REFLEXÕES E INOVAÇÕES JURÍDICAS

Volume II



EDITORA NORAT

JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ

Organizador

Ana Letícia Buche; Ana Paula Gouveia Leite Fernandes; Andressa Ferreira de Campos Moleiro; Bruno Magera Conceição; Camila Santiago Campello Costa; Clara Heinzmann; Cleverson Aldrin Marques; Denner Pereira da Silva; Dostoievsky Ernesto de Melo Andrade; Enio Walcacer de Oliviera Filho; Euzélio Heleno de Almeida; Gabrielli Vitória Ribeiro; João Paulo Capelotti; José Rodrigues da Silva Filho; Juliana Fioreze; Lincon Coelho de Souza; Norton André Scarabotto; Patricia Cleonice Becker; Paula Piccinin Paz Engelmann; Raphael Felipe da Silva Santos; Ricardo Nascimento Fernandes; Rodrigo Roger Saldanha; Ruan Patrick Teixeira da Costa; Tatiane da Fontoura; Túlio Macedo Rosa e Silva; Valter Freitas.

Autores

JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ
Organizador

Ana Letícia Buche; Ana Paula Gouveia Leite Fernandes; Andressa Ferreira de Campos Moleiro; Bruno Magera Conceição; Camila Santiago Campello Costa; Clara Heinzmann; Cleverson Aldrin Marques; Denner Pereira da Silva; Dostoievsky Ernesto de Melo Andrade; Enio Walcacer de Oliviera Filho; Euzélio Heleno de Almeida; Gabrielli Vitória Ribeiro; João Paulo Capelotti; José Rodrigues da Silva Filho; Juliana Fioreze; Lincon Coelho de Souza; Norton André Scarabotto; Patricia Cleonice Becker; Paula Piccinin Paz Engelmann; Raphael Felipe da Silva Santos; Ricardo Nascimento Fernandes; Rodrigo Roger Saldanha; Ruan Patrick Teixeira da Costa; Tatiane da Fontoura; Túlio Macedo Rosa e Silva; Valter Freitas.
Autores

REFLEXÕES E INOVAÇÕES JURÍDICAS

Volume II

EDITORA NORAT
João Pessoa
2023

ISBN 978-65-86183-52-8
© 2023 Direitos autorais resguardados aos autores de cada artigo.
© 2023 Direitos de edição reservados à Editora Norat
Cada artigo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores, incluindo os ideários, conceitos, apreciações, julgamentos, opiniões e considerações lançados nos textos dos artigos.
Publicação: 22 de dezembro de 2023
Diretor editorial: Markus Samuel Leite Norat
Conselho Científico e Editorial: Disponível no site da editora.

Dados de Catalogação na Publicação

Reflexões e inovações jurídicas: volume II / Julian Nogueira de Queiroz (Organizador). -João Pessoa: Editora Norat, 2023.
555 p.
Bibliografia.
ISBN 978-65-86183-52-8

1. Ciências Jurídicas
2. Direito
I. Título.

CDU-340

Índices para catálogo sistemático:
1. Ciências Jurídicas 340
2. Direito 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. É proibida a cópia total ou parcial desta obra, por qualquer forma ou qualquer meio. A violação dos direitos autorais é crime tipificado na Lei n. 9.610/98 e artigo 184 do Código Penal.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

EDITORA NORAT
Editora Norat - CNPJ 34.158.837/0001-85
www.editoranorat.com.br

Organizador:

JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ

Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, UFPB. Professor no Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, UFPB. Professor visitante nos cursos de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ e da Escola Superior da Advocacia ESA/PB. Autor de obras jurídicas e advogado.

Autores:

Ana Letícia Buche;
Ana Paula Gouveia Leite Fernandes;
Andressa Ferreira de Campos Moleiro;
Bruno Magera Conceição;
Camila Santiago Campello Costa;
Clara Heinzmann;
Cleverson Aldrin Marques;
Denner Pereira da Silva;
Dostoievsky Ernesto de Melo Andrade;
Enio Walcacer de Oliviera Filho;
Euzélio Heleno de Almeida;
Gabrielli Vitória Ribeiro;
João Paulo Capelotti;
José Rodrigues da Silva Filho;
Juliana Fioreze;
Lincon Coelho de Souza;
Norton André Scarabotto;
Patricia Cleonice Becker;
Paula Piccinin Paz Engelmann;
Raphael Felipe da Silva Santos;
Ricardo Nascimento Fernandes;
Rodrigo Roger Saldanha;
Ruan Patrick Teixeira da Costa;
Tatiane da Fontoura;
Túlio Macedo Rosa e Silva;
Valter Freitas.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 011
A LIBERDADE DE ENSINO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INSCRIÇÃO DE PROFESSORES NOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAIS COMO REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO
Denner Pereira da Silva; Lincon Coelho de Souza

CAPÍTULO 2 065
ADMISSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CARREIRA POLICIAL MILITAR
Ricardo Nascimento Fernandes; Ana Paula Gouveia Leite Fernandes

CAPÍTULO 3 104
AS RECENTES DECISÕES DO STF FACE AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESGOTAMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO
Raphael Felipe da Silva Santos

CAPÍTULO 4 142
CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR COMO ALTERNATIVA DE PRÁTICA RESTAURATIVA DE RESSOCIALIZAÇÃO DE MENORES INFRATORES
Patricia Cleonice Becker; Cleverson Aldrin Marques; Clara Heinzmann

CAPÍTULO 5 184
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O CASO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO BRASIL: OUTRA PERSPECTIVA
Túlio Macedo Rosa e Silva; Ruan Patrick Teixeira da Costa

CAPÍTULO 6 218
DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INFLUÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO
Dostoievsky Ernesto de Melo Andrade

CAPÍTULO 7 283
ILEGALIDADE DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR POR VÍCIO DE RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE
Andressa Ferreira de Campos Moleiro; Camila Santiago Campello Costa

CAPÍTULO 8 317
LOCAL DE CRIME: DA PRESERVAÇÃO À CUSTÓDIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO CRIMINAL
José Rodrigues da Silva Filho; Enio Walcacer de Oliviera Filho

CAPÍTULO 9 349
O PAPEL DO JURADO NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO
Bruno Magera Conceição

CAPÍTULO 10 394
O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CASOS DE (OVER)SHARENTING: O PAPEL PREVENTIVO DA REDE DE PROTEÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO
João Paulo Capelotti; Norton André Scarabotto

CAPÍTULO 11 425
O RECONHECIMENTO DO STEALTHING COMO VIOLÊNCIA CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
Ana Letícia Buche; Juliana Fioreze

CAPÍTULO 12 456
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO MIGRANTE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL SOBRE O DIREITO MIGRATÓRIO
Gabrielli Vitória Ribeiro; Valter Freitas; Rodrigo Roger Saldanha

CAPÍTULO 13 494
TUTELA DE EVIDÊNCIA E O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO
Euzélio Heleno de Almeida

CAPÍTULO 14 536
UMA ANÁLISE DA LEI Nº. 5.764/71 DENTRO DA COOPERATIVA
Tatiane da Fontoura; Paula Piccinin Paz Engelmann

A LIBERDADE DE ENSINO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INSCRIÇÃO DE PROFESSORES NOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAIS COMO REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO

ACADEMIC FREEDOM AND THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF TEACHERS' ENROLLMENT IN PROFESSIONAL REGULATORY BOARDS AS A REQUIREMENT FOR TEACHING PRACTICE

