

PARECER

Ementa: REGULAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS DE EDUCAÇÃO FÍSICA. Lei nº 9.696/1998. Regulamentação da profissão de Educação Física. Criação dos Conselhos Regionais de Educação Física e do Conselho Federal de Educação Física. Dúvida sobre a constitucionalidade da lei. JURISPRUDÊNCIA DO STF. NATUREZA AUTÁRQUICA DOS CONSELHOS. INCIDÊNCIA DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 4º DA LEI Nº 9.696/1998 COM A CONSTITUIÇÃO. Delegação em branco. Violação aos princípios da separação de Poderes (art. 2º, CRFB), da legalidade administrativa (art. 37, CRFB) e ao princípio democrático (art. 1º, CRFB). Doutrina dos princípios inteligíveis.

LIMITES À INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1º A 3º DA LEI Nº 9.696/1998. Inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 no sentido de que seria possível a criação de barreiras de entrada para o exercício de atividades profissionais que envolvam exercícios físicos ou atividades desportivas. Processo de descentralização administrativa, mais especificamente das competências da União Federal para organizar, disciplinar e fiscalizar profissões regulamentadas (art. 21, XXIV e art. 22, XVI, CRFB). Inconstitucionalidade da interpretação que possibilite a criação de obrigações, ainda que indiretas, que recaiam sobre estabelecimentos em que são praticadas atividades físicas. Violação à sistemática constitucional dos direitos fundamentais ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas (arts. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, *caput*, CRFB), bem como ao processo de descentralização e especialização funcional, que tem fulcro no art. 37, *caput* e inciso XIX, bem como no art. 174 da CRFB, aliado ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CRFB). Descumprimento do dever constitucional de razoabilidade (art. 1º e art. 5º, LIV, CRFB), o qual implica o dever de manutenção da correspondência lógica das medidas estatais com os critérios eleitos. A lei deve ser interpretada como instrumento de autorregulação, jamais como fundamento para a interferência com a atividade de outros agentes.

SUMÁRIO

I. A CONSULTA	3
II. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI Nº 9.696/1998: INCOMPATIBILIDADE DO MARCO LEGAL COM O REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS.	7
II.1. O regime jurídico dos Conselhos Profissionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.	7
II.2. A ausência de parâmetros inteligíveis para o exercício do poder de ordenação da categoria profissional.....	12
III – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 1º A 3º DA LEI Nº 9.696/1998: VIOLAÇÃO TANTO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUALIFICADA ÀS LIBERDADES PROFISSIONAL E DE INICIATIVA, QUANTO AO VETOR DE ESPECIALIZAÇÃO QUE ORIENTA A CRIAÇÃO E ATUAÇÃO DE ENTIDADES AUTÁRQUICAS.	18
III.1. A dicção dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 e seus efeitos inconstitucionais. ..	18
III.2. Inconstitucionalidade da interpretação extraída dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 que permite restringir o exercício da profissão a indivíduos registrados nos CREFs: barreira de entrada que importa em restrição desproporcional ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas.	21
III.3. Inconstitucionalidade da interpretação extraída dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 que permite restringir direitos de terceiros: violação à livre iniciativa e ao dever de razoabilidade.....	27
IV. CONCLUSÃO	33

PARECER

I. A CONSULTA

Trata-se de consulta acerca da constitucionalidade da Lei Federal nº 9.696/1998, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os Conselhos Regionais de Educação Física (“CREFs”) e o respectivo Conselho Federal de Educação Física (“CONFEF”). Mais especificamente, indaga-se: (i) se a abertura textual do art. 4º da Lei, que criou as referidas instituições, se coaduna com o regime jurídico aplicável aos Conselhos Profissionais; e (ii) qual a correta interpretação quanto à extensão dos arts. 1º a 3º do marco legal, considerando o regime de liberdade de iniciativa e de profissão previsto na Constituição Federal. Confirmam-se, a propósito, os dispositivos que constituem o objeto da consulta:

Art. 1º. O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

Art. 2º. Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I - os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido;

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que, até a data do início da vigência desta Lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de

Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

Art. 3º. Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.

Art. 4º. São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Educação Física.

Art. 5º. Os primeiros membros efetivos e suplentes do Conselho Federal de Educação Física serão eleitos para um mandato tampão de dois anos, em reunião das associações representativas de Profissionais de Educação Física, criadas nos termos da Constituição Federal, com personalidade jurídica própria, e das instituições superiores de ensino de Educação Física, oficialmente autorizadas ou reconhecidas, que serão convocadas pela Federação Brasileira das Associações dos Profissionais de Educação Física - FBAPEF, no prazo de até noventa dias após a promulgação desta Lei.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Segundo o relato, as previsões da Lei nº 9.696/1998 vêm sendo utilizadas pelos Conselhos Profissionais de Educação Física para criar restrições às atividades dos respectivos profissionais, bem como para impor obrigações, de forma inovadora, a estabelecimentos comerciais onde são praticadas atividades físicas e esportivas. A título de exemplo, tem-se conhecimento de que os Conselhos já estipularam regras tornando obrigatório o registro como Profissional de Educação Física para exercício, por exemplo, da atividade de professor de pilates,¹ bem como para a atuação como monitor de

¹ Confirmam-se: art. 1º da Resolução CONFEF nº 201/2010: “*ratificar o Pilates como modalidade e método de ginástica que, como tal, deverá ser orientado e dinamizado por Profissionais de Educação Física.*”; Art. 2º da Resolução nº 105/2019 do CREF 1ª Região: “*ratificar o Pilates como área de especialidade da Educação Física, reiterando sua condição de método ginástico e campo de intervenção exclusiva dos Profissionais de Educação Física nas academias e demais espaços destinados a prescrição de exercícios físicos.*”.

musculação.² De outro lado, regras específicas de Conselhos Regionais já determinaram o credenciamento de academias de ginásticas ou estipularam comandos sobre o uso obrigatório de uniforme por *personal trainers* em academias.

Conforme se explicitará ao longo do Parecer, a Lei nº 9.696/1998 e a interpretação que vem sendo feita pelos Conselhos de Educação Física são incompatíveis com o regime jurídico de direito público aplicável às autarquias profissionais. De forma direta: o estatuto é inconstitucional. Para alcançar essa conclusão, o presente estudo encontra-se organizado em quatro capítulos.

Na sequência desta introdução, o **Capítulo II** demonstrará que, segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, os Conselhos Profissionais possuem natureza *autárquica*. Partindo dessa premissa, tais organizações devem observar regras e princípios próprios do regime jurídico administrativo, sobretudo quando exercem poder de polícia (no que se inclui o poder de *ordenação*). *In casu*, a Lei nº 9.696/1998, por sua excessiva generalidade, deixou de traçar as competências e princípios inteligíveis *suficientes* para a atuação dos Conselhos de Educação Física. Daí porque o modelo aberto veiculado pelo art. 4º da Lei é inconstitucional à luz das exigências do direito público para o exercício do poder de polícia e das competências normativas e regulatórias em geral, decorrentes do princípio da legalidade (art. 37, CRFB), da separação de Poderes (art. 2º, CRFB) e ao próprio princípio democrático (art. 1º, CRFB).

O **Capítulo III** tem por objetivo demonstrar a existência de limites constitucionais ao exercício da atividade regulamentar dos Conselhos Profissionais de

² Confira-se: art. 4º da Resolução CONFEF nº 312/2015: “a *Especialidade Profissional em Educação Física na área de Treinamento Resistido/Musculação, para efeito de reconhecimento pelo Sistema CONFEF/CREFs e para atuação profissional específica, destina-se, exclusivamente, aos Profissionais de Educação Física.*”.

Educação Física, ainda que se considere que existam parâmetros inteligíveis legítimos veiculados pela Lei nº 9.696/1998.

Tais limites se relacionam, em *primeiro lugar*, à **extensão endógena** do poder de ordenação, sobretudo em razão da abertura textual dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998. Em síntese, decorre da sistemática constitucional dos direitos fundamentais ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas (arts. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, *caput*, CRFB) a impossibilidade de que as disposições legais criem reserva de mercado para o exercício da atividade de Educação Física, a qual não oferece risco relevante à sociedade. Muito menos isso seria possível por meio de atos regulamentares, que fixam exigências prévias para o exercício de profissões relativas a atividades físicas e de desporto não previstas em lei e que se traduzem em barreiras de entrada ao exercício profissional.

Em *segundo lugar*, há um limite quanto à **extensão exógena** desse poder de ordenação das atividades profissionais: os Conselhos Profissionais estão investidos de um poder regulatório de ordenação da *categoria profissional*, como fruto de um processo de *descentralização administrativa* e *especialização funcional* (arts. 37, *caput* e inciso XIX e 174 da CRFB). Nesse sentido, decorre do princípio da razoabilidade como congruência (art. 1º e art. 5º, LIV) a exigência de que medidas adotadas pelo poder público devem guardar correspondência lógica com os critérios eleitos. *In casu*, o critério eleito pelo legislador foi a configuração de um modelo institucional de *autorregulação*. Logo, regras que atinjam, ainda que indiretamente, *estabelecimentos comerciais* em que são praticadas atividades físicas ou desportivas, inovando no ordenamento jurídico com a imposição de novas obrigações, violam os referidos preceitos constitucionais. Ainda: violam também a sistemática constitucional dos direitos fundamentais ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas (arts. 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII; e 170, *caput*, CRFB).

