

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: BASES TEÓRICAS E ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N.º. 226/2016

FUNDAMENTAL RIGHTS AND REGULATORY POWER OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: THEORETICAL BASES AND ANALYSIS OF RESOLUTION N.º. 226/2016

Ilton Norberto Robl Filho¹

Doutor em Direito

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) - Brasília (DF) - Brasil

RESUMO: O Conselho Nacional de Justiça, o qual foi criado pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004, possui competência especialmente para controlar administrativa e financeiramente o Poder Judiciário, zelar pela observância dos princípios da administração pública, pelos direitos e deveres dos magistrados e pelo Estatuto da Magistratura Nacional e exercer o poder disciplinar e atos de correições. Neste artigo, é analisado seu poder regulamentar (art. 103 - B, § 4º), apresentando os limites e as possibilidades especialmente no âmbito dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, observam-se as limitações legais e a ponderação judicial desses direitos e, posteriormente, a existência de atos normativos originários da administração pública. Em segundo lugar, artigo assevera que o poder regulamentar deve respeitar a teoria da essencialidade dos direitos fundamentais e somente fixar deveres e regulações acessórias e secundárias. Em terceiro lugar e após refletir sobre educação jurídica e a atividade de coaching, foi analisada Resolução n.º. 226/2016, apontando sua parcial inconstitucionalidade por vedar a prática do magistério nas atividades de coaching (tutoria) e violar, sem fundamento constitucional, a liberdade de profissão e o direito fundamental à educação.

¹Professor do Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) como membro permanente. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFPR (Curitiba) como colaborador. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutorado em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto - Canadá (2012) e do Max Planck em Heidelberg - Alemanha (2013). Diretor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). E-mail: norbertorobl@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça; Poder Regulamentar; Direitos Fundamentais; Educação Jurídica.

ABSTRACT: The National Council of Justice, which was created by Constitutional Amendment n°. 45/2004, has the power to supervise the Judiciary, administratively and financially, to ensure observance of the principles of public administration, the rights and duties of judges and of the National Judiciary Act, and exercise disciplinary powers and corrective measures. In this article, its regulatory power is analyzed (article 103 - B, § 4), presenting its limits and its possibilities especially in the scope of fundamental rights. Firstly, the legal limitations and judicial weighting of fundamental rights are observed and, subsequently, the existence of norms originating in the public administration (ordinances). Secondly, the article states that regulatory power must respect the theory of the essentiality of fundamental rights and only set secondary duties and regulations. In third place and after reflecting on legal education and the coaching activity, was analyzed Resolution n°. 226/2016, pointing out its partial unconstitutionality by prohibiting the practice of teaching in coaching activities and violating, without constitutional foundation, freedom of profession and the fundamental right to education

KEYWORDS: National Council of Justice; Regulatory Power; Fundamental Rights; Legal Education.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são elementos centrais do constitucionalismo democrático atual e, por sua relevância, impõem problemas teóricos e práticos de relevo. Este texto refletirá especificamente sobre a restrição aos direitos fundamentais e, especialmente, acerca da possibilidade ou não dessa restrição ocorrer por meio do poder regulamentador concedido ao Conselho Nacional de Justiça, conforme a Emenda Constitucional (CNJ) n°. 45/2004.

Desse modo, a seção 1 deste artigo refletirá sobre as formas de restrição dos direitos fundamentais por meio de lei e da jurisprudência. Por sua vez, o poder regulamentar da administração pública e do CNJ, assim como a possibilidade desses atos normativos disciplinarem direitos fundamentais, é tema do item 2.

De outro lado, a seção 3 pretende analisar se a Resolução n°. 226 de 2016 do CNJ, a qual determinou aos magistrados que informem sobre realização de pales-

tras e vedou a prática de coaching e similares pelos magistrados. Ainda, no item 3, serão enfrentadas as questões referentes a) à Educação Jurídica, b) ao Coaching: natureza e espécies e c) às vedações constitucionais ao exercício de cargos e funções pela Magistratura.

Por fim, serão apresentadas algumas palavras a título de conclusão na seção 4.

1 Restrição aos Direitos Fundamentais Mediante a Legislação

A restrição aos direitos fundamentais somente é possível mediante sólido fundamento constitucional, buscando a garantia e a compatibilização de direitos fundamentais em espécie com outros direitos fundamentais em espécie e com os demais valores e normas constitucionais. A principal e legítima forma de restrição a esses direitos encontra-se no princípio da legalidade, pois somente a lei pode proibir ou obrigar que alguém faça algo, nos termos do art. 5º, II, Constituição Federal (CF), conjugado com adequada interpretação constitucional e legal pelos órgãos do Poder Judiciário.

Há inúmeros significados jurídicos para o termo lei na Constituição Federal², porém se entende que, para fins de regulamentação e de restrição aos direitos fundamentais, a reserva de lei deve ser compreendida especialmente como reserva de parlamento³. O modelo constitucional de sociedade e de Estado consiste em uma busca difícil, mas possível e necessária do exercício da democracia com a proteção aos direitos fundamentais.

Assim, nestas específicas formas estatal e societal, justifica-se plenamente que os grupos sociais por meio dos representantes políticos eleitos busquem solucionar colisões entre direitos fundamentais e entre esses direitos e outras normas constitucionais, desde que sejam observados alguns critérios. Em sociedades contemporâneas complexas, não basta somente que a legislação sobre direitos fun-

²Nesse sentido, “O significado lei não guarda sentido unívoco. (...) Pode-se falar em lei moral ou ética, em lei física ou natural. Importa, no presente estudo, a lei jurídica. (...) Mesmo os documentos jurídicos não trazem precisão neste campo. É o caso da Constituição brasileira. A expressão aparece no art. 5º, caput, como sinônimo de ordem jurídica (...); no art. 5º, XXXIX, é utilizada com sentido de ato legislativo votado pelo Congresso - neste caso, com o sentido de lei ordinária (...); no art. 5º, XXXV, emerge com o sentido de qualquer norma jurídica, inclusive constitucional se decorrente de Emenda, em face da vedação prevista no art. 60, § 4º, IV (...) e finalmente, no art. 173, § 3º, reclama ser compreendida com o sentido de qualquer ato legislativo, exceto a resolução e o decreto legislativo” (CLÈVE, 2011, p. 52).

³Sobre a reserva de lei, este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: “O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador.” (BRASIL, STF, 2003.)”

damentais seja produzida pelo Parlamento, sendo necessária uma real e efetiva discussão com grupos sociais interessados e com especialistas em direitos humanos e fundamentais.

