REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL — PRINCÍPIO DE RAZOABILIDADE — DESVIO DE PODER

PARECER

ENTIDADES PRESTADORAS OU INTERMEDIADORAS DE SERVIÇOS MÉDICOS — SUJEIÇÃO A NORMAS DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA — REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL E DELIMITAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DA AUTARQUIA — NULIDADE DE RESOLUÇÃO DESBORDANTE DE SEUS PODERES E INCURSA EM "IRRAZOABILIDADE" — DESVIO DE PODER

Entidade representativa de Santas Casas de Misericórdia, entidade representativa de Estabelecimentos de Saúde e entidade representativa de estabelecimentos de Medicina de Grupo, submetem a meu exame a Resolução nº 1.401, de 11.11.93, do Conselho Federal de Medicina, formulando a seguinte

CONSULTA

I. São válidos e escorreitos perante a Constituição os arts. 1º e 2º, letras "a" e "d", da Resolução nº 1.401, de 11.11.93, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, dispositivos estes que *impõem às entidades que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares obrigação de garantirem atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde e lhes vedam estabelecer restrições quantitativas ou de qualquer natureza* (art. 1º), bem como impõem às empresas de medicina de grupo o dever de assegurarem aos seus afiliados "*ampla e total liberdade de escolha do médico pelo paciente*" (*art. 2º, letra "a") e "inteira liberdade de escolha de estabelecimento hospitalares, laboratórios e demais serviços complementares pelo paciente e pelo médico*" (art. 2º, letra "d")?

II. As disposições da citada Resolução são aplicáveis aos contratos travados anteriormente à sua edição, pelas entidades a que se refere seu art. 1º com os beneficiários dos serviços que prestam ou de que são intermediários?

Às indagações respondo nos termos que seguem.

PARECER

1. Perante as indagações formuladas, parafraseando o ex-Ministro do S.T.J., OROZIMBO NONATO, poder-se-ia dizer o mesmo que disse ele ao propósito de outra questão, cuja resposta era igualmente evidente e denegatória: "O mesmo é propor a questão que lhe dar resposta negativa".

Deveras: É óbvia a ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 1º e das letras "a" e "d" do art. 2º da Resolução nº 1.401, de 11.11.93, expedida pelo Conselho Federal de Medicina. Óbvio também é que o nela preceituado jamais poderia aplicar-se aos contratos em vigor, ainda que se prescindisse dos vícios aludidos.

Assim, a ambas as indagações formuladas na Consulta haver-se-ia de dar, *incontinenti*, resposta frontalmente negativa; ou seja: o art. 1º e as letras "a" e "d" do art. 2º da Resolução nº 1.401, de 11.11.93, do CFM, não são compatíveis nem com a lei nº 3.268, de 30.09.57, nem com a Constituição. Demais disto, seus preceptivos jamais poderão incidir sobre os contratos firmados anteriormente à edição

destes comandos do órgão de classe, ainda que não estivessem gravados da coima apontada.

2. Com efeito, o ato em causa ressente-se de três fulminantes vícios, perceptíveis "prima facie" e cada qual bastante, *de per si*, para caracterizar-lhe invalidade absoluta; a saber:

(a) a Resolução nº 1.401 incidiu sobre matéria estranha à competência do Conselho Federal de Medicina, inobstante seja de sua alçada expedir normas abrangentes das entidades contempladas no art. 1º (com exceção das empresas de seguro-saúde);

(b) a Resolução nº 1.401 invadiu matéria pertinente à habitualmente chamada "reserva legal";

(c) a Resolução nº 1.401 incorreu no que se denomina "irrazoabilidade" da norma em face do sistema constitucional, defeito jurídico de supina gravidade que desnatura a regra produzida e acarreta sua invalidade.

Examinemos cada um destes vícios.

I — MATÉRIA ESTRANHA À COMPETÊNCIA DO CONSELHO

3. O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal (tanto como o são os Conselhos Regionais), conforme, aliás, expressa dicção do art. 1º da mencionada lei nº 3.268, de 30.09.57, que o disciplina (e disciplina os Conselhos Regionais).

É, portanto, uma entidade administrativa, auxiliar do Estado em sua função administrativa. Donde, os atos que pratica, as normas que edita — *tal como provenientes do Executivo*, ou seja do conjunto orgânico encarregado de exprimir a feição administrativa do Estado — são atos e normas de direito administrativo. Ou seja: o Executivo não regulamenta nada de direito civil, de direito penal, de direito comercial, de direito processual civil, de direito processual penal etc.

O Executivo só *regulamenta normas de direito administrativo* (compreendido em sentido lato, isto é, abrangendo também o direito tributário e o financeiro, por exemplo). Assim, também, uma autarquia só expede normas acantonadas nesta seara do direito. O que extravasar deste ramo jurídico *escapa à alçada de qualquer autarquia.*

3. De outro lado, entre os atos administrativos (normativos ou não) do Executivo e os de autarquias há uma evidente diferenças de âmbito.

Com efeito, as autarquias, salvo as chamadas territoriais ou geográficas (como as Comunas européias), são pessoas especializadas, "entes monofucionais", como dizem alguns (cf. BRIAN CHAPMAN, Devolução de Poderes a Instituições Autônomas, Inclusive Entidades Profissionais e Universidades, Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1960, p. 17). Criadas para se ocuparem de *um segmento específico* da atividade administrativa, a dizer, de um setor determinado dentro os múltiplos que estão a cargo do Executivo, têm *competência restrita*: limitada à órbita correspondente ao *particular círculo de interesses colocados sob sua cura (cf. nossa* "Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, Ed. Rev. dos Trib., 1967, pp. 386 e ss.).

Daí que, enquanto o Executivo edita normas regulamentares sobre leis administrativas incidentes sobre quaisquer *assuntos desta natureza*, as autarquias, de revés, só podem editar atos (normativos ou não) pertinentes ao campo correspondente à *especificidade das atribuições que lhes foram legalmente cometidas.*

4. Ora bem, qual o campo de atribuições irrogado pela lei ao Conselho Federal de Medicina? Em palavras mais precisas: qual a esfera de competência da entidade ou, em expressões ainda mais concretas; *sobre que matérias pode o Conselho Federal dispor*? A resposta está na lei.

O art. 2º da referida lei nº 3.268 dispõe:

"O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao meu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente".

Estão, pois, aí, estampados os interesses entregues à compita do Conselho Federal, o

que permite a *primeira delimitação* de sua esfera de atividade; primeira, porque, uma vez definido um campo sobre o qual incide a ação de um dado sujeito, cumpre verificar, em seguida, quais *os meios que lhe são reconhecidos como* pertinentes para asseguramento dos fins a que estão prepostos; isto é, cumpre verificar quais as atribuições que lhe assistem na matéria.

5. Contudo, antes mesmo de fazê-lo, isto é, previamente à segunda e indispensável delimitação necessária para identificar as providências que o Conselho pode adotar para cumprimento de suas finalidades, desde logo se nota e se pode, então, dizer que as competências desta autarquia incidem exclusivamente sobre três matérias:

(a) ética médica;

(b) prestígio e bom conceito da profissão e

(c) padrão técnico do exercício da medicina.

Com efeito, suas finalidades, conforme o referido art. 2º, concernem à supervisão "da ética profissional", "julgamento e disciplina da classe", zelo pelo "desempenho ético" e pelo "prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam".

Assim, é evidente — e da evidência solar — que escapam à competência do Conselho determinações que regulem questões estranhas à ética profissional, ao prestígio e bom conceito da profissão, assim como ao julgamento e disciplina da classe *quanto aos aspectos mencionados e também, quanto ao padrão técnico exigível*, (pois este é determinante do prestígio e bom conceito).

Veja-se que a dicção mais ampla e compreensiva, dentre os temas referidos pelo art. 2º em causa, é a que alude ao "julgamento e disciplina da classe". É óbvio, contudo, que tal disciplina e julgamento concernem aos aspectos de que está incumbido o Conselho e não de outros aspectos, alheios à esfera de interesses que deve curar.

6. Ora bem, é liminarmente perceptível que nenhum destes aspectos está envolvido nas determinações constantes do art. 1º da Resolução, segundo o qual "*as empresas de Medicina de Grupo, as cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza*" (art. 1º);

Deveras, a circunstância de uma empresa de medicina de grupo e demais entidades referidas no artigo volverem sua atuação a múltiplos campos da patologia — mas não a todos — obviamente em nada interfere com a ética médica, com a qualidade técnica dos serviços ou com o bom nome e prestígio da profissão.

