AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA — CRIAÇÃO DE CURSOS — CONTROLE MINISTERIAL

PARECER

I

CONSULTA

Honra-me a UNIVERSIDADE ... — U., consultando-me a respeito da criação e instalação de seu Curso de Medicina e oferecendo cópias xerográficas de diversos documentos, pelos quais se verifica que:

a) a U. foi reconhecida como Universidade pelo Ministério da Educação e Cultura, aos 25 de abril e 1988, pela portaria nº 261/88 (DOU 26.4.88), com base no parecer do Conselho Federal de Educação nº 301/88;

b) Usando da autonomia prevista no art. 7º da Constituição Federal, a UNIVERSIDADE ... — U. homologou, pela Portuária GR. 09/88, de 17.09.88, o Plano de Expansão para o ano de 1989, aprovado pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (COSEPE) e pelo Conselho Universitário (CONSUNI), criando cursos, sem aumento de vagas totais (remanejamento), inclusive de Medicina, para implantação em 1989;

c) a criação dos Cursos foi comunicada ao CFE e ao SENESU-MEC, sendo as grades curriculares autenticadas pela Secretaria Executiva do CFE;

d) em 30.9.88, o Conselho Universitário da U. aprovou o calendário escolar para 1989, fixando as datas para o vestibular unificado para os dias 25, 26 e 27 de janeiro de 1989, com publicação do Edital aos 13.10.88;

e) Aos 15/12/88, o Decreto nº 97.223 prorrogou até 30.6.89 a vigência do Decreto nº 93.594/86, que proibia a criação de novos cursos em institutos isolados, estendendo a proibição às universidades;

f) Embora consciente da regularidade da criação do Curso de Medicina, a U. deixou de implantá-lo em 1989, dada a sucessão dos planos econômicos que, a partir do Governo Sarney, inviabilizaram os altos investimentos que a Mantenedora havia projetado para a construção e equipamento do Hospital Universitário;

g) Aos 8.11.89, o Decreto nº 98.377, dispondo sobre a criação de novos cursos de ensino superior na área da saúde por Universidades ou por estabelecimentos isolados, determinou que a autorização, da competência do Presidente da República, dependeria de parecer favorável do Conselho de Educação competente, instruído com avaliação do Conselho Nacional de Saúde e homologado pelo Ministro da Educação.

Afastados agora os impedimentos indicados na alínea "f" e desejando implantar o Curso de Medicina criado em 1988, a Consulente apresenta os seguintes

QUESITOS

1 — Podia a U., como o fez, criar o Curso de Medicina, em 30.9.88, independentemente de autorização do Ministério de Educação? Por quê?

2 — O superveniente Decreto no 9.223, de 15.12.88, que estendeu às Universidades a proibição da criação de novos cursos, afetou a criação do Curso da Medicina da U.? Porque?

3 — O posterior Decreto no 98.377, de 8.11.89, que dispõe sobre a criação de novos cursos de ensino superior na área da saúde por Universidades ou por estabelecimentos isolados, aplica-se ao Curso de Medicina criado pela U., no que concerne à manifestação do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho de Educação e à autorização do Presidente da República? Por quê?

4 — Pode a U. proceder à implantação imediata do Curso de Medicina, em mais formalidades, realizando o concurso vestibular, com base na criação do mencionado curso pela Portaria GR.09/88, de 17.9.88, e nas grades curriculares autenticadas pela Secretaria Executiva do CFE?

Bem examinados a questão e os documentos apresentados, passo a emitir meu parecer.

II

PARECER

I — DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA E DA CRIAÇÃO DE CURSOS

1 — A Constituição de 1988 elevou a norma de hierarquia superior a autonomia universitária, dispondo, no art. 207;

Art. 207: "As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão."

Operou-se assim, a constitucionalização de um princípio anteriormente consagrado na legislação ordinária, a partir da Reforma Francisco Campos (Decreto nº 19.851, de 11.4.931, art. 9º), como expressiva garantia da ordem institucional das Universidades[1].