Desse modo e com toda razão, fala-se em reserva de parlamento para regulação sobre direitos fundamentais (Cf. PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 132-135), pois esse poder estatal tem capacidade institucional de analisar anteprojetos construídos por grupos sociais interessados e especialistas em direitos fundamentais ou mesmo construir projetos de lei com qualidade técnica a partir do debate com a sociedade na esfera pública e com utilização adequada de audiências públicas e outras formas de manifestação popular e científica.

As leis sobre direitos fundamentais podem ser expressamente previstas no texto constitucional ou serem adotadas apesar de inexistir previsão literal sobre sua elaboração. Ainda, a Constituição Federal em algumas situações realiza reserva simples de lei, a qual prevê somente que lei disciplinará um direito fundamental em espécie, conforme se observa no art. 5º, VI, CF sobre a proteção aos locais de culto e liturgias⁴, art. 5º, VI acerca da assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação⁵, no art. 5º, XV, CF sobre liberdade de locomoção⁶ e no art. 5º, XVIII, CF acerca da criação de cooperativas⁷.

Por sua vez, há matérias com reserva especial ou qualificada de lei, a qual o próprio texto constitucional fixa os objetivos, fins e parâmetros a serem observados pelo legislador. Nessas situações, o próprio Poder Constituinte aponta conflitos com outros direitos fundamentais em espécie e outras normas constitucionais, também em diversas oportunidades já fixando soluções jurídicas e parâmetros para resolução dessas colisões. Por exemplo, no art. XII, CF, observa-se que a inviolabilidade do sigilo telefônico somente pode ser violada por ordem judicial para investigação criminal ou para instrução do processo penal, nos termos legais⁸.

Mesmo inexistindo previsão expressa de restrição de direitos fundamentais em

⁴“ VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”.

⁵“ VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;”.

⁶“XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

⁷“XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”.

⁸“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”.

espécie na CF, é possível que restrições aos direitos fundamentais sejam realizadas por meio de lei em virtude da necessidade de enfrentar a colisão com outros direitos fundamentais e demais normas constitucionais. De outro lado, a regulação legal sobre os direitos fundamentais e especialmente sobre fórmulas para solucionar colisões deve ser promovida com enorme cautela. Por exemplo, na situação de colisão entre dois direitos fundamentais espécie ou grupo de direitos fundamentais em espécie como liberdades de expressão e artística e direito à informação, de um lado, e direitos à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro lado, não se constitui em técnica juridicamente, na maior parte das situações, o estabelecimento de regra legal absoluta e hermética que solucione essa colisão em determinada questão⁹. Nesse sentido, constitucionalmente equivocada a fixação de proibição de publicação de biografias somente após a autorização do biografado ou dos seus familiares, nos termos do art. 20 do Código Civil ¹⁰¹¹.

Desse modo, especialmente no caso de colisões entre direitos fundamentais em espécie, a fixação de regra de ponderação pela legislação não se mostra adequada, sendo constitucionalmente mais correto o estabelecimento de parâmetros a serem levados necessariamente em conta pelo magistrado na análise das situações concretas. Sobre o Poder Judiciário, observa-se sua relevância no campo dos direitos fundamentais pela análise de casos e situações cotidianas em relação à incidência e acerca das violações¹², sendo necessárias duas notas sobre esse tema.

Em primeiro lugar, a busca de harmonização dos direitos fundamentais com outros valores e deveres constitucionais como segurança pública precisa ser enfren-

⁹Sobre essa colisão com reflexão na doutrina e na jurisprudência brasileira, norte-americana e alemã, (cf. ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 112-142).

¹⁰“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

¹¹“8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)” (BRASIL, STF, 2016).”

¹²Apesar da importância do Poder Judiciário nos temas relativos aos direitos fundamentais, registram-se as importantes lições sobre a busca de equilíbrio da jurisdição constitucional sobre a democracia no tema dos direitos fundamentais: “O sentido da Constituição deve ser construído e definido coletivamente entre o povo e as instituições de sua sociedade. Dessa forma, é certo que o Poder Judiciário tem um papel fundamental na definição da interpretação constitucional e da aplicação da constituição, mas a efetivação da constituição não pode viver apenas da interpretação que os juízes e as cortes constitucionais fazem dela” (GODOY, 2017, p. 110).

tada com visão garantista, compreendendo que uma das grandes justificações da jurisdição constitucional reside na necessária proteção dos direitos fundamentais ainda quando se encontrem presentes outras normas e valores constitucionais também de destaque (GIACOMOLLI, 2016, p. 22 e ss.). Em segundo lugar, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a regra da ponderação podem se beneficiar em muito com a adoção de sistema de precedentes inspirado na cultura do common law (NOVAIS, 2003, p. 897 e ss.). Nesse contexto, uma discussão robusta no âmbito dos tribunais superiores sobre casos de direitos fundamentais, com fixação de entendimentos constitucionalmente adequados e com a observância pelos órgãos judiciais inferiores, é prática interessante para aplicação igualitária dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, os parâmetros para solução dos casos concretos precisam levar em considerações as situações específicas fáticas e/ou jurídicas, mas devem ser aplicados os mesmos critérios e as decisões para casos em que se observem semelhanças estruturais (PUGLIESE, 2016, p. 63-67). Nesse sentido, são interessantes a adoção do sistema de precedentes e os entendimentos vinculantes no Brasil desde que não produzam a equivocada aplicação de mecanicista e simplista do direito.

2 Poder Regulamentar no Conselho Nacional de Justiça e Direitos Fundamentais

O Conselho Nacional de Justiça foi criado especialmente para ampliar os controles administrativo e financeiro do Poder Judiciário brasileiro, além de estabelecer certa padronização sobre o comportamento dos magistrados, dos serviços auxiliares e das atividades notariais e registrais extrajudiciais, as quais são fiscalizadas por esse Poder, nos termos do art. 236, § 1º, CF¹³. Assim, previu o art. 103-B, CF ao CNJ: “I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (grifos nossos).

São competências constitucionais do CNJ, além de zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, especialmente: controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, zelar pela observância dos princípios

¹³Sobre o Conselho Nacional de Justiça, cf. ROBL FILHO, 2013, p. 228 e ss.

constitucionais da administração pública, receber e exercer o poder disciplinar e atos de correições, nos termos do art. 103 - B, § 4º, I, II e III, CF.

Sobre os limites ao exercício do poder regulamentar, algumas considerações devem ser feitas. O Poder Constituinte Reformador concedeu competência para o Conselho Nacional de Justiça expedir atos normativos, porém esses atos devem ser postos em conformidade com a regulamentação constitucional e legal sobre o tema (STRECK; SARLET; CLÈVE, 2005, p. 15-24). Sobre os limites e as possibilidades do poder regulamentar, devem-se compreender: a) o conceito de poder regulamentar, b) a existência ou não de poder regulamentar autônomo no Brasil, c) a possibilidade desse poder concretizar a Constituição Federal e d) os limites e as possibilidades dos regulamentos no campo dos direitos fundamentais.