Assim como não atenta contra a ética, contra o bom nome ou o padrão técnico da profissão o fato de um médico especializar-se em determinado ramo profissional (e não em todos: o que seria "uma *contraditio in adjectis*") ou o fato de um hospital especializar-se no tratamento da lepra, da tuberculose, do câncer, do pênfigo foliáceo ou dos defeitos da face etc., evidentemente também não pode atentar contra estes valores a circunstância de uma entidade delimitar o campo de serviços médico profissionais que prestará ou acobertará. Menos ainda se imaginará que o decoro, a dignidade, o bom nome da profissão se vejam comprometidos pelos especialistas e, portanto, pelas organizações que se especializassem em algum setor da medicina.

Assim como a CFM, presumivelmente, não acudiria proibir que os médicos se dedicassem, nos próprios consultórios, ao atendimento específico de afecções gástricas ou distúrbios mentais, "exempli gratia", ou que se esquivassem de atender determinadas moléstias (salvo em hipóteses caracterizadoras de omissão de socorro), não lhe deveria haver acudido estabelecer proibição da mesma espécie a pessoas jurídicas que se propõem a assegurar provimento médico com restrição de dadas moléstias. Deveras, a mesma lógica que adversaria o rematado absurdo figurado, por razões ainda mais veementes rechaça o dislate de pretender forçar entidades privadas e assegurarem "contratualmente", isto é, como fruto da "autonomia da vontade", assistência médica à universalidade de enfermidades, sob pena de lhes ficar interdito o exercício de seus escopos societários.

7. Acresce que tais pessoas são entidades privadas e, ao contrário do Estado, não têm o dever constitucional de propiciar acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (art. 196). Ditas entidades não estão obrigadas a tais serviços e também não obrigam ninguém a filiar-se ou a permanecer filiado a elas, a relacionar-se ou a persistir relacionado com elas.

Quem o faz é porque, ante o caráter insatisfatório dos serviços de saúde prestados pelo Estado, reputa conveniente a seus interesses a cobertura médica que proporcionam e tal como a proporcionam. Ou seja: quem recorre a estes sujeitos considera que os serviços abrangidos atendem aos seus propósitos de amparo médico suficientemente para justificar o engajamento na relação, com a correlata contrapartida econômica a que os interessados livremente se obrigam e mantém enquanto queiram manter-se vinculados.

Donde — é fundamental ressaltar — esta relação entretida pelas partes é manifestamente uma relação de direito civil, procedida na conformidade das *leis civis*, constituindo-se, pois, em assunto, por definição, *estranho ao direito administrativo* e, portanto, *à esfera de interesses entregues à compita de uma autarquia profissional.*

O que é de direito administrativo, sim, é a relação existente entre o Estado e os prestadores de tais serviços, *no que concerne* à seriedade, *ética, bom nome e prestígio profissionais*, os quais postulam respeito ao nível de qualidade técnica indispensável ao desempenho da atividade em causa. E que o Poder Público, como regulador da vida social e curador de interesses coletivos, tem compreensível empenho em que os particulares exercentes de atividades desta natureza (pessoas físicas ou jurídicas) só possam fazê-lo na conformidade de padrões respeitosos a tais valores. Por isto, disciplina e fiscaliza a obediência a eles, através de uma autarquia corporativa profissional.

Nem por isto dita autarquia pode extrapolar o campo que lhe corresponde (que é o de adscrever-se a promover exigências e fiscalizações acantonadas neta esfera) para vir a imiscuir-se em assuntos alheios à ética profissional, ao prestígio e bom nome da medicina e dos médicos ou ao padrão mínimo de qualidade técnica demandados como requisito para seu exercício.

8. Por idêntica ordem de razões aduzidas, o art. 1º da Resolução não podia vedar que o acobertamento da prestação ou intermediação de serviços médicos contivesse "*restrições quantitativas ou de qualquer natureza*".

Aliás, dispositivos de tal ordem, como ao diante se verá, tocam as raias do absurdo e levam justamente à mencionada "irrazoabilidade" (a ser examinada em tópico aparte) que, conforme dito, "desnatura a regra produzida e acarreta sua invalidade". Com efeito, entre as restrições inevitáveis, no caso do sistema de Medicina de Grupo, que se assenta em bases atuariais (sem o que se inviabilizaria) está alguma carência. Por exemplo, seria insustentável que, com oito meses de gravidez, todas as mulheres se filiassem para obter internamento e parto custeados com uma única mensalidade! Idem, se todos os necessitados de cirurgia cardíaca procedessem do mesmo modo. Estabelecer imposições como as estatuídas no art. 1º da Resolução ou é fruto de uma irreflexão levada ao limite do inconcebível — para usar-se uma linguagem eufemística — ou então (o que é mais provável, para não se irrogar ao Conselho tão portentosa falta de discernimento) é pura e simplesmente um caso estampando de "desvio de poder", mal disfarçado. É dizer: a medida almejaria, simplesmente, inviabilizar — e dessarte extinguir — o sistema de medicina de grupo, inobstante se trate de atividade reconhecida como legal pelo próprio Conselho, tanto que, com fundamento na lei nº 6.839, de 30.10.80, exerce, em relação às entidades que a desempenham, o poder de registro e de fiscalização profissional.

Tratando-se de um livre acordo firmado por particulares em relação a um objeto lícito, a extensão dos comprometimentos recíprocos pode, como em outra avença qualquer, ser composta em termos mais ou menos amplos ou, dito pelo reverso, mais ou menos restritivos, fato que é determinado pela viabilidade econômica do ajuste para ambas as partes e, evidentemente, pela concordância que reci-

procamente se outorguem. Assim, não seria juridicamente possível ao Conselho Federal de Medicina impedir restrições e, ademais, de "qualquer natureza". "Data maxima vênia" chega a ser rebarbativo o uso da sobredita expressão.

Ao Conselho caberia apenas, se fosse o caso, estabelecer impedimento a *restrições tais ou quais, na hipótese destas limitações por ele focadas trazerem consigo agravos ao prestígio e bom nome da profissão ou dos profissionais, de traduzirem desrespeito à ética médica ou de implicarem postergação à qualidade técnica doa tendimento devido. Aí* estaria o órgão de classe manifestando-se em assuntos de sua alçada, mas, fora deste círculo de interesses, que lhe é afeto, nada lhe cabe determinar e muito menos da forma desatada como consta do art. 1º da Resolução "sub examine", pois, com ela, vai comprometida toda a autonomia da vontade das partes.

9. Vícios da mesma índole enfermam o art. 2º, letras "a" e "d" da Resolução nº 1.401, os quais determinam, respectivamente, que as entidades destinatárias de seus comandos assegurem aos pacientes "ampla e total liberdade de escolha do médico" e "inteira liberdade de escolha dos estabelecimentos hospitalares, laboratórios e demais serviços complementares pelo paciente e pelo médico".

Lei alguma atribui ao CFM titulação jurídica para traçar a política de saúde do País e em termos tão desatados que pudesse arregimentar forçadamente entidades de direito privado a proverem, com suas atuações privadas, assistência para a universalidade de enfermidades, sem restrições quantitativas ou de qualquer natureza, assegurada, ainda, ampla e total liberdade de escolha de médico, estabelecimentos hospitalares e demais serviços complementares, sob pena de embargar-lhes as atividades pela denegação de registro.

Lei alguma o investiu no poder de implantar um dirigismo econômico de tal porte (e nem se imaginaria que pudesse surgir diploma legal incurso em tal dislate) pelo qual lhe fosse dado instaurar suas peculiares *concepções políticas* acerca do modo que estimasse conveniente para acudir à deficiência do Poder Público no suprimento da saúde pública no País.

Com efeito, é visível que o teor da Resolução não é o de exprimir simplesmente condições para uma normal disciplina e fiscalização profissional, mas a de altear-se ao papel de definidora de uma política na qual pretende manipular determinadas entidades para convertê-las em sucedâneo do Poder Público na assistência de saúde no País, dado o malogro governamental em cumprir o dever constitucional imposto pelo art. 196. A menos que este ambicioso modelo nada mais represente senão uma capa para ocultar o intento de forçar a inviabilização quando menos de alguns dos tipos de entidades relacionadas no art. 1º.

