

Magistrado e Magistério

Rodrigo Lopes Lourenço

Professor da EMERJ, ex-Assessor Jurídico da Presidência do TJERJ. Procurador da ALERJ.

1. INTRODUÇÃO

Os substantivos latinos *magistratus* e *magisterium* têm origem comum: o também substantivo *magister* - mestre em português -, cuja raiz é o advérbio *magis* - maior em vernáculo. Como se vê, as imbricações entre magistratura e magistério são mais vetustas que nossa República ou mesmo nossa Independência.

2. ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS

A acumulação remunerada de cargos públicos sempre sofreu críticas, quer porque implicaria o teórico risco de o servidor *lato sensu* não conseguir desempenhar adequadamente suas atividades, quer porque ensejaria a suposta percepção de vencimentos elevados por única pessoa.

A preocupação com os ganhos daquele que, remunerado, acumule cargos públicos fica bastante reduzida quando se impõe, como premissa fundamental para o desempenho simultâneo de tais funções, a compatibilidade de horários. Ora, se tais atividades ocorrem em momentos distintos do dia, umas sem prejudicar as outras, é justo que o servidor perceba ambas as remunerações, haja vista sua carga horária ser superior à de um colega que desempenhe as funções de só um de tais cargos. Por isso mesmo, a Constituição de 1934, art. 172, § 1º, parte final, a Constituição de 1946, art. 185, *caput*, parte final, a Carta de 1967, art. 97, § 1º, parte final, a Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 99, § 1º, parte final, e a vigente Carta de 1988, art. 37, *caput*, XVI, sempre exigiram, em relação à acumulação remunerada de cargos públicos, a compatibilidade de horários.

Por outro lado, o interesse público de um servidor exercer o magistério é patente. Ressalvada a má-fé, que não se deve presumir, somente a mais profunda ignorância sobre a magia da sala de aula pode levar alguém a sustentar que, do magistério, o servidor público não aufera valiosos con-

tributos para sua outra atividade profissional. Em sala de aula, onde o estofo teórico do professor é sempre escrutinado, é o mestre, mais que os alunos, aquele que auferir maiores benefícios da solidificação de conteúdos. Em síntese: dar aula sempre é aprender. Por isso, o servidor que ministra aulas está sempre se aperfeiçoando, a fim de melhor prestar seus outros serviços públicos.

Em relação à magistratura, a questão é ainda mais intensa. Como se demonstrou, desde Roma, é o mesmo mestre aquele que julga e que ensina; ao realizar quaisquer dessas tarefas, o magistrado aprimora-se para a outra. Se a prática torna a aula do juiz mais interessante, a teoria do professor apura-lhe a sentença.

Certo, há quem sustente que, podendo livremente ministrar aulas, o magistrado tornar-se-á negligente com seus processos. Do ponto de vista objetivo, as Corregedorias-Gerais da Justiça e os conselhos administrativos do Poder Judiciário estão perfeitamente estruturados para coibir tais infrações. Subjetivamente, o dever de bem servir e a satisfação pessoal de honestamente decidir são fatores preponderantes para que tal situação não ocorra ou, pelo menos, seja pouco frequente. Todavia, se, ainda assim, algum magistrado se tornar desidioso em virtude de interesse maior no magistério, a culpa não será da sala de aula: má formação ética não pode ser examinada em concurso público e a existência do fruto podre não pode ser justificativa para a derrubada da árvore. Aliás, se a proibição ou brutal restrição de atividade de magistério por magistrado deve ocorrer por receio de negligência, então, por coerência e identidade de razões, devem-se proibir aos juízes a praia, os esportes, os relacionamentos amorosos, os filhos, as artes *etc.*