A partir do século XIX e especialmente no século XX, a necessidade de regulamentar e de disciplinar com dinamicidade e rapidez as condutas sociais, aliadas à expertise específica da administração pública em certos assuntos em razão da sua capacidade técnica e da atuação cotidiana, impôs certo papel normativo ao Poder Executivo (CLÈVE, 2011, p. 49-71). Na maioria dos países continentais europeus e no Brasil, entende-se que o poder regulamentar da administração pública serve para detalhar disciplinas já previstas na legislação (PEDERSOLI, 2011, p. 27-31).

De outro lado, observam-se pelo menos dois movimentos relevantes: o estabelecimento do poder regulamentar autônomo do Poder Executivo e a ampliação do escopo e da área de disciplina dos regulamentos. No direito francês, foi criada a possibilidade de o Poder Executivo editar regulamentos, os quais disciplinariam de forma exclusiva determinados temas e matérias, ou seja, existiriam assuntos que apenas à administração caberia disciplinar (CYRINO, 2016, p. 111-115).

De outro lado, essa previsão jurídica de reserva de administração sofreu temperos na França, entendendo, por exemplo, o Conselho Constitucional francês que não existia um domínio exclusivo do regulamento administrativo, o qual poderia sim ser disciplinado mediante lei (ato normativo aprovado pelo Parlamento)¹⁴. No Brasil, discute-se de que forma

¹⁴Nesse sentido é a importante decisão do Conselho Constitucional francês: “11. Considérant, sur le second point, que, si les articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l’article 41 permet au Gouvernement de s’opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d’une irrecevabilité à l’insertion d’une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l’article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d’un déclassement, de restituer l’exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l’une et l’autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu’il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n’a pas entendu frapper d’inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l’autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d’en assurer la protection contre d’éventuels empiètements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution” (FRANÇAIS, 1982, p.343).

a Emenda Constitucional nº. 32 acolheu essa modalidade de regulamento autônomo, existindo três correntes sobre o tema: 1) essa modalidade de regulamento autônomo não foi admitida no ordenamento pátrio, 2) há poder regulamentar autônomo e 3) a legislação (lei em sentido formal) pode disciplinar assuntos previstos no art. 84, VI, conforme disciplina da EC nº. 32, porém em situação de lacuna normativa legal inexistente óbice para que a disciplina ocorra exclusivamente mediante regulamento da administração pública (CYRINO, 2016, P. 108-109).

Por meio da referida Emenda Constitucional, o art. 84, VI fixou a competência privativa do Presidente da República: “VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”. Sobre esse poder atribuído ao Chefe do Executivo Federal, impõem-se três considerações.

Nos termos do art. 49, V, CF, o Congresso Nacional pode sustar os efeitos do poder regulamentar que exacerbe a competência constitucional¹⁵, além de ser possível ainda o controle judicial desse ato normativo do Poder Executivo. Desse modo, os outros poderes podem analisar a juridicidade do ato. Ainda, a matéria que pode ser objeto de regulamentação no art. 84, VI, CF, possui escopo bem mais restrito do que os temas objeto de disciplina por meio do poder regulamentar do CNJ, o qual foi fixado no art. 103 - B, § 4º, I, CF.

Também, a edição de decretos sobre organização e funcionamento da administração pública e extinção de funções ou cargos tem, pela natureza dos assuntos, menor possibilidade de incursionar em situações constitucionais de destaque, como direitos fundamentais, em comparação com a edição de atos normativos do CNJ, os quais incidem em matérias constitucionais sensíveis como processo administrativo disciplinar, autonomia do Poder Judiciário e restrições e vedações aos magistrados.

É uma tendência mundial nas democracias constitucionais a ampliação da autonomia do Poder Judiciário, a qual se encontra diretamente relacionada com a or-

¹⁵Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verbis: “O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra *legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da CF e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 318.873 AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.)” (BRASIL, STF, 2006.)”

ganização da prestação jurisdicional ou dos serviços auxiliares, além da forma de condução de processos administrativos disciplinares contra seus membros (ROBL FILHO, 2013, p. 130 e ss.). Nesse contexto, inegavelmente que uma regulamentação adequada dessas questões é essencial para a própria independência do Poder Judiciário, de acordo com o art. 2º, CF.

A administração da justiça e o regime disciplinar dos magistrados devem ser disciplinados com a cautela devida, a qual pressupõe a existência de mecanismo hígidos de análise da conduta dos juízes, porém utilizados de forma a não violar especialmente a independência judicial decisional (interpretação e aplicação do direito em conformidade com a Constituição). Nesse contexto, vislumbra-se a razoabilidade de exercício de certo poder regulamentar pelos Conselhos de Justiça no mundo e pelo CNJ no Brasil (PERDERSOLI, 2011, p. 77-104). De outro lado, a estrutura normativa sobre o Judiciário brasileiro possui um substancial problema. Em verdade, a edição de atos normativos regulamentares pelo CNJ ganha contornos ainda mais complexos devido às mudanças no papel do Judiciário na Constituição Federal de 1988 e a ausência de aprovação de novo Estatuto da Magistratura Nacional.

Depois de quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, há, além de relevantes lacunas sobre importantes temas da magistratura nacional, razoáveis dúvidas sobre a recepção de dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura de 1979 (LOMAN)¹⁶. Nesse contexto, o campo é fértil para utilização do poder regulamentar.

Por sua vez, a aprovação e a sanção de novo Estatuto da Magistratura Nacional representam medidas necessárias, mas de difícil iniciativa e aprovação nos atuais contextos jurídico, social e político. No processo legislativo, compete ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa legislativa e, de outro lado, há possibilidade de modificação e de emenda ao Projeto de Lei Complementar no Congresso Nacional e de veto pelo Presidente da República. Institucionalmente, percebe-se, no mínimo, uma relação tensa de boa parte da classe política e do Congresso Nacional com o Poder Judiciário em razão de relevantes julgamentos criminais. Nessa situação, inadequadas retaliações por parte dos políticos eleitos podem ocorrer em eventual análise de Projeto de Lei Complementar sobre Estatuto da Magistratura.

¹⁶Por exemplo, sobre a eleição da Direção dos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal ainda não possui posição definitiva sobre a recepção do art. 102 da LOMAN em relação ao art. 99 da CF. Acerca da não recepção, cf. a seguinte decisão monocrática BRASIL, STF, 2013.