Salta aos olhos que as providências nela previstas deliram exorbitantemente das finalidades legalmente assinadas ao Conselho Federal de Medicina. Além de, como visto, não encontrarem supedâneo em dispositivo algum da lei 3.268, de 30.09.57, ainda investem, à generala, no campo da livre iniciativa, penetrando invasiva e abertamente — como além se dirá — na esfera habitualmente designada como própria, em tese, da "reserva da lei", pois, "in concreto", nem mesmo a lei poderia dispor desta maneira sem incidir no vício de inconstitucionalidade. E que, se o fizesse, incorreria em "desvio de poder legislativo" e burlaria os arts. 5º, XIII, 170, "caput" e seu inciso IV, além de inverter o sentido do art. 196, todos da Constituição Federal.

10. Deixou-se averbado que através da verificação dos interesses entregues à compita de uma dada entidade governamental, obtém-se uma *primeira* delimitação de sua esfera de atividade legítima e que tal delimitação é ainda incompleta, pois, uma vez reconhecido o campo sobre o qual incide a ação de um dado sujeito, cumpre verificar, em seguida, *quais os meios que lhe são reconhecidos* como pertinentes para asseguramento dos fins a que estão prepostos; isto é, cumpre verificar quais as *atribuições* que lhe assistem na matéria. É só ao cabo deste exame, em sua completude, que se obtém a delimitação precisa da competência da entidade.

Deveras, no Estado de Direito, é uma garantia para os cidadãos não apenas a segurança de que o Poder Público só pode buscar as finalidades estipuladas nas leis, mas também

a de que, ao buscá-las, só poderá fazê-lo através dos meios que o Distrito antecipadamente e adrede concebeu como sendo os adequados para o atingimento de cada uma delas. Cumpre, no Estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados, quanto porque estes mesmos fins só podem ser alcançados pelas vias previstas na regra de direito como adequadas ao caso.

11. Trata-se, pois, de consultar a lei habilitante do Conselho Federal de Medicina (lei nº 3.268, de 30.09.57) e verificar aí quais as "atribuições" que lhe foram outorgadas. Trata-se, em suma, de verificar quais os poderes que especificamente a lei reputou que lhe poderiam ser irrogados. Estes poderes estão arrolados no art. 5º, cujos termos são os seguintes:

"*São atribuições do Conselho Federal:*

a) organizar o seu regimento interno;

b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais;

c) eleger o presidente e o secretário geral do Conselho;

d) promover quaisquer diligências ou verificações relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem de sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória;

f) propor ao governo Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei;

g) expedir as instruções necessária ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais;

h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimi-las;

i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais ou de qualquer interessado, deliberar sobre admissão de membros aos Conselhos Regionais e rever penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos".

Como se vê, debalde procurar-se-á entre as atribuições do Conselho Federal de Medicina alguma que lhe houvesse permitido estabelecer que

"*as empresas de Medicina de Grupo, as cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionada ao Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza*" (art. 1º);

ou que estão assujeitadas a obedecer princípios segundo os quais assegurarão:

"*ampla e total liberdade de escolha do médico pelo paciente*" (art. 2º letra "a");

"*inteira liberdade de escolha de estabelecimentos hospitalares, laboratórios e demais serviços complementares pelo paciente e pelo médico*" (art. 2º, letra "d").

E, pois, de meridiana evidência que a Resolução submetida a nosso exame, de um lado e como visto, extrapola o âmbito de atuação do Conselho Federal de Medicina, tal como definido no art. 2º da lei que o rege e, de outro lado, surpreendentemente, não tem estribo em norma habilitante alguma, isto é, não tem como supedanear-se em nenhum dos incisos do art. 5º, que lhe delimita as atribuições. O conteúdo versado no art. 1º e nas letras "a" e "d" do art. 2º da Resolução nº 1.401, de 11.11.1993 configura, então, um caso paradigmático de "usurpação de funções" e, especificamente, de "usurpação de poderes" do Poder Legislativo!

Afora esta aberrante inconstitucionalidade, de que se tratará em tópico próprio, acresce, ainda, que a medida do CFM afrontou diretamente alguns dispositivos constitucionais pertinentes especificamente ao tema nela versado.

12. Os dispositivos afrontados concernem à liberdade do exercício de trabalho, ofício ou profissão, à liberdade de iniciativa em geral, exercida ou regime de livre concorrência e à liberdade de iniciativa especificamente no campo da assistência à saúde, em contraste com o dever do Estado em relação a ela.

Dispõe o art. 5º, XIII, da Lei Magna:

"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Estatuem o art. 170, "caput" e seu inciso IV:

"*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

I — .....

II — .....

III — .....

IV — livre concorrência"

Reza o art. 196:

"*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Estabelece o art. 199:

"A assistência à saúde é livre à iniciativa privada"

Destes vários preceptivos exsurge que não é constitucionalmente tolerável obstar o exercício de atividade, ofício ou profissão, uma vez atendidos os requisitos de qualificação profissional estabelecidos em lei (não, pois, em regulamento, decreto, portaria ou resolução). Vale dizer: nem mesmo a lei pode — donde muito menos uma simples "Resolução" do CFM o poderia — abicar indiretamente em tal resultado, criando constrangimentos que, desatendidos, resultariam no impedimento ao exercício da profissão, ofício ou atividade.

13. É que, tal como o diz a Constituição, para o exercício delas o que se demanda são requisitos de "qualificação profissional". Ora bem: requisitos de qualificação profissional são os que dizem com a habilitação, ou seja, com a aptidão técnica e a idoneidade ética em seu desempenho (esta, quando menos e liminarmente para certas profissões).

Donde, exigências quanto ao âmbito de cobertura a ser dado por um contrato de assistência médica ou a modalidade de prestação dela (abrangência de toda e qualquer enfermidade ou exclusão de algumas), imposições relativas à existência ou não de restrições (cláusulas de carência), determinações atinentes à liberdade de eleição do profissional, do hospital e de serviços complementares, por serem estranhas à "qualificação profissional", não podem ser estabelecidas nem mesmo por lei, sob pena de inconstitucionalidade. Se a lei o fizesse estaria cerceando uma liberdade básica, um direito fundamental, que é, justamente, o de poder prover a própria subsistência e diligenciar o conseqüente progresso econômico.

Coisa diversa, evidentemente, seria a normação que detivesse comportamentos antisociais, em nome, exempli gratia", da ordem pública, da segurança pública, da defesa do consumidor, isto é, de valores constitucionalmente defendidos e que, à toda obviedade, não poderiam ser afrontados pelos exercentes de atividades, ofício ou profissão. Ainda assim, em tal caso, as correspondentes normas frenadoras, expressivas do chamado "poder de polícia" do Estado (ou, em expressão tecnicamente preferível, das "limitações ao exercício da liberdade ou da propriedade"), *só poderiam derivar do Poder Legislativo; nunca de uma autarquia profissional.* Teriam de ser estabelecidas por lei; jamais por uma "Resolução" de um Conselho.

14. Quando, no art. 170 e inciso IV, a Constituição erige a livre iniciativa em um dos fundamentos da "Ordem Econômica e Financeira" e a declara guiada, entre outros princípios, pela "livre concorrência", não está produzindo uma afirmação inconseqüente, suscetível de ser subvertida por uma lei e, muito menos, por uma mera Resolução de um Conselho Profissional.

Nestes cânones se estampa a tônica de um sistema, consagra-se a diretriz de um ordenamento jurídico-político que, justamente, adversa a instituição de óbices, a ereção de cerceios, a imposição de comportamentos, com o fito de, por vias oblíquas, converter os agentes privados em realizadores de programas ou projetos que incumbe ao Estado prover por suas próprias ações.

Com os preceptivos em causa quer-se, precisamente, obstar que o Estado, valendo-se de

um dirigismo econômico, manipule a iniciativa privada, de molde a arregimentá-la forçadamente, ainda que de modo indireto, à execução de uma política e correspondente conjunto de ações que ele mesmo teria que empreender, mas que, por insuficiência, deficiência ou comodidade, pretende seja suportada pela ação de particulares.

15. No passado, ainda poderiam prosperar dúvidas sobre estas implicações dos versículos constitucionais defensivo da livre iniciativa e da livre concorrência, porém, como o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que possuem o alcance indicado. Isto porque o art. 174 tornou claro que nem mesmo o planejamento feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles, *pode impor-se como obrigatório para o setor privado*. E o que está estampado, com todas as letras do referido dispositivo, segundo o qual:

"*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*".