2 — Por mais controvérsias que possa originar a expressão "autonomia universitária", ninguém nega que indique ela auto-determinação e auto-normação. Que essas auto-determinação e auto-normação não sao absolutas, não se discute: ambas existem e são desempenhadas dentro dos limites *da lei*, e desde que essa lei seja *razoável*, de modo a não frustrar a garantia constitucional. Mas onde a lei não as limita, são plenas..

Por isso, o CFE, de longa data, tem deixado assente que a autonomia universitária, embora limitada pela lei e por seus Estatutos, representa o reconhecimento pelo Poder Público da capacidade de auto-regulação do conjunto universitário[2].

Deve-se salientar, ainda, que a "autonomia didático-científica", expressamente referida

1 V. ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ, O regime especial das autarquias educacionais, in Rev. da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 17, 1980, pp. 203/204; FABIO PRADO, "A autonomia das universidades estaduais e a competência para baixar seu estatuto e regimento", in Vox Legis, vol. 147, 1981, p. 65 ss.

2 Cf. parecer nº 788/76, processo nº 16.475/75, Rel. José Barreto Filho.

no art. 207 CF, ficaria inteiramente frustrada se não compreendesse a faculdade de criar e extinguir cursos. E essa faculdade é plena, porquanto nenhuma limitação lhe coloca a lei, nesse ponto. Também nesse ponto, é tranqüila a orientação do CFE, que só admite sua própria autorização para criar cursos quando se trate de Universidade que ainda se encontre num período probatório, porquanto ainda não reconhecida[3].

3 — Por isso é que jamais se discutiu a respeito da possibilidade de as Universidades regularmente reconhecidas, criarem e instalarem novos cursos, independentemen-te de autorização prévia do Ministério da Educação, sujeitas apenas a reconhecimento a *posteriori*. Não há restrições, a esse propósito, no conjunto de leis vigentes no país (Lei nº 5.540/68 e legislação complementar; Constituição Federal). E a jurisprudência do CFE é tranqüila[4].

Por isso também, com toda a propriedade, o Decreto nº 93.594/86 — o primeiro que proibiu a criação de novos cursos no Brasil — reconheceu que a autonomia universitária, que então decorria apenas da lei ordinária (art. 3º da Lei n. 5.540/68), vedou expressamente ao Poder Executivo estabelecer a proibição para as Universidades.

Confira-se o texto:

Art. 1º: "Fica suspensa, até 31 de dezembro de 1987, a criação de novos cursos superiores de graduação em todo o território nacional, bem como o aumento de vagas dos cursos já existentes;"

§ 1º: "Não se aplica às Universidades, no gozo da autonomia que lhe é assegurada pela legislação em vigor, o disposto no caput deste artigo."

II — DA CRIAÇÃO DO CURSO DE MEDICINA PELA U.

4 — Foi assim que a UNIVERSIDADE ... — U., regularmente reconhecida com tal pelo Ministério da Educação (Portaria MEC 261/88), no gozo das atribuições que lhe confere a autonomia universitária, criou o Curso de Medicina, a 17.9.1988.

5 — Não dependia ela de autorização prévia do MEC, sujeita que ficava apenas ao reconhecimento posterior dos cursos criados. Nem lhe se aplicavam as vedações, impostas aos estabelecimentos isolados de ensino superior, de criação de novos cursos, nos expressos termos do Decreto nº 93.594/86, cuja vigência foi prorrogada pelo Decreto nº 95.003/87, até 31 de dezembro de 1988.

Perfeitamente regular e legítima foi, portanto, a criação do Curso de Medicina pela U.

III — DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DO DIREITO ADQUIRIDO

6 — Com a criação do Curso de Medicina — cujas grades curriculares foram autenticadas pela Secretaria Executiva do CFE — *perfecionou-se o ato jurídico*, daí resultando o *direito adquirido* da U. à implantação do curso.