Sobre a disciplina dos direitos fundamentais por atos normativos da administração pública, a doutrina e a jurisprudência alemãs apresentam certo tempero à reserva de parlamento no âmbito dos direitos fundamentais a partir da teoria da essencialidade (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 460-461). Nesse sentido Pieroth e Schlink:

Nesta conformidade, a teoria da essencialidade significa que:

- como tradicionalmente, só podem ocorrer ingerências com base na lei;
- as decisões essenciais sobre os pressupostos, circunstâncias e consequências das ingerências têm de ser tomadas pelo próprio legislador e não podem ser delegadas à Administração;
- a essencialidade das decisões afere-se pela intensidade com que são afetados os direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 132-135).

No famoso caso sobre a questão da educação sexual nas escolas, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que a introdução desse conteúdo nas escolas pressupõe lei (reserva de lei), pois versa sobre temas essenciais de direitos fundamentais (DEUTSCHLAND, 1977, s/p). Por sua vez, ministrar conteúdos específicos de biologia sem uma perspectiva específica de educação sexual pode ser realizado por ato administrativo, pois não enfrenta questões centrais dos direitos fundamentais. Essa concepção tedesca (temas centrais de direitos fundamentais devem ser disciplinados por lei, sendo possível a delegação em outras questões) possui a vantagem de buscar um equilíbrio entre a necessidade de a administração pública intervir e disciplinar um espectro cada vez maior de situações sociais e a imprescindível proteção que os direitos fundamentais necessitam ter especialmente em razão das constantes e possíveis afrontas do Estado-administrador. Nesse contexto, por mais que o CNJ possa regulamentar matérias da sua competência (autonomias administrativa e financeira, Estatuto da Magistratura Nacional e direitos e deveres dos juízes), o exercício desse poder não pode intervir em situações essenciais de direitos fundamentais.

Outro parâmetro importante sobre os regulamentos, nas situações de direitos fundamentais, refere-se à impossibilidade de fixação de uma nova restrição a esses direitos, a qual não se encontra prevista na Constituição e na legislação (ato do parlamento), sendo válido apenas o reconhecimento de deveres acessórios em limitações e intervenções já delimitadas no direito posto constitucional e legal.

Quando se fala na existência prévia restrição aos direitos fundamentais, algumas reflexões são devidas.

A partir da interpretação de princípios constitucionais como da administração pública (art. 37, CF), extrai-se uma série de restrições a direitos fundamentais em espécie. Não é possível por meio do poder regulamentar do CNJ interpretar princípios e conceitos indeterminados constitucionais de forma inovadora, porque essas questões devem ser reservadas ao legislador ou à jurisdição constitucional.

Parece adequada a concepção adotada pelo sistema jurídico espanhol e pelo Tribunal Constitucional espanhol, afirmando que o poder regulamentário do Conselho de Justiça somente pode regulamentar questões práticas, secundárias e acessórias¹⁷, ou seja, situações em que há a previsão anterior na legislação e na Constituição e o Conselho de Justiça somente fixa deveres laterais e práticos para implementação desses direitos e deveres.

3 Análise do Poder Regulamentar do CNJ: Resolução nº. 226/2016

A Resolução n. 34/2007 do CNJ disciplinou o exercício do magistério para juízes, a qual foi alterada por intermédio da Resolução nº. 226/2016 do mesmo Conselho. Dentre as modificações realizadas, vislumbram-se as seguintes: Art. 2º A Resolução CNJ 34/2007 passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

“Art. 4º-A A participação de magistrados na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou membro de comissão organizadora, inclusive nos termos do art. 4º da Resolução CNJ 170/2013, é considerada atividade docente, para os fins desta Resolução.

§ 1º A participação nos eventos mencionados no caput deste artigo deverá ser informada ao órgão competente do Tribunal respectivo em até 30 (trinta) dias após sua realização, mediante a inserção em sistema eletrônico próprio, no qual deverão ser indicados a data, o tema, o local e a entidade promotora do evento.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça e a Corregedoria Nacional de Justiça pro-

¹⁷“El status de los Jueces y Magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales Jueces y Magistrados, ha de venir determinado por ley y más precisamente por Ley Orgánica (art. 122.1 de la Constitución). Ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese status. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar puedan ser dispuestas por vía reglamentaria. Pero en el bien entendido que tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los Jueces y sí sólo regular, como se ha dicho, condiciones accesorias para su ejercicio” (ESPAÑA, 1986, s/p).

moverão o acompanhamento e a avaliação periódica das informações referidas no §1º deste artigo.

§ 3º A atuação dos magistrados em eventos aludidos no caput deste artigo deverá observar as vedações constitucionais relativamente à magistratura (art. 95, parágrafo único, da Constituição), cabendo ao juiz zelar para que essa participação não comprometa a imparcialidade e a independência para o exercício da jurisdição, além da presteza e da eficiência na atividade jurisdicional.” (NR)
“Art. 5º-A As atividades de coaching, similares e congêneres, destinadas à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos, não são consideradas atividade docente, sendo vedada a sua prática por magistrados.” (NR)

A Constituição Federal no art. 95, parágrafo único, inciso I, estabelece que: “Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”. Em virtude do tempo que deve ser dedicado pelo magistrado à judicatura e da independência que os integrantes do judiciário precisam gozar, somente o magistério superior pode ser exercido de maneira concomitante com a magistratura. Desse modo, há uma restrição constitucionalmente adequada à liberdade dos juízes e a liberdade profissional, nos termos do art. 5º, caput e XIII, CF.

Desse modo, é necessário observar se a Resolução nº. 226/2016 apenas fixa deveres acessórios e práticos para observância do art. 95, parágrafo, I, CF ou se existe uma regulamentação que apresenta restrições mais intensas do que as constitucionais e se há violação à teoria da essencialidade e aos direitos à liberdade e à liberdade profissional. Assim a natureza das práticas de magistério e de educação jurídica e a razão da permissão constitucional da docência para magistrados precisam ser compreendidas, podendo, desse modo, analisar a correção constitucional do ato normativo do CNJ.

3.1 Educação Jurídica: Dimensões Social e Constitucional

A educação tem como objetivo o aprendizado do discente, sendo o ensino definido por meio de dois processos. O primeiro é um processo autônomo, denominado estudo, no qual o discente alcança por si próprio o conhecimento e as aptidões desejadas. O segundo é um processo heterônomo, designado ensino, no qual o aprendizado do discente é construído em cooperação com outra pessoa ou grupo

de pessoas, especialmente por meio da figura do docente.

Ao longo do tempo buscou-se uma forma de educação que encontrasse um equilíbrio entre a aprendizagem autônoma e heterônoma:

Daí decorre que ambiente adequado de aprendizagem supõe atividades, em primeiro lugar, participativas, nas quais o aprendiz se encontra envolvido e motivado, na condição de sujeito, e, em segundo lugar, que acionem processos e dinâmicas reconstrutivas, interpretativas, sempre como autor. (...)