Denner Pereira da Silva[1]
Lincon Coelho de Souza[2]

RESUMO: Tendo em vista a ausência de um órgão de fiscalização descentralizado próprio ao magistério e as inconstantes regulações e decisões sobre o assunto, o presente trabalho estuda a (in)constitucionalidade da obrigatoriedade de inscrição de educador em órgão de

[1] Mestre em Direito e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário UNIVEL. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional "Virada de Copérnico" do PPGD da UFPR. Professor dos cursos de graduação em Direito da PUCPR e da UNIVEL. Advogado. E-mail: denner.pereiraa@hotmail.com
[2] Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UNIVEL. Bolsista PIBIC em iniciação científica pelo Grupo de Estudos "Criminologia Crítica e Ciências Criminais" do Centro Universitário UNIVEL. Participante do Grupo de Pesquisa "A Reputação no Direito" do PPGD do Centro Universitário UNIVEL. Estagiário na Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. E-mail: linconcoelhodesouza@gmail.com

fiscalização profissional como requisito para a atuação no magistério. Para tanto será realizado um estudo descritivo que se utiliza de uma abordagem dedutiva por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Inicialmente, construiu-se um referencial teórico sobre os conselhos de fiscalização profissional, liberdade de ensino, análise da legislação e jurisprudência brasileira e do contexto português, bem como buscou-se compreender a interpretação constitucional envolvida e, ao final, realizou-se a análise de jurisprudência consolidada no STJ, sendo esses os objetivos específicos do trabalho. Por fim, diante da incompatibilidade da aplicação de sanções administrativas em um contexto de liberdade de ensinar, conclui-se que a obrigatoriedade do requisito supracitado, para atuação no magistério, tende a ser inconstitucional, inobstante a necessidade de se manter a fiscalização centrada em órgãos da administração direta.
PALAVRAS-CHAVES: Conselhos de Fiscalização Profissionais; Magistério; Competência; Constitucionalidade.

ABSTRACT: Given the absence of a decentralized oversight body specifically for the teaching profession and the inconsistent regulations and decisions on the matter, this study examines the (un)constitutionality of the requirement for educators to register with a professional oversight body as a prerequisite for teaching. To achieve this, a descriptive study will be conducted using a deductive approach through bibliographic and documentary research. Initially, a

theoretical framework was developed on professional oversight boards, academic freedom, analysis of Brazilian legislation and jurisprudence, and the Portuguese context. The study also sought to understand the constitutional interpretation involved. Finally, an analysis of consolidated jurisprudence in the Superior Court of Justice (STJ) was conducted, outlining the specific objectives of the work. In conclusion, considering the incompatibility of applying administrative sanctions in a context of academic freedom, it is argued that the requirement mentioned above for teaching tends to be unconstitutional, despite the need to maintain oversight within entities of the direct administration.
KEYWORDS: Professional Supervisory Boards; Magisterium; Competence; Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A inscrição em órgãos de classe como requisito para o desempenho do magistério é assunto controverso no Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela obrigatoriedade da inscrição de educadores físicos no Recurso Especial nº 1.907.914/RS (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2022) e negou, porém, a possibilidade de licenciado em biologia se inscrever no respectivo órgão de classe pelo Recurso Especial nº 1.540.696/PE (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015).

Considerando que não há no Brasil um órgão de fiscalização profissional próprio à docência, o presente trabalho busca responder à seguinte pergunta: é

constitucional a inscrição compulsória do professor nos órgãos de fiscalização profissional inerentes ao curso ou matéria que leciona como requisito para o exercício do magistério?

O presente estudo se justifica pela necessidade de se estabelecer segurança jurídica para os profissionais e instituições de ensino abrangidos por essa situação, sem prejuízo do interesse dos entes federados, maiores prestadores de serviços educacionais por meio da rede pública de ensino.

Para o desenvolvimento do artigo buscou-se atingir os seguintes objetivos: definir a natureza jurídica e o alcance do poder de polícia dos Órgãos de Fiscalização Profissionais; compreender a essência e as limitações da liberdade constitucional de ensino; analisar a doutrina, a jurisprudência temática e as especificidades da interpretação constitucional, bem como traçar um breve panorama de direito comparado com Portugal.

O presente trabalho foi estruturado em cinco capítulos. O primeiro capítulo abordou os Órgãos de Fiscalização Profissional, tratando de sua natureza jurídica, função social, poder de polícia e capacidade de tributar. Em seguida, estudou-se sobre a liberdade de ensinar no âmbito do magistério, história, evolução e seu alcance. O terceiro capítulo teve por escopo a investigação a respeito da doutrina e jurisprudência, além de traçar um panorama do direito estrangeiro. O quarto capítulo buscou abordar temas de interpretação constitucional pertinentes à resolução do problema de pesquisa. Por último, o quinto capítulo foi

destinado à análise detalhada da formação da jurisprudência relativa ao professor de educação física no magistério.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem descritiva, por meio do método dedutivo. Os instrumentos utilizados no desenvolvimento deste trabalho caracterizam-se pela pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos, além da pesquisa documental com análise de leis e jurisprudência.

A conclusão alcançada é de que a liberdade de ensinar tende a ser incompatível com a fiscalização de Conselhos de Fiscalização Profissionais. Isso porque tal liberdade estabelecida pela Constituição de 1988 representa uma ampliação da liberdade de cátedra para além da universidade e assegura ao professor a inexistência de interferência administrativa em suas atividades, desde que essas atividades não violem outros princípios e regras constitucionais. Também, pode-se considerar a ausência da descentralização da atividade fiscalizadora do ensino, a qual continua sendo efetuada pela administração direta.

2 OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E SEU PAPEL SOCIAL

Com o passar dos anos e a constante evolução social, as profissões passam por um processo cada vez mais intenso de especialização funcional. Uma carga maior de habilidades e saberes se torna mais necessária a cada momento para o exercício de uma função. Dessa forma, torna-se necessário regulamentar o setor econômico visando à proteção social. Neste cenário, surgem os Conselhos de

Fiscalização Profissional (CFP), que serão objeto de estudo neste capítulo.

Profissão é palavra de origem latina cujo sentido se expressa em *profesione*, que significa professar. Associa-se a uma espécie de confissão pública de crenças, sentimentos e modo de ser, conferindo uma ideia de ocupação ou atividade. A ideia advém de um juramento que se faz nos rituais de nascimento. Assim, a profissão seria um compromisso vitalício em relação à comunidade no aspecto produtivo (KROEF *et al*, 2017).

Conforme Lima (2005), no antigo regime, o feudal, existiam duas modalidades de trabalho: o trabalho regulado e o trabalho forçado, justificando-se na natureza do sistema. Faltava a circulação do trabalho, liberdade de contratação e, como consequência, a formação de um mercado de trabalho. Essa característica paralisava a mão de obra, não permitindo nenhum processo de produção em massa ou de acumulação material. A concepção de liberdade, inclusive para o trabalho, emergiu somente a partir do século XVIII.