Por fim, no **Capítulo IV**, as questões formuladas serão respondidas de forma objetiva e direta.

Assim relatada a Consulta, passo à emissão do Parecer.

II. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI Nº 9.696/1998: INCOMPATIBILIDADE DO MARCO LEGAL COM O REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS.

II.1. O regime jurídico dos Conselhos Profissionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os Conselhos Profissionais, sejam eles federais ou regionais, são entidades responsáveis pela fiscalização do exercício das atividades exercidas por aqueles que compõem os mais diversos segmentos profissionais, como médicos, dentistas, educadores físicos, engenheiros, farmacêuticos, dentre outros. A própria existência desses Conselhos enquanto entidades incumbidas de fiscalizar as atividades profissionais pode causar, em um primeiro momento, certa perplexidade, considerando-se o disposto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição, que estabelece, em sua primeira parte, o livre exercício de profissões e ofícios como regra imperativa.³ Isso faz com que exceções a essa cláusula de liberdade tenham de ser lidas de modo restritivo, nos limites estritos da parte final do dispositivo – que remete às “*qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.⁴

Cabe aos Conselhos, nessa toada, realizar, se, como e quando “*a lei estabelecer*”, a inscrição dos respectivos profissionais, e exercer o controle das atividades

³ Constituição Federal. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

⁴ STF, RE nº 414.426/SC, Tribunal Pleno, Min. Rel. Ellen Gracie, j. em 01.08.2011, DJ. 10.10.2011.

por eles realizadas, com o objetivo de zelar pela adequação e qualidade dos serviços prestados, sem, contudo, asfixiar – e, por conseguinte, impedir – o pleno exercício de atividades. Importante destacar ainda que essas entidades são criadas por meio de lei específica, nos termos do art. 22, inciso XVI, da Constituição, que cuida da competência privativa da União Federal para legislar sobre a “*organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões*”.

Especificamente quanto à atividade de educador físico, o art. 4º da Lei nº 9.696/1998⁵ criou o Conselho Federal de Educação Física (CONFEF) e os Conselhos Regionais de Educação Física (CREFs). À época da edição desse estatuto, vigia o art. 58 da Lei nº 9.649/1998, que conferia natureza privada aos Conselhos Profissionais. Segundo a sistemática então válida, caberia ao Congresso autorizar ou não a criação da entidade (art. 58, *caput* da Lei nº 9.648/1998).⁶ No entanto, a organização, a estrutura, as atribuições e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões seriam disciplinados mediante decisão do plenário de seus conselhos federais, conforme disposto no § 1º do art. 58 da Lei nº 9.649/1998.⁷ A ideia seria de típico exercício associativo por autorização estatal. Nesse âmbito, naturalmente, os associados teriam, em tese, uma alargada liberdade para definição das competências e capacidades criativas da entidade coletiva que passariam a integrar, em um processo de fortalecimento do modelo de *autorregulação*⁸.

Todavia, em novembro de 2002, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.717, declarou a inconstitucionalidade do referido art. 58 da Lei nº

⁵ “Art. 4º São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Educação Física.”

⁶ “Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante **autorização legislativa**.” Grifou-se.

⁷ “Art. 58 (...) § 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais”.

⁸ DEFANTI, Francisco. “Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jul./set. 2018, p. 158.

Gustavo Binenbojm

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

9.649/1998 e de seus parágrafos.⁹ Segundo o STF, os Conselhos Profissionais exercem típica atividade de Estado, de modo que sua submissão ao direito privado seria incompatível com a sistemática dos arts. 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição. Desde então, o entendimento consolidado da Corte é de que os Conselhos possuem natureza *autárquica*,¹⁰ e suas práticas devem estar sujeitas a regras e preceitos de direito público.

Por conta desse entendimento, a aferição da legitimidade das competências do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Educação Física se sujeita ao escrutínio aplicável às entidades da Administração Pública. Não se ignora que tais entidades são dotadas de relativa independência,¹¹ posto que sujeitas a uma disciplina jurídica especial. Embora estejam inseridas na categoria das autarquias, elas não integram formalmente a Administração Pública, seja a direta ou a indireta, o que lhes confere, segundo o Supremo Tribunal Federal, um regime jurídico híbrido.¹²

Tal cenário, não há como negar, gera inúmeras controvérsias sobre a amplitude da aplicação do regime jurídico público aos Conselhos Profissionais. E é nesse contexto de construção de balizas que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, tem reconhecido a incidência das sujeições do regime jurídico administrativo aos Conselhos Profissionais¹³ – como na submissão ao controle do Tribunal de Contas da

⁹ STF, ADI nº 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 07.11.2002, DJ. 28.03.2003.

¹⁰ Também nesse sentido: STF, MS nº 22.643, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 06.08.1998, DJ. 04.12.1998.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 530.

¹² Em defesa dessa natureza híbrida, v. nosso BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 267/272. Nesse sentido, v., também, SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Conselho de Fiscalização Profissional: Entidades Públicas Não-Estatais”. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, out/dez, 2006, p. 321/333.

¹³ Com exceção, segundo a jurisprudência do STF, da Ordem dos Advogados do Brasil, considerada entidade pública não-estatal *sui generis*, na medida em que não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas,

União (art. 71, inciso II da CRFB);¹⁴ na sujeição à regra do concurso público (art. 37, inciso II da CRFB);¹⁵ e na necessidade de observância do devido processo legal na demissão de seus servidores.¹⁶ De igual modo, entende-se que as contribuições devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária, mais especificamente de contribuições parafiscais (ou corporativas).¹⁷ Em outra oportunidade, contudo, o Plenário do STF consignou que os conselhos não estão submetidos ao regime de precatórios para o pagamento de dívidas decorrentes de decisão judicial, uma vez que não fazem parte da sistemática do orçamento da União.¹⁸

Embora o direito comporte algumas zonas de penumbra, no que tange ao exercício do poder regulamentar pelos Conselhos Profissionais, pode-se afirmar, com maior clareza, sua submissão às regras de direito público. É que a competência para editar atos normativos, conforme o Supremo Tribunal Federal, insere-se na noção ampla do poder de polícia,¹⁹ notadamente no poder de *ordenação*.²⁰ Daí porque a *ratio decidendi* da ADI nº

mas a outras finalidades institucionais (v. ADI nº 3.026, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 08.06.2006, DJ. 29.09.2006).

¹⁴ STF, MS nº 21797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09.03.2000, DJ. 18.05.2001.

¹⁵ STF, RE nº 758.168 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 24.06.2014, DJe. 15.08.2014; STF, RE nº 731.301 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 23.04.2013, DJe. 24.06.2013; STF, RE nº 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 22.05.2012, DJe. 18.06.2012; STF, RE nº 653.454 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 08.09.2015, DJe. 23.09.2015; STF, MS nº 26.424, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 19.02.2013, DJe. 21.03.2013; STF, RE 697099 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 25.11.2014, DJe. 17.12.2014; STF, RE nº 539.220 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 09.09.2014, DJe. 25.09.2014.

¹⁶ STF, RE nº 1.112.187 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 25.05.2018, DJe 12.06.2018; STF, RE nº 958.712 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 17.11.2017, DJe. 05.12.2017; STF, RE nº 563.820 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 10.04.2012, DJe. 10.05.2012; STF, RE nº 988.524 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 31.03.2017, DJe. 25.04.2017; STF, RE nº 696.501 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 09.12.2016, DJe. 19.12.2016; STF, RE nº 838.648 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 07.04.2015, DJe 26.05.2015.

¹⁷ STF, ARE nº 640.937 AgR-segundo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 23.08.2011, DJe 06.09.2011; STF, MS nº 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09.03.2000, DJ. 18.05.2001.

¹⁸ STF, RE nº 938.837, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p./ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 19.04.2017, DJe. 25.09.2017.

¹⁹ STF, ADI nº 4.874, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 01.02.2018, DJe. 01.02.2019.

²⁰ Como assentado doutrinariamente, o poder de polícia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo *conformar* a liberdade e a propriedade, por meio de *prescrições* ou

1.717 se aplica ao poder normativo-regulatório dos Conselhos Profissionais em sua plenitude. Como dito acima, na oportunidade, o Plenário da Corte deixou claro que, em razão do exercício de poder de polícia por parte dos Conselhos e das consequentes restrições à liberdade por eles impostas,²¹ corporificadas em sua atividade de fiscalização das profissões, as restrições do regime jurídico administrativo são inafastáveis.

