

Análise Constitucional: Conselhos devem obedecer legalidade estrita

11/10/2015



Os conselhos de fiscalização profissional são entidades que, ao longo

dos 27 anos de vigência da Constituição de 1988, têm suscitado diferentes discussões no Poder Judiciário, especialmente pelo caráter atípico de sua estrutura, posto serem autarquias, financiadas por contribuições de natureza tributária, mas que não integram a estrutura da administração pública federal, como se pode depreender do Decreto 6.129/2007.

Nesse quadro de peculiar configuração, já se discutiu, por exemplo, a possibilidade de transformar esses conselhos em entidades privadas (ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches), a necessidade de prestarem contas ao TCU (MS 22.643, Rel. Min. Moreira Alves) ou ainda a obrigatoriedade de realizarem concursos públicos para a contratação de pessoal (RE 731.301 – AgR, Rel. Min. Celso de Mello). Recentemente, por outro lado, o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com o intuito de impor, com a declaração da nulidade do artigo 58, parágrafo 3º, da Lei 9.649/98, o regime jurídico estatutário aos servidores dos conselhos profissionais (ADI 5.367, Rel. Min^a Cármen Lúcia).

Desses precedentes, talvez o mais importante seja o da ADI 1.717, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.649 que transformavam os conselhos profissionais em pessoas jurídicas de direito privado. E tal conclusão decorreu do fato extremamente importante de que os conselhos profissionais exercem o poder de polícia, o poder de tributar e o poder de punir, limitando direitos dos particulares, o que somente seria possível, na compreensão da Corte, por personalidades de direito público.[\[i\]](#)

Assim, no que toca ao exercício desses diferentes poderes, equiparam-se os conselhos profissionais à administração pública, devendo observar as mesmas regras que conduzem o funcionamento dos órgãos e entidades que exercem a função administrativa do Estado, como assentado em diferentes precedentes do STF.

Diante de tal contestação, é possível analisar, de modo mais detido, situação que recorrentemente vem sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, qual seja, aquela em que conselhos profissionais impõem sanções administrativas sem o necessário respaldo legal, análise essa que será feita com base em casos concretos envolvendo o Conselho Federal de Corretores de Imóveis – Cofeci.^[ii]

Neste ano de 2015, esse conselho profissional federal editou resolução (Resolução Cofeci 1.354/2015) que limita o direito de participação nas eleições para escolha dos conselhos regionais, impondo restrições tanto ao exercício do voto quanto à participação nas chapas, tudo sem o respaldo de lei. A questão que se pôs, em pelo menos duas eleições estaduais – Tocantins e Mato Grosso –, foi exatamente no sentido de se permitir, ou não, a restrição a direitos por parte de conselhos profissionais sem a necessária previsão legal.

Como antes anotado, sem amparo em lei, a Resolução Cofeci 1.354/2015 criou nova penalidade para o corretor de imóveis inadimplente ou para aqueles que parcelaram seus débitos após determinada data, qual seja, a impossibilidade de participar nas eleições. Com isso, impôs poderes sancionatórios a órgãos administrativos – já que os Conselhos Regionais e o COFECI têm natureza autárquica federal – e restringiu direitos dos particulares de votarem e concorrerem aos cargos nos respectivos conselhos de fiscalização profissional.

O princípio da legalidade se projeta de forma distinta seja a relação jurídica pautada pelo direito público, seja pautada pelo direito privado. Enquanto a legalidade administrativa – prevista no caput do artigo 37 da Constituição Federal – impõe uma vinculação positiva, segundo a qual o Estado somente pode fazer aquilo que lhe é determinado pela lei; o particular, numa perspectiva oposta, que comumente é denominada de vinculação negativa e tem como fundamento o inciso II do artigo 5º da Constituição, tem reconhecida sua autonomia privada, que somente pode ser tolhida por intermédio da lei.^[iii] Em síntese, somente pode haver ação administrativa baseada em lei, assim como só pode haver restrição de direitos do particular pelo Estado se houver lei idônea para tanto.