A autonomia não pode ser absoluta, porque colidiria com a autonomia dos outros. Faz parte dos processos educativos, tipicamente formativos, arquitetar modos conviventes de autonomia, em especial aqueles que sabem convencer sem vencer (DEMO, 1995, p. 20-21).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação apresenta um rol de atividades docentes que, apesar de meramente exemplificativo, ainda possui como figura típica do magistério o modelo de aulas expositivas e presenciais para uma quantidade expressiva de alunos:

Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei nº. 9.394/1996.

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

- I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;
- II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;
- III - zelar pela aprendizagem dos alunos;
- IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento;
- V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional;
- VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade (grifos nossos).

Uma visão centrada a) na atividade de ensino principalmente na exposição de conteúdos em sala de aula e b) no aprendizado por meio da frequência em sala

de aula e na leitura de bibliografia indicada é, no mínimo, bastante restritiva¹⁸. Em verdade, esse modelo, quando empregado no campo jurídico, impõe uma prática com resultados reduzidos no desenvolvimento de competências e habilidades para os egressos especialmente dos cursos de graduação em Direito (ROBL FILHO; FROTA, 2012, p. 229-252). Ainda, esse modelo pautado em aulas expositivas ministradas de forma uniforme a todos os alunos e com o mesmo material técnico de apoio beneficia principalmente os estudantes de direito que já possuem uma boa formação geral. Estes acadêmicos participaram, nos ensinamentos básico, fundamental e médio, de situações e processos educacionais que incentivaram sua autonomia intelectual, além de terem fixado uma boa estrutura de leitura, de compreensão de textos e de redação.

De outro lado, a realidade dos ensinamentos geral e jurídico brasileiros é bastante distante de um patamar de excelência, como regra. Os egressos do ensino médio não detêm majoritariamente as devidas competências e habilidades, assim como o conhecimento geral necessário para compreender os conteúdos desenvolvidos nas Faculdades de Direito¹⁹. Por sua vez, há mais de 1.000 Faculdades de Direito e, mesmo existindo tradicionais e novos Cursos brasileiros de excelência (TOMIO, 2014, p. 137-181), observa-se grande quantidade de graduações em Direito com baixa qualificação do corpo docente e com modelo de ensino incompatível com desenvolvimento de um perfil de egresso universitário que consiga, sem o auxílio intenso de profissionais especializados, obter a aprovação em concursos públicos bastantes concorridos como, por exemplo, da Magistratura.

Desse modo, o campo da educação jurídica especialmente no Brasil necessita ser repensado. Na graduação, impõe-se a avaliação específica de cada ingressante nas Faculdades de Direito sobre suas capacidades gerais (conhecimento, técnicas e habilidades elementares para execução de atividades especificamente jurídicas) com acompanhamento das dificuldades específicas dos discentes. O Estado brasileiro busca, corretamente, a ampliação do acesso à Universidade, porém esse aumento quantitativo deve ser seguido com a efetivação da devida qualidade.

Não se pode colocar a culpa exclusivamente nos ensinamentos básico, fundamental

¹⁸“Entre nós, aprender coincide com ter aula, e assim está exarado na LDB, quando se estatuíram os 200 dias letivos. Confundiu-se, apressadamente, aula com aprendizagem, reproduzindo um dos estereótipos mais triviais da organização escolar e universitária, não só no professor, mas igualmente nos pais: estes medem a aprendizagem de seus filhos pelas aulas e se irritam quando, por alguma razão, não há aula. Estamos agora introduzindo o nono ano no ensino fundamental, sob a mesma alegação: se os alunos tiverem mais aulas, vão aprender mais” (DEMO, 1995, p. 20-21.).

¹⁹Sobre as competências e habilidades dos egressos dos cursos jurídicos, cf. FACHIN, 2014, p. 47-51.

e médio, os quais são majoritariamente de baixa qualidade. Ou o ensino superior engaja-se com a busca de qualidade, a qual pressupõe também, na realidade brasileira, o enfrentamento de deficiências severas formativas, ou milhões de brasileiros serão novamente renegados às exclusões educacional e social.

De outro lado, é relevante também que as escolas da magistratura, as quais possuem por função a formação dos bacharéis em Direito para exercício das atividades jurisdicionais, e os cursos preparatórios para concursos, que prestam importantes serviços educacionais no ensino específico para aprovação nos Concursos Públicos de provas e títulos, revisem as estratégias educacionais, buscando novas técnicas e modalidades educacionais.

Em primeiro lugar, registra-se que a Constituição Federal consagra dimensão socialmente adequada do processo educacional, expressamente consagrando o direito ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (grifos nossos);

Nesse sentido é a manifestação doutrinária de Luiz Edson Fachin:

Não é nova a preocupação acadêmico-jurídica atinente ao ensino do Direito no Brasil. No horizonte mais recente, é possível perceber que, com a nascença da Constituição Federal de 1988, engendram-se uma serie de debates e reflexões que conduziram à concretização de inúmeras medidas correlatas ao tema, no sentido de, em medida gradual, libertar o processo de aprendizagem do Direito das vetustas amarras formais que insistiam em unir a produção do conhecimento jurídico a uma realidade há muito superada (2012, p. 298)

Registram-se avanços relevantes na educação jurídica, por exemplo, em pro-

jetos inovadores adotados com seriedade no eixo formação prática, composto pelo Estágio Supervisionado, Trabalho de Conclusão de Curso e Atividades de Extensão²⁰, nos termos das Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Direito (Resolução CNE/CES nº. 9 de 29 de setembro de 2004).

No Trabalho de Conclusão de Curso, o acadêmico deve compreender um problema teórico e prático importante e estruturar uma reflexão lógica e vertical sobre o tema. Bons Trabalhos de Conclusão pressupõem, por óbvio, engajamento dos orientandos, mas também um acompanhamento detalhado, constante e direito de Professor Orientador. Ainda, o Estágio Supervisionado, desde que presente um acompanhamento dedicado do Professor Orientador e realizado em pequenos grupos, produz bons resultados acadêmicos e educacionais no campo jurídico.

Desse modo, o aprendizado e, por consequência, a educação não podem ser reduzidos exclusivamente a um modelo expositivo tradicional e parcialmente superado de aulas expositivas para uma quantidade de acadêmicos. A educação, para atingir a finalidade do aprendizado, deve se fundar em mecanismos abrangentes, inclusivos e diversificados de alcance cooperativo do conhecimento e dos saberes.