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair, os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

Assim, é visível que as imposições feitas pelo CFM, no art. 1º e 2º, letras "a" e "d" da Resolução nº 1.401, agridem à escala vista os dispositivos constitucionais transcritos, chocando-se de modo direto com o sentido do art. 199, pois pretendem constituir um arquético prévio de contrato ou de linha de comportamento empresarial a serem seguidos pelas entidades a que se dirigiu. Nisto traduzem um projeto de recrutá-las, impositivamente, para a execução de concepções do próprio Conselho sobre o que convém para o sistema de saúde no País.

Além de cercearem "o livre exercício de atividade, ofício ou profissão" (art. 5º), além de contenderem a "livre iniciativa" nesta esfera (art. 170 e 199), ainda impedem que, através da "livre concorrência" (art. 170, IV), sejam oferecidos planos e prestações diferenciados no que concerne à modalidade de prestação de amparo médico, ao âmbito das restrições que estabeleçam ou à extensão da cobertura assistencial, inibindo, então, que, dentro das inevitáveis limitações atuariais, o sistema se desenvolva e aprimore normalmente, sob o acicate da seletiva receptividade do mercado.

Finalmente, a Resolução subverte o sentido do art. 199, pois mobiliza a iniciativa privada na direção de encargos que o Texto Constitucional, no art. 196, comete ao Estado e não aos particulares.

II — INVASÃO DE MATÉRIA PERTINENTE À CHAMADA "RESERVA LEGAL"

16. De fora parte a cópia de vícios e inconstitucionalidades reconhecíveis na Resolução "sub examine", padece ela, ainda, de uma jaça que a invalida visceralmente, qual seja: invade o campo de atribuições do Poder Legislativo e menoscaba o princípio máximo do Estado de Direito; justamente aquele que o caracteriza como tal, isto é: o princípio da legalidade. Tal princípio, no Brasil, está assentado com extrema energia e aturados precatos.

Sem embargo, a Resolução em causa, fazendo "tabula rasa" dele, pretendeu constituir as entidades a que se dirige em obrigações de fazer e deixar de fazer sem base alguma em lei, como se lhe fosse dado, por força própria, instaurar, a seu talente, limitações e constrições à liberdade de tais sujeitos extraindo-as do nada; ou seja, como se o CFM tivesse o poder de produzir "ex novo" atos de força inaugural na ordem jurídica, inclusive no campo delicado da liberdade das pessoas, o que, como se sabe, é específico do Poder Legislativo. Dessarte, invadiu abertamente um campo habitualmente designado como o da "reserva de lei".

17. Ora, o Texto Constitucional Brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei*".

Em estrita harmonia com tal dispositivo e travando um quadro cerrado dentro do qual se há de circunscrever a Administração direta (e suas entidades auxiliares, como o são as pessoas autárquicas, entre as quais se inclui o CFM), o art. 84, III, ao se referir à competência do Chefe do Poder Executivo para expedir decretos e regulamentos explicita que suas emissões destinam-se à "fiel execução" das leis. *Litterim: "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"*.

Ambos os preceptivos respondem com precisão capilar a objetivos fundamentais do Estado de Direito e exprimem com rigor o ideário e as preocupações que nele se substanciaram. Ambos firmam o chamado *princípio da legalidade da Administração*, o qual, de resto, também está expressamente referido na cabeça do art. 37 da Lei Magna.,

18. Com efeito, por meio das disposições mencionadas cumpre-se o projeto de outorgar às pessoas a garantia constitucional de que suas liberdades não serão de nenhum modo coartadas (nem por proibições nem por imposições) senão em decorrência de mandamento proveniente do *corpo legislativo*; isto é: do colégio representativo dos cidadãos fórum no qual se processa o contemperamento das diferenças entre as várias tendências e grupos que ali se sintetizam.

Com isto firma-se, igualmente, o princípio da garantia da liberdade como regra, em prol da autonomia da vontade, segundo o qual "o que não está proibido aos particulares está, *ipso facto*, permitido". Ante os termos dos preceptivos constitucionais citados, entende-se: "o que não está por lei proibido, está juridicamente permitido".

E este aspecto que o art. 5º, II, enfatiza, conquanto seja certo que também se encontra retratado no art. 84, III. Além disto, na esfera das liberdades de trabalho, ofício ou profissão, o mesmo princípio, como já se mencionou, está reiterado no inciso XIII do mesmo artigo e no campo das liberdades econômicas, reiterado, agora em sua feição específica, quer no enunciado do art. 170 "caput", quer no inciso IV, que proclamam, respectivamente, a "livre iniciativa", como um dos pilares da ordem econômica e a "livre concorrência" como um dos princípios que a governam, quer na dicção do parágrafo único do mesmo artigo, segundo o qual: "*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*".

19. Nos aludidos versículos constitucionais se estampa o cuidado que engendrou a tripartição do exercício do Poder, isto é, o de evitar que se concentrem os poderes públicos em um "*mesmo homem ou corpo de principais*", para usar das expressões do próprio MONTESQUIEU, cautela indispensável, porquanto, no dizer deste iluminado teórico: "*é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai até que encontre limites*". Nisto, aliás, justificou sua postulação de que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; que o que julga não faça as leis nem as execute e que aquele que as executa não *faça as leis* nem julgue (De L'Esprit des Lois, Paris, Garnier Frères, Libraires Editeurs, 1869, pp. 142 e 143).

É esta preocupação que, embora já abrigada no art. 5º, II, vem a ser particularmente encarecida no art. 84, III, dispositivo pelo qual se interdita ao Executivo expedir decretos e regulamentos salvo para executar fielmente a lei, no que, "a fortiori", fica também obstado que meras autarquias (como o CFM, por exemplo), através de simples "Resoluções" expeçam comandos sem supedâneo legal para eles. Seu desiderato, pois, é impedir que sob o rótulo de "regulamentar", de "disciplinar" se expeçam disposições de caráter legislativo, vale dizer, normas constitutivas de direitos e obrigações (imposições de fazer ou não fazer) não previstas em lei.

Dessarte, como tal preceito, firma-se cânone basilar de nosso direito público — oposto ao da autonomia da vontade — segundo o qual o que, por lei, não está, antecipadamente permitido à Administração está, "*ipso facto*", *proibido.*

20. Na doutrina, quer nacional, quer alienígena, anotações do mesmo jaez podem ser colhidas aos racimos. Assim, entre nós, HELY LOPES MEIRELLES anotou: "*Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*" (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Rev. dos Tribunais, 15ª ed., 1990, pág. 78 — o grifo é nosso). CIRNE LIMA, com sua incontendível autoridade, prelecionou: "*Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de direito*" (Princípios de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Trib., 5ª ed., 1982, p. 22). O nunca assás pranteado SEABRA FAGUNDES, expressão pinacular do direito público brasileiro, resumiu tudo em frase lapidar, por sua exatidão e síntese, ao dizer que administrar é aplicar a lei de ofício (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Ed. Forense, 5ª ed., 1979, pp. 4-5). Nós mesmos, inúmeras vezes averbamos que: "*A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação*" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 4ª ed., 1993, p. 25).

Entre os publicistas estrangeiros encontram-se aos bolhões enunciados da mesma força. Sirva de exemplo o seguinte esclarecimento de FRITZ FLEINER: "Administração legal significa, pois: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições" (Principes Généraux du Droit Administratif Allemand, 1933, p. 87). O eminente professor de Coimbra, AFONSO RODRIGUES QUEIRO, proferiu os seguintes preciosos ensinamentos: "*A atividade administrativa é um atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais*" (Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder, Coimbra Editora, 1940, p. 19) ou "O Executivo é a '*longa manus*' do legislador" (Estudos de Direito Administrativo, Coimbra, Atlântida, 1968, p. 9). RENATO ALESSI indica que a atividade administrativa subordina-se à legislativa tanto em um sentido negativo (proibições concernentes a atividades, finalidades, meios e formas de ação), quanto em um sentido *positivo*, significando este último não apenas que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinadas finalidades, meios ou formas, mas que, sobretudo no que concerne a atividade de caráter jurídico, a administração "*pode fazer tão-somente o que a lei consente*" (Sistema Instituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, A. Giuffré, 3ª ed., 1960, p. 9). MICHEL STASSINOPOULOS cunhou esta admirável frase para descrever a inevitável dependência administrativa da lei no Estado de Direito: "*Em um estado de Direito, a administração encontra-se não apenas na impossibilidade de agir contra legem ou extra legem, mas é obrigada a agir sempre secundum legem*" (Traité des Actes Administratifs, Librairie Sirey, Athénes, 1954, p. 69). ERNST FORSTHOFF encarece as relações entre o princípio da legalidade e a liberdade individual ao esclarecer que isto se dá por uma dupla maneira: por um lado, através do expresso reconhecimento de liberdades determinadas, tanto pela Constituição como pelas leis ordinárias e, de outro, graças ao princípio da legalidade da Administração "*que não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão de poderes e pressupõe que a Administração age embasada na lei e que o legislador não expede, sob forma de leis, atos administrativos*" (Traité de Droit Administratif Allemand, tradução da 9ª ed. alemã, de 1966, por Michel Fromont, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1969, p. 282).