Essa simples e breve análise é suficiente para que se conclua que a Resolução COFECI nº 1.354/2015 viola o princípio da legalidade, nas duas perspectivas antes apresentadas. Em primeiro lugar, a resolução sob enfoque dá aos Conselhos o poder de impor a seus membros uma pena não prevista na legislação de regência dos corretores de imóveis (Lei 6.530/78) ou mesmo em seu decreto regulamentar (Decreto nº 81.871/78), instituindo em seu favor, portanto, uma nova competência sancionatória. Entretanto, não se encontra na legislação disciplinadora dos Crecis e do Cofeci essa competência, o que faz com que os recursos e os servidores desses órgãos não possam ser levados a atuar em sua implementação, sob pena de violação à legalidade, posto somente ser dado à Administração fazer aquilo que previsto em lei.

Nesse quadro, fica claro que a resolução em questão cria novas competências para órgãos administrativos federais, competências essas que – na forma da jurisprudência e da doutrina – somente podem ser estabelecidas por lei. E nem se pode afirmar que é dado ao administrador – no caso aos membros do COFECI signatários do ato ilegal em questão – dilatar sua competência, pois essa ação é igualmente reservada à lei. De fato, não se pode imaginar que os membros de um Conselho profissional tenham momentaneamente estendido suas atribuições, já que – como novamente ensina Celso Antônio Bandeira de Mello – as competências são “imodificáveis pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre de lei”.[\[iv\]](#)

A criação de novas competências significa o exercício de novos poderes pelo poder público, poderes esses que somente existem na medida do disposto em lei e não podem – repita-se – ser aumentados por via infralegal. Portanto, do ponto de vista da legalidade administrativa, uma resolução que crie sanções sem previsão legal é eivada de vício, importando em sua nulidade plena.

Ademais, na perspectiva do direito administrativo sancionador, a questão da legalidade é ainda mais importante, sob pena de se conferir um poder punitivo amplo e descontrolado aos órgãos administrativos. Não há sanção administrativa sem previsão legal, como bem ensinam Fábio Medina Osório[\[v\]](#) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[\[vi\]](#) A criação de sanção por meio de resolução, desse modo, revela-se como prática contrária ao direito e violadora da legalidade estrita.

Essa compreensão é constantemente reafirmada na jurisprudência brasileira. Inicialmente, é importante mencionar julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, solucionando caso em que um conselho regional de corretores de imóveis impedira a participação de profissional em eleição, na condição de votante, por estar inadimplente com suas contribuições, aplicando-lhe norma decorrente de resolução do COFECI. Trata-se da Apelação Cível nº 2000.01.00.005395-0, Rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, DJe de 11.12.2009, [\[vii\]](#) na qual o relator afirmou que a resolução que vincula o direito ao voto do corretor de imóveis “ao adimplemento de suas anuidades viola o princípio da reserva de lei e ultrapassa os limites do poder regulamentar”.

Também quanto à imposição de sanção por conselho profissional de corretores de imóveis com base em resolução, pode-se citar a Apelação Cível nº 2000.38.00.016656-0, Relª. Desª. Federal Maria do Carmo Cardoso, DJe de 22.05.2009[\[viii\]](#), em que a relatora expressamente afirmou que “qualquer restrição, nesse sentido, demanda lei em sentido formal, em obediência ao princípio da legalidade constitucional a que se submete o Administrador Público”. Completando em seguida o voto: “as resoluções, como atos infralegais, não se prestam a impor comportamentos não disciplinados por lei, haja vista que a função do ato administrativo restringe-se a complementar esta, de modo a permitir sua concreção, jamais instaurando, primariamente, qualquer forma de cerceio a direitos de terceiros”.

O TRF da 5ª Região, por sua vez, no julgamento da Remessa *Ex Officio* 200380000033863, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, DJ de 13.05.2009,[\[ix\]](#) também declarou a ilegalidade de resolução, registrando o relator que não pode “o Conselho Federal dos Corretores de Imóveis

por meio de Resolução, ato infralegal, ampliar os requisitos estabelecidos legalmente, restringindo os direitos dos corretores de imóveis de participarem da eleição para o cargo de membro do Conselho Regional, sob pena de infringir o princípio da reserva legal”.