3.2 *Coaching*: Espécies e Atividades Desenvolvidas

O ensino impõe-se como um processo heterônomo de educação, necessitando o conhecimento ser construído de forma cooperativa. O docente tem como papel fundamental elaborar métodos para potencializar o ensino/aprendizagem e influenciar de forma efetiva os discentes no processo educacional, focando no desenvolvimento das suas capacidades, habilidades e competências. Desse modo, o ensino dentro da sala de aula, por meio de aulas expositivas e para quantidade expressiva de discentes, é apenas um dos modelos de aprendizagem existente. A educação jurídica, especialmente no contexto brasileiro contemporâneo, pressupõe o envolvimento de forma direta e eficaz do discente no aprendizado com acompanhamento, supervisão e orientação intensa do Professor.

Assim, ao longo do tempo, foram criados inúmeros instrumentos pedagógicos e de tecnologia educacional que visam tornar mais efetivo o aprendizado. Por sua vez, uma análise histórica do *Coaching* demonstra que este surgiu como uma metodologia de ensino.

Se de um lado o termo foi por muito tempo associado aos esportes, de outro

²⁰Sobre a necessidade de inovações nesse eixo de atividades, cf. ROBL FILHO, 2014, p. 62-81.

lado, ele foi primeiro utilizado, na Universidade de Oxford em 1830, como uma vulgarização do termo tutor. *Coaching* pode ser definido de várias formas, dependendo da área em que é utilizado, mas seu núcleo é conceituado como metodologia empregada para dirigir, instruir e treinar pessoas e grupos para alcançar metas e objetivos.

O coaching nada mais é que uma metodologia de ensino, espelhada na relação entre Tutor e Pupilo, existente na educação desde tempos imemoriais. Foi somente a partir dos anos 50 do século passado que o coaching foi adaptado aos setores de consultoria, gerenciamento e administração aos quais é profundamente relacionado atualmente. Em verdade, a conotação de coaching como um instrumento de mercado e de negócios somente ocorreu quando da popularização do método nos EUA, em especial a partir dos anos 70. Em outras palavras, a relação de Tutor e Pupilo é fundamental na história educacional e central no processo de ensino e aprendizagem, sendo o coaching uma metodologia educacional que apenas em momento contemporâneo foi adotado no campo da administração.

Ainda, quando se trata de *coaching*, não se pode confundir o método de ensino com as suas fórmulas e espécies mais comuns e popularizadas recentemente, as quais tendem a ter maior publicidade e divulgação. Ressalta-se também que o termo coaching é composto atualmente por, ao menos, três fenômenos (coaching propriamente dito, mentoring e counseling):

Na realidade, podem ser consideradas várias similaridades entre coaching, mentoring e counseling pelo que o mercado entende dessas três técnicas, e muitas vezes usando os três termos de forma indistinta; e, parece, que o termo coaching (...) tem sido usado para representar qualquer uma das três situações (OLIVEIRA, 2015, p. 32).

O método do *coaching* propriamente dito apresenta as seguintes características básicas:

- 1) Método que pode ser aplicado em vários contextos;
- 2) Enfoque global - desenvolvimento profissional e pessoal, enfoque em habilidades, comportamentos e atitudes;
- 3) Processo de treinamento com várias repetições para consolidação e incorporação do pensamento;

- 4) Ensino de forma estruturada, “aprender a aprender”;
- 5) Pode ser realizada em grupo, sendo o enfoque a troca de conhecimentos e experiências (OLIVEIRA, 2015, p. 5-8).

O enfoque do *coaching* na ideia de treinamento, ademais, não descaracteriza sua natureza de instrumento de ensino. No contexto do Coaching, “Treinamento é o processo educacional aplicado de maneira sistemática e organizada sobre a qualificação dos profissionais” (OLIVEIRA, 2015, p. 42).

Por sua vez, o *mentoring* consiste em:

abordagem de orientação profissional e pessoal com elevada amplitude, em que um profissional, com larga experiência e forte sustentação teórica e prática - o mentor -, auxilia uma pessoa com menores experiência e conhecimento - o mentorado - em aspectos gerais e específicos para o seu desenvolvimento pessoal e profissional (OLIVEIRA, 2015, p. 43).

O *coaching* propriamente dito e o *mentoring* são métodos que empregam formas clássicas de ensino e de educação pautadas na orientação específica de Professor/Mentor/Tutor em relação ao Aluno/Mentorado/Pupilo. No ensino superior brasileiro, além dos Trabalhos de Conclusão de Curso e no Estágio Supervisionado, observa-se a utilização desses métodos nos Programas Especiais de Treinamento, assim descritos pelo Ministério da Educação:

O Programa Especial de Treinamento é destinado a grupos de alunos que demonstrem potencial, interesse e habilidades destacadas em cursos de graduação das IES. O apoio é concedido ao curso por um período indeterminado, e ao bolsista até a conclusão da sua graduação, desde que obedecidas as normas do Programa constantes neste documento. O PET é integrado por grupos tutoriais de aprendizagem. O Programa busca propiciar aos alunos, sob a orientação de um professor tutor, condições para a realização de atividades extracurriculares, que complementem a sua formação acadêmica, procurando atender mais plenamente às necessidades do próprio curso de graduação e/ou ampliar e aprofundar os objetivos e os conteúdos programáticos que integram sua grade curricular. Neste sentido, espera-se proporcionar uma melhoria da qualidade acadêmica dos cursos de graduação apoiados pelo PET. As atividades extra-

curriculares que compõem o Programa têm como objetivo garantir aos alunos do curso oportunidades de vivenciar experiências não presentes em estruturas curriculares convencionais, visando a sua formação global e favorecendo a formação acadêmica, tanto para a integração no mercado profissional como para o desenvolvimento de estudos em programas de pós-graduação. O Programa Especial de Treinamento constitui-se, portanto, em uma modalidade de investimento acadêmico em cursos de graduação que têm sérios compromissos epistemológicos, pedagógicos, éticos e sociais (BRASIL, MEC, 2002, p. 3).

Essas importantes atividades de Tutoria são conduzidas por Professor Universitário, sendo relevante programa desenvolvido no ensino superior brasileiro. Também é inegável que se trata de função de magistério a orientação de profissionais e bacharéis em Direito em programas de mestrado e doutorado em “treinamento intensivo com o objetivo de proporcionar sólida formação científica, encaminhando-se o candidato ao trabalho de pesquisa de que a tese será a expressão”. Em verdade, o curso de mestrado e de doutorado se caracteriza “por grande flexibilidade, deixando-se ampla liberdade de iniciativa ao candidato que receberá assistência e orientação de um diretor de estudos” (BRASIL, MEC, 1999, p. 7).