Disso deriva que as atribuições normativo-regulatórias eventualmente conferidas aos Conselhos Profissionais devem seguir o regime regulamentar típico, que tem assento no art. 84, IV, da Constituição, em harmonia, ainda, com o princípio da legalidade (art. 37, CRFB), característico de Estado organizado com Poderes separados (art. 2º, CRFB). Tais premissas são essenciais para a aferição da constitucionalidade da criação dos Conselhos Federal e Regionais de Educação Física por meio da Lei nº 9.696/1998. É que, como se verá no tópico a seguir, a estrutura da mencionada legislação ainda remonta ao modelo de *associação privada*, com conteúdo incompatível com a natureza autárquica de tais entidades.

induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição. Cuida-se, assim, de um conjunto de regulações sobre a atividade privada, desvinculadas ou complementares a relações especiais de sujeição (estatutárias ou contratuais), dotadas ou não de força coercitiva, conforme o caso, que erigem um *sistema de incentivos* voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídicos predeterminados. Tem-se aqui o campo do chamado *direito administrativo ordenador*. Embora a expressão seja de uso corrente na Alemanha e na Espanha, sua adoção e sistematização pioneiras no Brasil remontam a 1993, sendo devidas a SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. Sobre o uso da expressão na Alemanha e na Espanha, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo* (vol. II). Madrid: Civitas, 2005, p. 97. Para o mesmo fim, sob enfoque semelhante, v. também SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general II*. Madrid: lustel, 2004, pp. 243/290.

²¹ Ao comentar a decisão do STF, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicava que: “*conformam esta modalidade, como autarquias corporativas profissionais, os conselhos de fiscalização do exercício das profissões, que, no passado se designavam simplesmente como autarquias corporativas, mas que, pela Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998, foram transformadas em pessoas jurídicas de direito privado. Essa transformação foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que reafirmou, na ADI n.º 1.717/DF, a sua necessária natureza jurídica autárquica em razão a outorga legal de funções interventivas sobre direitos individuais ao exercício das profissões regulamentadas, assim decidindo por interpretação sistemática dos arts. 5.º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal.*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. [Livro eletrônico]. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

II.2. A ausência de parâmetros inteligíveis para o exercício do poder de ordenação da categoria profissional.

Conforme relatado, os Conselhos de Educação Física foram criados pela Lei nº 9.696/1998 quando ainda vigia o art. 58 da Lei nº 9.648/1998. Referido dispositivo conferia a essas entidades o exercício de suas atividades em caráter eminentemente *privado*, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa. Por conta disso, coube ao legislador, por meio do art. 4º da Lei, apenas autorizar a criação do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Educação Física, dispondo unicamente sobre regras transitórias para eleição de seus primeiros membros efetivos e suplentes (art. 5º).²² Caberia ao CONFEF, nos termos do art. 58, §1º da Lei nº 9.648/1998, regulamentar a organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de forma exclusivamente *estatutária*, sendo desnecessária, *a priori*, a existência de parâmetros legais específicos para orientar esta atividade associativa.

O ponto é que, uma vez reconhecida a incidência do direito público aos Conselhos Profissionais por meio da ADI nº 1.717, não se pode legitimar a criação genérica de uma autarquia pelo legislador sem a delimitação de competências e diretrizes para sua atuação.²³ Não basta que o legislador autorize a criação de tais entidades. É necessário que defina suas competências e objetivos, delimitando, com contornos claros e, tanto quanto possível, precisos, aquilo que estão autorizadas a fazer ou não fazer, como pressuposto,

²² “Art. 5º. Os primeiros membros efetivos e suplentes do Conselho Federal de Educação Física serão eleitos para um mandato tampão de dois anos, em reunião das associações representativas de Profissionais de Educação Física, criadas nos termos da Constituição Federal, com personalidade jurídica própria, e das instituições superiores de ensino de Educação Física, oficialmente autorizadas ou reconhecidas, que serão convocadas pela Federação Brasileira das Associações dos Profissionais de Educação Física - FBAPEF, no prazo de até noventa dias após a promulgação desta Lei”.

²³ Nas palavras de Egon Bockmann Moreira: “Os entes públicos não detêm uma genérica capacidade de mandar em relação a terceiros, ainda mesmo quando esses entes públicos têm um muito amplo quadro de atribuições que é seu dever realizar ou prosseguir. As injunções de tais entes na esfera jurídica de terceiros têm sempre de ser baseadas num determinado título jurídico, ou seja, na lei ou em norma de valor correspondente ao da lei” (MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Entidades Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140).

inclusive, para o controle social e jurisdicional de seus atos. Competências extremamente genéricas, como cheques em branco, são canais abertos a arbitrariedades e podem indicar delegações ilegítimas de atribuições normativas, o que contraria os princípios da separação de Poderes (art. 2º, CRFB), da legalidade administrativa (art. 37, CRFB) e o próprio princípio democrático (art. 1º, CRFB). Mais: o reconhecimento de um espectro de competências em aberto vai de encontro ao princípio da segurança jurídica, que é corolário do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CRFB), em razão da instabilidade gerada pela existência de instituição cujas competências não foram delimitadas pela lei.

É verdade que o princípio da legalidade, na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na literatura jurídica contemporânea, não exige que absolutamente *todas* as questões relativas a determinada matéria sejam exaustivamente disciplinadas por lei em sentido formal. Nada obstante, entende-se ser necessária uma legalidade *suficiente*, de modo que a lei autorizadora de determinada competência normativa seja legitimamente justificada e o diálogo com seus regulamentos se dê por critérios de *subordinação, desenvolvimento e complementariedade*.²⁴ Mesmo no Estado regulador contemporâneo, a lei deve ser o veículo que define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador.

Nesse regime, conquanto se admita uma tendência ao alargamento das capacidades normativas de entidades administrativas, entende-se que o legislador não pode renunciar de sua função normativa em prol da Administração Pública – nem do Conselhos Profissionais, que a ela se equiparem quanto ao exercício do poder normativo –, em uma espécie de delegação “*em branco*”, sobretudo em casos de restrições a direitos fundamentais.²⁵ Permanece em vigor a ideia de que cabe ao legislador fixar parâmetros

²⁴ STF, RE nº 838.284, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 19.10.2016, 22.09.2017.

²⁵ Neste sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 306; CYRINO, André. *Delegações legislativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 250-251.

mínimos; *standards* para o exercício do poder normativo da Administração Pública. Ou, na linguagem abraçada pelo Supremo Tribunal Federal: ***princípios inteligíveis***²⁶ que possam guiar a regulamentação que se preste a algum nível de controle *a posteriori*, como requisito do Estado Democrático de Direito.²⁷ Nas palavras do Min. Luiz Fux, a respeito do tema em relação às agências reguladoras:

“Se, por certo, não se pode mais ignorar a possibilidade de que o Legislador habilite formalmente às agências reguladoras a desenvolverem o conteúdo normativo previsto em Lei, nem por isso deve-se rejeitar qualquer perspectiva crítica do fenômeno à luz do princípio democrático. É que, a habilitação das agências não pode configurar uma renúncia do Poder Legislativo quanto à sua competência para expressar a vontade geral do povo, devendo, ao contrário, ser fixada invariavelmente acompanhada de standards de conteúdo, de diretrizes políticas que limitem a atuação da Administração Pública a fim de que a norma habilitante não corresponda a um “cheque em branco”.

*Nesse sentido é que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana já estabeleceu a denominada ‘intelligible principle doctrine’, considerando inconstitucionais as delegações operadas por Lei sem a previsão de parâmetros claros que direcionem a atuação normativa do Executivo”.*²⁸

²⁶ “A moderna concepção do princípio da legalidade, em sua acepção principiológica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (*intelligible principles*) capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração” (STF, ADI 4679. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 08.11.2017, DJe. 05.04.2018).

²⁷ A exigência desses *standards* consagrou-se na Suprema Corte norte-americana, em cuja jurisprudência aparece a referência a “*intelligible principles*” (princípios inteligíveis), que deveriam constar necessariamente da lei (v., e.g., *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, julgado em 2001; e *National Cable Television Association v. United States*, julgado em 1974). Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu a chamada “teoria da essencialidade” (*Wesentlichkeitstheorie*), que exige do legislador uma “decisão orientadora”, mas deixa à regulamentação administrativa ampla margem de deliberação sobre o assunto. Para estudo do tema na doutrina norte-americana, v. SUNSTEIN, Cass. *O constitucionalismo após o New Deal*. In: “Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano”. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 131 e ss.; STRAUSS, Peter. *From expertise to politics: the transformations of American rulemaking*. In: *The Wake Forest Law Review* nº 31. Winston Salem (NC): 1996, p. 745 e ss. Para o estudo do tema na doutrina alemã, v. MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, pp. 62/64; KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

²⁸ ADI 4874, Rel. Min. Rosa Weber, voto do Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 01.02.2018, DJe. 01.02.2019. Grifou-se.