3. DISCIPLINA DA ACUMULAÇÃO DE MAGISTRATURA COM MAGISTÉRIO

A primeira constituição republicana, a de 1891, art. 73, vedava, sem ressalvas, “as acumulações remuneradas”. A Constituição de 1934, art. 65, entronizou no Direito brasileiro a saudável permissão de o magistrado acumular suas funções com as do magistério público. É importante observar que não se exigia magistério de Direito, magistério superior nem única função de magistério. A Carta de 1937, ditatorial e mal inspirada em terrível regime de exceção do Leste Europeu, proibiu, art. 159, a acumulação de cargos públicos. A Constituição de 1946, quanto aos magistrados,

art. 96, I, sem ressaltar quantidade, permitiu-lhes o exercício dos hoje denominados ensinos médio e superior. A Carta de 1967 - art. 97, *caput*, I, e art. 109, I - expressamente permitiu que o magistrado fosse professor, restringindo a um cargo, sem disciplinar a modalidade de magistério.

Como se sabe, em 1969, a junta militar que depôs o vice-presidente Pedro Aleixo editou a Emenda Constitucional nº 1 à Carta de 1967, a qual, em virtude do volume e da profundidade das modificações, é doutrinariamente reconhecida como outra carta. Na redação originária da Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 114, I, o magistrado podia acumular um cargo de magistério, sem restrições quanto ao ensino ser médio ou superior.

Depois disso, veio o ainda *vigente* Pacote de Abril de 1977.

Repito: *vigente*.

4. O PACOTE DE ABRIL DE 1977

Com fundamento no Ato Institucional nº 5/1968, o general Geisel decretou o recesso do Congresso Nacional e editou a Emenda Constitucional nº 7/1977, cuja ementa dizia incorporar “ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário”.

A questão não é simplesmente histórica - característica por si só decisiva para incitar profundos estudos - mas, especialmente, de direito positivo: as garantias e vedações da magistratura na vigente Constituição foram copiadas - na melhor das hipóteses, por desatenção - de subproduto de ato ditatorial que albergou a tortura, permitiu o exílio e suspendeu vitórias da Civilização Ocidental como o *habeas corpus*. Sim, até hoje, quando o tema é garantias e vedações da magistratura, a Emenda Constitucional nº 7/1977, editada com base no famigerado AI-5, está, ao menos parcialmente, em vigor.

Em relação ao objeto deste estudo, antes do vigente Pacote de Abril de 1977, as vedações constitucionais às quais estava submetida a magistratura eram, *verbis*:

“Art. 114. É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, **qualquer outra função pública**, salvo **um** cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição;

.....” (grifos meus)

Com o vigente Pacote de Abril de 1977, mas antes da Carta de 1988, a redação passou a ser, *verbis*:

“Art. 114.

I - exercer, ainda que em disponibilidade, **qualquer outra função**, salvo **um** cargo de magistério **superior, público ou particular**, e nos casos previstos nesta Constituição;

.....” (grifos meus)

Como o Pacote de Abril de 1977 foi, ao menos parcialmente, adotado pela Carta de 1988, o dispositivo equivalente hoje em vigor é, *verbis*:

“Art. 95.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo **uma** de magistério;

.....” (grifos meus)

Observe-se, apenas, que, na vigente Carta, não há restrição quanto às atividades de magistério serem no ensino superior, nem quanto às espécies pública ou privada. No mais, o Pacote de Abril de 1977 permanece intacto.

Até abril de 1977, os magistrados não eram proibidos de exercer atividades privadas, como a presidência de agremiações desportivas ou a atuação na justiça desportiva. Contudo, a partir do Pacote de Abril de 1977, e até hoje, o magistrado está proibido de exercer qualquer outra função, de qualquer natureza, salvo o magistério.

Essa brutal restrição se deu pela supressão do adjetivo *pública*, acima grifado. Antes de abril de 1977, o magistrado não podia exercer outra função *pública*, salvo o magistério. A partir do vigente Pacote de Abril de 1977, não pode mais exercer outra função - sem adjetivo, isto é, nenhuma outra função, nem pública nem privada - salvo o magistério.

Em síntese, a magistratura, presentemente, ainda está submetida a restrições decorrentes do AI-5, porque a tal constituição-cidadã - na melhor das hipóteses, por descaso - subscreveu, no ponto, o Pacote de Abril de 1977.