Por fim, atualmente, entende-se majoritariamente no Brasil a atividade de *coaching* como a orientação acadêmica prestada por Tutor, o qual é profissional de sucesso na área jurídica, em benefício de Pupilo, objetivando aprofundar a formação jurídica do Mentorado com participação em processo educacional específico e diferenciado. Nesse processo, o Tutor é claramente um Professor Orientador que, a partir dos seus conhecimentos acadêmico e prático e da sua experiência profissional jurídica, conduz treinamento educacional, o qual tem sido buscado principalmente por bacharéis em Direito que se submetem a concorridos e complexos Concursos Públicos Jurídicos.

3.3 Vedações ao Exercício de Funções e Cargos pelos Magistrados. Inconstitucionalidade do Art. 5-A da Resolução nº. 34/2007 do CNJ, conforme redação da Resolução nº. 226/2016

Os cânones da interpretação constitucionalmente adequada das vedações ao exercício de outros cargos e funções pelos magistrados encontram-se expostos no Mandado de Segurança nº. 25938-DF, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

3. As vedações formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, proteger o próprio Poder Judiciário, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de total independência e, de outra parte, garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado (BRASIL, STF, 2008). (grifos nossos)

Conforme visto acima, a Constituição Federal, nos termos do art. 95, parágrafo único, no inciso I, além da magistratura, somente é possível exercer um cargo do professor. Deve-se registrar que a relação de correlação temática entre o exercício da magistratura e o magistério, a qual se encontra no art. 26, § 1º, LOMAN, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois o art. 95, parágrafo único, I, CF, não determina que o magistério ocorra necessariamente na seara jurídica²¹.

Também se registram as vedações previstas no art. 36, I e II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

Desse modo, não é possível o Magistrado exercer outro cargo ou função além do magistério, também não podendo exercer atividades comerciais e empresariais salvo na condição de acionista ou de quotista. Em relação às vedações ao exercício de outros cargos e funções com exceção da docência e às impossibilidades de exercício de atos de comércio e da atividade empresarial, claramente se busca proibir que magistrados ingressem em atividades que consomem intensamente o tempo, prejudicando-se assim as atividades jurisdicionais.

²¹“Conclui-se, portanto, que nesse ponto específico a LOMAN não foi recepcionada pela nova Constituição. Se o magistrado desejar dar ailas em outras áreas não afins ao Direito, poderá fazê-lo sem impedimento” (ALVES, 2014, p. 331).

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, por óbvio e corretamente, compreende que a atividade de docência necessita ser conduzida em horários diversos da atuação jurisdicional e com carga horária compatível com os deveres funcionais dos magistrados, pois: “não pode o magistrado privilegiar o tempo dedicado ao magistério sobre o exercício da magistratura” (BRASIL, STF, 2007).

Em verdade, a produção de conhecimento e de reflexões jurídicas, a qual é essencial à docência, em muito beneficia a atividade judicial. Nesse exato sentido é a manifestação do Ministro Ayres Britto:

magistério e magistratura são irmãs siamesas no sentido de que, de um lado, é ensinando que se aprende; de outro, como dizia Camões, há um saber que só de experiência é feito; vale dizer, o juiz tem muito a ganhar com o exercício do magistério, e o magistério tem muito a ganhar com a protagonização dos juízes (BRASIL, STF, 2008), (grifos nossos)

Registra-se ainda o dever de capacitação contínua dos magistrados, a qual é condição *sine quo non* também dos ofícios atinentes ao magistério jurídico. Nesse exato sentido, sobre a exigência de conhecimento e capacitação permanente dos juízes, dispõe o Código de Ética da Magistratura aprovado pelo CNJ:

Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça.

Art. 30. O magistrado bem formado é o que conhece o Direito vigente e desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente.

Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.

Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

Sobre as referidas modificações, é correto fixar a regra geral, no caput do art.

4-A da Resolução nº. 34/2007 do CNJ, de que atividades de palestra, conferência, presidência de mesa, moderação, debate ou comissão organizadora constituem-se em função de docência. As lições ministradas por Professores ocorrem em diversos contextos e não somente em sala de aula para alunos matriculados em disciplina específica. Ainda, há relação necessária entre a produção de conhecimentos teórico e prático e a atividade do magistério, sendo essencial a participação de Professores em eventos acadêmicos, científicos e profissionais.

Por sua vez, como essas atividades docentes podem impactar no exercício da atividade jurisdicional, justifica-se assim a necessidade de informação da sua realização para o Conselho Nacional de Justiça.

A LOMAN, buscando preservar a independência do magistrado e a dedicação dos juízes às atividades jurisdicionais, vedou a participação dos magistrados em “cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração”. Desse modo, mesmo sem remuneração, não é possível que magistrado integre o corpo Diretivo de Fundação Pública com finalidades educacionais, pois a dedicação a esta função provavelmente impactará no exercício da jurisdição. Desse modo, essa linha interpretativa, a priori, sustenta a obrigação de comunicação de palestras, participações e mediações em mesas de debate em instituições religiosas e em clubes literários para “garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional” (BRASIL, STF, 2008).

De outro lado, a vedação completa da atividade de coaching, nos termos do art. 5-A da Resolução nº. 34/2007, representa violação ao art. 95, parágrafo único, I, CF, pois há atividades de docência jurídica praticadas pelo método ou metodologia de treinamento educacional conhecido com Coaching. A vedação prevista no referido art. 5-A, Resolução nº. 34/2007, ainda afronta “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar pensamento” e o “pluralismo de idéias e concepções pedagógicas”, que se encontram previstos no art. 206, II e III, CF.

Por fim, não se trata de exercício de poder regulamentar na fixação de dever acessório à vedação já existente na legislação e na Constituição, porque esse ato normativo da administração pública violou o conceito tradicional, legal e constitucional de docência, além de violar, como visto, os direitos fundamentais à liberdade e à educação. Ainda, existe regulação sobre questões essenciais dos ci-

tados direitos fundamentais na educação jurídica, a qual não é possível por meio de ato regulamentar do CNJ.

Considerações Finais

Os direitos fundamentais são de enorme destaque no constitucionalismo contemporâneo, podendo ser limitados e restringidos de específicas formas. Em primeiro lugar, o próprio Poder Constituinte pode fixar de maneira expressa no texto constitucional algumas limitações, buscando proteger e garantir outros valores e normas constitucionais.

De outro lado, é possível mediante lei (ato do parlamento) estabelecer também limitações aos direitos fundamentais, existindo a reserva de lei simples e reserva de lei qualificada, existindo nesta a fixação de parâmetros e até o prévio balanceamento com outras normas constitucionais. Ainda, mesmo que não haja previsão literal de restrição legal, é facultado ao legislador estabelecer limitações e especialmente parâmetros para ponderação entre direitos fundamentais em espécie ou entre esses direitos e outras normas constitucionais.