No caso deste Parecer, verifica-se que a Lei nº 9.696/1998 não traz esses parâmetros inteligíveis. A leitura do estatuto e do seu art. 4º revela que o CONFEF e os CREFs foram criados sem que lhes fosse atribuída *qualquer* competência regulamentar explícita, tampouco as diretrizes para a atuação destes Conselhos.²⁹ Note-se, a propósito, que sua estrutura jurídica é sensivelmente distinta de outras autarquias corporativas,³⁰ como os Conselhos de Contabilidade (arts. 1º a 39 do Decreto-lei nº 9.295/1946), os Conselhos de Medicina (arts. 1º a 35 da Lei nº 3.268/1957), os Conselhos de Farmácia (arts. 2º a 31 da Lei nº 3.820/1960), os Conselhos de Biblioteconomia (arts. 8º a 31 da Lei nº 4.084/1962), os Conselhos de Psicologia (arts. 1º a 32 da Lei nº 5.766/1971) e os recentes Conselhos de Arquitetura e Urbanismo (arts. 1º a 66 da Lei nº 12.378/2010), os quais possuem, de modo geral, rol de competências e diretrizes estipuladas diretamente na via legal.

Nesses exemplos, é nítido o esforço de delimitação de questões como (i) as diferentes atribuições entre os Conselhos Federal e Regionais; (ii) a forma de inscrição e cadastramento dos profissionais; (iii) o patrimônio, a gestão financeira das entidades, os meios de cobrança das taxas e anuidades e o dever de prestar contas; (iv) a forma como são realizadas suas assembleias e a sua periodicidade; (v) os poderes de fiscalização das atividades profissionais e as infrações passíveis de sancionamento; dentre diversos outros fatores que orientam a atividade dos Conselhos Profissionais e permitem o controle de legalidade de seus atos administrativos. Uma realidade bem diversa daquela experimentada pelos Conselhos de Educação Física.

²⁹ Quando muito, a Lei conferiu uma única competência a estas entidades (o poder de *registro* dos profissionais previsto no art. 1º), a ser exercida de forma plenamente vinculada de acordo com os critérios estipulados no art. 2º. Competência essa que revela a natureza eminentemente *executiva* destes Conselhos. Note-se que, do ponto de vista histórico, essa não foi a intenção original do legislador. De acordo com o projeto de lei que deu origem à Lei nº 9.696/1998 (PL nº 330/1995), o art. 4º conferia aos Conselhos “*orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício do Profissional de Educação Física e zelar pela fiel observância dos seus princípios éticos*”, o que era acompanhado de quatro parágrafos destinados a regular a organização de tais entidades.

³⁰ Definição classicamente conferida às autarquias profissionais, tal como relatado por Odete Medauar em MEDAUAR, Odete. “Nova Configuração dos Conselhos Profissionais”. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 751, maio, 1998, p. 29.

E isso porque a abertura textual do art. 4º da Lei nº 9.696/1998 teve como consequência a ausência de parâmetros claros sobre os limites e possibilidades das atuações dos referidos Conselhos. Um efeito colateral dessa circunstância é a crescente produção de normas *regionais* sobre o exercício da profissão, veiculadas de forma inovadora pelos CREFs. Embora a Constituição indique a necessidade de tratamento homogêneo na regulação profissional em todo o Brasil (art. 22, XVI, CRFB),³¹ os Conselhos Regionais vêm se aproveitando da ausência de competências definidas em lei para exercer um poder normativo amplo, inclusive para criar restrições à atividade de educação física. Como é possível notar, o vazio normativo em questão, em vez de conferir autonomia a tais entidades – o que só faria sentido caso o regime de associação privada tivesse sido considerado constitucional –, em verdade vem servindo de subterfúgio para uma atividade assistemática e incompatível com o ordenamento jurídico.

A Lei nº 9.696/1998, pois, revela uma delegação regulamentar amplíssima que, por autorizar, em tese, restrições das mais diversas a liberdades fundamentais, vai de encontro ao regime jurídico de direito público estabelecido pela

³¹ Em verdade, a necessidade de tratamento homogêneo na regulação profissional é um imperativo lógico que se extrai do regime constitucional de repartição de competências legislativas. Nessa sistemática constitucional, o constituinte originário colocou sob o jugo da União a *competência privativa* para legislar sobre “*organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões*” (art. 22, XVI, CRFB). De fato, o conceito de competências privativas encontra-se relacionado às matérias de *interesse eminentemente nacional* (BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords. Científicos); PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coords. Editoriais). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 561). E disso decorre a conclusão de que a regulação para o exercício profissional é, necessariamente, questão que demanda tratamento uniforme, independentemente do âmbito federativo, conforme sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confirma-se, por todos, o seguinte precedente: “(...) Regulamentação da atividade de despachante perante os órgãos da Administração Pública estadual. Competência legislativa privativa da União (art. 22, I e XVI, da CF/88). (...) 1. A Lei estadual nº 8.107/92, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo acerca da atuação dos despachantes junto aos órgãos públicos estaduais, acabou por regulamentar essa atividade, uma vez que estabeleceu os próprios requisitos para seu exercício. Violação da competência legislativa da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. Precedentes. **A norma de que trata o art. 5º, XIII, da Carta Magna, que assegura ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, deve ter caráter nacional, não se admitindo que haja diferenças entre os entes federados quanto aos requisitos ou condições para o exercício de atividade profissional.**” (STF, ADI nº 4.387, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 04.09.2014, DJ. 09.10.2014. Grifou-se).

Constituição. A separação de Poderes (art. 2º, CRFB), a legalidade administrativa e os limites ao exercício do poder regulamentar (art. 37, *caput*, CRFB) impõem, *in casu*, que se reconheça que a própria legitimidade da capacidade de ordenação do Conselho Profissional deve ser colocada em questão. Em situação similar, a propósito, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da competência genérica dos Conselhos de fiscalização para “*fixar, cobrar e executar as contribuições anuais*” prevista na Lei nº 11.000/2004. De acordo com o entendimento do STF, o grau de indeterminação da legislação provocou *degradação da reserva legal*, na medida em que não fora fixado qualquer parâmetro ou limite máximo para o valor da exação a ser cobrada por essas entidades.³²

Portanto, é exigência do regime jurídico de direito público a definição, por lei, da extensão e os limites das competências e do poder regulamentar dos Conselhos Profissionais. Decorre do princípio da legalidade que as competências de entidades públicas devem, necessariamente, ter fundamento em lei em sentido formal. Mesmo na atual acepção do princípio da juridicidade, o legislador deve definir quais são as competências dessas entidades, especialmente daquelas revestidas de caráter normativo. Não é dado a tais autarquias, por meio de atos próprios, alargar ou estreitar o âmbito do que pode ser objeto de sua atuação regulatória. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, deixou claro que às entidades administrativas não compete legislar, “*e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida*”³³, de modo que a atribuição de um espaço de atuação regulatória em favor da autarquia não a torna titular de atribuição tipicamente legislativa.³⁴

³² STF, RE nº 704.292, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 19.10.2016, DJe. 03.08.2017.

³³ STF, ADI nº 4.954, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 20.08.2014, DJe. 30.10.2014. Voto da Min. Rosa Weber.

³⁴ STF, ADI nº 4.954, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 20.08.2014, DJe. 30.10.2014. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio.

Em suma, o art. 4º da Lei nº 9.696/1998 é inconstitucional pela manifesta ausência de estipulação de competências e das diretrizes para atuação dos Conselhos Profissionais de Educação Física. É exigência do regime jurídico de direito público incidente sobre tais entidades que sua atuação tenha parâmetros claros definidos em lei, possibilitando, inclusive, a posterior controlabilidade dos atos praticados pelos Conselhos.

III – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 1º A 3º DA LEI Nº 9.696/1998: VIOLAÇÃO TANTO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUALIFICADA ÀS LIBERDADES PROFISSIONAL E DE INICIATIVA, QUANTO AO VETOR DE ESPECIALIZAÇÃO QUE ORIENTA A CRIAÇÃO E ATUAÇÃO DE ENTIDADES AUTÁRQUICAS.

III.1. A dicção dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 e seus efeitos inconstitucionais.

No capítulo anterior, viu-se que a legislação de regência dos Conselhos de Educação Física (notadamente, o art. 4º da Lei nº 9.696/1998), por sua absoluta generalidade, contraria exigências constitucionais aplicáveis à criação de entidades com perfil autárquico habilitadas para o exercício do poder de polícia. Neste capítulo, o foco serão os arts. 1º a 3º do mesmo diploma, que tratam do exercício das atividades e dos profissionais de Educação Física.

Como se verá, abstraindo-se do vício de competência (ou de habilitação legal insuficiente) tratado acima, mesmo que se reconhecesse poder normativo a tais Conselhos, a disciplina trazida pelo conjunto formado a partir dos arts. 1º a 3º revela-se francamente inconstitucional. Além de ensejar a criação de ilegítima barreira de entrada (de há muito repudiada pela jurisprudência do STF), a regulação acerca de *quem exerce*, de *como se exerce* e *do que se exerce* nesse específico ramo profissional, por sua abrangência, tem

dado ensejo à fixação de restrições desproporcionais a liberdades fundamentais. No mínimo, há de se reconhecer que a interpretação ampliativa que se tem feito da Lei, embora hipoteticamente possível, dada a abertura da dicção legal, não encontra guarida no texto da Constituição. Explica-se.