2.1 A ORDEM ECONÔMICA E A LIBERDADE DE TRABALHO NO ÂMBITO DA REGULAÇÃO

De acordo com Mello (2015), atualmente, a ordem econômica é regida pelo princípio da livre iniciativa e livre concorrência, ambas fundamentadas na valorização do trabalho humano. Face a tal liberdade, faz-se necessário

estabelecer regulamentações mínimas. Para isso, criam-se os Conselhos de Fiscalização Profissional (CFP). O trabalho, ademais, é elevado em nível de fundamento da república no primeiro artigo[3] da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ainda de acordo com o autor, o direito administrativo de cada país se dá pelo Direito Constitucional vigente. Ele destaca que há uma forte preocupação constitucional com os bens tutelados na ordem econômica e social. Além disso, reforça a ideia de que a Constituição Federal se apresenta como uma antítese ao neoliberalismo, muito embora proteja a ordem econômica privada (MELLO, 2015).

Mas, em relação ao exercício do emprego, a liberdade profissional é a regra no ordenamento jurídico e a restrição é exceção, conforme disposto no artigo 5º, inciso XIII[4] da Constituição Federal de 1988. No entanto, há a necessidade de determinar quais qualificações podem ser exigidas, quem controlará tais qualificações, como serão demonstradas e quais justificativas serão utilizadas para tais controles (SILVA, 2021).

Segundo Barroso (2021, p. 509) os "limites externos a direitos fundamentais podem ser estabelecidos pela própria constituição, bem como, também, por via legislativa, judicial ou administrativa". Por sua vez, as restrições à liberdade

---

[3] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

[4] [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

profissional decorrem de uma norma constitucional de eficácia contida, conforme a classificação de Silva (2003), e, portanto, estão sujeitas a limitações estabelecidas pela lei.

Existem também "limitações para as limitações de direitos". Estas limitações podem ser resumidas em três princípios. O primeiro é a ponderação, técnica na qual os bens jurídicos serão colocados lado a lado e ponderados para que ambos existam concomitantemente (BARROSO, 2021).

O segundo é a razoabilidade e proporcionalidade que são importantes condicionadoras da limitação aos direitos, na qual se analisará o conceito material da justiça no caso concreto, a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida, sendo vedado o excesso. O último está relacionado ao núcleo essencial do direito, um conceito que identifica os elementos da norma que não podem ser suprimidos sem que se perca sua essência (BARROSO, 2021).

Mello (2015) adiciona que a intervenção estatal no domínio econômico, de maneira direta, por meio de regulamentação ou fiscalização, deverá ser calcada na concretização dos bens sociais constitucionalmente previstos, ressaltando a importância de o direito administrativo ir de encontro com a Constituição Federal.

Amaral Júnior (2008) informa que o direito ao trabalho, do ponto de vista constitucional, se apresenta em duas faces: o direito negativo (individual) do trabalho, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e o direito positivo (social) do trabalho, previsto no art. 6º da

Constituição Federal de 1988. Ou seja, também decorrem das limitações ao direito do trabalho individual de proteção ao trabalhador e à sociedade.

2.2 OS PODERES DAS AUTARQUIAS PROFISSIONAIS E A DEFINIÇÃO DA SUA NATUREZA JURÍDICA

Sobre a regulamentação da atividade profissional e os CFP, cabe uma retrospectiva constitucional do assunto. A Constituição Federal de 1937 previa a possibilidade de autorização para se delegar as funções típicas de Estado para associações privadas, as quais fiscalizavam o exercício das profissões. Ressalta-se que tal constituição foi inspirada no fascismo italiano. Não obstante, as CF de 1946, 1967 e 1969 também mantiveram essa possibilidade (FERNANDES, 2012).

Segundo Fernandes (2012) a CRFB/88 não renovou a possibilidade de delegação vigente desde 1937. Não abordou o tema, fazendo com que seja regulado por legislação infraconstitucional, culminando no art. 58 da Lei nº 9.649 de 1998[5], o qual autorizou novamente a delegação da fiscalização profissional a entidades privadas, retornando ao marco de 1937. Porém, julgou o Supremo Tribunal Federal inconstitucional o referido artigo na ADI nº 1.717, impedindo a delegação de tais atividades típicas de Estado à

[5] Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

entes privados no ordenamento jurídico vigente (BRASIL, 2002).

De acordo com Di Pietro (2022), os CFP, por desempenharem função típica de Estado, se enquadram no conceito do "serviço estatal descentralizado". Ainda segundo Di Pietro (2022), a descentralização é o repasse de competências de prestação de atividades e serviços da administração direta para outra pessoa jurídica de direito público, as autarquias, quando versar de atividade indelegável à entidade privada. Estas, por sua vez, passam a ser portadoras de direitos e deveres perante a administração direta, não havendo subordinação.

A natureza destes entes de fiscalização profissional foi ressaltada pelo STJ no REsp nº 953.127/SP, que afirmou que os conselhos detinham, de fato, o poder de polícia, e ainda os ampliou na decisão dentro da seara da fiscalização e da sanção (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011a). O poder de polícia, por sua vez, é indelegável. Carvalho Filho (2020) ressalta que se trata de uma prerrogativa que a administração detém para regulamentar ou condicionar o exercício de algum direito com o objetivo de se alcançar o Interesse Público.

Para Gordillo (2003), a limitação das atividades individuais não deve ser fundamentada tão somente no exercício do poder de polícia. Deve ocorrer conforme os dispositivos legais. Importante observar que esse conceito decorre da evolução do Estado de Polícia para o Estado de Direito.

2.3 A CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA E A FINALIDADE SOCIAL

Meirelles (2016) classifica a autarquia como uma personificação de um serviço que foi retirado da administração central. Deve, então, ser somente distribuída a competência a uma autarquia o serviço público típico, o que é o caso dos órgãos de fiscalização profissionais. Goza a autarquia de personalidade jurídica própria, vez que foi desmembrada do Estado e com ele não se confunde.

Também se classificam como autarquias de regime especial. São assim chamadas, pois a lei escolhe, em razão de sua finalidade, aumentar a autonomia em comparação às autarquias comuns. Os CFP se enquadram nessa classificação (MELLO, 2015).

Justen Filho (2014) induz que atribuir a estes entes a denominação de autarquia pode gerar relevantes problemas jurídicos. Isso porque os integrantes do órgão são escolhidos pelos próprios integrantes da classe regulada por ele. Afirma, concluindo, que é por isso que não se pode inferir fazer parte da administração estatal.

Já Meirelles (2016) classifica tal ente como inserido no grupo dos "entes de cooperação", visto ser ente *sui generis* do direito administrativo. As afirmações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza são, em essência, contraditórias: exercem poder de polícia, atividade privativa de império, entretanto o quadro dirigente não advém do

Estado, desvirtuando, de certa forma, o enquadramento como autarquia pura.

Cabe falar sobre a competência relativa à iniciativa da lei instituidora dos CFP. De acordo com Fernandes (2012), a jurisprudência sobre a iniciativa do projeto de lei é pacífica: é o Presidente da República quem deve propor. Ressalta-se, também, que o Constituinte Originário atribuiu à União a capacidade de regular os requisitos de profissões e trabalhos no art. 22, inciso XVI da CRFB/88[6].

De acordo com Finger (2014) a finalidade primeira dos CFP é o controle ético e científico do exercício profissional da classe a que pertence. Assim, é necessário observar a valorização da coletividade na atividade de fiscalização:

> A finalidade de vincular o exercício da profissão à inscrição ou ao registro no conselho profissional correspondente é sempre a proteção da coletividade, porquanto, como dito, é pela inscrição que se aferem as condições e a habilitação para o exercício da profissão e se sujeita o inscrito à fiscalização técnica e ética, dentro dos padrões da regulamentação da profissão firmados para a proteção daqueles valores supremos já referidos, ligados ao seu exercício (GAMBA, 2001, p.152).

[6] Art. 22 [...], inciso XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.

Para cumprir com a finalidade a qual foram instituídos, desempenham as seguintes funções: regulamentam e fiscalizam a ética profissional; julgam infrações, exercem atividade judicante; aplicam de sanções; impedem o exercício da profissão por leigos; representam a categoria profissional, por meio de substituição processual e, por último, manifestam-se tecnicamente sobre deliberações de governo quando solicitados (TRINDADE *et al*, 2021).

Justen Filho (2014) explica que a proteção social será feita pela administração pública pela função administrativa ordenadora ou conformadora. Tal função tem fundamento na proteção dos direitos fundamentais em eficácia horizontal, ou seja, entre os próprios particulares. Não obstante, traduz-se na forma do poder de polícia enquanto atuação ativa do Estado, enquadrando-se perfeitamente na definição dos CFP.

Não obstante às sanções que poderá impor à particulares sob sua competência, para alcançar a finalidade de criação e custeio dos serviços há cobrança de anuidades (FERNANDES, 2012). Tais anuidades, julgou o STJ pela natureza jurídica de tributos em dois recursos especiais: REsp nº 928.272/PR (BRASIL, 2009) e REsp nº 1.235.676/SC (BRASIL, 2011).

Vê-se que os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias *sui generis*, detentoras de poder de polícia exercendo a função administrativa ordenadora. Para isso, se valem da fiscalização e sanção de particulares dentro da classe de atuação. São também capazes de gerar obrigações tributárias à particulares. Tudo isso em busca do alcance do

interesse social configurado na regulação das profissões liberais.

3 A LIBERDADE DE ENSINAR NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

O presente tópico se dedica a pesquisar sobre a liberdade de ensinar. Inicialmente se analisará seu alcance dentro do magistério pátrio. Em seguida, se verificará a sua evolução nas constituições brasileiras. Assim o fazendo, correlacionar-se-á ela a outros princípios expostos na constituição para assim melhor clarear a sua essência e desvendar a legitimidade da obrigatoriedade dos professores se registrarem em conselhos de fiscalização profissional.

Cabe dizer que a educação é consagrada como direito fundamental na Constituição Federal. Está inclusa no rol dos direitos sociais, explícita no artigo 6º, e regulada no título da ordem social, do artigo 205 ao 214 da CRFB/88 (BRASIL, 1988)[7]. Se preocupa, com a Constituição Federal, em regular a educação pátria por meio de nove artigos. Assim, se faz necessário observar o disposto e, aliado à legislação infraconstitucional, estabelecer um panorama geral de tal direito.

[7] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

3.1 O ENSINO COMO DIREITO SOCIAL E DE INCLUSÃO

Barroso (2020) ministra que a evolução da consciência social das sociedades ocidentais gerou a incorporação de políticas estatais que tem como compromisso a melhoria da vida social. Aumenta-se, por consequência, a influência do Estado na economia e há o compromisso de se prestar determinados bens ou serviços. De acordo com Silva (2021), o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo art. 3º da CRFB/1988, de forma mais duradoura e justa vem pela oferta da educação pelo Estado.

Conforme disposto no artigo 205 da Lei Maior[8], a educação terá três objetivos. O pleno desenvolvimento da pessoa é o primeiro elencado. Preparo para exercer a cidadania aparece em seguida. E por fim, a qualificação do educado para o trabalho. Não se pode ignorar a ordem dos princípios, visto que a topografia das palavras também é técnica de interpretação constitucional (BRASIL, 1988).

Segundo Freire (2000), a educação não é uma força imbatível usada como instrumento de transformação social, também não se trata de instrumento de repercussão do *status quo*. Salienta o autor que ela não é neutra, embora não seja a solução para a sociedade e nem reprodutora da ideologia dominante. A tarefa da educação, para ele, é a demonstração de que mudar é possível.

---

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

Ainda de acordo com Freire (1968), a educação tem papel fundamental quando se trata da mentalidade de classes de uma população. Segundo o autor, quando a classe oprimida, em algum momento existencial, passa a admirar a classe opressora, há a falha educacional.

Rodrigues e Marroco (2014) classificam a educação como instrumento republicano de inclusão social. A Constituição Federal não atribui à educação um fim em si mesmo, terá a finalidade constatada quando cumprido os objetivos que se predispõe a realizar, conforme acima destacados. Fica a educação, portanto, constitucionalmente elevada a um direito universal e fundamental, assegurado a todos os brasileiros.

Laval (2019), inclusive, crítica a crescente consideração da educação como mercadoria. Para este autor, atualmente a "democratização" do ensino perpetua algumas das desigualdades que a educação visa acabar. Isso porque, a tendência atual utiliza-se do conhecimento como um fator de produção, então, toda a cultura educacional passa a girar em torno do dinheiro e lucro. Cita Nietzsche ao dizer que, na lógica atual, a educação "deve ser rápida, econômica, custar pouco esforço e proporcionar muito dinheiro" (NIETZSCHE *apud* LAVAL, 2019, p. 48). Passa a escola por uma ressignificação da qual não é própria: a lógica do capital.

Em resumo, é a educação um fato-social que ocupa o centro das gerações, para o bem ou mal. Maior perigo para ela, portanto, é a lógica de que a única serventia será a realização profissional do educador, atribuindo-a mero valor econômico (LAVAL, 2019). O utilitarismo funcional não há

de ter espaço na educação da forma como proposta em sede constitucional, visto ser o objetivo primeiro o desenvolvimento do ser humano.

3.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO E A SUA FACE DE DIREITO INDIVIDUAL NEGATIVO

Além dos objetivos sociais que tem a cumprir, a educação também tem seu conteúdo político. Tanto é verdade que os princípios que a regem são a liberdade de ensinar e aprender, bem como a pluralidade de ideias, dentre outros. Ambos garantidos constitucionalmente, revelando assim uma natureza própria e estritamente política na educação nacional (ROHLING e VALLE, 2021).

A liberdade de ensinar está disposta no art. 206 da CRFB/88 com a seguinte redação: "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (BRASIL, 1988). Também disposto no mesmo artigo, a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (BRASIL, 1988).

A liberdade de ensinar, também chamada de liberdade de cátedra, apareceu em texto constitucional pela primeira vez em 1937, no artigo 155. Após, a CF de 1946 também a consagra no artigo 168, inciso VII. Foi também constitucionalizado em 1967. Embora o texto constitucional atual não traga as palavras liberdade de cátedra expressamente, como visto ele é constitucionalizado no artigo 206 (RODRIGUES, MARROCO, 2014).

De acordo com Moraes (2003), a liberdade de cátedra assegura ao professor a liberdade de atuar no ensino, na divulgação do pensamento científico, no ensino e na arte do saber, sem ficar submetido a qualquer fiscalização administrativa. A exceção é a submissão ao currículo escolar que será emitido pelo órgão competente.

O princípio da liberdade de ensinar é direcionado à escola, ao professor e ao aluno. Dentro de tal princípio estão inseridas ideias de liberdades de pensamento, liberdade de expressão e liberdade de manifestação, ou seja, liberdades negativas de primeira geração. Também se vincula ao princípio da legalidade e por ele é garantida a autonomia de ensino ao estabelecimento escolar (LELLIS, 2013).

Segundo Lellis (2013), o princípio em questão presta continência também à dignidade humana e ao modelo de sociedade que está constitucionalmente tipificado. É, dessa maneira, princípio limitado à ponderação constitucional em face de outros princípios, como todos os outros. Contudo, é constantemente limitado pela lei, quando estabelece currículos e entre outras interferências gerais, considerado inadequado por Durham (2009).

Silva (2009), por sua vez, leciona que a liberdade, no direito positivo, se opõe ao autoritarismo, não à autoridade legítima. Afirma que a liberdade consiste na consciente coordenação de esforços para a realização pessoal. Elenca diversas formas de liberdades que visam o fim da liberdade *lato sensu*: liberdade de pensamento, expressão coletiva, ação profissional, dentre outras.

Uma das liberdades mais custosas e preciosas é a de expressão. Nela se incluem várias faculdades como a comunicação de ideias, informações, elaboração de críticas e pensamentos em diversas modalidades: verbal, musical, imagética, cinematográfica, dentre outras. Não só isso, tal liberdade se apresenta também como pilar do sistema democrático (MENDES, 2018).

De acordo com Mendes (2018), normalmente a liberdade de expressão é invocada contra o Poder Público. Ainda, segue lecionando que a liberdade abrange a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Tais modos de liberdade adequam-se fielmente à atividade professoral.

Silva (2009) também compara a liberdade de transmissão do conhecimento e ensino com a liberdade de comunicação. Também explica que a CRFB/88 optou por não a chamar de liberdade de Cátedra pois esta era mais restritiva, advinda do conceito de catedrático, relativo ao ensino superior, assim, atualmente, a liberdade de ensino irradia seus efeitos para todos os níveis de ensino.

Imperioso notar que o direito de ensinar decorre de direitos propriamente negativos. Ou seja, direitos de primeira geração. Portanto, a educação como direito prestacional, de segunda geração, tem, em si, características de vedação do estado para consigo.

3.3 OS LIMITES À LIBERDADE DE ENSINO

A educação, além de seu aspecto social, tem a sua face de direito de liberdade ou negativo, relativo à primeira dimensão ou geração de direitos. De acordo com Barroso (2020), os direitos individuais nascem como proteção das pessoas perante o Estado, o qual era, e ainda é, o principal limitador de liberdades.

Segundo Maliska (2018), deve-se questionar os limites de tal liberdade. De acordo com o autor, a liberdade de ensino garantida na Constituição Federal está vinculada às realidades histórica e social. Estabelece, portanto, dois tipos de limitações. A primeira, diz respeito às hipóteses flagrantes de descumprimentos de direitos fundamentais, como, por exemplo, a propagação de ideais racistas (MALISKA *et al*, 2018). Isso, tendo em vista que a Constituição Federal, em uma interpretação sistêmica demonstra repúdio a tais atos, não os englobando em qualquer liberdade por ela concedida

E, por último, conflitos de direitos de ensinar dos professores com outros direitos, como por exemplo uma professora que utiliza um método de alfabetização ultrapassado ferindo direito disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente de ter o melhor método de ensino (MALISKA *et al*, 2018). Se nota, portanto, que a liberdade de ensinar será limitada se houver ofensa à constituição ou à lei, dentro da realidade histórica e social.

Os direitos fundamentais individuais possuem também o conceito de limites imanentes. Dentro deste conceito estão inseridas as ideias de aspectos intrínsecos, que versam sobre o próprio direito e os aspectos extrínsecos,

que dizem respeito ao exercício do direito relacionado aos outros direitos e a vida em sociedade, elementos que o intérprete deve levar em consideração ao ponderar os direitos (BARROSO, 2020).

Silva (2021) sustenta uma análise cuidadosa na limitação de direitos fundamentais. Sustenta que esse exercício é uma tarefa eminentemente interpretativa e que deve ser feita com base em variados recursos: históricos, linguísticos, teleológicos e sistemáticos. Afirma, também, que há duas possibilidades de interpretação: a ampla e a restritiva de direitos.

A teoria interna do direito alemão, também pode ser trazida à presente discussão. Conforme leciona Barroso (2020), para essa corrente doutrinária, na teoria interna dos direitos fundamentais eles só podem ser limitados por normas estabelecidas internamente na Constituição, não por normas inferiores. Ou seja, seu escopo de limitação é retirado integralmente da CRFB/88 que prevê o direito analisado. O que é o contrário da teoria externa, a qual atribui validade às limitações de direitos constitucionais por normas inferiores se dentro da razoabilidade.

Assim, se verifica que a liberdade de ensino advém da natureza política da educação e, embora prevista na ordem social, trata-se de direito fundamental de natureza negativa, o Estado, portanto, está autorizado a interferir somente quando o exercício da liberdade gera conflito com outros princípios.

Por esse motivo, nota-se também que tal liberdade não é absoluta e esbarra na liberdade de aprendizado.

Porém, sem qualquer ingerência administrativa quanto aos meios. Além do mais, guarda estrita correlação com a liberdade de expressão na seara do magistério englobando as artes, metodologia pedagógica e científica, dentre outras.

4 O TRATAMENTO INFRACONSTITUCIONAL, A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

O problema de pesquisa do presente artigo aborda três temas: conselhos de fiscalização profissional; liberdade de ensino e (in)constitucionalidade. Os dois primeiros temas já foram analisados de forma sistemática. Portanto, o presente capítulo é destinado a realizar pesquisa documental sobre o assunto, cujo escopo será o estudo da legislação e da jurisprudência, tanto nacional quanto estrangeira. Inicialmente, far-se-á uma análise da legislação dos principais conselhos de fiscalização, para então, adentrar no âmbito jurisprudencial sobre o tema.

4.1 O TRATAMENTO INFRACONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO DO MAGISTÉRIO PELOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO

Inicialmente, é importante esclarecer que o Decreto Federal n° 9.235 de 15 de dezembro de 2017 estabelece no art. 93 que a docência na educação superior não está sujeita a inscrição em órgãos de regulamentação profissional (BRASIL, 2017). Entretanto, trata-se de legislação

infraconstitucional que não está apta a enfrentar a Lei em sentido estrito.

Nesse contexto, a Lei dos Conselhos de Medicina, Lei Federal n° 3.268 de 30 de setembro de 1957, não faz citação de qualquer limitação ao exercício da docência seja em nível superior ou em nível médio. Portanto, infere-se que o exercício da docência na área da medicina prescinde de inscrição no órgão de classe (BRASIL, 1957).

A Lei dos Conselhos de Educação Física, Lei Federal n° 9.696 de 1º de setembro de 1998, estabelece as atividades privativas do profissional no seu art. 3º. Dentre elas estão os chamados "Informes Pedagógicos" (BRASIL, 1998)[9]. Contudo, é importante observar que a proposta inicial do Projeto de Lei n° 330 de 1995 previa de forma explícita que o ensino e a pesquisa seriam atividades privativas do profissional de educação física, porém foi excluído do projeto de lei (BRASIL, 1995)[10].

Já a Lei dos Conselhos de Enfermagem, Lei Federal n° 5.905 de 12 de julho de 1973, nada diz sobre a necessidade de inscrição para a atuação no magistério. Contudo, a Lei

---

[9] 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.

[10] Art. 2º São atividades exclusivas do Profissional de Educação Física nas áreas da educação física, esportiva e gímnica: I – direção, coordenação e supervisão de cursos; II – ensino, pesquisa, treinamento, administração, reeducação, recreação e lazer; […]

Federal n° 7.498, de 25 de junho de 1986, é enfática ao afirmar que compete ao profissional de enfermagem o ensino e a direção dos cursos de enfermagem, sem fazer menção à inscrição em conselho (BRASIL, 1973)[11].

Veja-se que não existe Lei de criação dos Conselhos de Física, dessa forma, foi proposto o Projeto de Lei n° 1.802 de 2022 que prevê a atividade de ensino como privativa dos inscritos no referido conselho (BRASIL, 2022). Contudo, de pronto, se vê que, caso aprovado, será inconstitucional, pois como acima exposto os CFP pressupõe a iniciativa do Presidente da República.

A Lei Federal n° 2.800, de 18 de junho de 1956, que cria Conselhos de Química não prevê o ensino como atividade privativa do inscrito, inclusive, prescreve como privativas atividades estritamente industriais, sendo uma das legislações mais liberais do ordenamento (BRASIL, 1956).

Os Conselhos de Biologia e Biomedicina foram regulados pela Lei Federal n° 6.684, de 3 de setembro de 1979. No que tange à biologia, se vê algo interessante. A lei requer a inscrição para a realização de pesquisa científica, porém não para o ensino. Além do que, descarta a possibilidade do licenciado se inscrever. Fica obscuro, portanto, se se refere à área acadêmica ou não (BRASIL, 1979).

---

[11] Art. 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe: I - privativamente: a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;

Verificou-se que a exigência varia de acordo com a profissão, demonstrando a discricionariedade do legislador e, inclusive, possíveis influências políticas no processo legislativo da regulamentação. Nota-se, então, que somente análise da legislação não é suficiente para apurar a necessidade da inscrição para o magistério.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL DO PROFESSOR PELOS CONSELHOS

Nesta seção será analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ em relação à matéria de regulamentação do magistério. É importante frisar que o STF não possui nenhuma decisão que diga respeito à docência e aos conselhos.

O STJ, através de decisão monocrática no REsp nº 1.797.099 – PR, decidiu que é inexigível aos professores das Universidades Estaduais de Ensino do Paraná a inscrição nos respectivos Conselhos como requisito à docência. Foi justificada pela característica singular que não se volta à prestação de um serviço na ordem econômica, mas sim para a preparação dos estudantes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Entretanto, o julgado acima estabeleceu que os professores que, por ocasião de atividades práticas ou estágios precisem realizar atividades características dos profissionais regulados deverão ter a respectiva inscrição no órgão de classe (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Se vê que para os professores de dança, artes marciais, ioga a inscrição no Conselho de Educação Física é desnecessária, conforme decidido no Agravo Interno do REsp n° 1.767.702 – SP, sob o argumento da ausência de comando legal que determine a inscrição (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2020).

O instrutor de tênis também não se encontra obrigado a se inscrever no referido conselho, conforme REsp n° 1.959.824/SP no Tema Repetitivo n° 1.149 do STJ, o argumento foi que a atividade do instrutor se limita "à transmissão de conhecimentos de domínio comum decorrentes de sua própria experiência em relação ao referido desporto" (BRASIL, 2022, n. p.).

No que diz respeito a inscrição no conselho de biologia, o STJ (REsp n° 1.540.696 – PE) impediu licenciado de se inscrever, pois entendeu que somente os bacharéis em ciências biológicas cumpriam o requisito para a inscrição. Além do mais, durante o acórdão, se explana a relevante diferenciação na atividade do bacharel e do licenciado, visto que, para o STJ, o licenciado possui uma formação voltada para o ensino, não sendo suficiente para o exercício da profissão de biólogo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015).

Já no REsp n° 581.821 – PR o STJ validou sanção aplicada pelo Conselho Regional de Enfermagem do Paraná – COREN/PR em enfermeira na qualidade de coordenadora de curso técnico em enfermagem, que praticou ato que contraria a ética do Conselho de Fiscalização. Nota-se que em nenhum momento do acórdão é citado a liberdade de

ensino e autonomia das instituições, somente a Lei Federal n° 5.905 de 12 de julho de 1973 que é anterior a constituição (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2004).

Voltando à questão dos professores de educação física, o STJ, no Agravo Interno no REsp n° 1.834.518 – SC, decidiu no sentido de que há obrigatoriedade de inscrição no CREF para o exercício do magistério na rede pública municipal e estadual de ensino, apresentando outros precedentes como argumentos (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2023).

Importante esclarecer que, dentre as decisões citadas, somente o REsp n° 1.767.702 – SP e o Tema Repetitivo 1.149 trata-se de entendimentos vinculantes.

Observou-se da jurisprudência do STJ a ausência de uniformidade, que aparenta se dar justamente pela inconstância das leis reguladoras. Às vezes, observa-se também argumentos contraditórios ao acolher a tese de que a licenciatura tem objetivos distintos e em outra é colocada como semelhante ao bacharelado.

4.3 A REGULAÇÃO DO MAGISTÉRIO EM PORTUGAL

Se analisará aqui a forma como é regulamentada a profissão de professores em Portugal. Escolheu-se tal país pela semelhança do sistema jurídico (*civil law*), bem como a facilidade no entendimento da língua evitando-se conclusões equivocadas. Diga-se de início, que a seguinte investigação não tem por objetivo esgotar o assunto, somente trazer aspectos relevantes de direito comparado.

Prevê o art. 47º da Constituição da República Portuguesa que todos têm a liberdade de escolher a profissão ou gênero de trabalho desde que respeite as imposições e restrições legais. Da mesma forma, o art. 43º prevê a liberdade de aprender e ensinar (PORTUGAL, 1976). Veja-se, portanto, que é semelhante ao ordenamento brasileiro.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, em Portugal há uma lei única que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, trata-se da Lei n° 2 de 2013. Assim, as Ordens Profissionais são classificadas como associações públicas (PORTUGAL, 2013).

O terceiro artigo da lei das associações públicas profissionais (Lei n° 2 de 2013) trata de informar o princípio da excepcionalidade, visto que prescreve que a constituição das Ordens Profissionais é excepcional. E ainda, outro aspecto importante a ser tratado é a Especialidade das ordens, visto que, no processo de criação devem especificar as profissões reguladas, os motivos, abrir espaço para a escuta de sindicatos e, casos aprovados, direcionarem o funcionamento só a estas (PORTUGAL, 2013).

Poderá ser constituída somente quando visar a tutela do interesse público, for proporcional, necessária e adequada e se limitar apenas às profissões que necessitam de "controlo do respetivo acesso e exercício, à elaboração de normas técnicas e de princípios e regras deontológicos específicos e a um regime disciplinar autónomo" (PORTUGAL, 2013, s/p.).

Por sua vez, o ingresso na carreira de magistério está prescrito no Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e Professores dos Ensinos Básico e Secundário, Decreto-Lei nº 41 de 2012, o qual, em seu art. 13º prescreve que a habilitação profissional se dá mediante a Formação Inicial, não prevendo qualquer tipo de inscrição em Ordem Profissional para o exercício do magistério (PORTUGAL, 2012).

A Lei de Bases do Sistema Educativo, Lei n° 48 de 1986, estabelece que a Formação Inicial proporcionará as técnicas científicas e pedagógicas além de conhecimentos e métodos necessários para o exercício da função e a constante atualização (PORTUGAL, 1986). Isso, aliado ao Decreto-Lei nº 41 de 2012 que prescreve diferentes dimensões a Formação Inicial: desenvolvimento do ensino, participação na escola, profissional, ética e social (PORTUGAL, 2012). Assim, é necessário verificar a sujeição dos profissionais da educação a algum controle externo do meio acadêmico:

> Há de se destacar que, em Portugal, a formação inicial de professores não está sujeita a um controle externo de regulação da profissão docente (ordem profissional) ficando à mercê do mercado educativo público ou privado quando estipula suas regras, condições, deveres não só para o ingresso, como também para a permanência e saída do magistério (NUNES, 2013, p. 207).

Dado o cenário de "desregulação", desde a década de 80 os órgãos sindicais dos professores buscam a criação de

uma Ordem dos Professores. A justificativa é a necessidade de um código de ética específico para a profissão da docência. A tentativa também é feita por uma questão de identificação da docência como uma profissão autônoma com seus próprios métodos, deontologia e saberes (NETO, 2012).

Observa-se, portanto, que o exercício da docência em Portugal não está atrelado a Ordens Profissionais. O que se impõe ao professor é uma formação específica para a atuação no ensino, tendo em vista as peculiaridades da profissão. Estas peculiaridades originam movimentos pró-ordem dos professores, em uma tentativa de independência profissional.

5 AS CARACTERISTICAS DA NORMA CONSTITUCIONAL E A SUA INTERPRETAÇÃO

Tendo em vista a natureza do problema de pesquisa, torna-se necessário compreender as formalidades envolvidas na técnica de interpretação da Constituição Federal. Dessa maneira, este capítulo se dedica a investigar as particularidades da norma constitucional, a fim de extrair uma interpretação adequada visando à correta resolução do problema.

5.1 AS PECULIARIDADES DA NORMA CONSTITUCIONAL

De acordo com Barroso (2020), o constitucionalismo se presta à limitação do poder. Através da constituição, tal poder é limitado de três maneiras. A primeira forma é através das normas materiais as que se prestam a estabelecer os direitos fundamentais. A segunda forma, o aspecto orgânico, do qual se organizará o Estado. E por último, as normas processuais, que ditarão a forma como os procedimentos serão organizados, de acordo com o processo legal e de maneira racional, por exemplo.

Por ter um fim distinto, a norma constitucional possui particularidades em relação as demais no ordenamento jurídico. O constitucionalismo contemporâneo aponta quatro características do momento histórico constitucional que tendem a influenciar na interpretação: *i*) prevalência dos princípios sobre as regras; *ii*) consequente prevalência da ponderação sobre a subsunção; *iii*) espaço de privilégio da Constituição em detrimento da lei e *iv*) uma maior quantidade de juízes que legisladores (COELHO, 2011).

Restrepo *apud* Coelho (2011) aponta que, para além das particularidades do momento histórico constitucional, se tem particularidades imanentes de uma Constituição, as quais são: assuntos naturalmente mais elásticos e abertos; a presença de valores plurais e diversos, que por vezes podem resultar em interpretações conflitantes, mas ainda sim legítimas e, ao final, uma posição privilegiada de tribunais superiores.

Aliado a isso, deve-se levar em conta o princípio interpretativo da unidade constitucional. O qual prega pelo dever de realizar uma interpretação sistêmica da

constituição, levando em consideração todo o arcabouço normativo constitucional. Veja-se que é tarefa árdua em meio aos temas propriamente abertos, abstratos e polêmicos que trata a Constituição Federal (SILVA, 2021).

Barroso (2020) destaca que a colisão de normas fundamentais pode ocorrer de três maneiras: colisão entre os princípios; colisão entre direitos fundamentais e a colisão entre valores e interesses constitucionais com direitos fundamentais. De uma forma geral, as colisões entre as normas constitucionais ocorrem justamente pela ausência de hierarquia e, como apontado por Restrepo *apud* Coelho (2011), pela presença de valores plurais que podem ser até contraditórios.

Portanto, verifica-se que o sistema interpretativo constitucional é volátil, histórico e, predominantemente, abstrato. Isso tudo, como visto, tem origem na posição hierárquica constitucional e as três espécies de normas que são abarcadas pela constituição: material, orgânica e procedimental. É necessário estudar os métodos interpretativos.

5.2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Notadamente, a interpretação de normas constitucionais não será feita pelo método comum, o da subsunção, tendo em vista que, muitas vezes, a aplicação de princípios sobre o caso concreto é demasiadamente abstrata

(BARROSO, 2020). Será feita, portanto, pelo método da ponderação de normas constitucionais.

Para se realizar corretamente a ponderação, é necessário utilizar-se dos princípios interpretativos constitucionais, que, de acordo com Simão (2015), são dez: 1) unidade da constituição; 2) efeito integrador; 3) máxima efetividade; 4) justeza ou conformidade funcional; 5) concordância prática ou harmonização; 6) força normativa da constituição; 7) presunção de constitucionalidade das leis; 8) interpretação conforme a constituição; 9) razoabilidade e, por último, 10) princípio da simetria com o centro.

Silva (2005) destaca que a interpretação constitucional brasileira foi influenciada pelos métodos elaborados por Konrad Hesse. Isso porque na tentativa de criar uma teoria da interpretação constitucional, Hesse elenca alguns princípios que são: unidade; concordância prática; conformidade funcional; efeito integrador e o da força normativa da constituição. Todos estes foram importados à sistemática brasileira de interpretação, mas impopulares na doutrina alemã, onde nasceram.

O princípio da unidade da Constituição é um dos principais, pois preza pelo entendimento da Constituição como um sistema de normas que funcionam em conjuntos, mesmo que aparentem ser contraditórias. Para resolver esse problema, utiliza-se do princípio da harmonização pela adoção da solução que otimize a realização de todos os direitos em conflito (COELHO, 2011).

Já Barroso *apud* Silva (2005), infere que o princípio da unidade significa dizer tão somente que não há hierarquia

entre normas constitucionais. E ainda, prossegue o autor ressaltando que o princípio se desdobra em outro fenômeno, o da proibição da interpretação constitucional isolada.

Simão (2015) destaca que o princípio da justeza visa impedir que o intérprete tire conclusão que não cabe ao caso concreto. Fixa-se atentamente aos limites interpretativos e constitucionais, tendo correlação com o princípio da unidade da Constituição. Também aponta o autor que o princípio do efeito integrativo prima pela busca da coesão social e segurança jurídica no processo de decisão, justamente o fim que a constituição se propõe.

Observe-se que, dentro do princípio da harmonização (também chamado de Máxima Efetividade), existe a ideia da Cedência Recíproca, a qual prima pela supressão de dispositivos constitucionais reciprocamente quando há a colisão entre eles buscando a justa medida, "é preciso verificar qual deles tem aplicação no caso concreto, em razão da peculiaridade da situação, sem que signifique suprimir a existência da norma aparentemente conflituosa" (SIMÃO, 2015, p. 369).

Do exposto, nota-se que, para além das particularidades imanentes da norma constitucional há particularidades também no método interpretativos destas. Por sua vez, a interpretação constitucional, gira em torno do princípio da unicidade que pode ser traduzido em ausência de hierarquia e no entendimento de um sistema uno, sendo que destes derivam os outros.

6 O EDUCADOR FÍSICO NO MAGISTÉRIO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Dentre as profissões regulamentadas e sob a fiscalização de um conselho próprio, o educador físico, em uma primeira análise, é o profissional cuja jurisprudência está pacífica a respeito de que é necessário a inscrição no conselho para o exercício da atividade do magistério. Isso se denota da análise jurisprudencial feita no capítulo 4.2.

É necessário estudar a fundo as decisões que formam a jurisprudência em questão a fim de ponderar os argumentos do Superior Tribunal de Justiça. Assim, este capítulo se destina a realizar tal análise cronológica da jurisprudência a fim de identificar a linha de ideias que se percorreu na formação destes precedentes e consolidação da jurisprudência.

A metodologia empregada para a análise, em um primeiro momento, foi a busca textual no buscador de jurisprudência disponibilizado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça[12]. Digitou-se os termos "PROFESSOR, EDUCAÇÃO FÍSICA, CONSELHO REGIONAL" e buscou-se pela primeira decisão proferida que é referente ao assunto.

6.1 A PRIMEIRA DECISÃO E A *RATIO DECIDENDI*

[12] O buscador está disponível no disponível no site: https://processo.stj.jus.br/SCON/.

O Recurso Especial (REsp) n° 783.417/RJ foi a primeira decisão proferida sobre o tema que está disponível na página eletrônica do tribunal. O acórdão em questão é referente ao processo n° 2005/0158071-4 e trata-se de demanda envolvendo candidato ao cargo de professor de educação física e o município do Rio de Janeiro (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010).

A discussão era simples: houve o questionamento, por parte do candidato, da cláusula editalícia de concurso público que previa a inscrição no Conselho Regional de Educação Física (CREF) para o ingresso no cargo. A impugnação se deu inicialmente através de mandado de segurança no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 22 de janeiro de 2003[13], o qual foi improvido (BRASIL, 2010).

Sustentou-se em Recurso Especial pela ilegalidade do ato, visto que, segundo argumento do autor a Lei n° 9.696/98 não prevê o exercício do magistério como privativa do inscrito no CREF. Justamente o oposto contra-arrazoou o município do Rio de Janeiro. O Ministério Público Federal, instado a manifestar-se, pugnou pela improcedência do REsp (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010).

Em acórdão proferido pela Quinta Turma entendeu-se que não há exigência expressa legal no texto normativo que institui os Conselhos de Educação Física. Contudo, ao proferir o voto, o Ministro Relator Jorge Mussi infere que o CREF editou a Resolução n° 46/2002 a qual define e limita à

[13] Observa-se que somente 5 anos após a vigência da lei n° 9.696/98, que institui os Conselhos Federais de Educação Física.

docência à atividade privativa ao inscrito no respectivo conselho (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010). Após a decisão, editou-se o Informativo n° 425 do STJ[14].

Em síntese, a primeira decisão envolvendo o assunto utiliza-se de ato infralegal, uma resolução, para ampliar o escopo de fiscalização do Conselho e tratar como legal a exigência da inscrição do docente em CFP como requisito para a atuação no magistério.

6.2 A SEGUNDA DECISÃO: LÓGICA DA DUPLA FISCALIZAÇÃO

No ano seguinte, em 2011, houve o julgamento da segunda demanda envolvendo o tema. O caso era semelhante ao da primeira: candidato ao cargo de professor de educação física que impugna edital que prevê a inscrição no conselho como requisito para a posse (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011b).

Tratava-se de um Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n° 26.316/RJ, que teve como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. No acórdão, se reconhece que a Lei dos Conselhos de Educação Física não inclui a atividade de magistério como privativa do inscrito e utiliza-se do primeiro julgado, REsp n° 783.417/RJ, para incluir a classe (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011b).

---

[14] Tal informativo continha o seguinte: "Daí a Resolução n. 46/2002 do Conselho Federal de Educação Física, que, entre outros temas, definiu e limitou a docência na área a profissionais registrados. Constata-se, então, não haver ilegalidade no edital em razão de exigir o registro, pois o concurso foi realizado já sob a égide da citada resolução"

O elemento inovador deste acórdão é aplicar a lógica de uma dupla fiscalização. Nesse sentido, proferiu-se o seguinte em acórdão "a exigência de inscrição formal dos aprovados no Conselho Regional de Educação Física visa um melhor controle e fiscalização da atividade profissional que será prestada" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011b, p. 7).

Da segunda decisão se extrai a lógica da dupla fiscalização. Há a inferência de que os profissionais da educação seriam fiscalizados pelos respectivos CFP e pelo órgão da administração direta responsável, se municipal ou estadual, cabendo às secretarias ou se a nível federal, que cabendo ao MEC.

6.3 AS DECISÕES SEGUINTES E A CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Em seguida, o REsp nº 1.339.372/SC utiliza-se dos dois julgados acima para decidir, novamente, pela legalidade da exigência da inscrição em CFP como requisito para a atuação no magistério. O que demonstra o início de uma consolidação jurisprudencial sobre o assunto (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Até o momento as decisões tratam de entes federados que, em sua discricionariedade, resolveram inserir cláusulas editalícias que estabelecem a inscrição como requisito para ingressar no cargo pretendido.

Contudo, é no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n° 34.360/MS (2011/0087905-3) que

ocorre a consolidação definitiva da jurisprudência no sentido de ser obrigatório o requisito editalício. Naquele julgado o respectivo CREF contesta judicialmente a ausência de cláusula editalícia que prevê a inscrição de professores no conselho para o exercício do cargo de professor de educação física no Estado do Mato Grosso do Sul.

O Recurso em Mandado de Segurança foi agravado pelo ente federado e julgado improcedente pela Segunda Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, fixando de vez a jurisprudência no sentido de ser compulsório, inclusive para os entes federados, exigir dos candidatos a inscrição (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014). A partir deste julgado a jurisprudência, já forte, é consolidada.

Observa-se que a jurisprudência da corte começa no sentido de decidir sobre a possibilidade do Ente Federado em exigir a inscrição do candidato e evolui para a obrigatoriedade de o Ente Federado exigir a inscrição do candidato nos concursos que farão.

Observa-se que a jurisprudência é embasada principalmente em dois julgados REsp n° 783.417/RJ de 2010 e RMS n° 26.316/RJ de 2011 que respetivamente inserem a lógica de que há uma resolução do Conselho Fiscalizador (CREF) que amplia a atividade de fiscalização do magistério sob a sua competência. E também a lógica de que a exigência tem a finalidade de melhor fiscalização do ensino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema ao qual se propôs pesquisar foi a (in)constitucionalidade da exigência de inscrição em Conselhos de Fiscalização Profissionais (CFP) por parte de professores como requisito para a atuação no magistério. Nesse sentido, conforme se denota no decorrer do trabalho, os objetivos formulados foram devidamente atingidos.

Diante disso, é necessário relembrar que a natureza dos CFP é *sui generis*. São detentores de poder de polícia e atuantes ativos no sentido de regular a ética profissional se valendo principalmente de sanções, com a finalidade de cumprir com a sua função ordenadora da sociedade, dentro do direito administrativo.

Sumariamente pode-se inferir que a atuação de tais CFP encontram incompatibilidades na ceara acadêmica frente a liberdade de ensinar, sucessora da liberdade de cátedra no âmbito do magistério, que advém de uma natureza política, tratando-se também de um direito fundamental de natureza negativa inserto em um direito social, garantindo a ausência de ingerência administrativa na sala de aula.

Em análise da experiência portuguesa verificou-se pela inexistência de tal exigência no ordenamento jurídico português, ficando a atividade do magistério subordinada a regulação de órgãos próprios, além do que, há um movimento para a criação de uma Ordem Profissional própria para a docência.