5. UMA FUNÇÃO DE MAGISTÉRIO

O que significa na parte final do inciso I do parágrafo único do art. 95, da Constituição, a expressão “salvo *uma* de magistério”?

Literalmente, o juiz só poderia exercer *única* função de magistério. Se assim fosse, o magistrado poderia se dedicar a única função de magistério com expressiva jornada de trabalho semanal e, mesmo assim, estaria diligentemente cumprindo a determinação constitucional. Nessa hipótese, as atividades judicantes seriam prejudicadas em benefício da literal interpretação do vocábulo “*uma*”.

Em verdade, o bem constitucionalmente protegido pelo suprarreferido comando é a imprescindível compatibilidade de horários entre atividades judicantes e as de sala de aula. Assim, não é relevante se o juiz ministra aulas em mais de um lugar, mas, bem ao contrário, se a soma do tempo gasto no magistério é compatível com o perfeito desempenho das funções da magistratura.

Aliás, a questão não é nova. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 17 de fevereiro de 2005, a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.126/DF, cujo acórdão foi publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência**, volume nº 193, páginas nº 188 e seguintes, suspendeu a vigência da expressão “*único (a)*”, constante do art. 1º da Resolução CJF nº 336/2003. Naquele caso, o Conselho de Justiça Federal interpretara literalmente a Constituição da República, restringindo a *única* função de magistério o direito de o juiz ministrar aulas.

Nunca é demais repetir: a interpretação literal - que afirma ser possível ao magistrado desempenhar única função de magistério - ameaça o interesse público e o princípio constitucional da moralidade: com base nela, torna-se possível ao juiz transformar em secundárias suas atividades judicantes ao dedicar-se por extenuantes horas a *única* função de magistério, teoricamente cumprindo as restrições constitucionais.

6. A LOMAN

O mesmo Pacote de Abril de 1977 - parágrafo único do art. 112 da Emenda Constitucional nº 1/1969 - entronizou no ordenamento jurídico o instituto de, por lei complementar federal, então denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, entre outros temas afeitos à magistratura, deverem ser estabelecidas normas relativas às proibições previstas na Emenda Constitucional nº 1/1969. Com tal fundamento, foi editada a Lei

Complementar federal nº 35/1979, habitualmente denominada LOMAN, ainda em vigor, porque em grande parte recepcionada pela Carta de 1988.

Confirmam-se, sobre o tema, os dispositivos da LOMAN, *verbis*:

“Art. 26. O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vedado):

I -;

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

*a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério **superior, público ou particular**;*

b);

c);

*§ 1º. O exercício de cargo de magistério **superior, público ou particular**, somente será permitido se houver **correlação de matérias e compatibilidade de horários**, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.*

§ 2º. Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.” (grifos meus)

Como foge ao escopo deste estudo, não se comentará a perplexidade decorrente da possibilidade de “magistrado vitalício” perder o cargo em virtude de “procedimento administrativo”.

Quanto às restrições impostas pelos comandos insculpidos no art. 26 da Lei Complementar federal nº 35/1979, é impositivo reconhecer que eles estavam perfeitamente adequados à redação do art. 114, I, da Emenda Constitucional nº 1/1969. Todavia, como na Carta de 1988, não houve menção a magistério superior, não se pode considerar recepcionada a expressão “*superior, público ou particular*,” constante da alínea *a* do inciso I do *caput* do art. 26 e de seu § 1º. Por identidade de razões, isto é, inexis-

tência de específica previsão na vigente Lei Maior, a frase “*correlação de matérias e*” também não foi recepcionada.

Destarte, as normas contidas no inciso I do *caput* do art. 26 e seus parágrafos não podem ser interpretadas sem que se observem as - poucas, posto que significativas - mudanças entre a redação originária no Pacote de Abril de 1977 e a atual na Carta de 1988.

Decotadas da LOMAN as expressões diretamente relacionadas ao texto do art. 114, I, da Emenda Constitucional nº 1/1969, com a redação que lhe foi imposta pelo Pacote de Abril de 1977, constata-se que: i) deve haver compatibilidade de horários entre as funções judicantes e as de sala de aula, em obediência à norma inscrita no art. 26, § 1º, parte inicial, da LOMAN; ii) não é permitido ao juiz ser dirigente da instituição de ensino, por força do preceito inserto no art. 26, § 1º, parte final, da LOMAN; iii) atividades docentes relacionadas à formação e aperfeiçoamento de magistrados não são incluídas nas proibições, em virtude do comando insculpido no art. 26, § 2º, da LOMAN.

Quanto à compatibilidade de horários, já se demonstrou que tal imposição está presente em todos os textos constitucionais que permitiram a acumulação remunerada de cargos públicos.

A administração e a direção pedagógica de instituição de ensino são atividades indubitavelmente essenciais. Todavia, é possível diferenciá-las das desempenhadas em sala de aula. São estas, não as outras, que, além de beneficiar os alunos com a preciosa experiência profissional do juiz, logram aprofundar-lhe a formação profissional. Por isso, a LOMAN regulamentou a expressão constitucional “magistério” como atividade em sala de aula.

Nesse sentido, isto é, nitidamente distinguindo o trabalho em sala de aula da administração e da direção técnica de instituição de ensino, o Supremo Tribunal Federal, em 26 de novembro de 2003, aprovou o verbete nº 726 de sua Súmula, afirmando que, “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula”. Certo, em 29 de outubro de 2008, julgando o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772-DF, cujo acórdão foi publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência**, volume nº 208, páginas nº 961 e seguintes, a Corte Constitucional, por maioria, alterou esse entendimento, decidindo que “a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula.”

Com base neste entendimento majoritário de 2008, o qual implicitamente revogou aquele verbete da Súmula do Pretório Excelso, seria possível afirmar-se que a parte final do § 1º do art. 26 da LOMAN, a qual restringe a função de magistério à sala de aula, não teria sido recepcionada.

Por fim, o preceito inserto no art. 26, § 2º, da LOMAN, que exclui as atividades relacionadas à formação e ao aperfeiçoamento de magistrados da proibição de acumular, demanda certa atenção.

Quando se editou tal comando, a Emenda Constitucional nº 1/1969 permitia ao magistrado o exercício simultâneo de *único* cargo de magistério *superior*. Repitam-se: *único* e *superior*. Evidentemente, do ponto de vista da densidade científica, a formação e aperfeiçoamento de magistrados são atividades pedagógicas que não podem ser classificadas aquém do nível superior. Essa, a parte fácil. Entretanto, como se podia compatibilizar a permissão constitucional de o juiz acumular *único* cargo de magistério com a exclusão de tal contagem das atividades de formação e aperfeiçoamento de magistrados?

Os cursos de aperfeiçoamento de magistrados, posto que contenham relevante parcela de atividade de ensino, têm características peculiares: o juiz-instrutor distingue-se do juiz-aprendiz pelo maior treinamento em específicas questões da magistratura. Nestes casos, a dicotomia professor-aluno, significativamente baseada na ideia de que aquele tem o dever de esclarecer este sobre certos conteúdos, é substituída pela constatação de que dois colegas, possivelmente com similar formação técnico-intelectual, têm experiências significativamente diversas em peculiar aspecto da magistratura, impondo-se àquele com maior prática orientar o neófito. Raciocínio análogo se aplica aos cursos de formação de magistrados, porque o bacharel em Direito, por melhor que tenha sido sua formação, como aprendiz, muitas vezes dependerá de ensinamentos práticos do magistrado-instrutor.

Há mais: as normas inscritas no art. 93, II, c, e no art. 93, IV, da Constituição da República impõem a existência de tais cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados. O juiz que nele profere aulas está, em obediência à Lei Maior, cumprindo função administrativa do Poder Judiciário.

Em síntese, os cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados, posto que evidentemente contenham atividade de magistério, caracterizam-se pela prevalência de orientação destinada à prática da judicatura. Por isso, tal atividade não pode ser computada como cargo de magistério.

7. O ESTATUTO DA MAGISTRATURA

A regra inscrita no *caput* do art. 93 da Constituição da República reserva ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa exclusiva de lei complementar que discipline o Estatuto da Magistratura, isto é, o regime jurídico a que estejam submetidos os magistrados. Tal lei complementar disciplinará, entre outros temas relevantes, as proibições da magistratura, inclusive o exercício de outro cargo ou função, e, evidentemente, revogará a LOMAN.

Aqui, ressurge o perigoso tema da “*hierarquia das leis*”. Evidentemente, ninguém discute que a Constituição da República é norma de hierarquia superior em relação a todo e qualquer outro componente do ordenamento jurídico. Fixada tal premissa, bastante difundida e absolutamente pacífica, as questões jurídicas se tornam bem mais complexas.

No art. 59, a Constituição da República, sob a tradicional denominação de “Processo Legislativo”, enumera os diplomas necessariamente submetidos ao Poder Legislativo. Nele aparecem as emendas constitucionais, as leis complementares, ordinárias, delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Talvez por influência do regime militar, há forte tendência de ler-se esse dispositivo de forma análoga a uma lista composta por general, coronel, major, capitão, tenente e sargento. Com o devido respeito, nada é mais equivocado.

As espécies normativas enumeradas no art. 59 da Constituição da República - todas evidentemente submetidas à Lei Maior - não estão dispostas de forma hierarquizada. Não há, por outro lado, possibilidade de o Poder Legislativo escolher entre diploma supostamente inferior ou teoricamente superior.

Ao longo de seu texto, embora de forma marcadamente assistemática, a Constituição da República aponta qual dos diplomas enumerados em seu art. 59 seria o adequado para regulamentar determinado tema. Observe-se, aliás, que outras espécies normativas - como os regimentos internos dos tribunais - posto que evidentemente não listados no art. 59, têm campo de atuação constitucionalmente reservado. Por exemplo: a mudança temporária da sede do Congresso Nacional não pode ser feita por lei complementar, mas exclusivamente por decreto legislativo, nos termos do art. 49, VI, da Lei Maior; lei nenhuma, de nenhuma espécie, mas apenas o próprio regimento interno, pode dispor sobre competência dos órgãos jurisdicionais de qualquer tribunal judiciário, em virtude do

art. 96, I, *a*, parte final, da Constituição da República.

Nessa linha de raciocínio, o regime jurídico-constitucional dos magistrados só pode ser regulamentado, haja vista a norma contida no *caput* do art. 93 da Constituição da República, por lei complementar federal. Qualquer outra espécie normativa, enumerada no pré-falado art. 59 ou não, inclusive atos emanados dos tribunais e conselhos administrativos do Poder Judiciário, que pretenda regular a matéria será formalmente inconstitucional. Posto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema seja abundante, sugere-se como exemplo, por todos, o acórdão prolatado no julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.508-MS, publicado no Diário de Justiça de 31 de agosto de 2007.

8. CONCLUSÕES

Deste breve estudo, são possíveis as seguintes conclusões:

a) magistratura e magistério são atividades etimológica, histórica e ontologicamente imbricadas;

b) o exercício do magistério por magistrado é benéfico ao interesse público;

c) o juiz tem direito à atividade docente, porque, desde o Pacote de Abril de 1977, está submetido a brutais restrições de atividades profissionais;

d) não são relevantes os lugares onde o magistrado ministre aulas nem a quantidade de contratos de trabalho como professor, mas a necessária compatibilidade de horários com as funções judicantes;

e) a participação em curso de formação e aperfeiçoamento de magistrados não pode ser contabilizada como atividade de magistério, porque é função administrativa do Poder Judiciário;

f) exclusivamente por lei complementar federal de iniciativa absolutamente reservada ao Supremo Tribunal Federal é possível a regulamentação do regime jurídico da magistratura, inclusive quanto às proibições previstas no parágrafo único do art. 95 da Lei Maior. ♦