De acordo com os arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998:

“Art. 1º. O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

Art. 2º. Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I - os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido;

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que, até a data do início da vigência desta Lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

Art. 3º. Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.”

Da leitura desses dispositivos, é possível extrair as seguintes normas:

(i) somente profissionais registrados nos CREFs podem ser designados como Profissionais de Educação Física e exercer a atividade de Educação Física (art. 1º); (ii) para registrar-se no CREF – e, portanto, ser digno do reconhecimento como Profissional de Educação Física –, o indivíduo deve ser diplomado, salvo na hipótese do inciso III do art. 2º, a qual, de toda forma, pressupõe um juízo de anuência do Conselho; (iii) compete ao Profissional de Educação Física – ou seja, constitui exercício da atividade de Educação Física – atuar nas

diversas frentes previstas no art. 3º da Lei, como coordenar, planejar, dirigir, dentre várias outras atividades “nas áreas físicas e do desporto”. Tal conjunto normativo vem sendo interpretado pelos Conselhos como a base para a fixação de diversas barreiras de entrada a outros profissionais. É partindo de tais regras, por exemplo, que os conselhos já defenderam que apenas profissionais de educação física registrados poderiam ser técnicos de futebol³⁵.

O fato é que tal conjunto de normas contrasta com a Constituição em duas frentes muito claras. De um lado, as disposições permitiram a criação de verdadeira reserva para o exercício de atividade ligadas a esportes, autorizando a sua limitação a indivíduos diplomados e registrados perante os Conselhos. Trata-se de restrição que se pode dizer *endógena* – pois voltada ao próprio exercício da Educação Física – que limita de modo desproporcional a liberdade de ofício assegurada como direito fundamental na Constituição. Disso tratará o tópico III.2 a seguir.

De outro lado, as normas em questão, ao mesmo tempo em que permitem a restrição ilegítima da liberdade de ofício para o exercício de atividades físicas e do desporto, foram absolutamente lacônicas e abrangentes ao remeter à profissão e ao campo de atuação desses profissionais (cf. art. 3º). Dito de outro modo, tal técnica legislativa acabou por ensejar a interpretação no sentido de que os Conselhos, ao supostamente regular a profissão, poderiam criar limitações relacionadas não apenas ao profissional de Educação Física, mas a atividades econômicas ligadas a esportes, que incluem tal profissional como elemento de seus negócios – a exemplo das regras de Conselhos Regionais, já citadas, que determinaram o credenciamento de academias de ginásticas ou estipularam comandos sobre

³⁵ A discussão sobre a regulamentação da profissão de técnico profissional de futebol é bastante delicada. A Lei nº 8.650/1993 estabelece que “o exercício da profissão de *Treinador Profissional de Futebol* ficará assegurado **preferencialmente**: I - aos portadores de diploma expedido por Escolas de Educação Física ou entidades análogas, reconhecidas na forma da Lei”. Por sua vez, o já superado Projeto de Lei nº 369/2015 almejou modificar esse cenário e tornar “obrigatória a graduação em Educação Física para o exercício da profissão de *Treinador Profissional de Futebol*”, o que contou com apoio dos Conselhos (confira-se: <<https://bit.ly/2OuVFGb>>, acesso em: 04.10.2019).

o uso obrigatório de uniforme por *personal trainers* em academias. Essas seriam, então, espécies de restrições *exógenas*, objeto do tópico III.3 a seguir, as quais, como se verá, são incompatíveis tanto com o processo de descentralização administrativa subjacente à criação dos Conselhos Profissionais, destinados à autorregulação da categoria profissional, quanto com os princípios da razoabilidade como congruência e da liberdade de iniciativa.

III.2. Inconstitucionalidade da interpretação extraída dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 que permite restringir o exercício da profissão a indivíduos registrados nos CREFs: barreira de entrada que importa em restrição desproporcional ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas.

A ordenação social e econômica tem por objetivo *conformar* a liberdade e a propriedade, por meio de *prescrições* e *induções*, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática. Cuidase, assim, da criação de um *sistema de incentivos* voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídicos predeterminados. Tem-se aqui o campo do chamado *direito administrativo ordenador*,³⁶ ou, simplesmente, *direito regulatório*.

A regulação estatal está naturalmente sujeita às possibilidades e aos limites estabelecidos na Constituição, além de guiar-se por critérios de proporcionalidade e subsidiariedade.³⁷ No caso dos Conselhos Profissionais, há limites constitucionais

³⁶ Sobre o assunto, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁷ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, a regulação estatal está limitada a dois vetores de atuação. No eixo horizontal, há limites quanto à abrangência da regulação, isto é, quanto a setores ou campos da atividade econômica que podem ser objeto de incidência regulatória direta e específica. Assim é que, nesses casos, a intervenção estatal deve ser guiada pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual “as instituições sociais prescindem do Estado para resolver a maior parte dos problemas advindos do convívio social”. Já no eixo vertical, os limites sobre a intensidade da regulação são norteados pelo princípio da proporcionalidade, pelo que “o exercício do poder de polícia, entendido como intervenção na seara de direitos dos particulares, só deverá se dar quando necessário para concretização de interesses públicos”. Trata-se, pois, de uma forma de contenção do arbítrio e moderação do exercício do poder. Sobre o assunto, v. MARQUES NETO, Floriano de

específicos que devem conformar sua atuação. Refere-se, especialmente, ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas, que são direitos protegidos pela Constituição com *status* de direitos fundamentais (arts. 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII; e 170, *caput*, CRFB). Nesse sentido, embora não sejam absolutos, tais direitos gozam de especial proteção. Significa dizer que a regulação estatal de atividades profissionais deve ser naturalmente mais cautelosa e reverente ao direito fundamental à livre iniciativa,³⁸ tendo-se por inconstitucionais restrições que se revelem desproporcionais.³⁹ Tais direitos fundamentais, pode-se afirmar, exercem uma *eficácia bloqueadora* ao exercício do poder de ordenação – o que, conforme Robert Alexy, coloca o Estado em uma posição de *não-competência*, e o indivíduo na de *não-sujeição*.⁴⁰

Voltando-se os olhos ao preceito específico do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, ali se estabeleceu uma clara hipótese de *reserva legal* para a criação de restrições ao livre exercício de profissões e ofícios. Disse o legislador constituinte, enfaticamente, que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (grifou-se). Ou seja, a regra é a

Azevedo. “Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006.

³⁸ “*Em outras palavras, o norte principal que distingue essas atividades dos serviços públicos é o fato de elas se encontrarem protegidas pelo direito fundamental de livre-iniciativa privada, ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito, podendo ser exercidos por particulares apenas mediante delegação quando, como e enquanto o Estado politicamente assim decidir, observados, naturalmente, os limites impostos pelos princípios do Direito Administrativo Econômico*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 187/188).

³⁹ Exatamente nesse sentido, o Min. Marco Aurélio, durante o julgamento da ADI nº 4.954/AC, ressaltou que “[q]ualquer intervenção estatal que se configure excessiva afronta o sobreprincípio do Estado de Direito – artigo 1º da Carta – e o princípio do devido processo legal na dimensão substantiva – artigo 5º, inciso LIV, da Constituição. Assim, são excessivos os atos estatais, considerada a adequação entre meio e fins, que imponham “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 110)”. (STF, ADI 4.954, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 20.08.2014, DJe. 30.10.2014). Este entendimento é pacificado na jurisprudência do STF, confira-se: ADI nº 803 Min. Rel. Gilmar Mendes, DJe. 23.11.2017; ARE 853.377, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJe. 05.12.2014; RE nº 635.023, Min. Rel. Celso de Mello, DJe. 10.02.2012; RE nº 511.961, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJe. 13.11.2009; Representação nº 930, Min. Rel. Rodrigues Alckmin, DJ. 02.09.1977.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 223.

liberdade. Se e quando estabelecidas restrições, isso dependerá de lei em sentido formal (ato legislativo aprovado pelo Parlamento, como leis ordinárias e leis complementares) ou material (ato com força de lei, embora não derivado do processo legislativo formal, como medidas provisórias e leis delegadas). Lei essa que, além de habilitar as competências administrativas,⁴¹ deve estabelecer as decisões fundamentais ou parâmetros suficientes relativos à matéria versada, de modo a guiar a futura ação, normativa ou concreta, da entidade reguladora.

Mas não é só. Não é dado ao legislador fixar quaisquer restrições ao exercício profissional, uma vez que isso equivaleria à própria negação da liberdade. No Estado Democrático de Direito, toda e qualquer restrição a direitos fundamentais deverá ser excepcional, justificada, interpretada restritivamente e proporcional – *i.e.*, adequada aos fins almejados, que precisam ser legítimos; necessária ou não excessiva, por se revelar a medida menos restritiva, dentre aquelas existentes e idôneas, ao direito fundamental afetado; e proporcional em sentido estrito, sob uma ótica de custos e benefícios alcançados pela restrição.

No caso da liberdade de profissão, a aplicação desse racional indica que o Estado somente poderá exigir qualificação para o desempenho de atividades intrinsecamente arriscadas, que exponham a coletividade a perigo. Nessas hipóteses, é justificável que o legislador – que tem o ônus de, minimamente, elaborar prognoses razoáveis e factíveis – imponha requisitos de capacidade técnica para o exercício profissional, evitando danos a terceiros. Nas demais hipóteses, qualquer exigência semelhante carecerá de fundamento jurídico, restringindo injustificada e desproporcionalmente a liberdade de profissão. Essa, aliás, é a posição histórica e firme do

⁴¹ O que, como visto no Capítulo II, não foi promovido pela Lei nº 9.696/1998.

STF em casos envolvendo profissões como a de corretor de imóveis, a de jornalista e a de músico.⁴²

Os arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 devem ser analisados à luz do exposto, de modo a que se fixe uma interpretação constitucionalmente adequada. É que, a partir deles, tem-se sustentado, por exemplo, que um jogador de futebol de sucesso, ao fim de sua carreira, não poderia atuar como professor de uma escolinha de futebol, porque essa seria uma atividade privativa de profissional de Educação Física –diplomado e registrado no CREF. O exemplo não é hipotético. Tem-se conhecimento, como se disse, de que os Conselhos já estipularam regras tornando obrigatório o registro como Profissional de Educação Física para atuar como professor de pilates e instrutor de musculação. São resoluções editadas com base na suposta “*reserva de mercado*” extraível dos dispositivos legais em questão. O mesmo se observa de decisões de tribunais pátrios que já declararam ilegítimas as tentativas de tornar privativos aos profissionais de educação física ofícios como

⁴² Na Representação nº 930, a Corte julgou inconstitucional lei que condicionava o exercício da profissão de corretor de imóveis à inscrição no Conselho Federal da categoria. Ao constatar que o ofício em questão não exigia, por sua natureza, qualificação técnica específica, o Tribunal considerou que a exigência do registro profissional era destituída de fundamento constitucional, sendo odiosamente voltada à consecução de privilégios e à reserva de mercado, mediante restrição do número de profissionais habilitados (Representação nº 930, relator p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin (relator originário Min. Cordeiro Guerra), Tribunal Pleno, j. em 05.05.1976, DJU de 02.09.1977). Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961, o Supremo Tribunal Federal declarou a não-recepção, pela Constituição de 1988, do art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que exigia a apresentação de diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista, perante o Ministério do Trabalho. Na oportunidade, o STF declarou que a obrigatoriedade de diploma para o exercício da profissão de jornalista era incompatível com as garantias constitucionais da liberdade de expressão, em sentido amplo, e da liberdade de imprensa, de modo particular (RE nº 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 17.06.2009, DJe. 13.11.2009). Já ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 414.426, a Suprema Corte julgou inconstitucional a exigência, contida na Lei nº 3.857/1960, de registro de músico em Conselho Profissional, seja pela ausência de potencial lesivo na atividade a terceiros, seja em razão do direito fundamental à liberdade de expressão artística, assegurado no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal (RE nº 414.426, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. em 01.08.2011, DJe. 07.10.2011).

os de supervisores de patinação artística;⁴³ professores de dança de salão;⁴⁴ treinadores e monitores de futebol;⁴⁵ instrutores de capoeira;⁴⁶ instrutores de ioga.⁴⁷

O ponto é que tais restrições apenas se tornam possíveis porquanto respaldadas nas previsões dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 – ou, no mínimo, em uma interpretação inconstitucional desses dispositivos.⁴⁸ A despeito de não se tratar de atividades inerentemente arriscadas – o que pode ser, certa forma, inferido dos inúmeros precedentes citados acima, os quais afastaram a necessidade de diploma e registro de professor de educação física –, criam-se restrições equivalentes a verdadeiras *barreiras de entrada*⁴⁹ ao

⁴³ Cf. TRF3, Processo nº 5003696-07.2018.4.03.0000, Rel. Des. Federal Nilton Agnaldo Moraes dos Santos, 3ª Tuma, j. em 10/09/2018, DJe 12/09/2018; TRF1, Processo nº 0021389-46.2009.4.01.3400, Rel. Des. Federal Hercules Fajoses, 7ª Turma, j. em 15.03.2016, DJe. 01.04.2016.

⁴⁴ Cf. TRF3, Processo nº 5024074-81.2018.4.03.0000, Rel. Des. Federal Monica Autran Machado Nobre, j. em 25/02/2019, DJe 12/03/2019; TRF1, Processo nº 0040783-54.2000.4.01.3400, Rel. Des. Gláucio Maciel, 7ª Turma Suplementar, j. em 27.09.2011, DJe. 21.10.2011.

⁴⁵ Cf. TRF2, Processo nº 0004337-43.2012.4.02.5101, Rel. Des. Federal Nizete Lobato Carmo, 6ª Turma Especializada, j. em 17.10.2016, DJe. 20.10.2016; TRF2, Processo nº 0003581-34.2012.4.02.5101, Rel. Des. Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 5ª Turma Especializada, j. em 26.03.2015, DJe. 06.04.2015.

⁴⁶ Cf. TRF5, Processo nº 2009.82.00.005751-5, Rel. Des. Federal Cíntia Menezes Brunetta, 3ª Turma, j. 23.08.2012, DJe. 03.09.2012.

⁴⁷ Cf. TRF4, Processo nº 200372000047073, Rel. Des. Edgar Antônio Lippmann Júnior, Quarta Turma, j. em 06.09.2006.

⁴⁸ O ponto, aliás, foi destacado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em julgado cuja ementa explicita que a amplitude semântica da lei não pode ser usada para a construção de interpretações que criem barreiras de entrada. Veja-se:

“2. O art. 1º da Lei 9.696/1998 define que apenas profissionais com registro regular no respectivo Conselho Regional poderão atuar na atividade de Educação Física e receber a designação de "Profissional de Educação Física". 3. Em relação à letra dos dispositivos legais apontados como violados (arts. 2º e 3º da Lei 9.696/98), não há comando normativo que obrigue a inscrição dos treinadores de tênis de campo nos Conselhos de Educação Física, porquanto, à luz do que dispõe o art. 3º da referida Lei, essas atividades, no momento, não são próprias dos profissionais de educação física. 4. **Interpretação contrária, que extraísse da Lei 9.696/98 o sentido de que o exercício da profissão de treinador ou instrutor de tênis de campo é prerrogativa exclusiva dos profissionais que têm o diploma de Educação Física e o respectivo registro no Conselho Regional de Educação Física, ofenderia o direito fundamental assecuratório da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal.** 5. Desse modo, o treinador ou instrutor de tênis de campo não está obrigado a inscrever-se no Conselho Regional de Educação Física para exercer essa atividade, assim como não pode o exercício dela sofrer qualquer restrição para quem não tem diploma em Educação Física nem é inscrito naquele Conselho Profissional.” (AgRg no REsp 1513396/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 28.04.2015, DJe. 04.08.2015). Grifou-se.

⁴⁹ A propósito: KUPFER, David. “Barreiras estruturais à entrada”. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticos* no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002, pp.

exercício de atividades físicas ou que envolvam o desporto. Imposições desproporcionais, excessivas e contrárias à premissa de liberdade e subsidiariedade da intervenção estatal na economia.

A desproporcionalidade desponta, porquanto a exigência de entrada extraída da lei não é claramente adequada a atingir as supostas finalidades de segurança dos praticantes de atividades físicas. Afinal, tal segurança absoluta é algo que está, até mesmo intuitivamente, muito além do que esse profissional poderia garantir (uma cardiopatia, por exemplo, não seria antecipada). E, mesmo que adequada, a interpretação legal seria francamente desnecessária e afrontaria a *vedação do excesso*. Como já disse o Min. Marco Aurélio, citando Humberto Ávila: “*são excessivos os atos estatais, considerada a adequação entre meio e fins, que imponham “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”*”⁵⁰. É exatamente o que ocorre na hipótese. Um excesso; uma reserva de mercado e barreira de entrada a profissionais variados e plurais que enriquecem o esporte e, por vezes, deixam de fazê-lo em razão justamente da lei em exame. Por fim, a interpretação ora questionada é também desproporcional em sentido estrito. Os riscos eventualmente existentes na prática de atividades físicas são pequenos diante dos benefícios inerentes à prática de exercícios físicos. Neste ponto, aliás, parece haver franco consenso no sentido das muitas vantagens que a prática do esporte traz na vida das pessoas⁵¹. Em uma palavra: se os riscos não são claros, os benefícios à saúde são inúmeros. Diminuir o acesso a profissionais que podem promover tal estado de coisas acaba indo de encontro à própria Constituição e o direito à saúde.

112/113; e RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 151/155.

⁵⁰ STF, ADI nº 4.954, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 20/08/2014, DJ 30/10/2014.

⁵¹ Atividade física retarda o desenvolvimento de doenças crônicas não transmissíveis e vem sendo uma das grandes bandeiras da Organização Mundial da Saúde (OMS). A ideia é que se abandone o sedentarismo, o que incrementa a qualidade de vida em inúmeras frentes. A propósito, v. <https://www.who.int/dietphysicalactivity/physical-activity-recommendations-5-17years.pdf>; <https://www.who.int/dietphysicalactivity/physical-activity-recommendations-18-64years.pdf>; e https://www.who.int/dietphysicalactivity/factsheet_olderadults/en/

E mais: mesmo que se entendesse existir risco grave no exercício da atividade – ou em certas modalidades de atividade de Educação Física –, caberia à lei definir quando e como disciplinar as exigências e os riscos verificados, fixando, aqui também, *princípios inteligíveis*. Por respeito à reserva legal, não é dado ao regulador superar esse primeiro passo legislativo. Como isso não houve, tem-se, novamente, uma delegação em branco, a qual, uma vez mais, viola os princípios da legalidade (art. 37, CRFB), separação de Poderes (art. 2º, CRFB) e democrático (art. 1º, CRFB).

Em síntese, decorre da sistemática constitucional dos direitos fundamentais ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas (arts. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, *caput*, CRFB) a impossibilidade de que as disposições legais criem reserva de mercado para o exercício da atividade de Educação Física, a qual não oferece risco relevante à sociedade. Muito menos isso seria possível por meio de atos regulamentares, que fixam exigências prévias para o exercício de profissões relativas a atividades físicas e de desporto não previstas em lei, as quais se traduzem em barreiras de entrada ao exercício profissional⁵².

III.3. Inconstitucionalidade da interpretação extraída dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 que permite restringir direitos de terceiros: violação à livre iniciativa e ao dever de razoabilidade.

A Lei nº 9.696/1998 tratou de forma ampla do profissional de Educação Física e suas muitas atribuições. Como já mencionado, a técnica legal é tão imprecisa a ponto de permitir uma interpretação ainda mais abrangente das competências dos Conselhos. Tal modelagem levou a interpretações no sentido de que essas autarquias, ao supostamente

⁵² Por óbvio, não se está a afirmar que os Conselhos Profissionais de Educação Física não podem possuir *qualquer* competência regulamentar. Há aspectos procedimentais e organizacionais sobre o seu funcionamento e o exercício de suas competências que podem ser objeto de formulação de normas próprias, desde que tais competências, repita-se, estejam previstas em lei com densidade suficiente para essa atuação.

regular a profissão, estariam autorizadas a criar limitações não apenas relacionadas ao profissional de Educação Física, mas também a atividades econômicas ligadas a esportes e atividades físicas em geral, que inegavelmente incluem tal profissional como elemento de seus negócios. No exemplo já citado, os Conselhos já impuseram regras sobre o uso de uniforme por *personal trainers* em academias de ginástica.

A referida exegese, contudo, não é compatível com a Constituição. Isso por um conjunto de razões. A *uma*, porque o próprio modo de instituição e especialização dos Conselhos Profissionais não autoriza que a regulação do ofício a cargo dessas entidades extrapole as competências que lhe são atribuídas, centradas na regulamentação da profissão. Impõe-se a obediência a uma lógica de especialização funcional e de razoabilidade (uma espécie de pertinência temática). A *duas*, porque eventual disciplina sobre atividades econômicas imposta de maneira transversal pelos Conselhos Profissionais malfez o regime constitucional de liberdade econômica.

O primeiro conjunto de razões encontra-se ligado à própria criação dos Conselhos Profissionais, que são parte do fenômeno da *descentralização administrativa*,⁵³ combinado à escolha de um modelo de autorregulação. O fenômeno da descentralização tem assento constitucional expresso (art. 37, *caput* e inciso XIX; art. 174 da CRFB),⁵⁴ conferindo

⁵³ Conforme explicado por Alexandre Santos de Aragão, o processo de descentralização administrativa se deu como superação ao modelo centralista/napoleônico da Administração Pública. Nas palavras do professor, em reprodução aos ensinamentos de Eduardo Garcia de Enterría, no modelo centralista “as funções ativas se reservam apenas aos órgãos com agentes individuais ou monocráticos, os quais se relacionam entre si mediante a técnica do escalonamento hierárquico, enquanto que os órgãos colegiais ficam reduzidos a funções consultivas ou deliberativas situadas lateralmente à linha hierárquica, assistindo-a e complementando-a, mas sem diminuir a sua substantividade e prevalência” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Descentralização Administrativa – Sua Evolução face às Reformas à Constituição de 1988”. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 117).

⁵⁴ Como tive a oportunidade de esclarecer, a Administração Pública descentralizada tem fundamento não só na previsão constitucional expressa da possibilidade da criação de autarquias e entidades reguladoras de setores específicos (art. 37, XIX, e arts. 21, XI, e 177, § 2º, III) como também no princípio da eficiência (art. 37, *caput*). Isto sem falar do art. 174, que atribui genericamente funções normativa e reguladora à Administração Pública, na forma da lei. Neste caso, a expressão “na forma da lei” significa que o legislador poderá delegar tais funções a entidades setoriais especializadas, as quais só ele pode criar (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 161). Sobre o que denominei de

ao legislador o poder de disciplinar a *organização das funções estatais* por meio da atribuição de feixes de competências específicos a entidades dotadas de personalidade jurídica própria. A lógica subjacente ao instituto orienta-se pela ideia de *especialização funcional*, em que entidades autônomas são criadas para lidar com questões específicas, sobretudo em razão da crescente complexidade e multiplicidade de temas que são objeto da regulação pública.

Mas não é só. Além de configurarem hipótese de *descentralização* das competências da União Federal para organizar, disciplinar e fiscalizar profissões regulamentadas (art. 21, XXIV e art. 22, XVI, CRFB), os Conselhos Profissionais são desenhados com a peculiaridade da opção pelo modelo de *autorregulação*. Ou seja, são os profissionais de cada setor os reguladores de si próprios com algum nível mínimo de supervisão estatal, guiada por *standards* mínimos fixados pelo legislador no diploma de criação dessas entidades.

Disso decorre que a atuação dos Conselhos Profissionais de Educação Física somente será legítima quando estabelecer regulamentos destinados *exclusivamente* aos profissionais que se encontrem na órbita de suas competências. São eles, afinal, que legitimam o exercício de tais potestades *auto-ordenadoras*. Qualquer medida que ultrapasse esse parâmetro será inconstitucional por extrapolar o poder regulamentar de tais entidades (art. 37, *caput*, e art. 84, IV, CRFB). Mais além: qualquer medida que ultrapasse esse parâmetro descumprirá o dever de razoabilidade, o qual pressupõe a congruência entre a lei e seus pressupostos de aplicação.

Em um Estado Democrático de Direito, o princípio da razoabilidade constitui dever estruturante da aplicação das normas jurídicas e de toda ação estatal. Trata-

se de um desdobramento do “*substantive due process of law*” (devido processo legal substantivo, art. 1º, CRFB), que tem como uma de suas funções mais relevantes garantir a integridade do sistema jurídico e sua própria racionalidade diante da realidade⁵⁵. Jane Reis G. Pereira explica, nesse sentido, que a razoabilidade incorpora um “*imperativo de congruência, segundo o qual as medidas adotadas pelo poder público devem guardar correspondência lógica com os critérios eleitos*”⁵⁶.

Isso é relevante porque, *in casu*, o critério eleito pelo legislador foi a configuração de um modelo institucional de autorregulação. Logo, no momento em que os arts. 1º e 3º possuem elastério capaz de “legitimar” regulamentação que exorbite desse modelo – *i.e.*, quando os Conselhos passam a regular, ainda que indiretamente, outras atividades econômicas e negócios –, subverte-se o critério; esvazia-se a legitimidade da própria ordenação, cuja lógica, legitimada pela eleição, pelos próprios regulados, dos dirigentes dessas autarquias, deve se voltar *apenas* aos profissionais de educação física.

É nesse contexto que falece aos Conselhos de Educação Física competência para criar obrigações, ainda que indiretas, que recaiam sobre estabelecimentos em que são praticadas atividades físicas. Embora possam delimitar e fiscalizar o reconhecimento de determinada pessoa como profissional de educação física – desde que tais competências tenham sido delimitadas por meio de lei –, não há dúvidas de que os Conselhos não podem dispor sobre quem deve necessariamente contratar tais profissionais e em quais circunstâncias suas atividades devem ser exercidas nesses estabelecimentos, sob pena de transmutar seu papel de *autorregulação* para o exercício de verdadeira *heterorregulação*.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.156.

⁵⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 396

Em razão de tais circunstâncias, é possível afirmar que a capacidade normativa dos Conselhos de Educação Física (e de qualquer outro Conselho Profissional) não contempla a possibilidade de que sejam estabelecidas regras que, mesmo de forma mediata, criem restrições a direitos ou imponham obrigações a estabelecimentos empresariais ou a terceiros que fujam da órbita do seu poder regulamentar. Significa dizer que o CONFEF e os CREFs não podem estipular regras que interfiram no modelo de negócios de empresas como, *e.g.*, academias, clubes, ginásios, escolas e demais estabelecimentos em que são praticadas atividades físicas ou esportivas, sob pena de manifesta subversão aos limites do processo de *descentralização* e *especialização funcional* (art. 37, *caput* e inciso XIX; art. 174 da CRFB), e em ofensa ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CRFB) e razoabilidade (art. 1º e art. 5º, LIV, CRFB).

