem de maneira tão direta garantias constitucionais.

36. No que tange especialmente a este ponto há ainda outro grave desrespeito à Constituição. Como mencionado, o dever de comunicação dos atos praticados pelo Magistrado pode ser visto, com a já mencionada boa-vontade, como mera consequência da proibição imposta pela LOMAN.

37. Mas o que o ato questionado faz é bastante diferente, já que **cria para o Magistrado um novo dever, incidente sobre arrematações feitas por outra pessoa, ainda que seja seu cônjuge.**

38. Além da impossibilidade de criação de novo dever funcional pelo CNJ é também absurda a pretensão de responsabilizar o Magistrado por ato do seu cônjuge.

39. É uma invasão desprovida de fundamento legal ou constitucional até mesmo na vida privada do casal, que tem total autonomia para conduzir sua economia doméstica como bem entender. Ressaltando novamente, e à exaustão: tal postura não impede a fiscalização de atos que, de algum modo, pareçam viciados por razões concretas, o que é inadmissível é a generalização trazida pelo ato impugnado.

40. Por todos os fundamentos apontados resta patente a existência de inconstitucionalidade que fulmina a validade do ato impugnado, a ser declarada com efeitos *ex tunc* por esta Corte.

V – Do pedido de medida cautelar.

41. Presentes estão também os fundamentos para a concessão da medida cautelar.

42. A fumaça do bom direito resta caracterizada pelos julgados mencionados, bem como pelo cediço entendimento doutrinário, que, conjugado com o alcance do ato impugnado, demonstra a toda evidência seu excesso e a as violações aos preceitos constitucionais dele decorrentes.

43. O perigo da demora também se encontra presente, já que **não há possibilidade prática de concessão de efeitos ex tunc à eventual decisão final, eis que as hastas públicas das quais diversos cônjuges e Magistrados poderiam ter participado não poderão, evidentemente, ser refeitas. Sendo a modulação uma medida excepcional, e neste caso impossível na hipótese de procedência, é patente que a melhor proteção ao princípio da supremacia da constituição será efetivada com a concessão da medida cautelar ora requerida.**

VI – Dos pedidos.

44. Diante de todo o exposto, pede e requer a autora:

a) Seja conhecida e processada a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

b) A concessão de medida cautelar suspendendo os efeitos do ato impugnado até o julgamento final desta.

c) Caso assim não entenda o i. Relator ou o Plenário, seja adotado o rito especial previsto no art. 12 da Lei 9868/99.

d) Seja intimado o Conselho Nacional de Justiça a prestar informações

e) Após, sejam intimados a se manifestar o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.

f) Ao final seja julgada procedente a presente Ação Direta para se declarar a inconstitucionalidade do ato normativo federal impugnado, qual seja, a decisão decorrente da consulta 0001363-95.2013.2.00.0000 apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça, naquilo em que (f.1) estabelece, para os associados da Autora, restrição geográfica mais abrangente que a disposta pela legislação em vigor (artigos 690-A do CPC e 497 do CC), e no que (f.2) cria para os associados da Autora o dever funcional de comunicar atividades privadas de seus cônjuges, ao arrepio do rol deontológico inserido na Constituição Federal e na LOMAN"

45. Dá à causa o valor de 1.000,00 (mil reais)

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 17 de julho de 2014.

Tiago Cardoso Penna
OAB/MG 83.514