21. É, pois, livre de qualquer dúvida ou entredúvida que os precitados dispositivos constitucionais brasileiros (art. 5º, II e XIII, 37 84, III e 170) consagram, com luminosa explicitude, esta enérgica proteção — a que aludem os doutrinadores referidos — contra eventuais pretensões do Executivo e mais ainda de seus simples desdobramentos personalizados, como as autarquias de qualquer tipo, de disciplinar, eles próprios e segundo seus

próprios critérios, a liberdade e a propriedade dos administrados, mediante imposição de obrigações de fazer ou não fazer radicadas meramente em regulamentos, resoluções, portarias ou quejandos.

22. Convém registrar, ainda, que o fato da lei ser geral e abstrata — concorrendo, então, para prestigiar os valores de impessoalidade e da igualdade, na medida em que tal estrutura normativa embaraça naturalmente as perseguições e favoritismos — não é a única razão que justificaria confiar-se ao Poder Legislativo o delicado mister de disciplinar a liberdade e a propriedade das pessoas.

Com efeito, os atos normativos provenientes do Executivo ou das autarquias, como os regulamentos e as resoluções também são gerais e abstratos. Contudo, há diferenças extremamente relevantes entre eles e as leis. Estas diferenças, a seguir referidas, ensejam que as leis ofereçam aos administradores garantias muitas vezes superiores às que poderiam derivar unicamente das características de abstração e generalidade também encontradiças nos regulamentos, resoluções autárquicas e assemelhados.

23. Deveras, as leis provêm de um órgão colegial — o Parlamento — no qual se congregam várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social, de tal sorte que o Congresso se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica, as leis — que irão configurar os direitos e obrigações dos cidadãos — necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum contemperamento entre as variadas tendências. Até para a articulação de uma maioria são necessárias transigências e composições, de modo que a matéria legislada resulta como o produto de uma interação, ao invés da mera imposição rígida das conveniências de uma única linha de pensamento.

Com isto, as leis ganham, ainda que em medidas variáveis, um grau de proximidade em relação à média do pensamento social predominante muito maior do que o que ocorreria caso fosse a simples expressão unitária de uma vontade individual, a do Chefe do Poder Executivo, ou do pequeno e compartimentado círculo que componha o corpo superior dirigente de uma autarquia. É que, afinal, como bem observou o insuspeito KELSEN, o Legislativo, formado segundo o critério de eleições proporcionais, ensejadoras, justamente, da representação de uma pluralidade de grupos, inclusive de minorias, é mais democrático que o Executivo, ao qual se acede por eleição majoritária e — caberia acrescentar — muito mais do que o é o órgão diretivo de uma autarquia, ainda que autarquia corporativa, pois formada apenas pelos representantes de um segmento da sociedade.

Se fosse possível, mediante simples atos regulamentares expedidos por Presidente, Governador, Prefeitos, dirigentes autárquicos, instituir deveres de fazer ou não fazer, ficariam os cidadãos à mercê, senão da vontade pessoal dos ungidos nestes cargos, pelo menos, da perspectiva unitária, monolítica, da corrente de pensamento de que estes se fizessem porta-vozes.

Mas não só isto, entretanto. Ainda há mais.

24. O próprio processo de elaboração das leis, em contraste com o dos regulamentos, resoluções ou seus equivalentes, confere às primeiras um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa muitas vezes superior ao dos segundos, ensejando, pois, aos administrados um teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores.

É que as leis se submetem a um trâmite graças ao qual é possível o *conhecimento público* das disposições que estejam em caminho de serem implantadas. Com isto, evidentemente, há uma fiscalização social, seja por meio da imprensa, de órgãos de classe, ou de quaisquer setores interessados, o que, sem dúvida, dificulta ou embarga eventuais direcionamentos incompatíveis com o interesse público em geral, ensejando a irrupção de tempestivas alterações e emendas para obstar, corrigir ou minimizar tanto decisões precipitadas, quanto propósitos de favorecimento ou, reversamente, tratamento discriminatório, gravoso a grupos ou segmentos sociais, econômicos ou políticos. Demais disto, propor-

ciona, ante o necessário trâmite pelas Comissões e o reexame pela Casa Legislativa revisora, aperfeiçoar tecnicamente a normatização projetada, embargando a possibilidade de erros grosseiros, ilogismos ou inconveniências mais flagrantes. Finalmente, propicia um quadro normativo mais estável, a bem da segurança e certeza jurídicas, sem as quais é impossível um planejamento razoável da atividade econômica das pessoas e empresas e até dos projetos individuais de cada qual. E, até mesmo para garantir o desfrute de todas as vantagens mencionadas, o constituinte brasileiro teve o cuidado de regular minuciosamente o processo legislativo, obstando que, por disposições infra constitucionais, se pudesse estabelecer um rito menos prudente na elaboração das leis.

25. Já os demais atos normativos, isto é, os procedentes da esfera administrativa, carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, propiciam as mazelas que resultariam da falta deles, motivo pelo qual, se são perfeitamente prestantes e úteis para a simples delimitação mais minudente das providências necessárias ao cumprimento dos dispostivos legais, seriam gravemente danosos — o que é sobremodo claro em País com as características políticas do Brasil — se pudessem por si mesmos, instaurar direitos e deveres, impondo obrigações de fazer ou não fazer.

Deveras, opostamente às leis, estes outros atos normativos são elaborados em círculos ou gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade e, muitas vezes dos próprios segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz apenas em função da vontade, isto é, da diretriz estabelecida por uma pessoa, o Chefe do Poder Executivo ou por um corpo de dirigentes autárquicos (no caso das corporações profissionais autárquicas). Não necessita passar, portanto, nem pelo embate de tendências políticas e ideológicas diferentes, nem mesmo pelo crivo técnico de uma pluralidade de pessoas instrumentadas por formação ou preparo profissional variado ou comprometido com orientações técnicas ou científicas discrepantes. Sobre mais, irrompe da noite para o dia e assim também pode ser alterado ou suprimido.

É visível, pois, a natural inadequação e os imensos riscos que adviriam para os objetivos essenciais do Estado de Direito — sobreposse, repita-se, em um País ainda pouco afeito a costumes políticos mais evoluídos — de um poder regulamentar que pudesse definir, por força própria, direitos ou obrigações de fazer ou não fazer imponíveis aos administrados.

26. Tudo isto certamente explica o caráter cortante dos artigos 5º, II e 84, III, da Constituição Brasileira, por força dos quais é ineludivelmente claro que *só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer* e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo ou entidades autárquicas podem expedir atos regulamentares. Também por tudo isto se explica o redobrado cuidado do constituinte ao reiterar, no âmbito das liberdades profissionais e econômicas, a absoluta inteireza e valia destas colunas mestras de nosso sistema, conforme resulta do art. 5º, XIII e 170, — este encarecedor da liberdade de iniciativa — de seu inciso IV — encarecedor da livre concorrência — e do parágrafo 1º deste preceptivo, que, uma vez mais, renova a submissão total dos atos administrativos à lei e a diretriz básica de que só por lei é possível restringir a liberdade econômica. O aludido versículo, repita-se, dispõe ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo os casos previstos em *lei*.

27. Segue-se que os regulamentos *não podem aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam, na lei, previamente caracterizados e de modo suficiente*, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas.