Em terceiro lugar, é função por excelência de a jurisdição constitucional analisar a colisão de direitos, produzindo, desde que existam sólidos argumentos constitucionais, limitações. Em quarto lugar, entende-se que o poder regulamentar da administração pública pode estabelecer certas restrições aos direitos fundamentais se existir autorização constitucional e se a regulamentação não versar sobre elementos essenciais dos direitos fundamentais.

Em quinto lugar, o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça encontra-se restrito à sua competência constitucional (103 - B, § 4º, CF), não podendo intervir nos direitos fundamentais para além de estabelecer normas secundárias e acessórias a normas legais e constitucionais previamente existentes. Ainda, o CNJ deve respeitar a teoria da essencialidade, que prescreve que atos normativos administrativos não podem regulamentar questões essenciais dos direitos fundamentais.

No caso da Resolução nº. 226/2016 do CNJ e em sexto lugar, há violação aos limites constitucionais, pois a atividade de coaching integra o núcleo das atividades de magistério, as quais são permitidas constitucional e legalmente. O coaching nada mais é que uma metodologia de ensino, espelhada na relação entre Tutor e Pupilo, existente na educação desde tempos imemoriais.

Desse modo, desde que i) se trate de método utilizado no campo educacional como em atividades de graduação, de pós-graduação e de preparação para Con-

cursos Públicos), ii) as atividades educacionais do Tutor/Professor Orientador magistrado sejam realizadas, pessoal ou virtualmente, em horário compatível com o exercício da atividade jurisdicional e iii) o juiz preste as atividades educacionais de tutoria (coaching) mediante vinculação com instituição de ensino, com escola da magistratura, com curso preparatório ou com pessoa jurídica que possui como finalidade a prestação de serviços de educação jurídica, sendo vedada a realização desta atividade mediante contratação direta com clientela, há relação de docência constitucionalmente protegida.

Em verdade, o Professor pode exercer a profissão mediante a) relação de emprego (CLT), b) vinculação estatutária e administrativa após aprovação em Concurso Público de provas e títulos para atividade de docência em instituição educacional pública, c) atividade de autônomo, conduzindo cursos, aulas e atividades educacionais em cursos de pós-graduação lato sensu ou cursos preparatórios e d) contratação direta com a clientela (aula particular).

Para o magistrado e professor, logo também para o juiz que exerce a docência por meio de atividades educacionais de tutoria (coaching), parece que as formas de exercício da profissão serão por relação de emprego (CLT), vínculo estatutário e atuação como autônomo em cursos de pós-graduação lato sensu ou cursos preparatórios. De outro lado, o exercício de atividades de coaching por contratação direta com a clientela provavelmente impactará bastante no tempo dedicado pelo magistrado a atividades meio do processo educacional (relações administrativas e logísticas), podendo reduzir o tempo disponível para o desempenho das atividades jurisdicionais e causar incompatibilidade de horários com o exercício das funções judiciais.

Desse modo e em sétimo lugar, há violação à liberdade de profissão e ao direito fundamental à educação, sendo promovido uma restrição que não se encontra na Constituição Federal e no direito posto, porque a atividade de Tutoria está contida no magistério. Ainda, essa restrição ataca o âmbito de proteção desses direitos, violando a teoria da essencialidade. Em oitavo lugar, por sua vez, a informação da realização de palestras ao CNJ não representam violação à Constituição Federal, sendo neste particular constitucional a Resolução nº. 226/2016.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Henry. *Regime Jurídico da Magistratura*. 2. ed. São Paulo: Sa-

raiva, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

CYRINO, André. Regulamento Autônomo no Brasil: Uma Resposta às Críticas. *Revista da Faculdade de Direito - RFD - UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 107-137, 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Manual de Orientações Básicas - PET*. 2002, p. 3. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/PETmanual.pdf>. Acesso em 22 de julho 2016.

_____. *Parecer n.º. 977/1965*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacao/avaliacao-n/Parecer-977-1965.pdf>. Acesso em 22 de julho 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar n.º. 2.075*, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 27/6/2003.

_____. *Questão de Ordem no Agravo Regimental na Ação Cautelar n.º. 1.033*, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 16/6/2006.

_____. *Mandado de Segurança n.º. 25938*. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ de 12/09/2008.

_____. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º. 32.451-DF - Decisão Monocrática*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 15/10/2013.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 4815*, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJ de 29 julho de 2016.

DEUTSCHLAND. *BVerfGE 47, 46 - Sexualkundeunterricht*, Ersten Senates, 21. Dezember 1977. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=deutschland&aq=deustch&aqs=chrome.3.69i57j0l5.8296j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

Acesso em: 07 de setembro de 2016.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 108/1986*. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/671>. Acesso em: 08 de setembro de 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Avaliação da Pós-Graduação em Direito: Reflexões sobre o Perfil da Excelência Acadêmica. In: SILVEIRA, Vladimir da, SANCHES, Samyra Haydêe Dal Naspolini. *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 253-271.

_____. Competências e Habilidades dos Egressos do Ensino Jurídico. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; SCHAEFER, Fernanda; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. (Org.). *Ensino jurídico e desafios contemporâneos*. Curitiba: OABPR, 2014, p. 47-61

FRANÇAIS, Le Conseil constitutionnel, *Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982*. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1982/82-143-dc/decision-n-82-143-dc-du-30-juillet-1982.8002.html>. Acesso em: 07 setembro de 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Coaching, Mentoring e Counseling: um Modelo Integrado de Orientação Profissional com Sustentação da Universidade*

Corporativa. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2015.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira: Interpretação e Aplicação do Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2016.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Revisão do Papel da Metodologia da Pesquisa Jurídica e Trabalho de Curso na Graduação em Direito. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; SCHAEFER, Fernanda; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. (Org.). *Ensino jurídico e desafios contemporâneos*. Curitiba: OABPR, 2014, p. 62-81.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Pesquisa Jurídica: entre a Quantidade e a Qualidade. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti. (Org.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 229-252.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Democrático de Direito e os Limites da Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988, com Destaque para o Problema da sua Colisão com outros Direitos Fundamentais, em Especial, com os Direitos de Personalidade. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, p. 112-142, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da EMESC*, v. 12, n. 18, p. 15-24, 2005.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas. Uma Análise Quantitativa e Comparada sobre o Ensino Jurídico no Paraná nas Últimas duas Décadas: Cursos, Vagas Ofertadas, Matrículas, Concluintes, Ingressos e Desempenho no Exame de Ordem. CORTIANO JUNIOR, Eroulths; SCHAEFER, Fernanda; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. (Org.). *Ensino jurídico e desafios contemporâneos*. Curitiba: OABPR, 2014, p. 137-181.

Artigo recebido em 10/10/2016
Revisado em 08/12/2016
Aprovado em 20/12/2016