7 — O direito adquirido e o ato jurídico perfeito estão tutelados, em nível constitucional, pelo art. 5º, inc. XXVI CF, que determina que a lei não poderá prejudicá-los. Por essa via, veda a Lei Maior a irretroatividade das leis[5].

Por isso, na lição sempre lúcida de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO — proferida no Plenário do CFE — uma regra jurídica não pode aplicar-se aos *facta praeterita*, quais sejam os atos e fatos, os direitos e obrigações que surgiram e se extinguiram anteriormente à sua vigência, sob o império da norma que ela revoga. Tal aplicação seria o *efeito retroativo* da norma, que o Direito condena.

3 Cf. parecer nº 1.382/80, proc. nº 2.741/80, Rel. Esther de Figueiredo Ferraz.

4 Cf. parecer nº 409/91 CFE, proc. nº 23001.000559/91-91, Rel. Dalva A. Souto Maior; parecer nº 345/91 CFE, proc. nº 23001.000424/91.99 e proc. nº 23001.000307/91.25, Rel. Genaro de Oliveira; parecer nº 373/89 CFE, proc. nº 23001.0000/89-36, Rel. Josaphat Marinho.

5 V. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Curso de Direito Constitucional, Saraiva, São Paulo, 17ª ed., 1989, p. 261.

Quanto aos *facta pendentia*, continua o Titular de Direito Constitucional do Largo de São Francisco, ou seja os fatos que estão se realizando, ocorrendo, completando-se ainda no momento da incidência da nova norma, fala-se em efeito imediato desta. Mas, quanto aos *facta pendentia* ainda adverte:

"...a nova norma não se pode aplicar às "partes anteriores à data da mudança"; pode colher "as partes posteriores" mas, ainda assim, dado o imperativo do respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, presente no direito brasileiro, desde que não os fira"[6].

8 — Por sua vez, o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil assim conceitua ato jurídico perfeito e direito adquirido:

Art. 6º: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada;"

Parágrafo primeiro: "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou";

Parágrafo segundo: "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

9 — Assim, a partir da criação do Curso de Medicina pela U., consumou-se o ato jurídico, segundo a legislação estão vigente. Desse ato jurídico perfeito originou-se o direito adquirido da U. à instalacão do Curso e à realização do exame vestibular, que podiam — e podem — ser exercidos a qualquer momento.

Não há que confundir o momento da criação dos cursos (*factum praeteritum*, situação passada, aperfeiçoada pela normação anterior), com o momento de instalação dos cursos e realização do concurso vestibular. Este último diz respeito ao exercício do direito adquirido, que não depende de condição ou termo. Apenas esse exercício é que configura o *factum pendens*, ao qual pode aplicar-se imediatamente a lei nova — desde que não haja prejuízo ao ato jurídico perfeito e a o direito adquirido.

Isso quer dizer que a *criação* do Curso de Medicina é ato jurídico perfeito que consumou segundo a norma então vigente. A *instalação do curso e a realização dos exames vestibulares* — às quais tem a U. direito adquirido — podem reger-se pelas normas vigentes à data de sua efetiva concretização, desde que estas deixem imunes os fatos pretéritos consumados segundo a lei anterior.

IV — A POSTERIOR SUSPENSÃO DA CRIAÇÃO DE NOVOS CURSOS PARA AS UNIVERSIDADES. DE SUA INAPLICABILIDADE A U. E DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE

10 — Somente após a criação do Curso de Medicina pela U. veio a lume o Decreto nº 97.223/88 que, além de prorrogar a vigência do Decreto nº 93.594/86, com as alterações sucessivas, pretendeu estender a suspensão da criação de novos cursos às Universidades, determinando, no art. 2º:

Art. 2º: "A suspensão a que alude o Decreto nº 93.594/86 aplica-se, pelo prazo estabelecido no artigo 1º deste decreto, a todas as Universidades."