Foi o que de outra feita averbamos, apostilando que:

"*há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há ino-*

vação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação referida não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege" (Ato Administrativo e Direitos dos Administrados", Ed. Rev. dos Trib., 1981, p. 98).

28. De resto, novidade alguma existe no trecho mencionado. Advertências do mesmo tom têm sido feitas, a cotio e a sem fins, por doutores de máxima suposição. Não é demais por em curso cita literal de algumas passagens colhidas nestes doutrinadores. PONTES DE MIRANDA bordou com pena de ouro os seguintes comentos:

"Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, *estranhas* à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou execuções que a lei apagou, é inconstitucional. *Tampouco pode ele limitar, modificar, ampliar direitos, deveras, pretensões, obrigações ou exceções*" (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69, Ed. Rev. dos Trib., 1970, 2ª ed. revista, t. III/316 — grifos nossos).

E mais:

"*Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão de competência do Poder Legislativo. O regulamento nada mais é que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei*" (op. cit., p. 314 — grifos nossos).

É que, como disse GERALDO ATALIBA:

"*Sua função é facilitar a execução da lei, é especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la*" (Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro, RDA 97/23).

Daí haver este último mestre incluído entre as conclusões do referido estudo a de que o regulamento:

"*nada cria de novo; apenas dá disposições administrativas, tendentes à fiel execução da lei; não erige norma nova; apenas adequa os órgãos administrativos para bem cumprirem ou permitirem o cumprimento da lei*" (loc. cit., p. 32 — grifos nossos).

SEABRA FAGUNDES, de seu turno, adotou que o regulamento:

"*Prende-se em essência ao texto legal. O seu objetivo é tão-somente facilitar, pela especificação do processo executório e pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo*" (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Ed. Forense, 5ª ed., 1979, p. 24, nota de rodapé 2).

E disse, logo adiante:

"*Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas apenas pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso*" (op. e loc. cits.).

Em suma: entre a lei e o regulamento não existem apenas diferenças de origem ou de posição na hierarquia da norma jurídica. Como bem ressaltara OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ponto de supino relevo para distingui-los está em que, no que atina à força jurídica que possuem:

"... *a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera*",

pois esta, como diz o mesmo mestre:

"*E fonte primária, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior*" (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Ed. Forense, 2ª ed., 1979, vol. I, p. 316 — grifos nossos),

de tal forma que os regulamentos:

"... *hão de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a por em execução os princípios institucionais estabelecidos em lei, ou normas em desenvolvimento dos preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, das diretrizes, em pormenor, por ela determinadas*" (op. cit. vol. cit., p. 314).

29. Esta diferente força jurídica, a de inovar originariamente (lei) ou, tão-só, a de especificar o que já foi objeto de disciplina, portanto, o que já sofreu, por lei, caracterização e delineamento anterior (regulamentos, resoluções e outros atos subalternos) é que oferece deslinde para outro problema cuja solução seria tormentosa não fora a diretriz fornecida pela distinção em apreço. A saber: o problema dos limites de liberdade passíveis de serem deferidos pela lei ao regulamento sem incorrer em delegação de poderes disfarçada, ou, mesmo ingenuamente, procedida em descompasso com o Texto Constitucional.

Com efeito, a questão é transcendente, pois de nada adiantariam aturadas cautelas para acantonar o regulamento em seu campo de expressão próprio se, por força da própria obra legislativa, fosse possível, indiretamente, dilatar-lhe a esfera de ação e ensejar, por meio transverso, infiltração do Executivo em área que se quer defendida contra suas eventuais incursões. Vale dizer: de nada adiantariam o art. 5º, II e 84, III, se, ulteriormente, o legislador pudesse entregar, de mão beijada, a esfera da liberdade e da propriedade dos administradores para ser disciplinada por via de regulamento.

Fora isto possível e a garantia constitucional de que "ninguém poderá ser obrigado a fazer ou *deixar de fazer* alguma coisa senão em virtude de *lei*", a segurança de que os regulamentos seriam meramente executivos, a certeza de que o livre exercício de qualquer atividade econômica seria livre e independente de autorização de órgãos públicos, "salvo nos casos estabelecidos *em lei*", deixariam de se constituir em proteção constitucional, convertendo-se em preceitos que vigorariam se e na medida do amor ou desamor do legislador ordinário pela Lei Magna. Em suma: não mais haveria a garantia *constitucional* aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infra-constitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.

30. É dizer: se à lei fosse dado dispor que o Executivo ou uma entidade autárquica disciplinaria, por regulamento ou resolução, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, *ora* em virtude de regulamento, *ora* de lei, ao libito do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É óbvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida.

Aliás, note-se, *nem mesmo por "lei delegada" seira possível regular direitos individuais*, ante a vedação explícita do art. 68, III, o qual embarga que tal matéria seja objeto da referida espécie legislativa.

31. Por tudo quanto se expôs, resulta óbvio que seriam inconstitucionais as disposições regulamentares produzidas na conformidade de *delegações disfarçadas*, resultantes de leis que meramente transferem ao Executivo o encargo de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas. Tal perigoso vício é especialmente vitando e contra ele adverte PONTES DE MIRANDA, ao averbar:

"*Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer lei, delega; o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada... Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para a sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a elas, nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais ou estendê-las ou limitá-las ... Onde o Executivo poderia conferir ou não direitos, ou só os conferir segundo critério seu ou parcialmente seu, há delegação de poder*

(op. cit., vol. cit., pp. 312-313).

Mesmo que não o faça com precisão capilar, a lei tem que caracterizar o direito ou a obrigação, limitação, restrição que nela se contemplem, tanto como o enunciado dos pressupostos para sua irrupção e os elementos de identificação dos destinatários da regra, de sorte que ao menos a compostura básica, os

critérios para seu reconhecimento, estejam de antemão fornecidos. Assim, o espaço regulamentar conter-se-á dentro destas balisas professadamente enunciadas na lei.

Na delegação feita indiretamente justamente faltam estas especificações, pois se pretende, ao arrepio da Constituição, liberar o Executivo para compô-las, ficando-lhe concedido como que um cheque em branco, a ser preenchido por via regulamentar. E isto, evidentemente, não é tolerado pela Constituição. Seria de absoluta inanidade o preceituado nos artigos insistentemente referidos, se houvesse tolerância para com práticas do gênero e os objetivos do Estado de Direito que foram tão zelosamente resguardados na Lei Magna sossobrariam por inteiro. Interpretação que ignorasse as limitações mencionadas contrariaria a sábia advertência de CARLOS MAXIMILIANO, o sumo mestre brasileiro em tema de hermenêutica, assim expressada:

"*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*" (Interpretação e Aplicação do Direito, Ed. da Livraria do Globo, 2ª ed., 1933, p. 183).

Com efeito, seria um absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente. E que, como disse o precitado GERALDO ATALIBA, em frase altamente sugestiva: "Ninguém construiria uma fortaleza de pedra, colocando-lhe portas de papelão".

32. Ora, a Resolução nº 1.401, de 11.11.93, do CFM *não tem estribo algum em lei alguma que previamente houvesse delineado um quadro normatizador do regime contratual a que devessem se submeter as entidades colhidas pela citada Resolução.*

Dita Resolução também não encontra amparo em dispositivo algum concernente a suas atribuições.

Demais disto, o regramento que estabeleceu incide *sobre matérias alheias ao círculo de interesses que a lei do Conselho colocou sob sua custódia.*

Finalmente, a Resolução em causa veio a dispor precisamente sobre a esfera da liberdade individual, é dizer, sobre um campo reiteradamente proclamado na Constituição como defendido contra quaisquer ingerências que não as estabelecidas por lei. Dessarte, é claro a todas luzes, é de evidência incontendível, que o ato submetido a nossa Consulta invadiu um campo qualificado, segundo uma designação freqüente, como o de "reserva de lei", incidindo, pois, em aberrante inconstitucionalidade.

III — INCURSÃO NO VÍCIO DE IRRAZOABILIDADE

33. A Resolução nº 1.401 incorreu, ainda, no vício conhecido com "*irrazoabilidade*" da norma em seu confronto como o sistema constitucional, defeito jurídico de supina gravidade que desnatura a regra produzida e acarreta sua invalidade.

Entende-se, modernamente, que o poder de normatizar não é um poder "arbitrário". Quem nele está investido não recebeu competências para atentar contra a "racionalidade" ou mesmo contra a "razoabilidade", de maneira a aportar, por força de incongruências, a resultados que o ordenamento jurídico e o sistema constitucional como um todo não sufragam.