Por fim, simplesmente para ilustrar o argumento que aqui é desenvolvido, cabe ainda citar precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento da Apelação Cível 2003.61.00.013577-1, Rel. Des. Federal Mairan Maia, DJ de 01.07.2010[x], e na apreciação da Remessa Ex Officio nº 2000.03.99.068382-3, Relator Juiz Federal Conv. Roberto Jeuken, DJ de 25.07.2008,[xi] ambos os julgados indicando ser ilegal a imposição de limites à participação de corretores de imóveis em eleições de seu conselho profissional por estarem inadimplentes.

Todos esses exemplos indicam claramente que, apesar de formalmente desvinculados da Administração Pública federal, devem os conselhos profissionais obediência à legalidade estrita, o que resguarda os direitos e liberdades fundamentais dos profissionais que, por determinação legal, submetem-se à sua jurisdição. Afastar tais conselhos dos princípios constitucionais do direito administrativo significaria submeter milhares de profissionais ao arbítrio das guildas, o que, para o bem do Estado de Direito, não tem permitido o Poder Judiciário.

[i] **ADI 1.717, rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28.03.2003**, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do artigo 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo artigo 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime” (destaques não originais).

[ii] A reflexão exposta neste artigo foi suscitada pela atuação profissional do autor, na qualidade de advogado, nos Agravos de Instrumento nºs 0031219-41.2015.4.01.0000 e 0030847-92.2015.4.01.0000, de relatoria da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, em tramitação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

[iii] Essas noções são complementares, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi

visto, informa o caráter da relação de administração. No Brasil, o artigo 5º, inciso II, da Constituição dispõe: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’” (cf. *Curso de direito administrativo*, 11ª ed., p. 35).

[iv] cf. *Curso de direito administrativo*, 11ª ed., p. 145-146.

[v] “Uma das peculiaridades do Direito Administrativo Sancionador é a possível utilização de técnicas distintas na fixação das sanções, que integram, normalmente, o preceito secundário das normas repressivas.

(...)

A sanção há de ser certa e determinada, tal como ocorre com as sanções penais, e **prevista em leis, sejam federais, estaduais ou municipais.**

(...)

No Direito Administrativo Sancionador, havendo uma exigência de legalidade das infrações, o mesmo se dá com relação às sanções, que não decorrem de um genérico poder de polícia da Administração Pública. **Daí que, inegavelmente, as sanções devem obediência ao princípio da legalidade nos mesmos moldes das infrações**, devendo existir um mínimo de certeza e de previsibilidade em seus contornos descritivos” (cf. *Direito administrativo sancionador*, 3ª ed., p. 256-257 – destaques não originais).

[vi] Nesse sentido, o decidido no julgamento do **RE 100.919, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 04.03.88**, cujo voto condutor contém a seguinte afirmação: “A imposição de um sistema de sanções administrativas e fiscais, por mero ato administrativo, caso a caso, não se compadece com a indispensável segurança que há de ter o contribuinte, no que concerne a suas relações com o Fisco e às obrigações que lhe advêm dos tributos. **As sanções a serem impostas ao contribuinte faltoso não poderão pender do alvedrio da autoridade fiscal, mas resultar de expressa disposição de lei**” (destaques não originais).

[vii] “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. RESOLUÇÃO COFECI 580/98. ELEIÇÕES. CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA CONDICIONADA AO ADIMPLEMENTO DAS ANUIDADES. PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI. VIOLAÇÃO.

1. A Lei n. 6.530/78, regulamentada pelo Decreto n. 81.871/78, que dispõe sobre a criação do Conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI e dos respectivos Conselhos Regionais – CRECIs não condicionou a capacidade eleitoral ativa do corretor de imóveis para escolha de Conselheiros ao adimplemento de suas anuidades. Tal exigência viola o princípio da reserva de lei e exorbita do poder regulamentar.

2. Os conselhos profissionais possuem os meios próprios para cobrança do que lhe supõe devido.

3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas”.



[viii] “CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. MULTA. EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO. RESOLUÇÃO 316/1991. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. A Lei 6.530/1978, que regulamentou a profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências, não prevê expressamente a aplicação de multa à pessoa física não inscrita nos quadros do órgão.

2. Apresenta-se ilegal a resolução que ultrapassa os limites do poder regulamentar.

3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento” (destaques não originais).

[ix] “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. ARTIGO 12 LEI 6.530/78. REQUISITOS PARA INGRESSO COMO MEMBRO DOS CONSELHOS REGIONAIS. DESNECESSIDADE DE QUITAÇÃO DA ANUIDADE. REQUISITO OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

1. Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança contra sentença que concedeu parcialmente a medida apenas para assegurar o direito dos membros do Sindicato dos Corretores de Imóveis do Estado de Alagoas, que estiverem inadimplentes com as anuidades ou tenham títulos protestados, de participarem da composição do CRECI-AL, se indicados pelo sindicato.

2. A Lei nº 6.530/78 que regulamenta a profissão de Corretor de Imóveis e disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização, dispõe, em seu artigo 12, que "somente poderão ser membros do Conselho Regional os Corretores de Imóveis com inscrição principal na jurisdição há mais de dois anos e que não tenham sido condenados por infração disciplinar."

3. O Conselho Federal dos Corretores de Imóveis editou resolução (COFECI nº809/2003) estabelecendo novos requisitos para investidura no cargo de membro do Conselho Regional, dentre os quais estar em dia com as obrigações financeiras para com o CRECI da região, inclusive a anuidade do exercício corrente.

4. Não poderia o Conselho Federal dos Corretores de Imóveis por meio de Resolução, ato infralegal, ampliar os requisitos estabelecidos legalmente, restringindo os direitos dos corretores de imóveis de participarem da eleição para o cargo de membro do Conselho Regional, sob pena de infringir o princípio da reserva legal.

5. Remessa Ex officio em Mandado de Segurança que se nega provimento” (destaques não originais).

[x] “MANDADO DE SEGURANÇA. CRECI. ELEIÇÕES. LITISPENDÊNCIA. DIREITO DE VOTO DE PESSOA JURÍDICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. **REQUISITOS PARA CANDIDATURA. LEI Nº 6.530/78. DECRETO Nº 81.871/78. RESOLUÇÃO COFECI Nº 809/2003. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.**

1 Ausente litispendência em relação à ação declaratória registrada no TRF/1ª Região sob nº 2000.34.00.021877-5, por força de recurso de apelação, visto serem as partes, o pedido e a

causa de pedir distintos. Afasta-se a alegação de coisa julgada.

2. A impetrante, pessoa física não tem legitimidade ativa para pleitear o direito de voto de pessoas jurídicas.

3. Legitimidade ativa no atinente ao pedido de reconhecimento do direito de concorrer individualmente nas eleições para o CRECI da 2ª Região.

4. O registro da candidatura condiciona-se tão-somente ao cumprimento dos requisitos dispostos na Lei nº 6.530/78. Afastam-se as disposições do Decreto nº 81.871/78 e da Resolução COFECI Nº 809/2003 por criarem requisitos sem previsão legal, em ofensa ao princípio da legalidade.

5. Admissíveis as candidaturas individuais, à luz das disposições dos arts. 11 da Lei nº 6.530/78 e 19 do Decreto nº 81.871/78” (destaques não originais).

[xi] “MANDADO DE SEGURANÇA. CRECI. ELEIÇÕES. REQUISITOS PARA CANDIDATURA. CHAPAS. LEI Nº 6.530/78. DECRETO Nº 81.871/78. RESOLUÇÃO COFECI Nº 560/96. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DIREITO DE VOTO A PESSOA JURÍDICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DOS IMPETRANTES.

1. Com o advento do novel ordenamento magno, só se pode chegar à conclusão de que a candidatura a eleições junto ao CRECI está condicionada apenas aos requisitos indicados na Lei nº 6.530/78, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

2. Pelas mesmas razões, não há exigência legal a que os candidatos se reúnam em chapas para concorrerem no pleito eleitoral.

3. Falta legitimidade ativa para os impetrantes pleitearem o direito de voto a pessoas jurídicas.

4. Remessa oficial a que se nega provimento” (destaques não originais).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-out-11/analise-constitucional-conselhos-profissionais-obedecer-legalidade-estrita/>