11 — Esse diploma, contudo, não interfere com o Curso de Medicina criado pela U., por diversas razões, expostas a seguir:

11.1 — *Da irretroatividade do decreto*

Como já dito (*supra*, nºs 6/8), a Constituição e a Lei de Introdução proscrevem a retroatividade das leis, como forma de garantia da segurança e certeza das relações jurídicas. Na lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Os atos normativos primários não podem aplicar-se a fatos e atos já passados, produzindo efeitos apenas para o futuro. Por isso, a lei

"não contestará ato jurídico perfeito, ou seja, o "já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (Lei de Introdução, art. 6º, §1º), Conseqüentemente, não desfará direitos adquiridos, isto é, os que já podiam ser exercidos por seu titular, ou já

6 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Par. CFE-PL 3/88, proc. nº 23001.000496/88.02.

teriam começo de exercício prefixado em termo inalterável, ou em condição imutável, ao arbítrio de outrem (Lei de Introdução, art. 6º, § 2º)".[7]

Se a lei não pode retroagir, ainda menos o pode um decreto, que é ato normativo secundário, adstrito sempre aos limites do ato normativo primário.

Vê-se daí que o Decreto nº 97.223/88 não se pode aplicar senão para o futuro, a partir da data de sua publicação, em 16 de dezembro de 1988. Não pode retroagir, para atacar situações pretéritas. Não pode, portanto, ser aplicado a cursos criados por Universidades, de acordo com seus estatutos e regimentos, antes dessa data.

A criação do Curso de Medicina pela U., anterior à referida data, constituiu ato jurídico perfeito, de que resultou o direito adquirido da Universidade a instalação do curso. O decreto posterior não pode desconstituir o primeiro; nem prejudicar o segundo.

Vale a pena repisar o que se disse acima, no nº 9: não se deve confundir o momento da criação dos cursos (*factum praeteritum*, situação passada, aperfeiçoada pela normação anterior e totalmente imune à posterior) com o momento de instalação dos cursos e realização do concurso vestibular. Este último diz respeito ao exercício do direito adquirido, que não depende de condição ou termo. Apenas esse exercício é que configura o *factum pendens*, ao qual pode aplicar-se imediatamente a lei nova — desde que não haja prejuízo ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Conclui-se daí que *criação* do Curso de Medicina é ato jurídico perfeito que se consumou segundo a norma então, vigente. Somente a *instalação* do curso e a *realização dos exames vestibulares* — às quais tem a U. direito adquirido — podem reger-se pelas normas vigentes à data de sua efetiva concretização, desde que estas deixem imunes os fatos pretéritos consumados segundo a lei anterior.

11.2 — *Da inconstitucionalidade do decreto*

Além disso, o decreto nº 97.223/88 é manifestamente inconstitucional na parte em que determina às Universidades a proibição de criação de novos cursos.

Sua flagrante inconstitucionalidade decorre de três vícios: a infrigência ao *princípio da legalidade*, a violação da *autonomia universitária* e a exorbitância do *poder regulamentar*.

É o que se passa a verificar.

12.2.1 — O decreto infringe o *princípio da legalidade*, consagrado na Constituição vigente pelo art. 5º, II, o qual prescreve que

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"

A.pontado pelos constitucionalistas como a base fundamental do Estado de Direito, o princípio significa que apenas as leis podem circunscrever e limitar as liberdades. Como, aliás, já estabelecia o art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[8].

No caso *sub examine*, inexiste lei que proiba as Universidades de criarem os cursos que, no gozo de sua autonomia, entendam elas instituir. A proibição do Decreto n. 97.223/88, com relação às Universidades, é flagrantemente inconstitucional. E, sendo inconstitucional, é nula e írrita, não podendo produzir qualquer efeito válido.

11.2.2 — Liga-se à questão do princípio da legalidade a atinente à *autonomia universitária*, igualmente ferida pelo Decreto nº 97.223/88."

Como visto (*supra*, ns. 1/3), a autonomia universitária constitui, hoje, princípio de natureza constitucional (art. 207 CF). Mas mes-

7 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Comentários à Constituição brasileira, Saraiva, São Paulo, 5ª ed., 1984, p. 591.

8 É o seguinte o texto do art. 4º da Declaração: "A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. *Esses limites somente podem ser estabelecidos pela lei.*"

mo quando decorria apenas de normas infraconstitucionais, o próprio Poder Executivo reconheceu que compreendia ela o poder de autodeterminação na criação de novos cursos, excluindo por isso as Universidades da proibição que havia erigido para os estabelecimentos de ensino isolados (art. 1º, §1º, do Decreto 93.594/86).

Por outro lado, já se afirmou neste parecer que a autodeterminação e a auto-normação nao são absolutas, devendo ser exercidas dentro dos limites da *lei* (desde que razoável). Mas, onde a lei não as limita, são plenas.

Nenhuma limitação existindo, na lei, à criação de novos cursos pelas Universidades, o decreto que a impôs é inconstitucional, por vulnerar a autonomia universitária.

Por mais essa razão, inconstitucional que é o decreto nº 97.223/88, é nula e írrita, e conseqüentemente ineficaz, a disposição que estendeu às Universidades a proibição de criação de novos cursos.

11.2.3 — O decreto nº 97.223/88 é, ainda, inconstitucional por *exorbitar* do *poder regulamentar*.

O fundamento para a proibição da criação de novos cursos pelas Universidades, invocado no referido decreto, foi o art. 84, IV CF. O mencionado dispositivo prescreve:

Art. 84: "Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

IV — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução."

Infere-se daí que o indigitado decreto é um diploma que edita normas para a fiel execução das leis.

Ora, como já visto, não há lei que possibilite ao Poder Executivo sustar a criação de novos cursos para as Universidades. Não há, pois, como estabelecer por decreto a *regulamentação proibitiva* estabelecida, como se se tratasse de um desdobramento da lei.

Nessa linha, clássica é a lição sobre os limites impostos à faculdade de regulamentação. VICENTE RAO, em palavras lapidares, afirmou que o Executivo não pode criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações constantes da lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proibe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos e obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir o ato; atingir, alterando-o por qualquer modo, o texto ou o espírito da lei.[9].

Destaque-se, desses limites, o configurado pelo "grave abuso" do Executivo, consistente em "ordenar ou proibir o que a lei não ordena ou não proíbe"[10].

Por mais essa razão, a imposição de limites à criação de cursos pelas Universidades, por decreto, é inconstitucional, por exorbitar do poder regulamentar, sendo essa limitação nula e írrita e, conseqüentemente, ineficaz.

V — DA POSTERIOR EDIÇÃO DO DECRETO Nº 98.377/89. DE SUA INAPLICABILIDADE AO CURSO DE MEDICINA DA U. E DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE

12. Também posterior à criação do Curso de Medicina pela U. é a edição do Decreto nº 98.377/89, que prescreveu a necessidade de os novos cursos na área da saúde, a ser ministrados por estabelecimentos isolados e por universidades, passarem pela autorização prévia do Presidente da República, após parecer favorável de Conselho de Educação competente e manifestação do Conselho Nacional de Saúde.

E, pelas mesma razões expostas com relação ao Decreto nº 97.223/88 (*supra*, n. 11), o segundo decreto não pode ser aplicado ao Curso de Medicina criado pela U.

Com efeito.

9 VICENTE RAO, O direito e a vida dos direitos, 1º vol., nº 225.

10 JOÃO BARBALHO, Constituição Federal Brasileira, 2ª ed., 1924, p. 250, reportando-se à lição de PIMENTA BUENO.

13 — Impede-o, em primeiro lugar, o princípio da *irretroatividade* das leis e dos atos normativos secundários, impedindo que seja alcançado pela norma posterior o *ato jurídico perfeito* e o *direito adquirido* que deste se origina (*surpa*, nº 11.1).

14 — Além disso, o Decreto nº 98.377/89 é manifestamente *inconstitucional*, sendo írrita e nula, e conseqüentemente ineficaz, a exigência, estabelecida por decreto, de submissão da criação de cursos, pelas universidades, à autorização prévia do Poder Executivo e à manifestação anterior do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho de Educação competente.

E é inconstitucional, pelas mesmas razões que inquinaram o Decreto nº 97.223/88.

15 — Isso porque também o Decreto 98.377/89 infringe o *princípio da legalidade*, pelo qual somente a lei pode estabelecer a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (*supra*, nº 11.2.1)

No caso *sub examine*, inexiste lei que determine às Universidades que a criação de novos cursos deva subordinar-se a autorização e requisitos prévios. A determinação do decreto é inconstitucional.

16 — Do mesmo modo, é inconstitucional o decreto por ferir a *autonomia universitária* (*supra*, nº 11.2.2) que compreende a auto-determinação e a auto-normação. Embora essas não sejam absolutas, devendo ser exercidas dentro dos limites da *lei* (desde que razoável), onde a lei não as limita, são plenas.

Nenhuma limitação existindo, na lei, à criação de novos cursos pelas Universidades, independentemente de autorizações ou requisitos prévios, o decreto que as impôs é inconstitucional, por vulnerar a autonomia universitária.

Aliás, examinando especificamente o Decreto nº 98.377/89, o CFE, em parecer de lavra do Eminente CAIO TÁCITO, teve oportunidade de assentar:

"Ademais, a aplicação dos decretos citados a universidades — às quais a lei confere a liberdade de criar cursos, sujeitos a reconhecimento a *posteriori* — viola o princípio constitucional da autonomia universitária"[11]

17 — O decreto nº 98.377/89 é, ainda, inconstitucional — assim como o é o de nº 97.223/88 — por *exorbitar do poder regulamentar* (*supra*, nº 11.2.3).

Aqui também, o fundamento para a expedição do decreto foi o art. 84, IV CF, atinente ao poder regulamentar que consiste em editar normas para a fiel execução das leis.

18. Nem socorre ao Poder Executivo a invocação, como fundamento do Decreto, do art. 47 da Lei nº 5.540/68, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 842/69.

Com efeito, o art. 47 da Lei de Diretrizes e Bases somente se refere às formalidades necessárias para *a criação de novos cursos nos estabelecimentos isolados de ensino superior*, ficando excluídas de sua abrangência as Universidades, salvo no que toca à própria criação destas.

Nenhuma formalidade estabelece o art. 47 da Lei nº 5.440/69 quanto à criação de *novos cursos* por Universidades reconhecidas, de modo que sempre se entendeu independerem esses cursos, quando criados por Universidades, de autorização prévia, submetendo-se apenas a reconhecimento posterior (v. *supra*, nº 3).

E tanto isso é verdade que o Decreto nº 87.911/82, ao regulamentar o art. 47 da Lei nº 5.540/69, estabeleceu com toda a propriedade do *caput* do art. 1º:

Art. 1º: "A criação de universidades e de estabelecimentos de ensino superior, ou de novos cursos *nestes últimos estabelecimentos*, será autorizada pelo Presidente da República, após parecer favorável do Conselho de Educação competente."

O Decreto nº 87.911/82 atuou realmente nos limites da lei, regulamentando-a. Não fez assim o Decreto nº 98.377/89 que, a pretexto do exercício do poder regulamentar, e invocando indevidamente o disposto na lei, exorbitou do referido poder ao impor às Universidades formalidades e requisitos para a criação de novos cursos, que a lei não contempla[12].

11 Par. CFE nº 1.030/89, Câmara de Legislação e Normas, vot. 5.12.89, Rel. CAIO TÁCITO.

12 No mesmo vício incide o Decreto nº 98.391/89, quanto à criação de novos cursos jurídicos pelas Universidades.

Assim, não havendo lei que estabeleça formalidades e requisitos prévios às Universidades para a criação de cursos (em geral, e especificamente na área da saúde), não há como estabelecer por decreto a *regulamentação restritiva* estabelecida, como se se tratasse de um desdobramento da lei. Lembre-se, mas uma vez, a lição de VICENTE RAO, quanto à impossibilidade de o Executivo criar obrigações novas, que a lei não criou; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proibe; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir o ato; atingir, alterando-o por qualquer modo, o texto o espírito da lei.[13]. Tudo isso implica "grave abuso" do Executivo, consistente em "ordenar ou proibir ou que a lei não ordena ou não proibe", nas palavras de JOÃO BARBALHO[14].

Por mais essa razão, a imposição de formalidades prévias à criação de cursos pelas Universidades na área da saúde, por decreto, é inconstitucional, por exorbitar do poder regulamentar.

É o que também deixou assente o CFE, em voto do Relator CAIO TÁCITO, proferido especificamente quanto ao Decreto nº 98.377/89, ao afirmar:

"O poder regulamentar, próprio do Presidente da República, visa a dar "fiel execução às leis" (Constituição, art. 84, n. IV, *in fine*); não lhe outorga força para reformar ou elidir comando estipulado em ato legislativo. O excesso de poder regulamentar contém, em suma, eiva de inconstitucionalidade"[15].

19 — Por tudo isso, o Decreto nº 98.377/89 não se aplica ao Curso de Medicina criado pela U.: primeiro, por não poder lhe se dar aplicação retroativa, devendo deixar a salvo o ato jurídico perfeito do qual decorre o direito adquirido da U. à instalação do Curso de Medicina. Segundo, por ser flagrantemente inconstitucional no que se refere às Universidades, pelo que, no que lhes diz respeito, suas normas são nulas e írritas e conseqüentemente ineficazes.

VI — RESPOSTA AOS QUESITOS

20 — Assim examinada a questão que me foi submetida, passa a responder aos quesitos apresentados pela consulente, nos seguintes termos:

Quesito nº 1 — *Podia a U., como o fez, criar o Curso de Medicina, em 30.9.88, independentemente de autorização do Ministério de Educação? Por quê?*

Resposta — Sim. As Universidades regularmente reconhecidas, no exercício da autonomia universitária, não se subordinam a qualquer autorização prévia para a criação de novos cursos, sujeitas apenas a reconhecimento posterior. Não havia — e não há — na Constituição e no corpo de leis vigentes no país (notadamente na Lei nº 5.540/68) nenhuma restrição à autonomia universitária, nesse ponto. Por outro lado, à época da criação do Curso de Medicina, vigia o Decreto nº 93.594/86 (cuja vigência fora prorrogada pelo Decreto nº 95.003/87), que expressamente excluia da proibição de criação de novos cursos as Universidades (v. *supra*, nºs 1/5 deste parecer).

Quesito nº 2 — *O superveniente Decreto nº 97.223, de 15.12.88, que estendeu às Universidades a proibição da criação de novos cursos, afetou a criação do Curso da Medicina da U.? Por quê?*

Resposta — Não. Com a criação do Curso de Medicina, perfecionou-se o ato jurídico, consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Daí decorreu o direito adquirido da U. à instalação do Curso de Medicina, que podia — e pode — ser exercido a qualquer momento (v. *supra*, nºs. 6/9 do parecer).

13 VICENTE RAO, O direito e a vida dos direitos, 1º vol., nº 225.

14 JOÃO BARBALHO, Constituição Federal Brasileira, 2ª ed., 1924, p. 250, reportando-se à lição de PIMENTA BUENO.

15 Par. CFE nº 1.030/89, Câmara de Legislação e Normas, v. 5.12/89, Rel. CAIO TÁCITO.

O decreto nº 97.223/88, posterior à criação do Curso de Medicina, não pode ter e não tem efeito retroativo, podendo aplicar-se somente para o futuro e não afetando, portanto, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido dele decorrente (v. parecer, nº 11.1 *supra*).

Além disso, o indigitado decreto é flagrantemente inconstitucional na parte em que estende às universidades a proibição de criação de novos cursos. E o é por três razões: por infringir o princípio da legalidade, pelo qual somente a lei pode obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (*supra*, nº 11.2.1 deste parecer); por ferir a autonomia universitária, que é plena, enquanto não limitada pela lei (*supra*, nº 11.2.2 do parecer); e por exorbitar do poder regulamentar, que se cinge à expedição de normas para a fiel execução das leis (*supra*, nº 11.2.3 do parecer).

E por ser inconstitucional, a disposição do Decreto que estende às Universidades a proibição de criarem novos cursos é nula e írrita, não tendo qualquer eficácia e não afetando, também por isso, o ato de criação do Curso de Medicina pela U.

Quesito nº 3 — *O posterior Decreto nº 98.377, de 8.11.89, que dispõe sobre a criação de novos cursos de ensino superior na área da saúde por universidades ou por estabelecimentos isolados, aplica-se ao Curso de Medicina criado pela U., no que concerne à manifestação do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho de Educação e à autorização do Presidente da República? Por quê?*

Resposta. Não. Também posterior à criação do Curso de Medicina de U., o Decreto nº 98.377/89 não tem, igualmente, efeito retroativo, dexiando a salvo o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (*supra*, nºs 12/13 do parecer).

Ademais, e pelas mesmas razões aduzidas na resposta ao quesito acima, o referido decreto é inconstitucional, por violar o princípio da legalidade, a autonomia universitária — que só se subordina às limitações da lei, e a lei razoável — e por exorbitar do poder regulamentar (parecer, nºs 14/17 supra).

Especificamente quanto ao Decreto nº 98.377/89, que pretendeu regulamentar o art. 47 da Lei nº 5.540/68, é bem de ver que este só se refere às formalidades necessárias para a criação de novos cursos nos estabelecimentos isolados de ensino superior. Nenhuma formalidade ou pré-requisito prévio estabelece a Lei de Diretrizes e Bases quanto à criação de novos cursos por Universidades regularmente reconhecidas. Tanto assim que o Decreto nº 87.911/82, ao regulamentar — corretamente — o art. 47 da Lei nº 5.540/68, só se referiu a formalidades necessárias à criação de novos cursos pelos estabelecimentos isolados de ensino superior (v. parecer, n. 18 *supra*).

Quesito nº 4 — *Pode a U. proceder à implantação imediata do Curso de Medicina, sem mais formalidades, realizando o concurso vestibular, com base na criação do mencionado curso pela Portaria GR.09/88, de 17.9.88, e nas grades curriculares autenticadas pela Secretaria Executiva do CFE?*

Resposta — Sim. Do tudo que foi dito decorre que o ato de criação do Curso de Medicina da U. configurou ato jurídico perfeito, que se aperfeiçoou pela lei vigente à época do ato de criação. Daí surgiu o direito adquirido da U. à instalação do Curso e à feitura do concurso vestibular, que podia — e pode — realizar a qualquer momento.

Os decretos posteriores (nºs 97.223/88 e 98.377/89) em nada interfiram ou interferem com a criação do Curso de Medicina e com sua imediata instalação, seja por serem irretroativos, seja por sua flagrante inconstitucionalidade no que diz com as limitações impostas às Universidades e não contidas em lei.

É o parecer.

São Paulo, 12 de abril de 1993.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.