A cláusula do "due process of law", como registram doutrinadores nacionais de grande suposição, evoluiu de uma acepção puramente adjetiva e formal para um sentido substantivo, graças ao qual se consideram interditas medidas de arbítrio, incongruentes ou atentatórias contra a razoabilidade. A eminente profª ADA PELEGRINI GRINOVER registra que:

"Do conteúdo clássico do *due process of law*, como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance e procedure*. A cláusula transforma-se na garantia geral da ordem jurídica: judicial process não significa processo judicial, mas aplicação judicial da lei e, por extensão, interpre-

tação judicial da norma. Assim, *due process of law* é, em sentido amplo, a garantia do "processo" legislativo e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado" ("A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil", Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 35).

Averba, ainda, que:

"*Malgrado o nítido sentido processual que à clausula se imprimira, em sua tradição histórica, foi-se impondo um conceito substantivo de due process of law, emergente do amplo significado por ela subsumido, quando foi reconduzida a um critério de reasonableness*" (op. cit., loc. cit.).

E mais:

"*Hoje, podemos afirmar que a cláusula é interpretada no sentido de eliminar qualquer obstáculo injustificado à tutela dos direitos individuais, substancial ou processual que seja. Desse modo, haverá violação da due process clause não somente onde forem desarrazoadas as formas técnicas de exercício dos poderes processuais, mas também onde a própria configuração dos substantive rights possa prejudicar sua tutela, condicionando "irrazoavelmente" o êxito do processo*" (op. cit., p. 38).

34. A importância da "razoabilidade", como limite ao exercício legítimo da atividade normativa, ainda quando produzida pelo próprio Poder Legislativo, foi encarecida pelo reputado constitucionalista CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, em sua oportuna monografia sobre "O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil" (Ed. Forense, 1989). Observa ele que:

"A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam *razoáveis* e *racionais*. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim — "means-end relationship", segundo a nomenclatura norte-americana — da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de "razoabilidade" e de "racionalidade", vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política (op. cit., p. 157 — grifo nosso).

Esclareça-se, de passagem, que o autor usa as expressões "distinguir", "classificar", "classificação", predicando-as à atividade legislativa, como equivalentes a "dispor", "estatuir", conforme já elucidara anteriormente, ao dizer: "*Pode-se mesmo afirmar que legislar significa classificar. Classificam-se pessoas e bens segundo os mais diversos critérios fáticos para fins de se atribuir a cada conjunto da realidade efeitos jurídicos singulares e de toda espécie*" (p. 155): "*A idéia de que legislar equivale a classificar, isto é, a criar distinções jurídicas, foi retratada de forma estupenda por Morris Forkosch, Professor de Direito Constitucional da Brooklyn School, nos Estados Unidos da América*" (p. 155).

O referido jurista averba também que a cláusula do devido processo legal, em sua função protetora substancial não se reporta apenas a medidas legislativas, abrangendo também as que resultam de disposições administrativas:

"*Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do devido processo legal erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais*" (p. 157).

"*A intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas enfatiza a necessidade de se imporem às regras de direito padrões li-*

mitadores do arbítrio ou do puro capricho, exigindo-se, enfim, uma receita de coerência e de plausibilidade na atuação do editor normativo, esteja ele sediado no Poder legislativo ou nas multiformes agências do Executivo. Com isso, os atos do Poder Público curvam-se aos reclamos da razão, sujeitando-se, em seu mérito, ao questionamento quanto à congruência entre meios e fins, que deve cumpridamente fundamentar a intromissão estatal na esfera de autonomia privada" (p. 158.)

Adequadamente, realça, ainda, a procedência do controle judicial quanto aos aspectos focados, já que a validade das normas não depende tão-só da regularidade formal de sua produção e colaciona, neste sentido, o ensinamento de SANTIAGO DANTAS, com dizer:

"*Releva atentar, aqui, para imperiosa necessidade de controle jurisdicional sobre o merecimento das classificações normativas, em particular no quanto respeita à sua "razoabilidade" e "racionalidade", eis que não é suficiente, para a validade dos atos materialmente legislativos, a simples observância do processo constitucional ou legal pertinente à sua formação. Tudo porque, na exposição de San Tiago Dantas "Não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do 'due process of law'. Se assim fosse, a cláusula seria inoperante como limite ao arbítrio legislativo, pois o requisito constitucional estaria atendido com a simples existência da lei formal. Seria o mesmo que o legislador constituinte dizer ao legislativo ordinário: you shall not do the wrong, unless you choose to do (Cooley)*" (p. 160).

Em suama: não é admissível que, a título de disciplinar dada situação, possam os órgãos públicos, sejam eles legislativos ou administradores, gozar de liberdade ilimitada, por força da qual lhes fosse dado, mediante disposições inconseqüentes, incongruentes ou desarrazoadas, contraditar o próprio sentido das respectivas competências, de maneira a com isto desarticularem o sentido protetor das disposições constitucionais atinentes à liberdade, em suas distintas manifestações ou à propriedade.

35. Vista sob esta perspectiva, a Resolução nº 1.401, de 11.11.93, do CFM, apresenta-se como visceralmente nula, por ser um paradigma de inconseqüência, de "irrazoabilidade", na medida em que propõe medidas objetivamente inviáveis e que, ademais, por falta de adequada correlação entre meios e fins, só podem conduzir a resultados antinômicos aos que presumidamente haveriam de norteá-la. Se o seu intento é, deveras, o de ampliar a proteção dos pacientes (e não meramente o de forçar o declínio ou extinção de planos de assistência e sistemas de medicina de grupo — hipótese em que seria simplesmente frontalmente ilícita) fácil é ver-se que conduz a resultados opostos.,

Com efeito, a Resolução, "dada maxima vênia", parece ignorar — e de modo pueril — que, no caso do sistema de medicina de grupo, toda sua viabilidade está assentada (como a Previdência Social, por exemplo) em bases atuariais. Sua viabilidade, sua economicidade e, portanto, o interesse que possa despertar à iniciativa privada, está inexoravelmente atrelado ao equilíbrio ditado por possibilidades econômicas compostas a partir da relação entre as prestações dos afiliados ao sistema e a extensão da cobertura de assistência.

Se a cobertura tiver de ser ilimitada, abrangente de toda e qualquer doença e se limitação alguma poder ser estabelecida (carências ou mesmo prévia delimitação do universo hospitalar, do corpo profissional etc.), pura e simplesmente o custo para os interessados elevar-se-á enormemente, podendo chegar a valores proibitivos ou quando menos inacessíveis para parcela significativa dos que seriam beneficiários dele e que querem sê-lo ante a notória deficiência do sistema público de assistência à saúde. E dizer: os termos da Resolução ou inviabilizam o sistema ou restringem violentamente sua acessibilidade aos interessados, pois é de imaginar que a iniciativa privada jamais chegará voluntariamente aos níveis de ineficiência ou de insolvência a que chega o Poder Público na matéria. E ainda que o quisesse não poderia fazê-lo.

36. Em suma: as medidas impostas pelo Conselho Federal de Medicina, ao invés de

concorrerem para a ampliação do sistema de assistência médica, conduzem justamente à redução de sua amplitude. O ilogismo de que se ressentem é tanto mais visível porque, suscitando elevação de custos e, correlatamente, da contraprestação deles, redundam, ademais, em tratamento injusto e desequilibrado para inúmeros interessados em afiliar-se. É que fará recair este peso adicional sobre pessoas que, por sua faixa etária, por seu histórico de vida ou por condições pessoais, jamais teriam porque arcar com despesas includentes da cobertura de cuidados médicos suscitados por intervenções de que estão segura ou presumivelmente livres ("exempli gratia": partos, cirurgias plásticas com objetivos meramente estéticos, tratamento de doenças mentais, de síndrome de imuno-deficiência adquirida).

É inquestionavelmente certo que a Sociedade necessita de amparo médico para toda e qualquer espécie de enfermidade, necessidade ou contingência para cujo enfrentamento são aptos os profissionais da área médica. Mas é igualmente certo que tais cuidados constituem-se em um *dever do Estado*, como resulta da própria Constituição. Não são as entidades privadas que operam no setor que têm o dever de suportar cargas anti-econômicas ou economicamente desinteressantes, idéia antitética à da livre iniciativa. Demais disto, a instituição de condições gravosas ou inatendíveis para sua atuação só pode ter como resultado, no mínimo, restringir o interesse por empreendimentos neste setor, do que resultaria, a redução de possibilidades de amparo aos que dele podem ou poderiam se beneficiar.

37. É fato sabido que os planos de assistência médica e o sistema de medicina de grupo constituem-se em alternativas para obtenção de tratamento médico em condições satisfatórias e economicamente viáveis, ante a deficiência do sistema público e os custos insuportáveis advenientes do recurso a clínicas, laboratórios e internamentos hospitalares, custeados, caso a caso, diretamente pelo paciente, fora destes planos e sistemas. Ao irrogar significativos custos suplementares a uma fórmula viável de assistência médica a grandes contingentes de pessoas e posto que tais custos evidentemente demandarão contrapartida, a Resolução "sub examine" desserve, ao invés de servir à Sociedade.

Os meios utilizados para seu presumido fim, contraditam o bom atendimento dele, pois desestimulam uma fórmula socialmente útil de assistência médica coletiva. Se o sistema declinar ou inviabilizar-se, a coletividade terá de recorrer aos deficientes serviços estatais e os que podem suportar encargos econômicos de grande vulto (ainda que a custa da consunção do patrimônio que hajam amealhado) terão de suportar, individualmente, caso a caso, e na integralidade, as pesadas despesas hospitalares, laboratoriais ou com os profissionais a que recorram. De fato, são estas as situações que presentemente já existem para todos os que não se beneficiam de nenhum plano de assistência médica ou sistema de medicina de grupo. Dessarte, a Resolução em causa não é apta para solver o problema dos que hoje se encontram em tal situação, visto que, para superá-la, teriam de pagar os planos e convênios e por valores muito mais alto do que hoje o fazem; apenas concorre, então, para ampliar o número dos que, no futuro, deixarão de contar com tais modalidades de assistência médica, ante o encarecimento que sofrerão.

Vê-se, dessarte, que a Resolução em apreço não resiste minimamente a um exame de "razoabilidade", de adequada correlação entre meio e fim, se a finalidade que pretende colimar é, verdadeiramente, o favorecimento da assistência médica à coletividade. Tal correlação, entretanto, só seria reconhecível se o seu intento fosse o inverso, isto é, o de desestimular os sistemas privados de assistência a grandes contingentes de pessoas.

Assim, a Resolução nº 1.401, de 11.11.93, do CFM, exige-se como inválida, por incursa também no vício de "irrazoabilidade", de normação "arbitraria", "inconseqüente", na qual inexiste adequada correlação entre meio e fim.

IV — INAPLICABILIDADE AOS CONTRATOS EM CURSO

38. É claro a todas luzes que as disposições da Resolução objeto da Consulta não se apli-

cam e não podem se aplicar aos contratos em curso. Ainda que não estivessem maculadas dos vícios jurídicos que as enfermam, seriam aplicáveis apenas aos contratos que viessem a ser travados posteriormente à edição do ato em causa. Sobre isto não poderia prosperar dúvida ou entredúvida alguma.

Contratos aperfeiçoados entre as partes configuram atos jurídicos perfeitos e geram para cada um dos contraentes direitos adquiridos na conformidade das cláusulas neles dispostas. Deveras, é sabido e ressabido que o que se estipula em contrato é fonte de direito adquirido.

Come feito, segundo GABBA, em sua monumental "Teoria Della Retroatività Delle Leggi" (3ª ed., 1891, vol. I, p. 191), é adquirido todo direito que:

"*a) é conseqüência de fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que foi cumprido, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se apresente antes da atuação de uma lei nova referente ao mesmo;*

b) ao termo da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu".

Mesmo PAUL ROUBIER, avesso à teoria do direito adquirido e partidário da aplicação imediata das leis — cuja incidência, em seu entender, deveria alcançar os fatos pendentes —, perante o tema de contratos viu-se na contingência de abrir uma exceção imensa à sua teoria para sufragar-lhes a intangibilidade.

Reconhece que, nos contratos em curso, o respeito à lei do tempo de sua constituição é regra certa e considerado verdadeiro "*artigo de fé*". Reconhece, ainda, que para a teoria do direito adquirido não há a menor dificuldade em explicar esta intangibilidade (Les Conflits des Lois dans le Temps, 1929, 1ª ed., vol. I, p. 587). O mesmo, contudo, não se passa com sua doutrina — tão laboriosa e magistralmente construída — a qual não fornece justificação evidente para a sobrevivência das normas que presidem o contrato.

Sem embargo, o alumiado jurista percebe a irrefragável necessidade de preservar as relações em questão contra mutações advindas de regulação normativa superveniente. Justifica, então, esta intangibilidade, da qual não há fugir, apoiando-se na idéia de que os contratos são atos de previsão em que a escolha procedida pelos contratantes, ao comporem consensualmente seus interesses, é decidida inteiramente em função da lei vigorante. Daí apostilar:

"*Esta escolha seria inútil se uma lei nova, modificando as disposições do regime em que o contrato foi travado, viesse a trazer uma subversão em suas previsões*" (op. e vol. cits., p. 598).

39. Deveras, os contratos são mesmo, por excelência, atos de previsão. Neles, as partes, com supedâneo na regra vigente, decidem sobre situações cuja essência é protrair-se no tempo. Seu conteúdo é exata e precisamente dispor sobre o porvir. É da índole da própria relação apresionar antecipadamente um futuro mediato. Se não servisse para garantir a persistência de uma situação conformada às previsões que levaram as partes a se comporem, seu préstimo estaria comprometido. Isto é, se leis supervenientes (e "a fortiori" meros atos administrativos) pudessem incidir sobre o contrato em curso, afetando suas disposições, gerariam incerteza, insegurança e instabilidade jurídica, contrapostas à própria índole do instituto.

Assim, o específico dos contratos de trato sucessivo é envolucrar o acordado com o manto protetor — o da lei vigente à época de sua instauração — para que a relação constituída atravesse o tempo encasulada neste abrigo e à salvo, portanto, da interferência de leis sucessivas.

40. Este resguardo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, que é corrente e moente entre os povos civilizados, está estampada no art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988, o qual, em consonância, aliás, com velha tradição constitucional nossa, estabelece que

"*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*".

Também a lei de Introdução ao Código Civil (lei nº 4.657, de 04.09.42) — verdadeira lei geral sobre a aplicação de leis — em seu art. 6º, ressalva do efeito das leis futuras a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e os di-

reitos adquiridos. Estes estão definidos no 2º como:

"... *os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo fixado ou condição preestabelcida, inalterável, ao arbítrio de outrem*".

41. Os contratos entretidos pelas entidades referidas no art. 1º da Resolução nº 1.401 do CFM com os beneficiários dos serviços que prestam são, como é óbvio, atos jurídicos perfeitos e geraram para eles direitos adquiridos. Daí que não poderiam ser afetados nem mesmo por lei, "ex vi" do precitado dispositivo constitucional. Muito menos podem ou poderiam ser atingidos por atos de hierarquia subalterna, como é o caso dos atos administrativos de qualquer espécie. Donde, uma simples e mera "Resolução" autárquica jamais poderia interferir com eles, obstada que estaria, de resto, não apenas pelo preceituado no art. 5º, XXVI da Constituição, como também pelo art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

42. Isto tudo posto e considerado, às indagações da Consulta respondo:

I — O art. 1º e o art. 2º, em suas letras "a" e "d", da Resolução nº 1.401, de 11.11.1993, do Conselho Federal de Medicina, sobre delirarem dos permissivos legais que lhe delineiam as competências, são, demais disto, flagrantemente inconstitucionais, por invadirem matéria habitualmente qualificada como de "reserva legal" e afrontarem, à escala vista, o preceituado nos arts. 5º, II e XIII, 37, 84, IV, 170 "caput", inciso I e parágrafo único, além do art. 199;

II — O disposto na Resolução em causa não se aplica aos contratos travados anteriormente à sua edição, pelas entidades mencionadas em seu art. 1º com os beneficiários dos serviços que prestam ou de que são intermediários, dada a proteção constitucional aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos, estabelecida no art. 5º, XXXVI, e a própria salvaguarda que lhes confere o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

E o meu parecer.

São Paulo, 20 de janeiro de 1994

Celso Antônio Bandeira de Mello

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo