

**TEMA CENTRAL: INTERPRETAÇÃO CONFORME A
CONSTITUIÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 9.696/1998**

- Direitos concretizados pela atividade do profissional de educação física: (i) bem-estar (preâmbulo e art. 193), (ii) saúde (arts. 6º e 196), (iii) educação (arts. 6º e 205), (iv) redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196), (v) cultura (art. 215), (vi) desporto (art. 217) e (vii) sadia qualidade de vida (art. 225)

- Educação física como uma profissão da área de saúde

- O diploma do profissional de educação física como expressão da educação, direito de todos, que requer “garantia de padrão de qualidade” (art. 206, VII) a ser “promovido e incentivado visando à qualificação para o trabalho” (art. 205)

- Cultura e necessidade de “formação de pessoal qualificado” (art. 215, § 3º, III)

- Sopesamento entre liberdade individual (art. 5º, XIII) e segurança coletiva

- O CONFEF, autarquia federal entendida, quanto às suas finalidades legalmente previstas – Lei 9.696/1998 –, como “Poder Público” a quem incumbe “controlar a comercialização e o emprego de técnicas e métodos que comportem risco para a vida e a qualidade de vida” (parte do art. 225, V)

- O caráter autônomo das resoluções do CONFEF cujo fundamento de validade decorra direta e autonomamente da Constituição Federal

Natureza do estudo: parecer jurídico

Consulente: Sr. Jorge Steinhilber, presidente do CONFEF

Parecerista: Saul Tourinho Leal

Parecer Jurídico

Sumário: 1. Consulta e quesitos; 2. Deliberações do STF sobre profissões e a temporária falta de pressupostos processuais para que a Corte analise os profissionais de educação física; 3. Educação Física como profissão da área de saúde com regramento próprio estipulado pela Constituição em deferência à segurança coletiva; 4. Educação, cultura e desporto: “qualificação da pessoa para o trabalho”, “padrão de qualidade” e “formação de pessoal qualificado”; 5. Liberdade individual compatibilizada com segurança coletiva; 6. Competências implícitas e explícitas do CONFEF segundo a Constituição; 7. A constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.696/1998; 8. Além do respeito à autonomia privada e à dignidade da pessoa humana, a necessária sintonia com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito; 9. O princípio da legalidade como “bloco de legalidade”; 10. Resoluções autônomas do CONFEF; 11. O indisputável espaço reservado ao desporto; 12. Respostas aos quesitos; 13. FECHO.

1. Consulta e quesitos

1.1. Consulta-me honrosamente o Sr. Jorge Steinhilber, ilustre presidente do Conselho Federal de Educação Física – CONFEF, sobre a interpretação conforme a Constituição Federal da Lei nº 9.696/1998, que dispõe sobre a Profissão de Educação Física e cria o Conselho Federal e Regionais de Educação Física.

Eis os comandos legais:

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 Física¹.

1.2. O art. 4º cria o CONFEF e os Conselhos Regionais de Educação Física enquanto o art. 1º dispõe que o exercício das atividades de Educação Física e a designação de profissional da área é prerrogativa daqueles regularmente registrados nos referidos Conselhos Regionais. Podem se inscrever: I - os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido; II - o mesmo vale para diplomas expedidos por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da lei; III - os que, até a data do início da vigência da Lei (2/9/1998), tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos postos pelo CONFEF (art. 2º).

1.3. Central é o **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”.

1.4. Consulta-me, ainda, a respeito da própria competência normativa do CONFEF à luz da Constituição, apresentando, então, os seguintes **questos**:

I – “É a Lei 9.696/1998 constitucional?”;

II – “Teria o art. 3º da Lei 9.696/1998 um parâmetro a partir do qual deveria ser interpretado, considerando-se preceitos constitucionais fundamentais?”;

¹ Art. 5º da Lei 9.696/1998: Os primeiros membros efetivos e suplentes do CONFEF serão eleitos para um mandato tampão de 2 anos, em reunião das associações representativas de Profissionais de Educação Física, criadas nos termos da CF, 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, em até 90 dias após a promulgação desta.

III – “Tem o CONFEF competências extraídas da Constituição?”;

IV – “Seriam suas resoluções instrumentos normativos idôneos a concretizarem, quanto aos profissionais de educação física – regulares ou irregulares -, as limitações à liberdade de trabalho, ofício e profissão expressamente previstas na Constituição?”.

1.5. Passarei ao parecer à luz desses quesitos que serão respondidos ao final.

2. Deliberações do Supremo Tribunal Federal sobre profissões e a temporária falta de pressupostos processuais em recursos extraordinários para que a Corte analise os profissionais de educação física

2.1. Mesmo antes do advento da Constituição de 1988, o STF já deliberava sobre a regulamentação das profissões. Em 1983, foi apreciada questão relativa à privatividade profissional para a execução de métodos e técnicas fisioterápicos, quanto aos fisioterapeutas, métodos e técnicas terapêuticos e recreacionais, quanto aos terapeutas ocupacionais (arts. 3º e 4º do Decreto-lei 938/1969), ressalvada a atuação, nos respectivos campos operacionais, de Médicos Fisioterapeutas e Médicos Fisiatras. A Corte validou a obrigatoriedade, na forma de regulamento a ser baixado, de registro nos Conselhos Regionais de Fisioterapeutas e Terapeutas Ocupacionais, das empresas ligadas a essas práticas².

2.2. Tramita no STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 131, do Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria, contra os Decretos Presidenciais 20.931/32 (arts. 38, 39 e 41) e 24.492/1934 (arts. 13 e 14), impedindo optometristas de instalarem consultórios e prescreverem lentes de grau.

2.3. Em trâmite também a ADPF 293, contra dispositivos da Lei 6.533/1978 e do Decreto 82.385/1978, que tratam da obrigatoriedade de diploma ou de certificado

² Rp 1056, Min. Décio Miranda, Pleno, DJ 26/8/1983.

de capacitação para registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício das profissões de artista e técnico em espetáculos de diversões.

2.4. A Corte definirá ainda a tese do Tema 969 da repercussão geral, sobre os “limites do poder regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários quanto à atividade profissional de auditor independente e às pessoas naturais ou jurídicas a ele vinculadas, dispondo sobre infrações e punições” (RE 902.261).

2.5. Apesar das ações acima, a Lei 9.696/1998, que trata dos profissionais de educação física, não contou ainda com um qualificado debate por parte da Suprema Corte. Como o CONFEF rege a matéria por meio de resoluções partindo do art. 3º da Lei 9.696/1998, os debates se desenvolvem sob o argumento de que a resolução teria extravasado os limites legais, sendo uma discussão infraconstitucional, conclusão que impede a chegada do debate ao STF na via do recurso extraordinário.

2.6. Para o Min. Edson Fachin, “a exigência relativa à obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Educação Física para o exercício da profissão de **treinador de boxe** revela-se adstrita ao âmbito infraconstitucional, tornando oblíqua ou reflexa eventual ofensa à Constituição Federal”³. Posteriormente, entendeu que “eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo *a quo* demandaria o exame da legislação infraconstitucional (Lei 9.696/1998)”. Referia-se ao “**professor de tênis de campo**” e a desnecessidade de registro no Conselho Regional de Educação Física⁴.

2.7. O Min. Roberto Barroso tomou a seguinte decisão: “Conselho Regional de Educação Física. Obrigatoriedade de registro. **Treinadores e monitores de futebol**. Resolução CONFEF 45/2002. Leis 9.696/1998, 8.650/1993 e 6.354/1976. Ausência de questão constitucional” (ARE 819.631 AgR, 1ª T, DJe 6/10/2016)⁵.

³ ARE 1.046.938, DJe 7/11/2017.

⁴ ARE 1.012.708, DJe 29/06/2017.

⁵ Não foi diversa a postura do Min. Ricardo Lewandowski quando relator de recurso que desonerava o treinador de futebol de inscrição no Conselho de Educação Física. “Para dissentir do acórdão impugnado e

2.8. O mesmo com o Min. Gilmar Mendes: “**Patinção artística**. Não enquadramento no rol de atividades privativas dos profissionais de educação física elencadas na Lei 9.696/1998. Inexigibilidade de registro profissional no Conselho Regional de Educação Física. Ofensa meramente reflexa”⁶.

2.9. Também o Min. Dias Toffoli: “registro nos quadros do Conselho Regional de Educação Física e da submissão à sua fiscalização, porque dependente da análise de normas infraconstitucionais, pode resultar, no máximo, na conclusão de que houve ofensa reflexa à Constituição” (AI 745.424 AgR, DJe 24/6/2011). Posteriormente, o Min. Toffoli não conheceu de RE que determinou que o Conselho Regional de Educação Física se abstinhasse de exigir o registro para quem ministrava **aulas de squash**, bem como não procedesse a procedimentos administrativos como autuação e multa, por suposto exercício ilegal da profissão⁷.

2.10. Não foi diferente com o Min. Luiz Fux, quanto à desnecessidade de registro do **instrutor de patinação**: “Matéria de índole infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição” (ARE 1.029.355, DJe 10/4/2017)⁸. O mesmo quanto ao registro no CONFEF de **professor de dança e artes marciais**: “1. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal a quo seria necessário o reexame da legislação infraconstitucional”⁹. Igualmente quanto ao **professor de dança de salão**: “Conflito de legalidade. Ausência de ofensa constitucional direta”¹⁰. No tocante à **ginástica laboral**, o STF registrou que o CONFEF editou a Resolução 73/2004, mas, tal resolução, “como ato normativo de hierarquia inferior, não pode restringir o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”¹¹.

verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Leis 8.650/1993 e 9.696/1998), sendo certo que eventual ofensa à Constituição seria apenas indireta”, anotou (ARE 1.055.247, julg. 21/6/2017, DJe 26/6/2017).

⁶ ARE 972.179 AgR, 2ª T, DJ 20/10/2016.

⁷ ARE 1.031.050, DJe 4/4/2017.

⁸ ARE 915.339, Min. Roberto Barroso, DJe 17/2/2016; ARE 919.700, Min. Gilmar Mendes, DJe 20/10/2015; AI 745.424-AgR, Min. Dias Toffoli, 1ª T, DJe 24/6/2011; ARE 819.631, Min. Roberto Barroso, DJe 2/10/2014; e AI 840.441, Min. Luiz Fux, DJe 18/8/2011.

⁹ ARE 897.511-AgR, 1ª T, Min. Edson Fachin, DJe 17/2/2016.

¹⁰ ARE 904.929 AgR, Min. Cármen Lúcia, 2ª T, DJe 3/11/15. Cf.: RE 749.692, DJe 31/5/2013.

¹¹ ARE 1.017.279, Min. Gilmar Mendes, DJe 5/4/2017.

2.11. Noutra oportunidade, o Min. Marco Aurélio analisou um agravo em recurso extraordinário sobre a fiscalização das instalações destinadas à prática de educação física, bem como a habilitação dos profissionais que ministram a disciplina dentro da instituição de ensino. Uma associação privada de ensino possuía quadras, piscinas e salas de ginásticas, locais em que são ministradas aulas de educação física. Assim, o Conselho Regional de Educação Física não poderia ser impedido de exercer a fiscalização de tais instalações a fim de verificar a existência de irregularidade, bem como a existência de profissionais não habilitados exercendo a profissão. O Ministro anotou: “Divergir deste entendimento demandaria, em última análise, o reexame dos elementos probatórios e a legislação de regência, o que é vedado em sede de extraordinário”. Ao final, Sua Excelência deixou o **desabafo**: “Este agravo somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, ocupando espaço que deveria ser utilizado na apreciação de processo da competência do Tribunal”¹².

2.12. Conclui-se: enquanto a discussão lidar com resoluções e a Lei 9.696/1998, sem que o vasto tratamento que a Constituição dá à matéria seja devidamente analisado, a jurisdição constitucional seguirá reputando, em grau recursal, o tema infraconstitucional, configurando ofensa reflexa à Constituição ligada ao princípio da legalidade, o que impede a comunidade afetada de dispor de uma interpretação conforme a Constituição derradeiramente definida pelo STF.

2.13. Daí a Suprema Corte ter admitido, em mais de uma oportunidade, deliberar acerca dessas nuances por meio do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente por meio de arguições de descumprimento de preceitos fundamentais, a exemplo do que se dá na ADPF 131¹³ e na ADPF 293.¹⁴

¹² ARE 994.136, DJe 4/10/2016.

¹³ Do Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria contra os Decretos Presidenciais 20.931/32 (arts. 38, 39 e 41) e 24.492/1934 (arts. 13 e 14), impedindo optometristas de instalarem consultórios e prescreverem lentes de grau.

¹⁴ Contra dispositivos da Lei 6.533/1978 e do Decreto 82.385/1978, que tratam da obrigatoriedade de diploma ou de certificado.

3. Educação Física como profissão da área de saúde com regramento próprio estipulado pela Constituição em deferência à segurança coletiva

3.1. O Profissional de Educação Física integra a área da saúde, tendo tratamento diverso na Constituição das profissões decorrentes das liberdades de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e de livre expressão artística (art. 5º, IX). Por isso, precedentes como o que dispensou jornalistas do diploma de curso superior trazem bases fáticas e normativas inaplicáveis a esta consulta¹⁵. O mesmo quanto à tese fixada no Tema 738: “É incompatível com a Constituição a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício da profissão”¹⁶.

3.2. Também dimana da Constituição Federal a compreensão de que o Profissional de Educação Física concretiza o art. 196, segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença e de outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A saúde compõe o rol de “necessidades vitais básicas das pessoas e de suas famílias” (art. 7º, IV, da CF).

3.3. Vale recordar que a Portaria 154/2008, do Ministério da Saúde, criou os “Núcleos de Apoio à Saúde da Família – NASF”. Segundo o art. 3º, § 2º, poderão compor os NASF o **Profissional da Educação Física**. A Lei 8.080/1990, por sua vez, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. O **parágrafo único do art. 3º** assevera: “Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade **condições de bem-estar físico**, mental e social”¹⁷.

¹⁵ RE 511.961, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 13/11/2009.

¹⁶ RE 795.467, Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe 24/6/2014.

¹⁷ **Estatuto do CONFEF** (DO 237, Seção 1, págs. 137 a 143, 13/12/2010): (destacado)

Art. 9º - O Profissional de Educação Física é especialista em atividades físicas, nas suas diversas manifestações - ginásticas, exercícios físicos, desportos, jogos, lutas, capoeira, artes marciais, danças,

3.4. Nesse sentido, o Min. Edson Fachin, tratando dos **nutricionistas** – igualmente da área de saúde –, anotou: “A profissão de nutricionista é de extrema relevância em nossa sociedade, com suas amplas e complexas relações com a **saúde, bem estar, qualidade de vida e dignidade da pessoa humana**”¹⁸. No mesmo caso, asseverou o Min. Alexandre de Moraes: “(...) o ofício de nutricionista, **vinculado à área da saúde**, envolve atividade de **risco à coletividade (...)**”¹⁹.

3.5. O fato de se tratar de uma profissão da saúde tem sido fator de distinção por parte do Supremo no sopesamento entre liberdade individual e segurança coletiva. O Min. Gilmar Mendes, no julgamento sobre o diploma dos jornalistas, anotou: “(...) a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais **profissões ligadas à área de saúde**, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias”²⁰.

atividades rítmicas, expressivas e acrobáticas, musculação, lazer, recreação, reabilitação, ergonomia, relaxamento corporal, ioga, exercícios compensatórios à atividade laboral e do cotidiano e outras práticas corporais, sendo da sua competência prestar **serviços que favoreçam o desenvolvimento da educação e da saúde**, contribuindo para a capacitação e/ou restabelecimento de níveis adequados de desempenho e condicionamento fisiocorporal dos seus beneficiários, **visando à consecução do bem-estar e da qualidade de vida**, da consciência, da expressão e estética do movimento, da prevenção de doenças, de acidentes, de problemas posturais, da compensação de distúrbios funcionais, contribuindo ainda, para consecução da autonomia, da auto-estima, da cooperação, da solidariedade, da integração, da cidadania, das relações sociais e a preservação do meio ambiente, observados os preceitos de responsabilidade, **segurança**, qualidade técnica e ética no atendimento individual e coletivo.

Art. 10 - O Profissional de Educação Física intervém segundo propósitos de **prevenção, promoção, proteção, manutenção e reabilitação da saúde**, da formação cultural e da reeducação motora, do rendimento físico-esportivo, do lazer e da gestão de empreendimentos relacionados às atividades físicas, recreativas e esportivas.

Art. 26 - No exercício de suas atribuições compete ao CONFEF: XXXI - estimular ações inter-setoriais, buscando parcerias que **propiciem o desenvolvimento integral das ações de promoções da saúde**.

¹⁸ ADI 803, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 23/11/2017.

¹⁹ ADI 803, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 23/11/2017: Lei 8.234/1991. (...) Expressão “privativas” contida no caput do art. 3º. Profissão de nutricionista. 3. Constitucionalidade. Atividades eminentemente técnicas que não se confundem com as desempenhadas por profissionais de nível médio. Ressalva quanto a outras categorias, tais como nutrólogos, bioquímicos e gastroenterologistas. 4. Inexistência de restrição ao exercício de trabalho, ofício ou profissão em desconformidade com a Constituição. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, respeitado o âmbito de atuação profissional específico.

²⁰ RE 511.961, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 13/11/2009.

3.6. O Min. Eros Grau, por sua vez, quanto às qualificações profissionais específicas, disse ser razoável sua exigência legal quando “o tipo de atividade demanda uma aptidão qualificada e que é requerida para proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos. **É o caso das profissões relacionadas à vida, à saúde**, à liberdade e à segurança das pessoas, que necessitam de um conjunto de conhecimentos técnico-científicos para que possam ser exercidas sem o risco do surgimento de graves danos por ignorância, imperícia ou inabilitação”²¹.

3.7. O mesmo com o Min. Celso de Mello: “Tratando-se [o art. 5º, XIII, CF] Essa competência constitucional, no entanto, não confere ao Estado poder absoluto para legislar sobre o exercício de qualquer atividade profissional, pois essa especial prerrogativa de ordem jurídico-institucional só se legitima quando o Poder Público, ao regulamentar o desempenho de certa atividade profissional, toma em consideração parâmetros fundados em razões de interesse público, como aquelas que concernem à segurança, **à proteção e à saúde das pessoas em geral**”.²²

3.8. A Suprema Corte, portanto, faz distinção acerca de profissões ligadas à saúde, permitindo que, em atenção aos deveres constitucionais de cuidados com a segurança coletiva, possa a liberdade individual de trabalho, ofício ou profissão, sofrer restrições outras além as decorrentes da própria Constituição Federal.

4. Educação, cultura e desporto: “qualificação da pessoa para o trabalho”, “padrão de qualidade” e “formação de pessoal qualificado”

4.1. A obrigação de realizar um curso de educação física, seja o de licenciatura, seja o de bacharelado, e a conseqüente necessidade de registro junto ao Conselho de Educação Física, decorrem do direito à educação. A Constituição assevera que a educação visa à “qualificação da pessoa para o trabalho” (art. 205).

²¹ *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 220, abril/junho de 2000, p. 285.

²² RE 414.426, Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe 10/10/2011.

Um dos princípios sobre os quais o ensino há de ser ministrado é exatamente o da garantia do **padrão de qualidade** (art. 206, VII).

4.2. Não parece irrazoável entender que alguém que lida com a saúde das pessoas precisa se capacitar. Não se pode invocar a liberdade individual como elemento isolado a conter a necessidade de padrões de qualidade na educação. Por isso, o CONFEF requer o diploma para atividades insertas no comando do art. 3º da Lei 9.696/1998²³. Como a educação se presta à qualificação para o trabalho, nada mais natural do que requerer o registro.

4.3. E não é somente a educação. Ainda que se reconheça às atividades do profissional de educação física raízes culturais, elas não estão imunes à fixação de padrões de qualidade a serem fiscalizados pelos Conselhos. Segundo a Constituição, a lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das **ações do poder público** que conduzem à **formação de pessoal qualificado** para a gestão da cultura em suas **múltiplas dimensões** (art. 215, § 3º, III). Como o art. 21, XXIV, diz competir “à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”, pode o CONFEF exigir que essa qualificação se dê com o respectivo diploma no curso de educação física, uma exigência isonômica e não discriminatória cujo fundamento de validade decorre da própria Constituição.

4.4. Portanto, seja enxergando a educação física como concreção da educação, seja como cultura, esses direitos reclamam, a partir do texto constitucional, “padrão de qualidade”, “formação de pessoal qualificado” e “qualificação da pessoa para o trabalho”, razão pela qual a atuação do CONFEF, nos moldes criteriosos que tem sido feita, é um imperativo constitucional.

²³ O art. 5º, XXVIII, ‘a’, assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. Além disso, o Capítulo III da Constituição trata “Da Educação, da Cultura e do Desporto”. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados, dentre outros princípios, a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento (art. 217, I). Fica entregue ao Legislador o amplo espaço para disciplinar atividades várias ligadas ao desporto.

5. Liberdade individual compatibilizada com segurança coletiva

5.1. A Constituição entrega à liberdade os rumos do empenho humano em seu trabalho, ofício ou profissão, mas a condiciona à segurança da coletividade. Faz isso tanto indireta quanto diretamente. Indiretamente, ao remeter ao legislador restrições ulteriores à liberdade, como colocado no art. 5º, XIII da Constituição: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Diretamente, quando, em atenção a princípios outros do texto constitucional, estipula limites à liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Exemplo é o art. 225, § 1º, V, segundo o qual para assegurar a efetividade do direito meio ambiente incumbe ao Poder Público: “V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. São restrições indiretas e diretas. As primeiras, necessitando da intermediação legislativa. As segundas, decorrendo da própria Constituição Federal.

5.2. Essa forma dialógica que a Constituição optou por lidar com a liberdade e a necessidade de cuidados com a segurança coletiva está presente em todo o seu corpo. O Preâmbulo firma o compromisso de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, dentre os quais a liberdade, **a segurança** e o bem-estar.

5.3. O art. 1º traz como fundamentos da República (IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O *caput* do art. 5º garante tanto a inviolabilidade do direito à liberdade como **à segurança**. O art. 6º traz como direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer e a **segurança**”. Mesmo o trabalho, ofício ou profissão se presta a incrementar o bem-estar das pessoas, não a degradá-lo. “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o **bem-estar** e a justiça sociais”, dispõe o art. 193. Bem-estar que constitui uma das vocações da profissão de educador físico, visto em suas múltiplas dimensões.

5.4. Logo, a regulamentação do profissional de educação física há de se guiar pela liberdade, mas considerando o dever de segurança da coletividade. A esse respeito o STF registrou: “Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional”²⁴.

5.5. Restrições a direitos fundamentais como a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, não decorrem meramente de lei ulterior. Há restrições diretamente constitucionais. Daí poder o CONFEF inspecionar o trabalho dos profissionais que desempenham serviço de atividades físicas e do desporto, por atos normativos próprios ao Conselho, cujo fundamento de validade não reside na Lei 9.696/1998, mas na própria Constituição que, além de ser criteriosa com a saúde coletiva – e a educação física é uma profissão da área de saúde –, determina que incumbe ao Poder Público “controlar a comercialização e o emprego de técnicas e métodos que comportem risco para a vida e à qualidade de vida” (trechos do art. 225, § 1º, V).

5.6. Sendo o CONFEF uma autarquia criada pela Lei 9.696/1998, faz ele, quanto à atividade física e do desporto, as vezes de “Poder Público” na missão constitucional de inspecionar o trabalho de profissionais que desempenhem, legal ou ilegalmente, tal atividade comercializando ou empregando técnicas e métodos que comportem risco para a vida e à qualidade de vida das pessoas.

5.7. O raciocínio encontra inspiração em posições do STF. No julgamento da medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12, que banuiu a prática do nepotismo do Judiciário por meio de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, o Min. Gilmar Mendes anotou que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa. Esses comandos podem possuir a estrutura de regras ou de princípios. Para o Ministro, no primeiro caso, “a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da

²⁴ RE 414.426, Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe 10/10/2011.

Administração Pública. No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de ‘livre apreciação’ (*Freie Ermessen*) ao Poder Administrativo”²⁵.

5.8. Cada profissão regulamentada tem espaço criativo próprio a permitir o estabelecimento de certas restrições ao seu exercício para que a sua essência e seus bons efeitos sobre a coletividade sejam preservados. Não sem razão, o STF fixou como tese do Tema 241 a constitucionalidade do “exame da OAB”, anotando sua compatibilidade com a prerrogativa conferida ao Conselho Federal da OAB para aplicação do exame de suficiência relativo ao acesso à advocacia²⁶.

5.9. Por haver, na Constituição, uma persistente compatibilização entre a liberdade individual e o dever de segurança coletiva é que não se pode emprestar ao art. 5º, XIII, uma interpretação totalizante. Uma compreensão rudimentar da liberdade impediria as condições básicas para a manutenção da própria democracia. Seriam inconstitucionais a necessidade de crianças estudarem, pessoas pagarem tributos e normas disciplinarem regras de trânsito. De tão isolacionista, tal interpretação da liberdade terminaria sendo autoritária.

5.10. Apenas para ilustrar, posições judiciais dispensando professores de artes marciais da inscrição no Conselho de Educação Física²⁷ abandonam comandos constitucionais necessários ao dimensionamento de uma questão complexa: a dialética entre liberdade individual e segurança coletiva quanto à saúde²⁸. Esse quadro se agrava ao tratar de esportes como karatê, judô e tae-kwon-do, por exemplo, uma vez que o “desporto” tanto encontra explicitude na Constituição Federal como no art. 3º da Lei 9.696/1998²⁹, sendo sequer necessária qualquer iniciativa por parte do CONFEF para, por meio de resoluções, tratar de esportes.

²⁵ ADC 12 MC, Min. Carlos Ayres Britto, Pleno, DJ 1/9/2006.

²⁶ RE 603.583, Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 25/5/2012.

²⁷ AgRg no REsp 1.210.526, Min. Regina Helena, 1ª T, DJe 6/3/2017.

²⁸ AgRg no REsp 1.513.396, Min. Herman Benjamin, 2ª T, DJe 04/8/2015.

²⁹ O TRF4, entendendo ser ilegal e inconstitucional a Res. 46/2002 do CONFEF, decidiu não ser possível que o Conselho Regional fiscalizasse e autuasasse aqueles profissionais elencados na referida resolução, em especial os profissionais de dança, ioga, artes marciais e capoeira, sejam professores, ministrantes ou

5.11. Invocar a liberdade de trabalho, ofício ou profissão como tabu derruba qualquer compromisso de consideração e respeito com os potenciais riscos à saúde coletiva decorrentes do exercício inconsequente e desautorizado de atividades físicas e do desporto, algo incompatível com o princípio hermenêutico da unidade da Constituição que impõe uma interpretação sistemática do seu texto como forma de conferir máxima efetividade ao seu programa normativo.

6. Competências implícitas e explícitas do CONFEF segundo a Constituição

6.1. O CONFEF é uma autarquia federal criada pela Lei 9.696/1998. Ele tem poder de polícia, definido pelo STF como “a faculdade que tem o Estado de opor a liberdade do cidadão às condições necessárias para garantir a saúde, a vida, a segurança individual e os interesses legítimos”³⁰.

6.2. Tratam das autarquias o art. 5º, I, do Decreto-Lei 200/1967³¹, o Código Civil, em seu art. 41, IV (são pessoas jurídicas de direito público)³², e a Constituição, no art. 37, XIX: somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

6.3. Para José dos Santos Carvalho Filho, apesar de o Decreto-Lei 200/1967 apenas definir que as autarquias seriam destinadas à execução de atividades típicas da administração pública, “o legislador teve o escopo de atribuir às autarquias a

instrutores de tais atividades. Para o STJ, em recurso, quanto aos arts 1º e 3º da Lei 9.696/1998, não se verificam as alegadas violações, porquanto não há neles comando normativo que obrigue a inscrição dos professores e mestres de danças, ioga e artes marciais (karatê, judô, tae-kwon-do, kickboxing, jiu-jitsu, capoeira etc) nos Conselhos de Educação Física, porquanto, à luz da citada Lei essas atividades não são caracterizadas como próprias dos profissionais de educação física. O art. 3º da Lei 9.696/1998 não diz quais os profissionais que se consideram exercentes de atividades de educação física, simplesmente, elenca as atribuições dos profissionais de educação física. (Resp 1.012.692, Min. Benedito Gonçalves, 1ª T, DJe 16/5/2011). Cf.: Resp 1.450.564, Min. Og Fernandes, DJe 4/2/2015.

³⁰ RE 21.533, Min. Luiz Gallotti, 1ª T, DJ 2/7/1953.

³¹ Autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

³² Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: IV - as autarquias, inclusive as associações públicas.

execução de serviços públicos de natureza social e de atividades administrativas”. Os conselhos profissionais, quanto à atividade atribuída pelo Estado, são classificados em autarquias profissionais ou corporativas³³. Criados por lei para desempenho de serviço típico estatal, de interesse público, de inspeção, controle e fiscalização das profissões, gozam de poder de polícia para execução de suas atribuições.

6.4. A qualificação, pelo STF, dos conselhos profissionais como autarquias já ocorria antes da Constituição de 1988³⁴. Posteriormente, na ADI 1717³⁵, definiu-se que a interpretação conjugada dos arts. 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição, leva à conclusão da indelegabilidade a uma entidade privada de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia³⁶, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas. Isso porque o controle do exercício profissional é atividade típica de Estado de competência da União (art. 21, XXIV).

6.5. O STF definiu ainda que “a fiscalização dos conselhos profissionais envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir”, sendo, a anuidade cobrada por essas autarquias, um tributo³⁷. A execução de débito de Conselho de Fiscalização não se submete ao sistema de precatório³⁸. Também que cumpre à Justiça Federal (art. 109, I da CF) processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da OAB, quer seccional³⁹. A contratação dos que irão trabalhar nesses conselhos há de se dar por concurso público⁴⁰.

³³ *Manual de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 511-513.

³⁴ MS 10.272, Min. Victor Nunes Leal, Pleno, DJ 11/7/63; e MS 22.643, Min. Moreira Alves, DJ 4/12/1998. Tratando dos Conselhos Regionais de Medicina, no MS 22.643 (Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 4/12/1998), o STF definiu que, como sucede com o Conselho Federal, eles são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao TCU por força do disposto no inciso II do art. 71 da Constituição.

³⁵ ADI 1717, Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 28/3/2003.

³⁶ Art. 78 do Código Tributário Nacional: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

³⁷ ADI 4697, Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 30/3/2017.

³⁸ RE 938.837, red. p/ac Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 25/9/2017, Tema 877.

³⁹ RE 595.332, Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 23/6/2017, Tema 258.

⁴⁰ MS 28.469, Min. Luiz Fux, 1ª T, DJe 3/8/2015.

6.6. Portanto, os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias: (i) são criados por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao TCU; e (iv) a fiscalização das profissões não pode ser delegada, excetuando-se a OAB⁴¹.

6.7. São duas as funções do CONFEF: (i) regulamentação do exercício profissional; (ii) fiscalização das atividades desempenhadas pelos profissionais no exercício de suas funções. A primeira é exercida pelos seus atos normativos quanto a aspectos intrínsecos à profissão. A segunda consiste na fiscalização por funcionários do Conselho quanto ao cumprimento das normas pelos profissionais.

6.8. Há, por fim, poderes “inerentes” ou “implícitos”, num conceito concebido nos Estados Unidos por Alexander Hamilton e concretizado por John Marshall em 1819, no caso *McCulloch versus Maryland*. No Brasil, a teoria dos poderes implícitos foi reconhecida pelo RE 76.629, no qual o Min. Aliomar Baleeiro anotou: “se o legislador quer os fins, concede os meios. (...) Se a L. 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir, aí não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de standards jurídicos de caráter técnico, a que se refere *Stati*”⁴².

6.9. As competências do CONFEF derivam dos arts. 21, XXIV (“Compete à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”), e 22, XVI (“Compete privativamente à União legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”), da Constituição, a mesma que diz incumbir ao Poder Público “controlar a comercialização e o emprego de técnicas e métodos que comportem risco para a vida e à qualidade de vida” (trechos do art.

⁴¹ RE 539.224, Min. Luiz Fux, 1ª T, DJe 18/6/2012. ADI 3026.

⁴² A *teoria dos poderes implícitos* tem sido utilizada em casos relevantes, a exemplo do que reconheceu poderes investigatórios ao Ministério Público: RE 593.727, Rel. p/ac Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 8/9/2015.

225, § 1º, V). É uma restrição diretamente constitucional endereçada a profissionais como os de educação física que, além de terem responsabilidades sobre a vida e qualidade de vida das pessoas, por meio das técnicas e métodos que empregam em suas atividades, assumem, pelo art. 196, papel relevante na **redução do risco de doença e de outros agravos**.

6.10. Essa interação entre profissões da área de saúde e a Constituição é comum. Ninguém nega a competência dos nutricionistas. Mesmo assim, o art. 200, VI, da Constituição diz competir ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições, nos termos da lei, fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional. Igual interação se dá com os profissionais de educação física e o art. 225, § 1º, V, cujos trechos dizem: Incumbe ao Poder Público (aqui entendido, CONFEF) “controlar a comercialização e o emprego de técnicas e métodos que comportem risco para a vida e à qualidade de vida”.

6.11. Quando se trata de risco predominantemente individual, a Constituição atribui-lhe vantagens pecuniárias. Segundo o art. 7º, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII – “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”; XXIII – “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. Quando o risco é coletivo, tem-se a intervenção legislativa autorizada pela parte final do art. 5º, XIII (“atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”) ou a aplicação direta das restrições constitucionais (art. 225, § 1º, V).

6.12. Todavia, em jogo a coletividade, o CONFEF tem o dever de expedir resoluções evitando que pessoas não habilitadas, ou mesmo as habilitadas, se empenhem, por meio da atividade física e do desporto, em práticas que coloquem em risco a saúde coletiva violando, diretamente, as restrições à liberdade de trabalho, ofício ou profissão constantes do art. 225, § 1º, V da Constituição.

7. A constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.696/1998

7.1. O art. 3º da Lei 9.696/1998 constitui objeto central dessa consulta. Ele diz: “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”.

7.2. É um plexo abrangente de competências legalmente atribuídas ao profissional de educação física. O dispositivo reclama, para a sua plena eficácia, a atuação infralegal do CONFEF nas “áreas de atividades físicas e do desporto”. Após esse capítulo, trarei um tópico próprio para tratar do “desporto”.

7.3. O dispositivo não elenca taxativamente quais são os profissionais que devem sujeitar-se ao CONFEF. Ele enumera qual a natureza das atividades que poderão ser exercidas pelo profissional de educação física. A delegação legislativa ampla tem dado espaço para questionamentos sobre a possibilidade de regramentos infralegais incursionarem aspectos da liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

7.4. A Lei 9.696/1998 adota a tendência de utilização de conceitos abertos pelo legislador para, por essa opção legislativa, ceder espaço ao CONFEF para se valer dos seus mecanismos de controle da profissão à luz dos princípios constitucionais. Karl Larenz adverte que o fato de a lei raramente preestabelecer o conteúdo das decisões concretas a serem tomadas não pode levar à ideia de ausência de vinculação à lei e existência de total liberdade decisória (o fato de a vinculação não poder ser vista de maneira estrita, não quer dizer que não exista qualquer

vinculação). Esta vinculação deve ser cumprida com um alcance maior, relacionado com os objetivos e valores visados pela lei e pela Constituição⁴³.

7.5. A jurisprudência estrangeira também sinaliza essa tendência. Alexandre dos Santos Aragão recorda o Tribunal Supremo Espanhol, para quem entender que a atividade da Administração é vinculada apenas quando o ato está regulado por uma lei ou regulamento equivale a cair em um puro formalismo jurídico e desconhecer que, à margem destas normalizações formais, a ação da Administração se rege por fins teleológicos inescusáveis e por princípios indestrutíveis que regem sua conduta com tanto ou mais vigor que as disposições legais⁴⁴.

7.6. Alexandre diz ainda ser essa a concepção do princípio da legalidade e do poder normativo da Administração Pública vigente no Estado contemporâneo que, por um lado, não limita os regulamentos à mera especificação de preceitos que já devem estar previamente fixados em lei e, por outro, não os limita ou potencializa apenas pela Lei que estiverem regulamentando, mas sim pelo ordenamento jurídico hierarquicamente superior como um todo.

7.7. O Jurista lembra que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte, em *Whitmall v. American Trucking Assosciatiuns Inc.* (2001), afirmou que, apesar da posição adotada pela Corte Federal *a quo* pela inconstitucionalidade da lei atributiva de largos poderes normativos a agência administrativa, considerou constitucional disposição legal que atribuiu poder normativo para “estabelecer padrões de qualidade do ar, cuja observância seja necessária para proteger a saúde pública”.

7.8. A Corte havia decidido que a lei não continha um “*inteligible principle*” porque dela não se poderiam deduzir as quantidades de poluentes que seriam aceitáveis. A Suprema Corte, contudo, entendeu que do termo “saúde pública”

⁴³ Larenz, Karl. *Derecho Justo*. Trad. Luís Diez-Picazo, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 168 a 171.

⁴⁴ Aragão, Alexandre dos Santos. *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade*. In Boletim de Direito Administrativo. Julho/2004, p. 768/777, p. 776. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44672/44977>

decorria um princípio claro (“*public health provides a sufficiently intelligible principle*”). Nesse sentido, Luís Roberto Barroso também admite ao Legislador conceder amplos poderes normativos à Administração Pública, “desde que ofereça parâmetros adequados e suficientes para a atuação normativa”⁴⁵.

7.9. No julgamento da ADI 1668 (Rel. Min. Marco Aurélio) a Corte reputou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT em favor da ANATEL, “desde que esta subordine-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes”.

7.10. Noutra oportunidade, assentou que “no tocante à legalidade tributária estrita, reputa-se ser adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade”⁴⁶.

7.11. No RE 704.292, o Min. Dias Toffoli anotou: “(...) contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais ou econômicas existe um quê de atividade estatal prestada em benefício direto ao contribuinte ou a grupo, seria imprescindível uma faixa de indeterminação e de complementação administrativa de seus elementos configuradores, dificilmente apreendidos pela legalidade fechada”. Para o Ministro, “respeita o princípio da legalidade a lei que disciplina os elementos essenciais determinantes para o reconhecimento da contribuição de interesse de categoria econômica como tal e deixa um espaço de complementação para o regulamento”. Isso porque, “a lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade”. Contudo, “a remessa ao ato infralegal não pode resultar em desapoderamento do legislador para tratar de

⁴⁵ *Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade (Delegações legislativas. Poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*. In Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 187.

⁴⁶ ADI 4697, Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 30/3/2017.

elementos tributários essenciais. Para o respeito do princípio da legalidade, seria essencial que a lei (em sentido estrito) prescrevesse o limite máximo do valor da exação, ou os critérios para encontrá-lo, o que não ocorreu”⁴⁷.

7.12. No RE 838.284, o Min. Dias Toffoli registrou que o princípio da reserva de lei não é absoluto: “(...) caminha-se para uma legalidade suficiente, sendo que sua maior ou menor abertura depende da natureza e da estrutura do tributo a que se aplica”. Esse precedente definiu que, “no tocante às taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia, por força da ausência de exauriente e minuciosa definição legal dos serviços compreendidos, admite-se o especial diálogo da lei com os regulamentos na fixação do aspecto quantitativo da regra matriz de incidência”⁴⁸.

7.13. Por fim, o RE 343.446 firmou critérios para aferir a constitucionalidade da norma regulamentar: “a) a delegação pode ser retirada daquele que a recebeu, a qualquer momento, por decisão do Congresso; b) o Congresso fixa *standards* ou padrões que limitam a ação do delegado; c) razoabilidade da delegação”⁴⁹.

7.14. Portanto, o art. 3º da Lei 9.696/1998, mesmo em sua abrangente redação, em nada corrompe a Constituição, mostrando-se compatível com o dever de dinamismo e eficiência (art. 37, *caput* da CF) endereçado à Administração, devendo, o Poder Judiciário, para emprestar ganhos de funcionalidade sistêmica à Constituição Federal, se valer de uma hermenêutica que proteja a coletividade, expandindo a eficácia da norma constante do referido art. 3º da Lei 9.696/1998, sem reduzir o seu escopo, nem esvaziar seu núcleo essencial, ao argumento de que a palavra “privativamente” não consta de sua redação.

⁴⁷ Pleno, DJe 3/8/2017.

⁴⁸ DJe 22/9/2017. Tese 829: *Não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos.*

⁴⁹ RE 343.446, Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 4/4/2003: (...) O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de *atividade preponderante* e *grau de risco leve, médio e grave*, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, CF, art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. (...).

8. Além do respeito à autonomia privada e à dignidade da pessoa humana, a necessária sintonia com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito

8.1. Teoricamente, discorrendo sobre a relação entre responsabilidade e liberdade, Ronald Dworkin explica que ambas se ligam ao direito de participar da esfera pública e de não ser obrigado a agir de uma dada forma na esfera privada⁵⁰.

8.2. Indicando um elemento definidor do grau de intervenção aceitável na esfera da liberdade, que, nesse parecer, é a liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), Dworkin chama a atenção tanto para o compromisso com a autonomia do outro como para a necessidade de manutenção de respeito à sua dignidade. São esses dois princípios – autonomia e dignidade – as barreiras intransponíveis a restrição à liberdade⁵¹. “Só na medida em que ligamos a liberdade à dignidade que podemos tratar a liberdade como um valor”⁵², argumenta o filósofo.

8.3. Trazendo essas lições à dogmática constitucional brasileira, a dignidade da pessoa humana e a autonomia pessoal (art. 1º, III, da CF) são os dois princípios que devem conduzir o CONFEF quando essa autarquia federal estiver, no gozo de suas competências constitucionalmente outorgadas, expedindo resoluções cujo

⁵⁰ “Em primeiro lugar, cada qual deve ter a permissão para participar, da maneira correta, das decisões coletivas que constituem o seu governo; e, em segundo lugar, cada qual deve ser eximido das decisões coletivas naqueles assuntos que a sua responsabilidade pessoal exige que ele decida por si mesmo”, anotou Dworkin. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 559.

⁵¹ Diz Robert Alexy: “O conceito de princípios em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como “políticas”. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As características lógicas comuns aos dois tipos de princípios aos quais Dworkin faz referência com seu conceito de “princípios em sentido genérico” – e que aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios – indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio. As diferenças apontadas por Dworkin podem ser feitas no âmbito desse conceito amplo de princípio. O mesmo vale para outras possíveis diferenciações”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 116.

⁵² “A autonomia total de cada pessoa é seu poder de agir como bem quiser, livre de restrições ou ameaças impostas por terceiros ou por uma comunidade política. Sua liberdade negativa é aquela porção de sua autonomia que a comunidade política não pode restringir sem infligir-lhe um tipo especial de dano, ou seja, sem comprometer sua dignidade, negando-lhe igual consideração ou algum traço essencial da sua responsabilidade pela própria vida”, explica Dworkin. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 561.

fundamento de validade seja o art. 5º, XIII, da Constituição, logo, ao promover restrições indiretamente constitucionais à liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

8.4. Além do irrecusável respeito à autonomia pessoal e à dignidade da pessoa humana, o CONFEF, quando expedir resoluções nos termos acima, deve estar atento ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Essas resoluções não podem concretizar o dispositivo de modo a restringir o núcleo essencial da liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Mesmo a possibilidade conferida ao Legislativo pela parte final do art. 5º, XIII (“atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”) “não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”⁵³.

8.5. Não sem razão, o STF reconheceu a constitucionalidade da Resolução 2.267/1996, do Conselho Monetário Nacional, que regulava as auditorias independentes nas instituições do sistema financeiro. Ao regular a forma de controle do Banco Central do Brasil sobre as entidades do sistema financeiro, não se vedou o exercício de profissão nem impediu o desenvolvimento de atividade econômica⁵⁴.

8.6. Logo, essas resoluções devem respeito à Constituição, que não tem contradições internas, apenas conflitos aparentes solucionáveis pelo sopesamento, fruto do que Robert Alexy denomina “lei de colisão”. Para Alexy, “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”⁵⁵. Trata-se da garantia do conteúdo essencial, que se dá pela máxima da proporcionalidade.

⁵³ Representação 930, Redator p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, DJ, 2/9/1977.

⁵⁴ ADI 2317 MC, Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJ 23/3/2001.

⁵⁵ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 296.

8.7. Alexy diz ainda que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da (i) adequação, da (ii) necessidade (“mandamento do meio menos gravoso”) e da (iii) proporcionalidade em sentido estrito (“mandamento do sopesamento propriamente dito”), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza⁵⁶.

8.8. Pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma intervenção intensa somente é justificada se estiver fundamentada com base em razões relevantes⁵⁷. “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”⁵⁸, diz Alexy.

8.9. O Supremo Tribunal Federal tem sido criterioso na aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo o Min. Gilmar Mendes, apreciando a necessidade, ou não, de diplomas para o exercício da atividade de jornalista, “(...) paira uma imanente questão constitucional quanto à **razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas**, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões”⁵⁹.

8.10. O CONFEF deve respeito à autonomia individual, à dignidade da pessoa humana e ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito quando da expedição de suas resoluções com base no art. 5º, XIII, da Constituição.

⁵⁶ Para o Tribunal Constitucional Federal alemão, a máxima da proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 117.

⁵⁷ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 299.

⁵⁸ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 118.

⁵⁹ RE 511.961, Pleno, DJe 13/11/2009.

9. O princípio da legalidade como “bloco de legalidade”

9.1. No direito constitucional contemporâneo, a Suprema Corte reconhece tanto o instituto do bloco de constitucionalidade⁶⁰ como o do bloco de legalidade⁶¹. O primeiro abrange dispositivos materialmente constitucionais que não constam expressamente do texto da Constituição. O segundo – bloco de legalidade –, as normas materialmente legais, que não raramente se apresentam por instrumentos outros que não lei em sentido formal, mas que, mesmo assim, são capazes de disciplinar direitos e obrigações, desde que fundados diretamente em comandos constitucionais explícitos, assumindo mera função expletiva e declaratória.

9.2. A “constitucionalização do Direito Administrativo” vinculou o administrador público não apenas à lei formal, mas às normas, princípios e valores constitucionais. Esse conjunto de elementos vinculantes à Administração encontrou em Maurice Hauriou o termo “bloco legal” ou “bloco de legalidade”. García de Enterría já recomendava cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo⁶².

9.3. Vivendo numa sociedade complexa e tendo havido uma evolução do Estado Liberal para o Social, resta muito pouco do culto antigo à “legalidade formal”, uma vez que já não mais seria possível reger, por meio de leis em sentido estrito, toda a atividade estatal. Por isso, honrado o princípio da eficiência (art. 37, *caput*), o constitucionalismo contemporâneo impulsionado pela Constituição Federal de 1988 abriu certa margem de decisão e discricionariedade para o administrador.

⁶⁰ “O parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global”, disse Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Lisboa: Almedina, 1998, pp. 811/812.

⁶¹ Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/19443/18166>

⁶² *Curso de Derecho Administrativo*. 12a Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 441 e ss.

9.4. Dogmaticamente, o culto ao princípio da legalidade em sentido estrito teve fim com o advento da Emenda Constitucional 32/2001, que previu a possibilidade de extinção, mediante decreto, de funções e cargos públicos – criados por lei – quando vagos (art. 84, VI, b). Intensificou-se com a Emenda Constitucional 45/2004, que, no art. 103-B, § Aº, II atribui ao Conselho Nacional de Justiça competência para “zelar pela observância do art. 37”, podendo fazê-lo normativamente, por resoluções.

9.5. Essa superação foi notada. Luís Roberto Barroso fala da “necessidade de superação da ideia convencional da legalidade como vinculação positiva do administrador apenas à lei pelo princípio da constitucionalidade ou juridicidade”⁶³. Gustavo Binenbojm compreende que a Administração é vinculada a um bloco de legalidade, qual seja, o ordenamento jurídico como um todo sistêmico⁶⁴.

9.6. É o princípio da juridicidade que entra em cena sofisticando a legalidade estrita, fazendo com que entidades como o CONFEF atuem com fundamento não apenas na legislação ordinária, mas nas regras e princípios da Constituição Federal.

9.7. José Adércio Leite de Sampaio aponta a superação do “legicentrismo”, passando, o administrador, a se subordinar ao ordenamento jurídico como um todo, “no qual despontam, com importância capital, a Constituição e seus princípios”. Segundo o Jurista, “a exigência de lei formal para autorização da ação administrativa foi mitigada, admitindo-se hoje que a própria Constituição, pela força normativa que desfruta, possa fundamentar a atuação da Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei, mas antes a todo um ‘bloco de legalidade’, que incorpora princípios, objetivos e valores constitucionais, e a esta nova formulação tem-se atribuído o nome de princípio da juridicidade, ou da legalidade em sentido amplo”⁶⁵.

⁶³ *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. SP: Saraiva, 2010, p. 376.

⁶⁴ *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. RJ: Renovar, 2006.

⁶⁵ *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 377.

9.8. Exatamente por isso é que, quanto aos cuidados que o CONFEF deve ter com a saúde da coletividade alcançada por profissionais que façam as vezes, autorizados ou não, de educadores físicos, o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se na própria Constituição, autoriza o Conselho a expedir resoluções autônomas que deem concretude às restrições diretamente constitucionais à liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

9.9. Esse caráter autônomo, de ato primário⁶⁶, a que respondem as resoluções do CONFEF que meramente declarem, aos profissionais de educação física, regulares ou irregulares, as restrições à liberdade de trabalho, ofício ou profissão explicitamente previstas na Constituição, não é algo que surpreenda a dogmática constitucional muito menos a jurisprudência da Suprema Corte.

9.10. O STF, ao julgar a medida cautelar na ADC 12 (Min. Carlos Ayres Britto, Pleno, DJ 1/9/2006), esclareceu que a Resolução do CNJ que vedou o nepotismo no Poder Judiciário “retirava diretamente da Constituição o seu fundamento de validade, arrogando-se, portanto, a força de diploma normativo primário”. Cuidava-se, pois, de ato normativo revestido dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, o que permitia que fosse atacado diretamente na Suprema Corte, pelo controle objetivo de constitucionalidade.

9.11. O CONFEF, quando veicula resoluções no exercício das competências normativas constitucionalmente outorgadas, dando mera unicidade às restrições à liberdade de trabalho, ofício e profissão dispostas na Constituição, confere a tais resoluções um caráter genérico. É o caso do art. 225, § 1º, V, da Constituição, cujos

⁶⁶ Segundo o Min. Carlos Ayres Britto, na cautelar da ADC 12, “a vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico, sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse Ordenamento. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão-somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento com imediatidade”.

trechos dizem incumbir ao Poder Público “controlar a comercialização e o emprego de técnicas e métodos que comportem risco para a vida e à qualidade de vida”.

9.12. Também se revestem de impessoalidade. São elas impessoalmente dirigidas a todos aqueles que pratiquem ações diretamente vedadas pela Constituição entregues aos domínios do Conselho, apenas em tese ou de forma teórica.

9.13. São ainda abstratas, pois reveladas por meio de modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos. Contra elas é possível haver questionamentos de índole constitucional, sem a necessidade de cotejo frequente entre o âmbito normativo da Lei 9.696/1998 e o próprio conteúdo da resolução. Não se trata mais de potencial discussão acerca da abrangência do princípio da legalidade⁶⁷, mas da própria força normativa da Constituição vinculando, como não poderia deixar de ser, o Poder Público que, nesse particular, se manifesta por meio de autarquias federais corporativas singularmente ilustradas, neste parecer, pelo CONFEF.

9.14. Ademais, os efeitos dessas resoluções autônomas são limitados aos atos praticados por profissionais de educação física, autorizados ou não. Trata-se, na acepção do Min. Gilmar Mendes, de um ato administrativo de efeitos interorgânicos ou interadministrativos, que decorre da competência constitucionalmente conferida ao CONFEF para fiscalizar a profissão do educador físico. Não cria obrigações para particulares e, nesse sentido, não está submetido à reserva de lei. Não podem eles, todavia, esvaziar conteúdos como o da autonomia individual em questões eminentemente particulares nem macular o princípio da dignidade da pessoa humana. Igualmente, não podem essas resoluções descambarem para o descumprimento do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

⁶⁷ No julgamento da cautelar da ADC 12, o Min. Gilmar Mendes pontificou ser “explícito que se trata de um ato administrativo, emanado de órgão constitucional competente, e que busca seu fundamento de validade diretamente na Constituição. Não há, portanto, qualquer ofensa ao princípio da legalidade”.

9.15. A sua constitucionalidade decorre do fato de que elas meramente aplicam, no âmbito dos educadores físicos, restrições à liberdade de trabalho, ofício ou profissão diretamente determinadas pela Constituição, sendo dotadas, desse modo, de caráter declaratório – não constitutivo –, com função expletiva.

9.16. Segundo o Min. Britto, a Resolução do CNJ que vedava a prática do nepotismo no Judiciário tinha por função “debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado”. O Ministro anotou que “as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado”.

9.17. Referindo-se ao CNJ, mas num raciocínio aplicável ao CONFEF, o Min. Cezar Peluso anotou: “O Conselho tem, assim, poder jurídico de explicitar o alcance do princípio na matéria, em especial com a ideia já ressaltada, também, pelo eminente Ministro Relator, de não apenas remediar os danos causados pela prática em si, mas de prevenir os riscos de que esse dano venha a atualizar-se, o que pode ser feito apenas mediante a edição de ato com caráter normativo e de sentido geral”.

9.18. A conclusão é: o CONFEF dispõe de competências dispostas no arts. 21, XXIV (“Compete à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”), e 22, XVI (“Compete privativamente à União legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”), da Constituição. Segundo García de Enterría, “todo poder é conferido pela lei como instrumento para a obtenção de uma finalidade específica (pública), que está normalmente implícita”⁶⁸. Estando o CONFEF vinculado diretamente aos comandos constitucionais, e estando as normas respeitantes às questões essenciais

⁶⁸ *Curso de Derecho Administrativo*. 12a Ed. Madrid: Civitas; 2004, pp. 456-462.

pré-definidas pelo legislador na matéria, não há violação do princípio da legalidade.

9.19. Como há restrições diretamente constitucionais à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, pode o CONFEF inspecionar o trabalho dos profissionais que desempenhem atividades físicas e do desporto por meio de atos normativos próprios, cujo fundamento de validade não reside na Lei 9.696/1998, mas na Constituição, que determina que incumbe ao Poder Público “controlar a comercialização e o emprego de técnicas e métodos que comportem risco para a vida e à qualidade de vida” (art. 225, § 1º, V). São as resoluções autônomas, das quais falaremos a seguir.

10. Resoluções autônomas do CONFEF

10.1. Esta consulta trata da possibilidade de o CONFEF promover restrições à liberdade de trabalho, ofício ou profissão por meio de suas resoluções. É de grande valia recorrer às lições de Robert Alexy, para quem as restrições a direitos fundamentais tanto podem vir de normas de hierarquia constitucional (restrições diretamente constitucionais) como infraconstitucionais (restrições indiretamente constitucionais) autorizadas por normas constitucionais⁶⁹.

10.2. Tem o CONFEF competências executivas e normativas conferidas pelos arts. 21, XXIV (“Compete à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”), e 22, XVI (“Compete privativamente à União legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”).

10.3. Acontece que a Constituição faz restrições à liberdade de trabalho, ofício ou profissão em nome da segurança coletiva. Assim, legislação ordinária ulterior pode estabelecer critérios outros que não os explícitos na Constituição. Resoluções do CONFEF, quando retirarem seu fundamento de validade do texto

⁶⁹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 286.

constitucional, poderão dar concretude às restrições diretamente constitucionais⁷⁰. Isso ocorreria se o CONFEF expedisse resoluções aos profissionais de educação física, que exercem a profissão legal ou ilegalmente, visando, enquanto “Poder Público”, “controlar a comercialização e o emprego de técnicas e métodos que comportem risco para a vida e à qualidade de vida” (art. 225, § 1º, V).

10.4. O art. 5º, XIII, traz um espaço endereçado à atuação do legislador ordinário no tocante a restrições indiretamente constitucionais. É um dispositivo cuja parte final estabelece o que Alexy chama de cláusula de reserva fundamentadora de competência para estabelecer restrições à liberdade. Essa parte final diz: “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Segundo Robert Alexy, “na medida em que as normas a que se faz referência estão à disposição do legislador ordinário – que as pode, portanto, manter, eliminar ou alterar –, devem elas ser classificadas como restrições indiretamente constitucionais”⁷¹.

10.5. Quanto ao tão citado art. 5º, XIII, a restrição à liberdade de trabalho, ofício ou profissão há de se dar por lei formal. É uma “posição constitucional formal”, algo que, segundo Alexy, corresponde ao direito – que o Tribunal Constitucional Federal alemão atribui ao art. 12, §1º, da Constituição – a que o poder regulamentar não discipline o exercício profissional sem que haja uma autorização legal suficiente⁷².

10.6. Todavia, no tocante às restrições diretamente constitucionais, pode o CONFEF, no exercício legítimo de suas competências constitucionais, incluindo nessas a sua inerente competência normativa, conferir um caráter expletivo às restrições à liberdade de trabalho, ofício ou profissão que decorram diretamente da

⁷⁰ Segundo Robert Alexy, “Direitos de terceiros são restrições diretamente constitucionais apenas na medida em que forem direitos de hierarquia constitucional. Direitos que não têm hierarquia constitucional – cuja existência, portanto, depende de decisões do legislador ordinário, que os pode criar, manter ou eliminar – não são restrições diretamente constitucionais”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 288.

⁷¹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 289.

⁷² *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 291.

Constituição Federal, devendo, para tal, fazê-lo por meio de resoluções gerais, abstratas e impessoais, destinadas apenas ao grupo de profissionais sobre o qual o CONFEF tem competência, que inclui, por óbvio, aqueles que exercem ilegalmente a profissão de educador físico colocando em risco a segurança da coletividade.

11. O indisputável espaço reservado ao desporto

11.1. Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015, o art. 24, IX, da Constituição passou a dispor da seguinte redação: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”.

11.2. O esporte é de tal modo relevante, que o Título VIII, “Da Ordem Social”, traz o Capítulo III, “Da Educação, da Cultura e do Desporto” e a Seção III, “Do Desporto”. O *caput* do art. 217 dispõe ser “dever do Estado” fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um⁷³.

11.3. Até mesmo no rol dos direitos fundamentais a Constituição recordou as atividades desportivas. Segundo o art. 5º, XXVIII, “a”, são assegurados, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, “inclusive nas atividades desportivas”.

11.4. Em harmonia com a Constituição, e com o destaque ao desporto, a Lei 9.696/1998 dispõe, no art. 3º, que “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

⁷³ Observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional. § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. § 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

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’”.

11.5. É indisputável que a harmonia entre a Constituição Federal e a Lei 9.696/1998, quanto ao desporto, entrega ao CONFEF um domínio amplo de competências sobre as práticas formalmente reputadas como esporte. Tendo o Poder Legislativo conferido a elevada qualificação de esporte a uma dada atividade, é indene de dúvidas de que cabe ao CONFEF, em proveito da coletividade, exercer sem assombro suas competências de autarquia federal a respeito da matéria, consoante a combinação da Constituição Federal com o art. 3º da Lei 9.696/1998.

11.6. Essa relação entre esporte e educação física não é estranha. Em 1937, pela Lei nº 378, foi criada a Divisão de Educação Física do Ministério da Educação e Cultura (DEF), transformada em Departamento de Educação Física e Desportos em 1970, vinculada ao Ministério da Educação e Cultura. Em 1978, esse departamento foi transformado em Secretaria de Educação Física e Desporto, ligado ao Ministério da Educação. O então presidente Fernando Collor, em 1990, criou a Secretaria de Desportos da Presidência da República. Com o impeachment, o esporte voltou a ser vinculado ao Ministério da Educação. Em 1995, foi, então, criado o Ministério do Esporte. Educação física e esporte caminharam juntos na institucionalidade do Poder Executivo da União Federal.

11.7. Da combinação da Constituição com o art. 3º da Lei 9.696/1998 conclui-se que o CONFEF tem competência direta em matéria do “desporto”.

12. Respostas aos quesitos

É a Lei 9.696/1998 constitucional?

12.1. Sim. Não há qualquer violação material da Constituição Federal, devendo potenciais questionamentos serem analisados à luz da aplicação da lei à espécie, de onde poderá vir violações caso se expeça resoluções cujo conteúdo viole a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana ou o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Teria o art. 3º da Lei 9.696/1998 um parâmetro a partir do qual deveria ser interpretado para preservar preceitos constitucionais fundamentais?

12.2. A opção legislativa de entregar à autarquia um comando abrangente integra a “constitucionalização do Direito Administrativo” que, quando atrelado à força normativa da Constituição, passa a compreender as autarquias como agentes relevantes integrantes de um Estado Social que precisa, em nome da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), ter margem de discricionariedade para atuar em favor da coletividade. Daí a redação abrangente do dispositivo ser constitucional.

Tem o CONFEF competências para com os profissionais de educação física extraídas da própria Constituição Federal?

12.3. A liberdade de trabalho, ofício e profissão tem limitações indiretamente constitucionais, mas também diretamente constitucionais. Comandos como o art. 225, § 1º, V, reclamam imediata concretização, sendo alcançados pelo dever de fiscalização do CONFEF, que, para dar-lhe explicitude, num caráter meramente declaratório, não precisa ter por fundamento de validade a Lei 9.696/1998, mas a Constituição. Razão pela qual é possível expedir resoluções autônomas impedindo

que profissionais de educação física coloquem a saúde coletiva em risco, e que profissionais não habilitados também o façam, ao praticarem ilegalmente atividades físicas e do desporto dentro das competências do art. 3º da Lei 9.696/1998.

Tendo a competência indagada acima, seriam suas resoluções instrumentos normativos idôneos a concretizarem, aos profissionais que exercem atividade de educação física, as limitações à liberdade de trabalho, ofício e profissão que decorram diretamente da Constituição Federal?

12.4. Sim. O CONFEF pode detalhar as competências dos profissionais de educação física se valendo do art. 3º da Lei 9.696/1998. Pode também impedir que profissionais não habilitados junto ao Conselho desempenhem irregularmente atividades físicas e do desporto colocando em risco à segurança coletiva.

13. FECHO

13.1. Este o meu parecer jurídico, data vênua de entendimento contrário.

Brasília, 22 de março de 2018.



Saul Tourinho Leal

OAB/DF nº 22.941

Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Ganhador da bolsa *Vice-Chancellor Fellowship* para pós-doutoramento na Universidade de Pretória. Foi *clerk* na Corte Constitucional sul-africana, tendo presidido o Comitê para Relações com a África do Sul do Conselho Federal da OAB, que lhe outorgou o *Troféu de Mérito da Advocacia Raymundo Faoro*.