Mas não é só. Por um segundo grupo de razões, relativas ao regime constitucional de liberdade de iniciativa, eventual disciplina sobre atividades econômicas por Conselhos Profissionais se mostra igualmente ilegítima. Nesse contexto, convém trazer à baila o teor da recém-editada Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado no Brasil. O referido diploma é relevante diretriz interpretativa para o aplicador do direito, pois explicita o sentido dessa liberdade assegurada pela Constituição (arts. 1º, IV e 170, *caput*) por meio de regras de *sobredireito*. No que importa ao Parecer, a referida lei serve como critério para aferição dos limites constitucionais do poder de ordenação quando estiverem em jogo restrições, dentre outros, aos princípios da livre iniciativa e do livre exercício de atividades profissionais, premissa que é extraível diretamente do § 1º do art. 1º da Lei.⁵⁷

⁵⁷ “§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na **ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente**”.

Para o caso em tela, vale destacar que a Lei de Liberdade Econômica densifica *princípios* constitucionais como a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas, que inclui as atividades profissionais (art. 2º, I). Mais do que isso, a Lei nº 13.874/2019 impõe *limites à atuação estatal*, com vedações ao *abuso de poder regulatório* no exercício de regulamentação de norma pública. Assim, são entendidas como indevidas as ordenações relativas à criação de reserva de mercado por favorecimento regulatório a grupos econômicos ou profissionais em prejuízo dos demais concorrentes (art. 4º, I); à criação de enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novos modelos de negócios (art. 4º, IV); enfim, à introdução de limites **à livre formação de atividades econômicas** (art. 4º, VII).

Auxilia na compreensão do raciocínio aqui desenvolvido a análise da Resolução nº 106/2019, do Conselho Regional de Educação Física da 1ª Região, que cria, para os estabelecimentos que desenvolvam atividades como ginástica, treinamento funcional, musculação, natação e educação física escolar, a exigência de um número mínimo de profissionais com diploma universitário de Educação Física, definido em função da quantidade de alunos presentes. Prevê-se, por exemplo, para estabelecimentos que ofereçam atividades coletivas, ginástica e treinamento funcional a necessidade de 1 (um) profissional de educação física para cada 50 (cinquenta) clientes. Trata-se de ingerência ilegítima sobre o modelo de negócios de terceiros, em ofensa ao livre exercício de atividades econômicas (arts. 1º, IV e 170, *caput*, CRFB). Uma afronta tanto à ideia de especialização e descentralização administrativa (que decorre do art. 37, XXI, CRFB), quanto da própria noção de legalidade, com a sua relação inseparável da liberdade econômica (art. 170, parágrafo único, CRFB).

De mais a mais, sob a ótica da proporcionalidade, é possível que restrições que imponham custos sobre as atividades econômicas que envolvam exercícios físicos ou desportivos gerem efeitos indesejados e gravosos a interesses legítimos protegidos

pelo ordenamento. Nesse sentido, se as restrições implicam custos e se mais custos encarecem o acesso a tais estabelecimentos, é possível afirmar que elas teriam o condão de, contraditoriamente, afastar parcela relevante da população das atividades físicas. Ao final, é possível cogitar até mesmo um *paradoxo regulatório*,⁵⁸ pois o resultado alcançado com a regulação pode se revelar oposto ao esperado. Isto é: ao invés de proteger, o consumidor sairia prejudicado, dada o acesso dificultado a serviços mais econômicos e consequentes efeitos negativos para a sua saúde. E há boas razões para acreditar que seja mais corriqueiro identificar problemas de saúde por falta de exercícios físicos do que pelo acesso aos (ou mesmo excesso dos) mesmos. O paradoxo salta aos olhos.

Também por essa razão, conclui-se que o modelo institucional dos Conselhos Profissionais e a sistemática estabelecida pela Lei nº 9.696/1998 não permitem que o CONFEF ou os CREFs disciplinem, ainda que indiretamente, normas capazes de afetar os estabelecimentos comerciais em que atuem os respectivos profissionais.

IV. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o presente parecer pode ser sintetizado nos seguintes enunciados objetivos:

- (i) Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 1.717, os Conselhos Profissionais são entidades autárquicas e estão sujeitos ao regime jurídico de direito público, sobretudo em relação ao exercício do seu poder de polícia, o que abrange o poder de ordenação.

⁵⁸ A expressão é de Cass Sunstein, segundo o qual, por vezes, o Estado regulador cria verdadeiros paradoxos, já que sua atuação produz resultados opostos àqueles pretendidos (v. SUNSTEIN, Cass. "Paradoxes of the regulatory state", *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, n. 2, Administering the Administrative State, 1990, pp. 407/441).

- (ii) O art. 4º da Lei nº 9.696/1998 – editado no contexto em que os Conselhos Profissionais eram regidos pelo direito privado – revela-se inconstitucional por autorizar a criação dos Conselhos de Educação Física sem delimitar qualquer competência ou traçar parâmetros inteligíveis para a sua atividade, em franca violação à contemporânea dimensão do princípio da legalidade (art. 37, CRFB), da separação de Poderes (art. 2º, CRFB) e ao próprio princípio democrático (art. 1º, CRFB).

- (iii) De acordo com o regime constitucional de liberdade de iniciativa e do livre exercício de ofícios e profissões (arts. 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII; e 170, *caput*, CRFB), a interpretação de regras legais sobre a matéria deve ser feita de forma *restritiva*, considerando como regra geral o sistema de liberdades. Limitações a tais direitos fundamentais, ademais, devem ser sempre justificadas e observar os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

- (iv) Os arts. 1º a 3º da Lei nº 9.696/1998 representam limitação desproporcional à liberdade de ofício, caso interpretados no sentido de restringir a indivíduos diplomados e registrados perante os Conselhos a possibilidade de exercerem toda e qualquer atividade ligada a exercícios físicos e ao desporto – *i.e.*, no sentido da criação de uma verdadeira barreira de entrada. Tais disposições devem ser interpretadas à luz da sistemática constitucional dos direitos fundamentais ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades

econômicas (arts. 1º, IV; 5º, XIII; e art. 170, *caput*, CRFB), impedindo-se, portanto, a criação de verdadeira e desproporcional reserva de mercado por parte dos profissionais de educação física a partir da referida Lei. A ilegitimidade dessas *barreiras* é ainda mais grave quando implementada por meio de atos regulamentares criados pelos Conselhos.

- (v) Os Conselhos Profissionais são fruto de um processo de descentralização administrativa das competências da União Federal para organizar, disciplinar e fiscalizar profissões regulamentadas (art. 21, XXIV e art. 22, XVI, CRFB). O desenho institucional que lhes foi conferido impossibilita que sejam delegadas funções de ordenação para disciplinar questões estranhas à categoria profissional.

- (vi) É inconstitucional interpretação da Lei nº 9.696/1998 que possibilite a criação de obrigações, ainda que indiretas, que recaiam sobre estabelecimentos em que são praticadas atividades físicas, sob pena de violação à sistemática constitucional dos direitos fundamentais ao livre exercício de ofícios e profissões e ao livre desenvolvimento de atividades econômicas (arts. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, *caput*, CRFB). Tal interpretação contraria a lógica de *descentralização* e *especialização funcional*, que tem fulcro nos arts. 37, *caput* e inciso XIX, e 174 da CRFB, aliada, ainda, ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CRFB) e ao dever de razoabilidade enquanto congruência (art. 1º e art. 5º, LIV) – *in casu*, a necessária congruência lógica entre a modelagem institucional

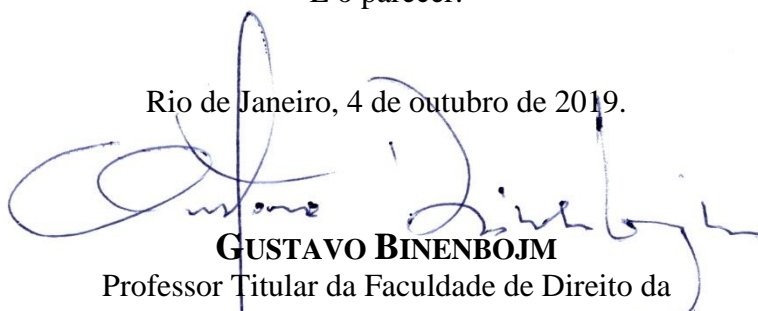
Gustavo Binenbojm

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

eleita (de autorregulação) e sua aplicação, a qual deve se limitar àqueles sujeitos que são ao mesmo tempo os destinatários da regulação e seus legitimadores.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 4 de outubro de 2019.



GUSTAVO BINENBOJM

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ
Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA)