

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

I – BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. Excelentíssimo Senhor Presidente, eminentes pares, acolhendo o bem lançado relatório apresentado por Sua Excelência, o Ministro Gilmar Mendes, rememoro apenas que se está diante de julgamento conjunto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 81/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.187/DF, propostas pela Associação Nacional das Universidades Particulares – ANUP e pelo Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras – CRUB, respectivamente.

2. Ambas as ações visam, a partir das peculiaridades argumentativas inerentes a uma e a outra, submeter a essa Suprema Corte a controvérsia acerca da constitucionalidade do procedimento estabelecido pelo art. 3º da Lei nº 12.871, de 2013, o qual, dentre outros aspectos, condiciona a autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina, por instituição de educação superior privada, à prévia abertura de chamamento público, a ser organizado pelo Ministério da Educação – MEC.

3. Após a devida instrução de ambos os feitos, de acordo com o rito estabelecido pelo art. 12 da Lei nº 9.868, de 1999, e a realização de audiência pública promovida pelo eminente Ministro Relator, a qual ocorreria no dia 17/10/2022, sobreveio pedido de tutela provisória incidental, formulado pela Advocacia-Geral da União no bojo da ADC nº 81/DF (e-doc. 262), pugnando:

“a) a suspensão da eficácia de decisões judiciais que, de modo expresso ou implícito, tenham afastado a aplicação do art. 3º da Lei nº 12.871/2013 para efeito de abertura de novos cursos de Medicina ou aumento de vagas em instituições particulares e, por consequência, obstada a implantação ou funcionamento de quaisquer unidades de ensino de Medicina - ou aumento de vagas - decorrentes das referidas decisões judiciais, ressalvado-se assegurar exclusivamente aos estudantes de Medicina regularmente matriculados em cursos iniciados ou vagas ampliadas por força de decisões judiciais a

conclusão da graduação nas respectivas instituições, sem prejuízo de que o Ministério da Educação exerça o devido poder fiscalizatório dessas entidades, com fundamento no art. 3º da Lei nº 12.871/2013;

b) a determinação a juízes e tribunais que suspendam o julgamento de processos que envolvam a aplicação do ato normativo objeto da presente ação, até seu julgamento definitivo”

4. Em seguida, após colher as manifestações das entidades autoras, daqueles habilitados como *amicus curiae* e da PGR, o eminente Ministro Relator prolatou decisão monocrática deferindo em parte a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário.

5. Conforme excerto da parte dispositiva, a decisão de Sua Excelência concedeu a tutela de urgência para “*assentar a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013 e estabelecer que a sistemática do dispositivo é incompatível com a abertura de novos cursos de medicina com base na Lei 10.861/2004, bem assim com a autorização de novas vagas em cursos já existentes, sem o prévio chamamento público e a observância dos requisitos previstos na Lei 12.871/2013*”. Além disso, “[*n*]o que concerne aos processos judiciais e administrativos que tratam do tema objeto desta ação”, determinou (i) “*sejam sobrestados os processos administrativos que não ultrapassaram a etapa prevista no art. 19, § 1º, do Decreto 9.235/2017*”; (ii) devendo-se dar continuidade ao processamento daqueles feitos administrativos que já tiverem superado a referida fase inicial; (iii) com a consequente manutenção dos novos cursos de medicina já instalados, contemplados por Portaria de Autorização do Ministério da Educação, por força de decisões judiciais que dispensaram o chamamento público e impuseram a análise do procedimento de abertura do curso de medicina ou de ampliação das vagas em cursos existentes nos termos da Lei nº 10.861, de 2004(e-doc. 306, p. 53).

6. Iniciada a apreciação do referendo da medida cautelar na Sessão do Plenário Virtual realizada entre os dias 25/08/2023 a 1º/09/2023, Sua Excelência propôs a conversão do exame em julgamento de mérito. Votou pela superação da questão preliminar de ilegitimidade ativa suscitada, e, quanto aos pedidos iniciais, julgou:

“[...] parcialmente procedentes os pedidos formulados na ADC 81 e na ADI 7187 para assentar a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013 e estabelecer que: **(i) a sistemática do art. 3º da Lei 12.871/2013 é incompatível com a abertura de novos cursos de medicina com base na Lei 10.861/2004, bem assim com a autorização de novas vagas em cursos já existentes, sem o prévio chamamento público e a observância dos requisitos previstos na Lei 12.871/2013; e (ii) fica ressalvada a possibilidade de a sociedade civil pleitear o lançamento de editais para instalação de novos cursos em determinadas localidades, cabendo à Administração Pública responder a esses pleitos de forma fundamentada, com publicidade e em prazo razoável.**

No que concerne aos processos administrativos e judiciais que tratam do tema objeto destas ações, determino que:

(i) sejam mantidos os novos cursos de medicina instalados – ou seja, contemplados por Portaria de Autorização do Ministério da Educação – **por força de decisões judiciais que dispensaram o chamamento público e impuseram a análise do procedimento** de abertura do curso de medicina ou de ampliação das vagas em cursos existentes **nos termos da Lei 10.861/2004;**

(ii) tenham seguimento os processos administrativos pendentes, previstos na Lei 10.861/2004, instaurados por força de decisão judicial, que ultrapassaram a fase inicial de análise documental a que se referem os arts. 19, § 1º, e 42, ambos do Decreto 9.235/2017, a depender de tratar-se de credenciamento de nova instituição de ensino ou de autorização de novo curso. Nesse cenário, **nas etapas seguintes do processo de credenciamento/autorização, as diversas instâncias técnicas convocadas a se pronunciar devem observar se o Município e o novo curso de medicina atendem integralmente aos critérios previstos nos parágrafos 1º, 2º e 7º do art. 3º da Lei 12.871/2013;** e

(iii) sejam extintos os processos administrativos que não ultrapassaram a etapa prevista no art. 19, § 1º, ou no art. 42 do Decreto 9.235/2017, nos termos do art. 52 da Lei 9.784/1999.

Por conseguinte, confirmo integralmente a decisão que deferiu o pedido de tutela provisória incidental e julgo prejudicados os embargos de declaração contra ela opostos.”
(realcei)

7. Em seguida, o Ministro Edson Fachin inaugurou divergência apenas quanto à disciplina proposta pelo Ministro Relator acerca dos efeitos da decisão em relação aos processos administrativos e judiciais que versem sobre o mesmo tema. Sua Excelência, entende *“não ser possível assegurar a continuidade [da] tramitação de processos administrativos pendentes que tenham sido instaurados por força de decisão judicial e que tenham ultrapassado a fase inicial de análise documental e tampouco aqueles decorrentes de instituições de ensino superior já credenciadas e que pleiteiam autorização para abertura do curso de medicina, tal qual assegurado no item II, do capítulo VI, do voto do Relator”*.

8. Argumenta se tratar de análises administrativas determinadas por decisões judiciais precárias e que *“[a] manutenção da possibilidade de tramitação dos processos administrativos já instaurados esvazia o escopo que se pretende alcançar com a política de chamamentos públicos”*. Na sua compreensão, o interesse social exigido pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, justificaria apenas a manutenção dos cursos cujas *“instituições de ensino tiveram concluídos os processos de implantação de unidades educacionais”*.

9. A divergência foi acompanhada pela Ministra Rosa Weber. Já o posicionamento do Ministro Relator foi seguido pelo Min. Luiz Fux, que, após pedido de vista regimental, devolveu os feitos para continuidade de julgamento na Sessão do Plenário Virtual realizada entre 22/09/2023 e 29/09/2023. Ato contínuo, para melhor reflexão acerca das posições apresentadas e de todas as nuances subjacentes ao caso, formalizei pedido de vista dos autos.

10. Durante o transcurso do prazo regimentalmente previsto para o exame do caso em gabinete, sobrevieram petições de diversos *amicus curiae* (e-doc. 399, 406, 408, 412, 418) noticiando a superveniência de *fato novo*, consubstanciado na publicação da Portaria SERES/MEC nº 397/2023, que *“dispõe sobre o padrão decisório para o processamento de pedidos de autorização de novos cursos de Medicina e de aumento de vagas em cursos de Medicina já existentes, instaurados por força de decisão judicial, nos termos determinados pela Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 81/DF”*. De acordo com as entidades peticionantes, o ato normativo editado pelo Ministério da Educação descumprir as determinações da decisão cautelar monocraticamente proferida.

11. Instada a se manifestar, a Advocacia-Geral da União defendeu a higidez do ato impugnado. Noticiou ainda a sua alteração pela Portaria SERES/MEC nº 421/2023, tendo sido revogada expressamente a previsão originária que admitia o indeferimento sumário dos pedidos administrativos contemplados pela decisão cautelar, mas relacionados a localidades distintas das municipalidades pré-selecionadas pelo Edital de Chamamento Público nº 1, de 2023, em curso (e-doc. 425).

12. Mais recentemente, em 22 de dezembro de 2023, buscando sanear as controvérsias relacionadas ao cumprimento da decisão cautelar originária, sobreveio nova decisão do eminente Relator, com vistas a (e-doc. 452):

“(i) assentar que a Portaria SERES/MEC 397/2023, com redação dada pela Portaria SERES/MEC 421/2023 adéqua-se à cautelar proferida, devendo ser necessariamente interpretada de modo a assegurar às instituições de ensino que ultrapassaram a fase inicial de análise documental a que se refere o art. 19, § 1º do Decreto 9.235/2017 a oportunidade de comprovar, no bojo do processo administrativo em que pleiteiam a abertura de vagas em cursos de graduação de medicina, a existência de interesse social em sua pretensão, ainda que localizadas em municipalidades não contempladas por editais de chamamento público;

(ii) assentar que a análise ser realizada nos processos referidos no item “i” supra deve ocorrer à luz das características particulares de cada caso concreto, garantido o contraditório, a razoável duração do processo e todos os demais consectários da cláusula do devido processo legal administrativo;

(iii) assentar que a apreciação de demanda judicial relativa a curso de medicina que veio a ser instalado, no curso do *iter* processual, por força de decisão judicial precária que determinou ao MEC a realização de análise de requerimento de instalação fora da sistemática do art. 3º da Lei 12.871/2013 (*v.g.*, os cursos de medicina listados pelo MEC nas informações que prestou a esta Corte - eDOC 242, p. 10) deve necessariamente levar em consideração o decidido nestes autos, notadamente os termos da medida cautelar concedida (eDOC 306), bem como a decisão final a que chegar este Tribunal;

(iv) determinar, em decorrência da medida cautelar

anteriormente concedida nestes autos (eDOC 306), a suspensão dos efeitos da decisão monocrática que negou provimento ao REsp. 2.043.918/SP (eDOC 449), bem como do curso processual da referida lide até posterior decisão deste Tribunal, garantindo-se à AERP/Unaerp, nesse ínterim, o direito de permanecer desenvolvendo suas atividades acadêmicas nos termos da Portaria de Autorização de Curso SERES/MEC 48/2019.”

13. Por fim, a ABRAFI e o SIESPE suscitaram a ocorrência de novo descumprimento do *decisum*, desta feita em razão das inovações promovidas pela edição da Portaria SERES/MEC nº 531, de 22 de dezembro de 2023, a qual teria, na visão dos peticionantes, se afastado das balizas estabelecidas pela decisão proferida naquele mesmo dia (e-doc. 465).

14. Brevemente contextualizados os principais aspectos da controvérsia, passo a me manifestar.

II – DAS QUESTÕES PRELIMINARES

15. Perfilhando do mesmo entendimento manifestado de forma unânime pelos eminentes pares que já votaram até o presente momento, **rejeito as questões preliminares suscitadas pelo Senado Federal — quanto à ilegitimidade ativa das requerentes e à não demonstração da existência de controvérsia judicial relevante em relação à questão — e pela Procuradoria-Geral da República — adstrita à ilegitimidade ativa das requerentes.**

16. No que concerne ao preenchimento do requisito específico da *controvérsia judicial relevante* em torno do dispositivo legal cuja constitucionalidade se pretende ver reconhecida — *aplicável apenas à ADC* — resta indene de dúvidas que há cenário de substancial litigiosidade em relação à norma positivada pelo 3º da Lei nº 12.871, de 2013, tendo sido indicadas várias decisões judiciais num e outro sentido, havendo ainda consideráveis dúvidas nos casos em que reconhecida a sua constitucionalidade, quanto aos contornos de sua efetiva aplicação. Está, portanto, plenamente adimplida a condição processual específica.

17. Quanto à legitimidade ativa das requerentes, verifico, tal já

pontuado pelo eminente Relator, que a entidade autora da ADC já interpôs outras ações diretas perante esta Suprema Corte, tendo reconhecida sua legitimidade para tanto. Cito, exemplificativamente, a ADI nº 5.462/RJ, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 11/10/2018, p. 29/10/2018, e a ADPF nº 713/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 18/11/2021, p. 29/03/2022.

III – DO MÉRITO

III.1 – Considerações iniciais: *delimitação do objeto, necessidade de sua adequada contextualização e verticalidade da jurisdição constitucional*

18. Uma vez descortinado o juízo de mérito, reforço a compreensão segundo a qual impõe-se a este Excelso Colegiado empreender a análise da constitucionalidade do ato inquinado à luz da integralidade do paradigma de controle – *não havendo que se cogitar de qualquer adstrição à causa de pedir deduzida na peça vestibular* – em obséquio à máxima eficácia das normas constitucionais – *v.g. extirpando-se, desde logo, do plano de validade jurídico-normativa a norma que apresente desconformidade com os ditames da Lei Maior* – e, sob a perspectiva eminentemente processual, da eficácia preclusiva que detém o julgamento de mérito de determinada demanda, ainda que no âmbito do controle concentrado – *na esteira do que preconiza o art. 26 da Lei nº 9.868, de 1999, e a jurisprudência desta Suprema Corte, como se verifica da ADI nº 6.630/DF, Rel. Min. Nunes Marques, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 09/03/2022, p. 24/06/2022.*

19. Pela clareza expositiva, trago à colação as seguintes ponderações apresentadas pelo Ministro Alexandre de Moraes, no bojo da mencionada ADI nº 6.630/DF, representativas da compreensão majoritária da Corte naquela assentada:

“Na Jurisdição constitucional brasileira, declarada a inconstitucionalidade (*procedência da ação*) ou a constitucionalidade (*improcedência da ação*) da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*) e vinculantes, em virtude do caráter dúplice existente nas ações de controle

concentrado brasileiro. Diferentemente do que ocorre no Tribunal Constitucional português, em que a ausência de pronúncia pela inconstitucionalidade não tem efeitos *erga omnes* e vinculantes (José Manuel Moreira Cardoso da COSTA. *A jurisdição constitucional em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 59-60; JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 384; e JJ. GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. P. 907).

O caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade foi expressamente ressaltado no art. 23 da Lei 9.868/99, ao afirmar que

‘efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade’.

E assim entende a Jurisprudência da CORTE, como, por exemplo, no julgamento da ADC 4 (Rel. Min. SYDNEY SANCHES, redator para acórdão o Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008, DJede 30/10/2014) e da ADI 2418, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 4/5/2016, DJe de 17/11/2016, de cujo voto condutor retiro o seguinte trecho:

(...)

Tal fato decorre, sabemos, porque em nossa Jurisdição Constitucional, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fica condicionado ao pedido, não à causa de pedir – que é uma ‘causa de pedir aberta’ – , ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, mas poderá declará-los constitucionais ou inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada (RTJ46/352), pois, tal como os Tribunais Constitucionais austríaco, alemão e português, não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial (KLAUS SCHLAIH. El tribunal constitucional federal alemán. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.p. 161; JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra:

Coimbra Editora, 1988. t. 2, p. 370; J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. P. p. 897; CANOTILHO, J. J. Gomes, VITAL MOREIRA. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 1.035).

A decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta, além de produzir efeitos vinculantes e *erga omnes*, é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, ficando, destarte, vedada a possibilidade de ação rescisória desse julgado (RTJ 94/49); exatamente, para garantia da segurança jurídica, à partir da presunção já referida de que, por ser aberta a causa de pedir, a CORTE SUPREMA analisou todos os argumentos relativos a arguição de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o art. 26 da Lei 9.868/99, seguindo orientação pacificada por essa CORTE SUPREMA, determinou que a decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade não poderá ser objeto de ação rescisória (AR 1365-AgR, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 3/6/1996, DJ de 13/9/1996; ADI 1460, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ de 25/06/1999; AR 2492-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/2019, DJe de 9/9/2019)." (grifos acrescidos)

20. Realço, ainda, como já tive oportunidade de manifestar em outras ações, que, compartilho da mesma compreensão do ilustre Relator quanto à ausência de qualquer óbice ao escrutínio de *atos* na seara do controle abstrato. Comungo do entendimento daqueles que vislumbram a necessidade de se superar, no exercício da jurisdição constitucional contemporânea, a anterior negligência que imperava em relação aos denominados "*atos constitucionais*", passando-se a considerar, no exame de constitucionalidade de determinado ato, a inevitável "*comunicação entre norma e fato*".

21. Pela didática com que aborda o ponto, em acréscimo às considerações já trazidas por sua Excelência em sua manifestação de voto, valho-me do seguinte escólio doutrinário, publicado na Revista Jurídica da Presidência da República, em momento próximo à edição das Leis que regem o *iter* procedimental das ações de controle de constitucionalidade abstrato entre nós —*realçando-se, inclusive, a observação feita quanto ao*

emprego dessa análise nos casos em que aplicado o princípio da proporcionalidade:

“Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica.

É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade.

Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional.

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos, o chamado ‘*Brandeis-Brief*’ – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no ‘*case Müller versus Oregon*’ (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘*questão jurídica*’ de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Hoje, não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’ (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

A constatação de que os elementos normativos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciada ou de modo inseparável produziu, de certo modo, conseqüências no

âmbito do processo constitucional. Inicialmente, afirmava-se que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo estranha aos seus misteres a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentemente fáticas.

Na Alemanha, propôs o deputado Dichgan, em 1968, que se alterasse a lei de organização da Corte Constitucional para assentar que o *Bundesverfassungsgericht* restava vinculado aos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador, salvo no caso de fixação de falsa constatação.

Essa proposta provocou uma discussão intensa no Parlamento alemão, tendo sido retirada pelo próprio autor após a verificação de que a sua aprovação ameaçava a existência da Corte Constitucional e que, por isso, teria a sua inconstitucionalidade declarada.

Restou demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

(...)

No que respeita aos 'eventos futuros', entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento.

(...)

Clássico exemplo de um controle do prognóstico do legislador pela Corte Constitucional consta do chamado '*Apotheken-Urteil*', no qual se discutiu a legitimidade de lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa.

Argüiu-se, no processo, que a Corte Constitucional não estaria legitimada a proceder ao exame sobre a adequação de uma dada medida legislativa, porquanto ela não estaria em condições de verificar a existência de outro meio igualmente

eficaz e, ainda que isto fosse possível, de confirmar se esse exame seria realizável por parte do legislador.

A Corte recusou o argumento formal quanto à sua incompetência para proceder à aferição dos fatos legislativos, observando que a Constituição confiou-lhe a guarda dos direitos fundamentais em face do legislador e que, portanto, se da interpretação desses direitos decorre limitação para o legislador, deve o Tribunal dispor de condições para exercer essa fiscalização.

(...)

Assim, embora ressaltando que não poderia decidir sobre o sistema jurídico mais adequado para regular a matéria, concluiu o Tribunal que o modelo adotado pelo Estado da Baviera revelava-se incompatível com a liberdade de exercício profissional estabelecida na Lei Fundamental.

Resta evidente que, para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo consagrado, teve o Tribunal que infirmar a prognose estabelecida pelo legislador, quanto à possibilidade de uma multiplicação dos estabelecimentos farmacêuticos em razão da ausência de uma regulação restritiva. A manifesta inconsistência do prognóstico estabelecido pelo legislador ressaltava que a decisão adotada não protegia o interesse público, contendo, portanto, restrição incompatível com o livre exercício de atividade profissional.

É interessante notar que, com a ressalva de que a matéria era da competência exclusiva do legislador, permitiu-se ao Tribunal apontar fórmulas que poderiam ser positivadas sem maiores prejuízos para os direitos fundamentais.” (MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial*. Revista Jurídica Virtual Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000; p. 6-8; grifos acrescentados)

22. Portanto, já de há muito se consolidou a compreensão doutrinária e jurisprudencial de que é preciso superar a antiga largueza que se conferia ao denominado *princípio da não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa*, o qual, segundo Canotilho, “*radica no facto de o espaço de prognose legislativa ser um espaço de livre conformação do legislador, incompatível com qualquer controlo jurídico-constitucional*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 7ª ed., 9ª reimp., p. 1316). Ainda segundo o constitucionalista

português, à luz do paradigma constitucional contemporâneo, a sua subsistência enseja temperamentos:

“O princípio é aceitável se com ele se quer significar que ao legislador ou órgãos de direcção política compete conformar a vida económica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional. Os limites funcionais da jurisdição constitucional são aqui claros: os tribunais não podem controlar judicialmente, por exemplo, a apreciação da evolução económica global ou a delimitação das quotas de importação para certos produtos. Todavia, as prognoses legislativas podem reconduzir-se também a *conceitos indeterminados* usados em leis concretizadoras das normas constitucionais e incidentes sobre *factos actuais*. Ora o princípio da não controlabilidade do âmbito de prognose legislativa refere-se às «soluções» ou «decisões» das normas adoptadas em situações de incerteza fáctica, mas não à indeterminação das mesmas normas, resultante da sua formulação em termos linguisticamente vagos. É também duvidoso, por ex., se o legislador goza de discricionariedade total quanto à planificação do acesso ao ensino ou à prognose sobre a evolução dos serviços de saúde de tal modo que os «juízos de prognose» possam contrariar abertamente as imposições constitucionais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 7ª ed., 9ª reimp., p. 1316-1317; grifos no original)

23. Afastando-se da realidade concreta sobre a qual incide o comando normativo impugnado, a jurisdição constitucional corre o risco de empreender atividade hermenêutica estéril, porque desprovida de eficácia prática, contribuindo, em última análise, para erosão da própria força normativa da Constituição, convertida em mera “*folha de papel*” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991, p. 24). É preciso, portanto, assegurar mecanismos para prestação de uma tutela constitucional efetiva, atenta ao contexto fático sobre a qual recairá.

24. Como decorrência de tal premissa, logo adveio a necessidade de assegurar que as Cortes Constitucionais dispusessem de instrumental

adequado à promoção da referida análise — *quanto aos fatos e prognoses legislativas* — daí surgindo a possibilidade de determinar, também no âmbito da jurisdição constitucional abstrata, a realização de perícias, a oitiva de especialistas, a admissão dos “*amigos da corte*” — *que devem ostentar* —, bem como a realização de audiências públicas, **a exemplo do que se verifica, no presente caso, a partir da atuação sempre diligente do eminente Relator.**

25. O ponto foi também abordado pelo Ministro Gilmar Mendes no trabalho acadêmico já mencionado:

“A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos sugere a **necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.**

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.

Nesse sentido, a prática americana do ‘*amicus curiae brief*’ permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) –, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades.

A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health Services* (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia – possivelmente o número mais expressivo já registrado – por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto.

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui

um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante.

É por isso que Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às 'intervenções de eventuais interessados', assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição.

É certo, por outro lado, que o Tribunal que exerce as funções de Corte Constitucional não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Em verdade, tal como já apontado, a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional.

Uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativos fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade.

Não é preciso ressaltar também que a negativa do Tribunal de examinar, com todos os elementos disponíveis, a correção dos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador pode corresponder a uma vinculação, ainda que não estritamente consciente, aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador.

Em outras palavras, tal postura poderá significar, em verdade, uma renúncia à possibilidade de controle de legitimidade da lei propriamente dita. Ou, o que se revela igualmente inadequado e grave, a não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas.

Por outro lado, não há dúvida de que a complexidade das relações envolvidas nas questões constitucionais exige que o órgão que exerce as funções de controle disponha de

mecanismos procedimentais que lhe permitam uma atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional.

Em verdade, a substituição de uma decisão *'intuitiva'* do legislador por uma decisão igualmente *'intuitiva'* da Corte coloca em xeque a própria legitimação do sistema de controle de constitucionalidade.

Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz.

É por isso que se afigura essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle.” (MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial*. Revista Jurídica Virtual Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000; p. 10-11; grifos acrescidos)

26. Por outro lado, é igualmente pacífica na jurisprudência da Corte a possibilidade de, em determinadas situações, com parcimônia e temperança — *observadas as cautelas inerentes ao dever de autocontenção judicial* —, promover o exame de conformidade de determinada *política pública* com as balizas vinculativas impostas, tanto ao legislador — *quando sobre ela delibera e define orientações* —, quanto ao administrador — *quando a formula e executa* — pela Lei Fundamental.

27. Frisa-se, ademais, que no *presente caso* submete-se à jurisdição constitucional o exame de conformidade da política pública a partir dos *resultados* verificados após a sua fase de *implementação*, ou seja, já no seu *último ciclo*, de *avaliação*. Quanto ao ponto, rememoro as lições de Felipe de Melo Fonte, que em esforço de sistematização da matéria, apresenta as seguintes considerações:

“A ideia de que as políticas públicas englobam leis, diversos atos administrativos e fatos tendentes à realização de determinada finalidade imediatamente remete à noção de *procedimentos*. Daí por que em sede doutrinária há o reconhecimento das etapas que dão ensejo à formação e execução das políticas públicas. Ademais, as políticas públicas

são *cíclicas* porque dificilmente as questões que demandaram a sua concretização são solucionadas em curto prazo. Vale dizer que este corte pode não corresponder a momentos verdadeiramente estanques entre si, mas deve ser compreendido como uma tentativa de facilitar o estudo do tema, de modo que a organização proposta está sujeita a eventuais correções e críticas futuras. **São identificadas, basicamente, quatro fases, que compreendem: (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e escolha das políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.**

A definição da agenda pública decorre da percepção de um problema por parte do governo que demanda sua ação. [...] Os agentes eleitos (legisladores e administradores) são, por **dever de ofício, os responsáveis** por perceber e incluir na discussão pública determinado assunto relevante para a coletividade, mas isso não exclui a participação da sociedade civil, que pode ocorrer por meio de associações privadas, meios de comunicação de massa, sindicatos, grupos de *lobby*, e mesmo indivíduos autônomos com grande capacidade de mobilização pública.

(...)

A formulação e escolha das políticas públicas requerem, em sua etapa primária, a identificação de objetivos que possam ser reconduzíveis ao ordenamento jurídico, em obediência ao princípio da legalidade, cuja observância é exigida em toda a atividade administrativa. [...]

Cabe ainda ao legislador definir a quantidade de dinheiro que será retirada da sociedade para a realização de tais metas públicas, bem como da proporção que ficará disponível para cada tema de relevância social, o que faz por meio do orçamento público e na definição de suas rubricas.

(...)

O terceiro momento diz respeito ao processo de implementação das políticas públicas já traçadas. Aqui os planos e programas normativos deixam o mundo das ideias e convertem-se em ação efetiva do Estado. Esta se constitui da edição de atos administrativos para a alocação de servidores públicos em determinada atividade, realização de licitações, publicação de editais, realização de empenho e liquidação de despesas, enfim, de toda a atividade destinada à realização do

planejamento estabelecido pela Administração para realizar a finalidade pública colimada. A implementação de políticas públicas era uma matéria não problematizada na década de setenta na ciência política, e no direito permanece sendo um assunto marginal, a despeito da crescente atenção que lhe tem sido devotada. A evidente questão que avulta diz respeito à fidelidade com que a burocracia executa os comandos advindos dos escalões superiores da Administração, e aqui as abordagens se dividem na prevalência da burocracia não eleita (análise *bottom-up*) ou da cúpula (análise *top-down*) na efetivação das políticas.

(...)

No esquema proposto, **o último momento é o da avaliação das políticas públicas**. Os mecanismos constitucionais e legais de avaliação de políticas públicas são complexos e institucionalmente diversificados, tornando muitas vezes difícil estabelecer limites claros entre os papéis de um e outro órgão de poder (especialmente quanto ao papel do Poder Judiciário). Ademais, é oportuno alertar que, como já se disse, nem sempre é possível antecipar resultados de políticas públicas formuladas. Além disso, a solução posta em prática pelo governo pode não corresponder àquela mais eficiente em uma análise de custo-benefício de caráter puramente econômico, mas corresponder ao politicamente viável no arranjo de interesses dos grupos socialmente afetados. Por esta razão, ressalvados, uma vez mais, os casos extremos, revela-se irrazoável rotular determinada ação pública como um fracasso ou um sucesso, pois os critérios de avaliação são cambiantes e muitas vezes não consideram estas variáveis políticas.

Feita esta advertência inicial, **é possível, com base no sistema da Constituição Federal de 1988, apontar a existência de quatro mecanismos de avaliação de políticas públicas, cujos parâmetros de controle são distintos, a saber: (i) político-eleitoral; (ii) administrativo-interno; (iii) legislativo; e (iv) judicial.**

O primeiro método de avaliação é puramente *político*, e ele é indubitavelmente o mais importante de todos, pois é ínsito às democracias contemporâneas. [...] Portanto, o voto é o primeiro e principal instrumento de controle social de políticas públicas.

(...)

Também poderá ocorrer avaliação pelos próprios mecanismos internos da Administração Pública. É o que se

chama controle administrativo ou autotutela, tema abordado corriqueiramente nos manuais de direito administrativo.

(...)

O terceiro mecanismo de avaliação e controle de políticas públicas é desempenhado pelo *Poder Legislativo* e pelos *Tribunais de Contas*. O primeiro exerce-o de formas diversas, às vezes diretamente, por meio da aprovação de leis, mas também nos diversos casos em que os atos administrativos exigem a concordância do Congresso Nacional para se aperfeiçoarem (e.g., assinatura de tratados; alienação de terras públicas com medidas superiores a dois mil e quinhentos hectares etc.).

(...)

Por fim, mas não menos importante, não resulta evidente de uma primeira leitura do texto constitucional qualquer papel de maior relevo para o Poder Judiciário em matéria de avaliação de políticas públicas. De fato, nos estritos termos da Constituição, cabe a este poder estatal efetuar o reconhecimento da inconstitucionalidade de atos da Administração Pública quando estes confrontarem com o texto constitucional, ou de sua ilegalidade quando aqueles não puderem ser enquadrados na ordem jurídica infraconstitucional. **Segundo o conhecimento convencional, fora das hipóteses de ilegalidade e inconstitucionalidade dos atos administrativos ou das leis, não cabe aos magistrados efetuar qualquer ingerência sobre as decisões dos demais poderes estatais, os quais se inserem nas rubricas *discricionariedade administrativa* ou *legislativa*, conforme o caso.**

Porém, como visto neste capítulo, esta descrição da realidade dificilmente poderia subsistir em um ambiente em que o Poder Judiciário reiteradamente profere decisões que afetam políticas públicas estabelecidas ou determinam a sua realização. A necessidade de revisão da tese tornou-se imperiosa quando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça - órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro - passaram a reconhecer legitimidade aos juízes para ingressar neste campo. Resta saber, assim, os limites e possibilidades desta incursão.” (FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 60-76; grifos acrescidos)

28. Especificamente em relação à definição da “*agenda pública*”, realça o autor que, para além das distinções e classificações comumente

adotadas pela Ciência Política — *que fala em “agenda sistêmica” e “agenda institucional”* — uma análise jurídica da questão deve levar em consideração a existência de uma **“agenda constitucional”**. Sob essa perspectiva, defende o autor que além de ver na Constituição *“um condicionador de possibilidades de formulação de políticas públicas”*, é preciso atentar também para as situações em que *“a Constituição, além de limitar o Estado, reclamará algum tipo de ação governamental para sua concretização”*.

29. Portanto, reconhecendo-se a possibilidade de, em situações excepcionais, atuar o Poder Judiciário nos demais ciclos das políticas públicas, penso ser inafastável a sua intervenção quando (i) provocado para tanto, verifique um descompasso entre a *agenda pública* escolhida e a *agenda constitucional* limitadora do espaço de conformação dos atores eleitos; e (ii) instado a *avaliar* os seus *resultados*, constate, a partir da análise dos fatos e prognoses legislativas, o não atingimento do *fim* a que se destina, em malferimento ao interesse público.

30. Entendo pertinente esclarecer e assentar essas premissas iniciais por ser a partir delas que reputo imprescindível ao adequado exame do caso em julgamento analisar em sua integral extensão todos os aspectos inerentes ao *problema* a ser solucionado. Vale dizer, analisar não apenas a norma especificamente impugnada e os fatos e prognoses a ela inerentes, sendo imperioso considerar, a partir de uma **perspectiva contextualista e consequencialista** — *tal como enfatizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso no bojo do HC nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17/02/2016, p. 17/05/2016* — também os demais diplomas e políticas públicas que se correlacionam ao presente objeto.

31. Assim, penso ser condição *sine qua non* à prestação de um tutela jurisdicional verdadeiramente eficaz — *e, portanto, adequada* — analisar a constitucionalidade da política pública instituída pelo art. 3º da Lei nº 12.871, de 2013, a partir do exame das suas consequências práticas, dos seus desdobramentos — *inclusive pela edição dos marcos regulatórios que lhe dão conformidade em sua inteireza* — e, sobretudo, da atual realidade fática sobre a qual incide — *ou seja, a partir dos resultados que produziu (se foram satisfatórios, se ainda é necessária, etc.)*.

32. Aí reside, com a mais respeitosa vênia, uma primeira **divergência em relação à posição manifestada pelo eminente Relator, notadamente**

quanto à abrangência e o grau de verticalidade dessas ações de controle abstrato.

33. Isso porque, no entender de Sua Excelência, tais processos (i) “*não versam sobre a moratória instituída pela Portaria MEC 328/2018*”; e, da mesma forma, (ii) “*a discussão sobre a autorização de novos cursos de medicina no âmbito da Lei 12.871/2013 não diz respeito diretamente a critérios de avaliação continuada das instituições de ensino, malgrado essa nuance seja tangenciada pelos argumentos ventilados nestes autos*”.

34. Entendo, contudo, com esteio nas premissas acima explicitadas, que se tratam de aspectos tão umbilicalmente relacionados ao cerne da questão em julgamento, que o seu não enfrentamento repercute decisivamente no juízo que se pretende empreender acerca da conformidade constitucional da disposição normativa especificamente impugnada, sobretudo quando o referido escrutínio é feito a partir de investigação quanto à proporcionalidade e à razoabilidade da medida — *perquirição essa que somente pode ser satisfatoriamente desenvolvida a partir da observação das repercussões práticas geradas pelo ato sindicado*.

35. Ora, se a moratória instituída pela Portaria MEC nº 328, de 2018, adveio da necessidade — *como enunciado no ato administrativo preparatório à sua edição* — de se reanalisar a política pública inaugurada pela Lei nº 12.871, de 2013, e, de modo mais específico, a real eficácia do mecanismo do chamamento público — *ponto central da presente arguição* —, a meu sentir, e renovando as vênias às posições em contrário, parece indene de dúvidas que se deve considerar as repercussões deste ato normativo — *e da realidade concreta por ele produzida* — nas ações em análise.

36. Em reforço, rememoro que no bojo da ADI nº 7.187, formula-se pedido específico para que seja “*declarada a inconstitucionalidade e a nulidade, por arrastamento, das Portarias MEC n.º 328/2018, n.º 523/2018, n.º 343/2022 e n.º 371/2022*”(e-doc. 1, p. 62; realcei).

37. No que concerne às imbricações entre a presente controvérsia e a sistemática de *avaliação* da qualidade dos cursos de ensino superior, tal como estabelecida pela Lei nº 10.861, de 2010 — *a Lei que institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES)* — me parece que as disposições do seu decreto regulamentar já apontam para a existência de

certo grau de inter-relação. Isso porque, a par da ementa atribuída pelo legislador — *centrada no aspecto da avaliação dos cursos* —, encontra-se no Decreto nº 9.235, de 2017, seção específica sobre “*autorização de cursos*” — *Seção VIII do Capítulo II* — inclusive com previsão distintiva específica relacionada aos cursos de Medicina — *art. 41, § 2º*.

38. Compreendo, ademais, que a aferição da conformidade constitucional da sistemática do chamamento público inaugurada pelo art. 3º da Lei nº 12.871, de 2013, como condição limitadora da abertura de novos cursos de Medicina, não está exclusivamente relacionada a aspectos de dimensões *quantitativas* — *no sentido de se verificar se é adequado, necessário e razoável que se restrinjam a abertura de novas vagas no ensino superior desta área de formação específica diante de um eventual risco de saturação do mercado* —, mas deve levar em consideração, também, elementos de ordem *qualitativa* na formação destes profissionais.

39. Penso, inclusive, que a imprescindibilidade em se considerar o referido aspecto resta evidenciada pela posição unânime quanto à absoluta necessidade de se assegurar, no contexto da localidade na qual se pretende abrir novo curso, a ambiência e o aparato instrumental necessário ao aprendizado prático — *dimensão fundamental da graduação médica*. Trata-se, a toda evidência, de preocupação com a *qualidade* do curso a ser ministrado. Tal preocupação se revela ainda mais fundamental quando, segundo estudo realizado pelo Instituto de Saúde Suplementar da Universidade Federal de Minas Gerais, **dos 19,4 milhões de pessoas tratadas em hospitais no Brasil** entre abril de 2017 e março de 2018, **1,3 milhão sofreu ao menos algum efeito colateral por negligência ou imprudência** durante o tratamento médicoⁱ. No mesmo estudo, se verificou que **55 mil pessoas morrem por ano no país por erro médico**. Portanto, a qualidade dos cursos de medicina está diretamente relacionada à qualidade do serviço de saúde a ser prestado à população brasileira. Enfim, a adequada ou inadequada regulação do ensino da medicina tem o condão de impactar diretamente na vida ou morte das pessoas. **Em definitivo, a medicina por evidência** depende, necessariamente, de uma **regulação do ensino médico baseada em evidências**. Não há espaços para achismos ou visões ideológicas nessa seara.

40. Nesse mesmo sentido aponta a argumentação lançada na peça

vestibular da ADC nº 81/DF, notadamente ao afirmar que “[a] discussão interessa não apenas às instituições privadas que procuram ofertar novas vagas ou abrir cursos de Medicina”, tendo “alcance muito mais amplo” na medida em que “o objeto desta ação está diretamente relacionado com a proteção da vida do cidadão brasileiro e com a **qualidade da formação médica nacional**” (e-doc. 1, p. 2; 3; grifos acrescentados).

41. Assim, a rigor, imbuído pela necessidade de enfrentamento holístico do problema posto — *porque somente a partir de tal perspectiva é possível construir solução efetiva e, portanto, constitucionalmente adequada* —, penso que o adequado exame da controvérsia perpassa pela análise não apenas da Portaria MEC nº 328, de 2018, e da Lei nº 10.861, de 2010, como igualmente dos demais *atos normativos, fatos e dados* da realidade que contextualizam a matéria.

42. Com esse intuito, antes de escrutinar detidamente o dispositivo vergastado, é mister *(i)* analisar o contexto no qual se encontram outros países, bem como eventuais parâmetros internacionalmente estabelecidos em relação ao tema dos “*desertos médicos*”; *(ii)* promover breve esboço histórico quanto à evolução das medidas legislativas e das políticas públicas que objetivam combater o eventual déficit e a má distribuição de médicos no país; *(iii)* examinar os processos de elaboração e concretização da política pública em questão, buscando aferir, sobretudo, o grau de participação social e a observância às balizas normativamente conformadoras da boa regulação; e *(iv)* considerar os dados disponíveis quanto ao atual cenário do quantitativo de médicos no país, do número de vagas já disponíveis para novos pretendentes à formação em Medicina, de eventual modificação na distribuição destes profissionais no território nacional, dentre outras informações que sejam capazes de auxiliar a avaliação de *resultados* da política em xeque.

43. A partir de tais elementos se empreenderá o teste de proporcionalidade da norma, seguindo as mesmas etapas que conduziram a análise do eminente Relator. **Antecipo, desde já, que a ponderação alicerçada nos elementos informativos acima elencados culmina em resultado que me leva a, respeitosamente, divergir dos eminentes pares que já se manifestaram até o presente momento, conforme passo a expor.**

III.2 – O contexto internacional: *comparação do Brasil com os países integrantes da OCDE e o problema global dos “desertos médicos”*

44. De acordo com o estudo *Demografia Médica no Brasil 2023*, elaborado em conjunto pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP) e pela Associação Médica Brasileira (AMB), o Brasil acompanhou o movimento mundialmente verificado de expansão do número de médicos em relação à população em geral, embora ainda esteja atualmente abaixo da proporção média verificada nos países integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Pela riqueza dos dados apresentados, cito o seguinte excerto da referida obra:

“Em janeiro de 2023, o Brasil contava com 2,60 médicos por 1.000 habitantes, taxa menor do que a média dos países avaliados pela OCDE, que é de 3,36.

Contudo, o país apresenta índice próximo ao de países como Japão (2,60) e Coreia do Sul (2,51) (Figura 1). Além do Brasil, outros 23 países possuem densidade de médicos abaixo da média, como Estados Unidos (2,64) e Canadá (2,77). Indonésia (0,63), África do Sul (0,79) e Índia (0,90) apresentam as menores taxas, com menos de um médico por 1.000 habitantes.

Dados coletados pela OMS mostram grande variação do indicador entre as sub-regiões europeias, com a porção oeste do continente, que inclui Mônaco (8,87), Áustria (5,35) e Alemanha (4,46), concentrando as maiores densidades. Já países da Ásia Central apresentam menores razões.

Nas duas últimas décadas, a maior parte dos países avaliados pela OCDE, incluindo o Brasil, tem apresentado aumento significativo da densidade de médicos, um crescimento maior do que o da população geral.

A densidade de médicos dobrou no Brasil, de 1,29 em 2000 para 2,60 em 2023. A China passou de 1,24 médicos por 1.000 habitantes, em 2000, para 2,24 em 2020, embora ainda mantenha taxa menor do que a média dos países analisados.

Já a Austrália ultrapassou a média da OCDE, saindo de uma taxa de 2,49 no ano 2000, quando a média entre os países era 2,74, para os atuais 3,83, enquanto a média dos países atualmente é de 3,36 médicos para cada 1.000 habitantes.

Esse crescimento acelerado se deu mesmo em países que

já possuíam taxas mais altas, caso da Áustria (5,32), Noruega (5,18), Espanha (4,58) e Dinamarca (4,25).

Entre os países com taxa inferior à média da OCDE, nos últimos dez anos, Brasil e Reino Unido registraram maior crescimento do indicador do que Estados Unidos, Coreia do Sul e Japão. A França teve crescimento mais modesto e o México apresentou leve queda no ritmo de crescimento nos últimos anos.

A população médica ativa tem crescido nos países em consequência da abertura de novas vagas de graduação, mas a entrada de médicos estrangeiros, o prolongamento do tempo de atividade e o adiamento da aposentadoria também são fatores a serem considerados.

Cabe ressaltar que o indicador possui limitações, pois não expressa a heterogeneidade da distribuição de médicos dentro dos territórios nacionais. Uma única taxa nacional não alcança as desigualdades de concentração, que costumam ser maiores ou menores de acordo com a extensão geográfica, as realidades epidemiológica e demográfica, as características do sistema de saúde e as desigualdades socioeconômicas regionais.

Por isso, a OMS esclarece que não existe norma universal ou padrão recomentado de densidade mínima de médicos.” (SCHEFFER, M. et al. *Demografia Médica no Brasil 2023*. São Paulo, SP: FMUSP, AMB, 2023, p. 64-65; grifos acrescentados)

45. Para além deste cenário, que bem retrata a realidade atual, é interessante observar que o Brasil atingiu, em 2021, a taxa de “11,75 médicos graduados para cada 100.000 habitantes” (SCHEFFER, M. et al. *Demografia Médica no Brasil 2023*. São Paulo, SP: FMUSP, AMB, 2023, p. 65), o que dá perspectiva de um futuro com ainda mais profissionais em relação ao tamanho da população em geral.

46. Nada obstante a relevância de tais dados comparativos, não se pode olvidar que há uma série de peculiaridades inerentes aos diversos contextos vivenciados por cada país, que desaconselham a utilização da média da OCDE como elemento sinalizador do quantitativo *ótimo* de médicos em determinado Estado-nação.

47. Nesse sentido, é interessante notar a fluidez que caracteriza a métrica, na medida em que varia de acordo com o aumento ou diminuição do número total de médicos no âmbito de todos os seus

países-membros. Em momentos de expansão global, como o presente, a proporção é rapidamente elevada — *sem que tal movimento caracterize, por si só, prova cabal de que determinado país, em específico, esteja em situação deficitária ou superavitária quanto ao assunto*. À título ilustrativo, colhe-se do relatório “*Health at a Glance 2021: OECD Indicators*” (em tradução livre: *Saúde em resumo 2021: indicadores da OCDE*) que o número total de médicos nos países da organização cresceu de 2,8 milhões nos anos 2000 para 3,4 milhões em 2010 e 4,1 milhões em 2019. Diante disso, a proporção média desses profissionais por mil habitantes saltou de 2,7 em 2000 para 3,6 em 2019.

48. De outro lado, estudo promovido pela Organização Mundial da Saúde em 2010 apontava como parâmetro ideal de atenção à saúde da população a relação de um médico para cada grupo de mil habitantes (World Health Organization. *Increasing access to health workers in remote and rural areas through improved retention – global policy recommendations*. Geneva: WHO; 2010). Ou seja, consideravelmente abaixo das projeções indicadas pela OCDE.

49. Daí porque o *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, divulgado em 2021, advertir para a inadequação em se formularem as políticas públicas de gestão, formação e qualificação da força de trabalho em saúde, a partir exclusivamente da aludida razão, negligenciando-se o imprescindível diagnóstico das “*necessidades presentes e futuras de médicos e outros profissionais de atenção à saúde*” da população geral. *In verbis*:

“No Brasil, ao contrário de muitos países da OCDE, há falta de conhecimento das necessidades presentes e futuras de médicos e outros profissionais de atenção à saúde (Oliveira et al., 2017[4]). O planejamento da força de trabalho em saúde não se baseia em avaliação objetiva com base nas características dos profissionais (idade e sexo), seus processos de trabalho (produtividade, carga de trabalho), as características do sistema de saúde em vigor (cobertura e tipo de serviços oferecidos) e as necessidades de saúde da população (como perfis socioeconômicos e epidemiológicos).

Em vez disso, as estimativas existentes são baseadas em quesitos de viabilidade, usando dados comparando a proporção de médicos por mil habitantes entre o Brasil e

outros países para determinar uma proporção desejável e criar metas de melhoria (Oliveira et al., 2017[4]). Uma meta fixa de proporção mínima pode ser definida, mas ela não considera os fatores contextuais descritos acima para fazer uma previsão das necessidades e demandas previstas, além da simulação dos perfis necessários e possíveis cenários de reforma que levariam ao conjunto de recursos humanos mais adequados para atender à crescente demanda por atendimento.

(...)

Isso é diferente de muitos países da OCDE, como Itália ou Estados Unidos, os quais possuem bases sólidas para o planejamento da força de trabalho. Nos Estados Unidos, o *National Center for Health Workforce Analysis* oferece pesquisas, dados, ferramentas e projeções sobre a força de trabalho em saúde para informar o planejamento de programas e a formulação de políticas (HRSA, 2021[13]). Na Itália, as necessidades nacionais de recursos humanos são estabelecidas com base nas necessidades relatadas regionalmente para estabelecer o planejamento de recursos humanos do SSN (Quadro 5.2). Tal análise se baseia em uma abordagem ascendente, em que as informações das regiões são enviadas ao Ministério da Saúde para que esse elabore recomendações ao Ministério da Educação (OCDE, 2014[12]). As experiências dos países da OCDE podem ser úteis para o Brasil em seus esforços para definir política de gestão da força de trabalho mais clara para gerir os recursos humanos da saúde. O Brasil já coleta dados de nível municipal com frequência mensal, o que significa que os dados de pré-requisitos já se encontram disponíveis para melhor informar a gestão da força de trabalho. O uso mais inteligente desses dados é recomendado para entender melhor os desafios da força de trabalho no Brasil, incluindo, por exemplo, a escassez e distribuição geográfica desigual de médicos. Maior coordenação entre os municípios e o nível federal poderia ajudar nessa direção." (OECD (2021), *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, OECD Publishing, Paris, p. 151-152; grifos acrescentados)

50. Para além do apontado *disclaimer*, é preciso atentar também para um outro aspecto, ainda mais fundamental aos propósitos da presente análise: infelizmente, também a exemplo do que se tem verificado em outros países membros da OCDE, essa expansão do número de profissionais não foi acompanhada de sua melhor distribuição regional,

notadamente em favor daquelas áreas que sofrem com maior escassez de mão de obra médica.

51. O ponto foi igualmente explorado pelo mencionado *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, da seguinte forma:

“As diferenças regionais na distribuição de todos os médicos é uma preocupação importante no Brasil. **Como em muitos países da OCDE, o número de médicos per capita varia consideravelmente entre as regiões.** Ao todo, são 2,3 médicos por mil habitantes, mas há capitais com mais de 12 médicos por mil habitantes - como Vitória, no Espírito Santo - e regiões com valores abaixo de um médico por mil habitantes (como a região amazônica no Norte, por exemplo) (Scheffer et al., 2018[1]). **As diferenças entre municípios pequenos e grandes no Brasil são comparáveis às de outros países da OCDE.**

(...)

Os desequilíbrios geográficos em diferentes regiões do Brasil refletem a concentração de serviços especializados e as preferências dos médicos pela prática em ambientes urbanos. **Como em muitos outros países da OCDE, os médicos brasileiros podem relutar em praticar em regiões rurais ou áreas urbanas com problemas socioeconômicos devido a preocupações com sua vida profissional** (incluindo renda, jornada de trabalho, oportunidades de desenvolvimento de carreira, isolamento de colegas) **e aspectos da vida social e familiar** (como opções educacionais para seus filhos e oportunidades profissionais para seus cônjuges) (OCDE, 2019[3])” (OECD (2021), *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, OECD Publishing, Paris, p. 146-147; grifos acrescidos)

52. No contexto mundial, o relatório *“Health at a Glance 2023: OECD Indicators”* (em tradução livre: *Saúde em resumo 2023: indicadores da OCDE*) expõe o cenário atual do problema da seguinte forma:

“O acesso aos cuidados médicos requer um número suficiente e adequadamente distribuído de médicos em todas as partes do país. Uma escassez de médicos em algumas regiões pode levar a desigualdades no acesso a cuidados e necessidades não satisfeitas. Dificuldades em recrutar e reter médicos em

certas regiões tem sido uma questão política importante em muitos países da OCDE há muito tempo, especialmente em países com áreas remotas e escassamente povoadas.

O número total de médicos por 1 000 habitantes varia amplamente nos países da OCDE, de 2,5 ou menos na Turquia, Colômbia e México para mais de 5 na Grécia, Portugal, Áustria e Noruega (ver secção 'Médicos (número global)'). Além destas diferenças entre países, o número de médicos por 1000 habitantes também varia frequentemente muito entre regiões dentro de cada país. A densidade de médicos é geralmente maior nas regiões metropolitanas, refletindo a concentração de serviços especializados, como cirurgia e médicos preferências para praticar em áreas densamente povoadas. Em 2021, disparidades na densidade de médicos entre regiões metropolitanas e regiões remotas foram mais elevados na Lituânia, na Letônia e no República Eslovaca. A distribuição foi mais igualitária na Noruega e Suécia. No Japão, havia mais médicos por população fora das áreas metropolitanas, embora o número de médicos em todas as regiões foi inferior à média da OCDE (Figura 8.9).

Em muitos países, existe uma concentração particularmente elevada de médicos nas regiões das capitais nacionais (Figura 8.10). Isto é o caso, nomeadamente na Áustria, na República Checa, na Dinamarca, Grécia, Hungria, Portugal, República Eslovaca e Estados Unidos.

Os médicos podem relutar em exercer a profissão em regiões rurais devido a preocupações sobre sua vida profissional (incluindo sua renda, jornada de trabalho, oportunidades de desenvolvimento de carreira e isolamento dos colegas) e comodidades sociais (como educação opções para seus filhos e oportunidades profissionais para seus parceiros). Uma série de alavancas políticas podem ser usadas para influenciar a escolha do local de prática dos médicos, incluindo: 1) fornecer incentivos financeiros para os médicos trabalharem em áreas mal servidas; 2) aumentar as matrículas em medicina programas de educação de estudantes de áreas carentes ou caso contrário, descentralizar a localização das escolas médicas; 3) regulamentar a escolha do local de atuação dos médicos (para novos graduados em medicina ou médicos com formação estrangeira que chegam ao país); e 4) reorganizar a prestação de serviços para melhorar a condições de trabalho dos médicos em áreas desfavorecidas (OCDE, 2016[1]). Os

desenvolvimentos na telemedicina também podem ajudar superar barreiras geográficas entre pacientes e médicos (ver seção sobre 'Saúde digital' no Capítulo 5).

Na França, sucessivos governos lançaram uma série de iniciativas nos últimos 15 anos para abordar preocupações sobre 'desertos médicos'. A principal ação política para resolver esta questão tem sido a criação de centros de saúde multidisciplinares e casas, permitindo que GPs e outros prestadores de cuidados primários trabalhem no mesmo local, evitando assim as restrições de uma prática solitária. Até 2022, um total de 2 773 centros de saúde deste tipo e casas estavam em funcionamento. Vários tipos de apoio financeiro também são previstos para que os médicos estabelecessem seus consultórios em áreas mal atendidas. O governo também introduziu bolsas mensais para estudantes de medicina e estagiários que concordem em praticar por um período mínimo em áreas carentes para concluir a sua formação, embora a adesão a este programa permaneça bastante limitada (OCDE/Observatório Europeu da Sistemas e Políticas de Saúde, 2021[2]).

Na República Checa, o Ministério da Saúde oferece programas especiais de subsídios aos GPs para abrir escritórios em áreas carentes, e as seguradoras de saúde também oferecem pagamentos mais elevados aos médicos servindo regiões menos densamente povoadas (OCDE/Europa Observatório de Sistemas e Políticas de Saúde, a publicar[3])." (OECD (2023), *Health at a Glance 2023: OECD Indicators*, OECD Publishing, Paris , p. 180; tradução livre)

53. Retornando ao contexto nacional, é pertinente observar as seguintes considerações feitas no bojo do já citado *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil* acerca da necessidade de realização de ajustes **especificamente no Programa Mais Médicos**:

"Pode ser necessário melhorar os métodos de direcionamento da comunidade utilizados pelo PMM para maximizar os benefícios potenciais do Programa. Conforme experimentado por outros países da OCDE (Estados Unidos, Austrália e Canadá), o método de focalização na comunidade tem grandes implicações para o planejamento de recursos humanos, e isso pode não ser suficientemente reconhecido no Brasil. Na Austrália, por exemplo, comunidades com escassez

de médicos são designadas como 'Áreas Prioritárias de Distribuição' (em inglês, *Distribution Priority Areas*, ou DPA) com base em seu status demográfico, socioeconômico, tamanho da população e medidas de distância geográfica. Os médicos de clínica geral formados no estrangeiro têm de trabalhar pelo menos 10 anos em comunidades com a designação DPA. No Canadá, os critérios usados para definir comunidades carentes de serviços consideram as relações entre médicos e população, status demográfico e socioeconômico e acessibilidade geográfica. Nos Estados Unidos, a designação da área de escassez de profissionais de saúde é determinada com base em pontuação composta, calculada a partir da combinação da densidade de prestadores de serviços de saúde, nível de pobreza, taxa de mortalidade infantil e a estrutura de idade de cada comunidade." (OECD (2021), *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, OECD Publishing, Paris, p. 162)

54. A partir dessa breve contextualização do tema em nível global, verifica-se que a questão da concentração da mão de obra médica em determinadas regiões do país, e, ainda naquelas mais bem servidas, a discrepância entre as aglomerações urbanas e as localidades mais isoladas, não é exclusividade nacional (*v.g.* POZ, Mario Roberto Dal. *A crise da força de trabalho em saúde*. In: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 29, n. 10, p. 1924-1926, out, 2013).

55. Dessa constatação advém a possibilidade de cotejar a solução aqui concebida com aquela esquadrinhada em outros lugares, consubstanciando-se a aludida comparação em aspecto capaz de auxiliar no exame de proporcionalidade que se busca empreender com vistas a aferir a razoabilidade das restrições impostas pela política pública atualmente em vigor.

III.3 – Breve esboço histórico das políticas públicas relacionadas à expansão da oferta de mão de obra em saúde no país

56. Outra importante fonte de subsídios capaz de auxiliar na análise dos fatos e prognoses legislativas relacionadas especificamente à política pública inaugurada pela Lei nº 12.871, de 2013, é o exame das medidas anteriormente adotadas com vistas à consecução dos mesmos objetivos.

57. Com intuítos semelhantes, buscando “*compreender os desafios dos formuladores de políticas e gestores do SUS para assegurar a disponibilidade e a acessibilidade geográfica aos serviços prestados pelos médicos*” Oliveira APC *et al.*, empreenderam análise, além do Programa Mais Médicos, de outras sete políticas públicas implementadas nos últimos trinta anos que tinham dentre os seus principais objetivos a correção da má distribuição dos médicos no SUS. São elas: (i) o Projeto Rondon; (ii) o Programa de Interiorização do SUS (PISUS); (iii) o Programa de Interiorização do Trabalho em Saúde (PITS); (iv) o Telessaúde; (v) o Programa de Apoio à Formação de Médicos Especialistas em Áreas Estratégicas (Pró-Residência); (vi) o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES); e (vii) o Programa de Valorização dos Profissionais da Atenção Básica (PROVAB).

58. Em referido trabalho, intitulado “*Desafios para assegurar a disponibilidade e acessibilidade à assistência médica no Sistema Único de Saúde*”, os autores assim sintetizaram os escopos específicos de cada uma das políticas analisadas, situando-as temporalmente:

Projeto Rondon - 1968 a 1989 e 2005 a atual* - Objetivou promover estágios de serviços para estudantes universitários e conseqüentemente trazer os alunos para o trabalho em áreas de difícil acesso e a serviços de saúde em expansão. Em 2005 houve seu relançamento e conta com representantes dos Ministérios da Defesa, Educação, Saúde, entre outros.

PISUS - 1993 a 1994 - Objetivou a interiorização de uma equipe mínima de saúde, composta por ACS, enfermeiro e médico no suporte de um serviço de saúde. Organizado em quatro subprogramas, unidades de pronto atendimento, interiorização do médico (fixação de pelo menos um médico, com residência no município participante), interiorização do enfermeiro e ACS. Garantia instalações físicas adequadas, moradia para enfermeiros e médicos, pagamento por produção e contrato formal executado pelo gestor municipal através de repasse do MS.

PITS - 2001 a 2004 - Objetivou incentivar a alocação de profissionais de saúde qualificados em municípios de comprovada carência de recursos médicos-sanitários e distantes de capitais, além disso colaborar com a expansão da atenção básica e da PSF. Coordenado em nível nacional pelo MS, adotou a mesma estratégia do PSF e utilizou-se de incentivos

financeiros, educação continuada para profissionais participantes e apoio profissional e pessoal por meio de condições adequadas de trabalho (equipamentos e insumos), moradia, alimentação e transporte para o desenvolvimento de suas atividades. Os médicos participantes faziam o curso de especialização em Saúde da Família.

Telessaúde - 2007 até o momento* - Estratégia integrante a Política Nacional de Educação Permanente em Saúde implementada como uma das ações do Programa Mais Saúde. Tem como objetivo a orientação da formação e desenvolvimento dos RHS e a qualificação da atenção e gestão em saúde na atenção básica no SUS. Integra ensino e serviço promovendo tele-assistência e tele-educação, por meio de TICs.

Pró-Residência - 2009 até o momento* - Uma medida intersetorial entre o Ministério da Saúde e da Educação. Visa apoiar, por meio da concessão de bolsas, a formação de especialistas em áreas básicas e prioritárias para algumas regiões do país (Norte, Nordeste e Centro Oeste) e abertura de novos programas de residência considerando a necessidade da região.

Fies - 2011 até o momento* - Em 2011 o governo possibilitou que médicos que tiveram sua graduação financiada pelo FIES, abatessem sua dívida atuando nas equipes da ESF em áreas com carência de médico. Para cada mês trabalhado o abatimento é de 1% do saldo devedor.

PROVAB - 2011 até o momento* - Objetiva prover as equipes da Atenção Básica e da ESF com enfermeiros, dentistas e médicos em áreas remotas e de maior vulnerabilidade (populações ribeirinhas, quilombolas, assentadas, indígenas, etc.) alcançando assim maior integração ensino-serviço-comunidade. Os profissionais recebem bolsa de estudos pagas pelo governo federal, supervisão a distância e presencial e a oportunidade de realizar um curso de especialização com foco na atenção básica oferecido por universidades participantes do UNA-SUS. Ao final de um ano, os médicos podem receber pontuação (10% sobre a nota) no processo seletivo da residência médica. (Oliveira APC et al. *Desafios para assegurar a disponibilidade e acessibilidade à assistência médica no Sistema Único de Saúde*. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 22, n. 4, p. 1165-1180, 2017)

59. Ao final, constataram que “o foco das pesquisas identificadas por

meio dos artigos selecionados no contexto brasileiro concentra-se na descrição da problemática, no diagnóstico e suas causas, *faltando investigações que analisem alternativas e soluções para a redução do problema em estudo de uma forma crítica ou a avaliação de alternativas implementadas em outros países à luz do contexto brasileiro*” (grifei). Assim, alcançaram as seguintes conclusões:

“A má distribuição geográfica de médicos é um problema que esteve presente na agenda de decisão política de diversos governos no Brasil. A partir de 2011, o déficit de provimento de profissionais foi definido como área prioritária. **Intervenções para enfrentar o desafio da má distribuição vêm sendo executadas desde 1968.** Já a implementação de intervenções para a problemática de escassez são mais recentes, foram identificadas somente duas medidas, o Pró-Residência e o PMM. **Conforme informação apresentada (Quadros 3 e 4) os projetos iniciais falharam em sua sustentabilidade em um horizonte temporal,** embora o pioneiro tenha sido restabelecido por volta de 35 anos depois.

Observou-se a partir da análise (Quadro 4) que desde 2011, com o PROVAB, as intervenções incorporaram maior número de estratégias e embora ainda não existam avaliações de seus impactos, considerando o quadro conceitual utilizado (Figura 1), pode-se inferir que existe maior possibilidade de sucesso, visto que evidências sobre o tema apontam que as intervenções em conjunto são mais eficazes que as isoladas⁸. Foi observado que as intervenções políticas concentram-se na distribuição, com foco na atenção primária negligenciando a distribuição dos outros níveis de atenção, talvez pela falta de um diagnóstico mais claro. Apenas o Pró-Residência foi identificado como indutor nesse quesito.

A ausência de evidências trazidas por resultados de pesquisa para contribuir com o diagnóstico da má distribuição dos médicos entre os níveis de atenção e suas causas, compromete a formulação de intervenções informadas por evidência, aumentando assim o risco de serem formuladas de maneira improvisada ou de terem seu processo dominado por outros fatores e não pela evidência.” (Oliveira APC et al. *Desafios para assegurar a disponibilidade e acessibilidade à assistência médica no Sistema Único de Saúde*. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 22, n. 4, p. 1165-1180, 2017)

60. Feita a contextualização panorâmica do cenário anterior à edição da Lei nº 12.871, de 2013, passa-se a abordar de maneira mais detida a evolução do *Programa Mais Médicos (PMM)*, especificamente no seu eixo de expansão dos cursos de graduação em Medicina com vistas à equalização alocativa da força de trabalho em saúde.

III. 4 – A Lei nº 12.871, de 2013, os chamamentos públicos já realizados e os sucessivos atos regulamentares editados

61. Como se sabe, a Lei nº 12.871, de 2013 advém do processo de conversão da **Medida Provisória nº 621, de 2013**, que, em sua Exposição de Motivos, assim justificava a necessidade de expandir-se a oferta de vagas de graduação em Medicina, a partir de uma atuação orientada pelo Estado, no exercício do seu papel indutor (*c.f.* art. 174 da CF/88):

“8. A expansão e a qualificação da atenção básica, organizadas pela estratégia de Saúde da Família, compõem parte do conjunto de prioridades apresentadas pelo Ministério da Saúde e aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), sendo possível verificar que o Brasil avançou muito nas últimas décadas nesta área. Entretanto, **o país convive com muitos vazios assistenciais, que correspondem a localidades que não conseguiram prover e fixar profissionais de saúde na atenção básica, em especial os médicos, não garantindo acesso aos serviços básicos de saúde por parte da população brasileira.**

(...)

11. **O Brasil possui 359.691 médicos ativos e apresenta uma proporção de 1,8 médicos para cada 1.000 (mil) habitantes**, conforme dados primários obtidos no Conselho Federal de Medicina (CFM) e na estimativa populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

12. **A proporção de médico/1.000 habitantes constatada no Brasil é menor do que em outros países latino-americanos com perfil socioeconômico semelhante ou países que têm sistemas universais de saúde, a saber: Canadá 2,0; Reino Unido 2,7; Argentina 3,2; Uruguai 3,7; Portugal 3,9; Espanha 4,0 e Cuba 6,7** (*Estadísticas Sanitarias Mundiales* de 2011 e 2012 – Organização Mundial da Saúde – OMS).

13. Não existe parâmetro que estabeleça uma proporção ideal de médico por habitante reconhecido e validado

internacionalmente. Para tanto, **utiliza-se como referência a proporção de 2,7 médicos por 1.000 habitantes, que é a encontrada no Reino Unido, país que, depois do Brasil, tem o maior sistema de saúde público de caráter universal orientado pela atenção básica.** Nesse cenário, **para que o Brasil alcance a mesma relação de médicos por habitante seriam necessários mais 168.424 médicos.** Mantendo-se a taxa atual de crescimento do número de médicos no país, o atingimento dessa meta só será viável em 2035.

14. **A distribuição dos médicos nas regiões do país demonstra uma grande desigualdade,** com boa parte dos estados com uma quantidade de médicos abaixo da média nacional. A tabela abaixo demonstra essa distribuição (IBGE/2012 e CFM/2012):

(...)

15. **Mesmo os estados com mais médicos que a média nacional apresentam importantes diferenças regionais.** Um exemplo disso é o Estado de São Paulo que, em apenas cinco de suas regiões, apresenta um número superior a 1,8 médicos a cada mil habitantes (Demografia Médica no Estado de São Paulo, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, 2012).

16. **Uma das explicações para esse quadro está relacionada ao número insuficiente de vagas nos cursos de graduação em medicina.** Apesar de um número absoluto de escolas médicas maior do que alguns países (são 200 escolas médicas), ao analisar-se a proporção de vagas de ingresso para cada 10.000 (dez mil) habitantes, o país apresenta índice significativamente inferior.

(...)

20. Desse modo, encontramos um quadro de extrema gravidade, no qual alguns estados apresentam um número insuficiente de médicos e de vagas de ingresso na graduação, **com ausência de expectativa de reversão desse quadro a curto e médio prazos, caso não haja medidas indutoras implementadas pelo Estado.** Nesse cenário, a expansão de 2.415 vagas de cursos de medicina, anunciada pelo MEC em 2012, só contribuiria para atingir o número de 2,7 médicos a cada 1.000 habitantes no ano de 2035.

21. O Ministério da Educação autorizou em 2012 a oferta de cerca de 800 vagas privadas em cursos de medicina. Em que pese o aumento de vagas, **o atual momento exige a adoção de**

iniciativas estatais para criar e ampliar vagas em cursos de medicina nos vazios de formação e de assistência, a partir do papel indutor do Estado na regulação da educação superior. Com isso, incentiva-se a criação de instituições de educação superior voltadas à área da saúde e à oferta de cursos de medicina nessas regiões. **A autorização para oferta de cursos de medicina obedecerá a uma regulação educacional específica, com a publicação de chamamentos públicos às instituições de educação superior interessadas em se habilitar para atuação nas regiões que apresentem vulnerabilidade social, conforme critérios a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação.**

22. Além disso, entende-se que é fundamental agregar novas ações para garantir a ampliação da formação de médicos para a atenção básica no país, possibilitando à população brasileira o acesso ao sistema de saúde de qualidade.

23. **Uma das iniciativas é a ampliação de 12.000 novas vagas de residência médica acompanhadas da oferta de bolsas, a serem implementadas até 2017, uma vez que se entende a importância dessa modalidade para a fixação de profissionais. Estudo recente denominado Migramed, do Observatório de Recursos Humanos de São Paulo/ObservaRH, de 2012, demonstra que 86% dos médicos permanecem no local em que cursaram a graduação e a residência médica.”**

62. No ano seguinte, sobreveio o **Edital nº 6, de 2014**, instrumento formalizador do **primeiro chamamento público** realizado como concretização do programa. Foram ofertadas **2.460 vagas, distribuídas em 39 municípios, localizados em 11 estados da federação.**

63. **O Estado de São Paulo foi o maior beneficiário, com 14 municípios contemplados, somando um total de 985 vagas.** No Nordeste, foram selecionados 6 municípios do Estado da Bahia e um — *Jaboatão dos Guararapes* — de Pernambuco. No Norte, apenas a cidade de Vilhena, em Rondônia, foi contemplada com a disponibilização potencial de 50 vagas.

64. **Novo chamamento foi realizado em 2017, por meio do Edital nº 1** daquele ano, contemplando localidades que já tinham sido anteriormente pré-selecionadas pela Portaria nº 543, de 04 de setembro de 2014, a mesma que serviu de suporte ao primeiro chamamento. Nesta

nova rodada, foram ofertadas mais 155 vagas, para os municípios de Tucuruí/PA, Ijuí/RS e Limeira/SP.

65. O **terceiro chamamento público** ocorreu no ano seguinte, regido pelo **Edital nº 1, de 2018**, por meio do qual se franquearam potenciais novas **1.400 vagas, em 28 municípios, espalhados por 11 estados, sendo 4 do Norte (AC, AM, PA e RO), 2 do Centro-Oeste (MS e MT) e 5 do Nordeste (BA, CE, MA, PE e SE).**

66. Nada obstante, ainda durante o ano 2018, sobreveio a **Portaria MEC nº 328**, a qual “[d]ispõe sobre a suspensão do protocolo de pedidos de aumento de vagas e de novos editais de chamamento público para autorização de cursos de graduação em Medicina e institui o Grupo de Trabalho para análise e proposição acerca da reorientação da formação médica”.

67. De acordo com a **Nota Técnica nº 2/2018/GAB/SERES/SERES**, que embasou a sua edição, a *moratória* seria necessária em razão do vertiginoso crescimento experimentado nos anos mais recentes, em ritmo que colocou em xeque a capacidade do Poder Público de fiscalizar e supervisionar adequadamente a qualidade dos novos cursos e do movimento de ampliação dos já existentes. Nos seus exatos termos, o ato seria necessário “*considerando o crescimento acelerado das escolas médicas nos últimos anos, as distorções ainda existentes em relação ao dimensionamento e distribuição de médicos e os novos modelos de ensino existentes*”. O documento apresenta as seguintes informações:

“2.3. De 2013 a 2017, foram publicados três editais para seleção de mantenedoras de instituições de educação superior do sistema federal de ensino, edital nº 06/2014, edital nº 01/2017 e edital nº 01/2018, dos quais já decorreu a efetivação em cursos de graduação em Medicina de 1.470 vagas. Em paralelo a implementação das vagas previstas nos editais, foram criadas 10.389 vagas decorrentes, principalmente, do aumento de vagas em cursos já existentes, da análise de pedidos protocolados anteriormente à Lei do Mais Médicos e da reativação de vagas após transcorrida supervisão.

2.4. Portanto, **nesse período, foram ampliadas pelo Ministério da Educação 11.859 vagas de medicina, superando assim a meta prevista em 2013 de 11.447 novas vagas.** Esse número ainda irá crescer já que restam 835 vagas a serem

criadas decorrentes da seleção do edital nº 06/2014, 155 vagas decorrentes da seleção do edital nº 01/2017 e 1.400 vagas decorrentes do edital nº xx/217 [sic] lançado para atender municípios localizados nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Atualmente, o Brasil conta com 31.013 vagas de medicina distribuídas em 298 cursos.”

68. Veja-se, portanto, que de acordo com a referida Nota Técnica, a **moratória se baseia**, resumidamente, **na compreensão de que a finalidade de expansão do número de vagas teria sido plenamente exaurida**, nada obstante se tenha verificado cenário de recalcitrância na concentração dos profissionais de saúde nas regiões e localidades rotineiras.

69. Ocorre que, apesar da suspensão de quaisquer atividades administrativas relacionadas a abertura de novos cursos, **editou-se ainda no transcorrer do ano de 2018 nova portaria, de nº 523. Seu objetivo era disciplinar pedidos de aumento de vagas no âmbito dos cursos já existentes**, que tivessem sido autorizados a partir da política pública estabelecida pelo art. 3º da Lei nº 12.871, de 2013, ou integrassem o programa de expansão das universidades federais, sob a compreensão de que tais situações não estariam abarcadas pela moratória. O referido normativo limitou em até 100 o número de vagas que poderiam ser acrescidas àquelas já existentes em relação a cada curso.

70. O ponto é relevante porque explica a continuidade do movimento de expansão do número de novas vagas para graduação em Medicina, apesar da moratória instituída. É aspecto que se soma às medidas liminares concedidas no bojo das ações judiciais centradas na mesma controvérsia que se põe, de modo abstrato, à apreciação desta Excelsa Corte.

71. Em paralelo a esse cenário normativo, no plano fático, verificou-se movimento de crescente judicialização da questão a partir da deliberação de suspender, de modo geral e irrestrito, a possibilidade de serem abertos novos cursos. De acordo com informações trazidas aos autos pela Advocacia-Geral da União, **somadas todas as decisões judiciais que determinaram ao Ministério da Educação o processamento de requerimentos** destinados à autorização para abertura de novos

cursos de graduação, **tem-se o potencial de virtual disponibilização de mais 34.457 vagas** (e-doc. 425, p. 8).

72. Pois bem. Voltando ao histórico dos atos normativos destinados à regulação administrativa da política pública, diante da proximidade do final do prazo quinquenal estabelecido pela Portaria MEC nº 328, de 2018, e com vistas à retomada do programa, editou-se a **Portaria MEC nº 1.061, de 2022**, a qual, de acordo com a sua ementa, “[d]ispõe sobre o fluxo, os procedimentos e o padrão decisório dos atos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores de medicina, bem como seus aditamentos, das instituições de educação superior do sistema federal de ensino”. O referido ato revogava expressamente a Portaria MEC nº 328, de 2018.

73. Contudo, 2 dias depois de sua publicação no diário oficial, o referido normativo é revogado pela **Portaria MEC nº 1, de 2023**. Este ato **expressamente repristinou a Portaria MEC nº 328, de 2018, reestabelecendo, portanto, a moratória**.

74. Em seguida, editou-se a **Portaria MEC nº 650, de 2023**, promovendo nova revogação da Portaria MEC nº 328, de 2018, indicando a retomada da política de chamamento público para a autorização de curso de graduação de Medicina ofertado por instituição de educação superior privada. Segundo seus termos, novos chamamentos públicos seriam publicados em até 120 (cento e vinte) dias após a sua própria edição.

75. Nos meses seguintes, foi editada a **Portaria MEC nº 1771, de 2023**, que disciplina o procedimento para *aumento* de vagas nos *cursos já existentes*. E, com o desiderato anunciado, de retomada efetiva da política expansionista, lançou-se o recente **Edital nº 1, de 2023**, disponibilizando a **oferta potencial de 95 novos cursos, que somados correspondem a 5.700 novas vagas de graduação, com estimativa de impacto em 1.719 municípios**, consubstanciando-se em mais uma rodada do programa cuja constitucionalidade se questiona.

76. A estimativa das vagas e a pré-seleção dos municípios, aglutinados em 116 regiões de saúde — *de acordo com recorte organizacional destinado a implementar a tão almejada gestão regional do SUS* —, foi realizada de acordo com parâmetros e métricas expostos na **Nota Técnica**

Conjunta nº 3/2023/DPR/SERES/SERES. O referido documento, que embasou o movimento de retorno do programa do ponto vista técnico-regulatório, expõe as seguintes razões para justificar a sua dimensão:

“3.2.5. Buscou-se, desde então, construir uma metodologia que auxiliasse no atendimento aos dispositivos da Portaria nº 650/2023 de maneira tal que a seleção de novos cursos de graduação em Medicina:

- a) não afete negativamente a qualidade da formação;
- b) contribua para a fixação de profissionais de Medicina em localidades onde há maior necessidade.

3.2.6. Para atender o item (a), buscou-se estabelecer parâmetros para a definição da quantidade de novas vagas a serem autorizadas pelos instrumentos cotejados pela Lei do Mais Médicos - quais sejam:

1. Editais de chamamento público para a seleção de propostas para autorização de funcionamento de novos cursos de graduação em Medicina, editais esses para os quais a Seres/MEC pretende oportunamente sinalizar periodicidade adequada a um ritmo controlado de crescimento do sistema e, dentro do possível, compatível com anseios dos diversos - e por vezes discordantes - atores mais diretamente interessados na questão;

2. Portaria que venha a estabelecer regras para os pedidos de aumento de vagas dos cursos de graduação em Medicina de instituições vinculadas ao sistema federal de educação superior, pedidos esses a serem processados pela Seres/MEC - sendo importante observar que, não obstante o trabalho da Seres/MEC em conjunto como Ministério do Planejamento e Orçamento tenha por foco os editais de chamamento público de que trata o ponto anterior, o quantitativo de novas vagas, que também veio a ser objeto da parceria, afeta, outrossim, a construção da portaria a que se refere o presente ponto.

3.2.7. Para atender o item (b), pactuou-se que os editais de chamamento público passariam a fazer o cruzamento entre capacidade e necessidade de municípios de que trata o art. 3º, I, da Lei do Mais Médicos de forma a incentivar a abertura de vagas onde haja maior necessidade social de fixação de profissionais de Medicina, no limite da capacidade formativa do agrupamento de municípios integrantes de cada uma das regiões de saúde e UF selecionadas.

3.2.8. Esta nota técnica tem por intuito formalizar os critérios para a abertura de novos cursos de graduação em Medicina dentro das regiões de saúde (o que será feito na seção imediatamente por vir) e apresentar o Índice de Promoção da Desconcentração Médica – IPD (o que será feito na seção posterior).

3.3. RECOMENDAÇÃO QUANTO AO NÚMERO DE NOVAS VAGAS A SEREM AUTORIZADAS

3.3.1. **O primeiro parâmetro acordado para a definição de novas vagas a serem distribuídas por editais de chamamento público e por pedidos de aumento de vagas para cursos de graduação em Medicina foi a média observada nos países-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE para a quantidade de profissionais de Medicina para cada mil habitantes.**

3.3.2. O entendimento conjunto da Seres/MEC e dos órgãos do Ministério do Planejamento e Orçamento envolvidos neste trabalho foi que **a convergência para a média da OCDE nesse quesito era uma meta plausível e pertinente de ser perseguida no horizonte de aproximadamente uma década.**

3.3.3. Estabeleceu-se, então, a média verificada em 2022 para países-membros da OCDE como algo a ser almejado pelo Brasil para 2033 (dez anos após a retomada que ora se inicia da política guiada pela Lei do Mais Médicos), **embora os dados disponíveis apontem para cautela no ritmo de expansão do sistema de formação médica no Brasil, particularmente devido a três pontos:**

- **parte relevante da literatura pondera que o cerne da questão, no país, esteja menos na quantidade de profissionais de Medicina e mais na sua elevada concentração nos principais centros urbanos, colocando-se como desafio premente desenhar políticas que contribuam para melhor distribuir a força de trabalho médica pelo Brasil – ver, a título de exemplo, Scheffer *et al* (2023) e Nunes (2019).**
- **o crescimento do número de profissionais de Medicina por mil habitantes já tem feito o Brasil se aproximar da média da OCDE e coloca o país como um dos que mais avançaram nesse indicador entre 2000 e 2022 nas comparações com os próprios países-membros da OCDE – como se pode perceber ao se observar a figura abaixo, que plota o indicador em questão para o Brasil e para países selecionados (todos membros da OCDE).**

(...)

- **os fluxos de entrada de profissionais de Medicina têm sido**

crescentemente volumosos e muito acima dos fluxos de saída, ou, dito de outra maneira, forma-se muito mais profissionais na área do que a quantidade que deixa de exercer a profissão (por questões de aposentadoria, morte, mudança de carreira, migração etc) – realidade que está ilustrada na figura abaixo.

(...)

3.3.4. Embora existam números a indicar um já acentuado crescimento da força de trabalho médica no Brasil, importante destacar outros três pontos:

- Cerca de 87% dos municípios brasileiros ainda estão muito abaixo da média da OCDE para número de profissionais de Medicina por mil habitantes, como se pode observar na figura a seguir (que mostra a frequência de municípios brasileiros conforme o indicador de número de profissionais de Medicina por mil habitantes) – alguns, inclusive, muito abaixo.

(...)

- Há evidência (ver Nunes, 2019) de que profissionais de Medicina tendem, ao menos nos primeiros anos de carreira, a se estabelecer profissionalmente ou na sua localidade de nascimento ou na região onde cursou graduação em Medicina ou fez residência médica – evidência que sugere que cursos de graduação em Medicina podem ser indutores importantes da desconcentração da força de trabalho médica, indução que pode vir a ocorrer pela localização do curso e/ou pela implementação de políticas afirmativas que favoreçam jovens provenientes de regiões com menor disponibilidade de profissionais de Medicina.
- A média de mensalidades substancialmente maior para cursos de graduação em Medicina do que para todos os demais cursos de graduação ofertados pelo segmento privado sugere que ainda há uma vasta demanda por atender para essa formação.

(...)

3.3.5. **Tendo todos esses pontos em perspectiva, buscou-se estimar quantas novas vagas em cursos de graduação em Medicina seriam necessárias nos próximos anos para que o Brasil tendesse a convergir, até por volta de 2033, à média observada em 2022 para a OCDE, que foi de 3,73 profissionais de Medicina por mil habitantes.** Para essa simulação projetou-se para o futuro um fluxo base de entrada de novos e novas profissionais de Medicina equivalente à média observada entre 2019 e 2021, segundo estimativas de Scheffer et. al. (2023, p.37) – o que equivale a 21,304 profissionais adicionais por ano. Estimou-se um fluxo base de saída da mesma forma – chegando

a uma saída de anual de profissionais equivalente a 1,718. O fluxo base de entrada foi ainda acrescido de: (i) 1.400 profissionais/ano adicionais a partir de 2024, referentes à expansão de cursos dada pelo último edital do Mais Médicos, lançado em 2017); e (ii) 1.100 profissionais/ano adicionais a partir de 2025, referentes a vagas abertas nos últimos anos por meio dos processos de judicialização.

3.3.6. Tomando como base esses fluxos de entrada e saída de profissionais e o crescimento populacional previsto para o país pelo IBGE, **é possível notar que a abertura de aproximadamente 10.000 vagas adicionais seria suficiente para promover a convergência para a média da OCDE em 2033.**

(...)

3.3.10. Estabelecida em dez mil a ordem de grandeza do número de novas vagas em cursos de graduação em Medicina a serem ofertadas pelo sistema federal de educação superior nos próximos anos, **sugeriu-se que até seis mil vagas fossem colocadas em disputa no primeiro edital de chamamento posterior à Portaria nº 650/2023 e que as demais quatro mil fossem alocadas para a abertura de novos cursos e vagas nas instituições federais de educação superior - Ifes (no passado recente e no planejamento para o futuro), para atender pedidos de aumento de vaga de cursos preexistentes do segmento privado e também para futuros editais de chamamento a serem implementados oportunamente, quiçá no horizonte do Plano Plurianual - PPA 2024-2027 (sugestão que, importante frisar, ficou por ser considerada pela Seres/MEC, mas sem ainda haver decisão taxativamente tomada).**

(...)

3.4. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A ABERTURA DE NOVOS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM MEDICINA A PARTIR DAS UNIDADES FEDERATIVAS E REGIÕES DE SAÚDE

3.4.1. O Brasil é dividido, pelo Ministério da Saúde, de acordo com a Norma Operacional de Assistência à Saúde - NOAS-SUS nº 01/2002, em regiões de saúde para fins de organização de logística e atendimento da população.

3.4.2. Essa lógica amplia as responsabilidades dos estados e municípios na atenção básica, estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde - SUS.

3.4.3. Para organizar a gestão do sistema de saúde, a NOAS-SUS nº 01/2002 estabeleceu o Plano Diretor de Regionalização - PRD, que tem a função de organizar de forma regionalizada e hierarquizada a assistência à saúde.

(...)

3.4.8. Diante do exposto e dadas as especificidades tocantes à formação em Medicina, entende-se que a territorialização a guiar concorrências para implementação de novos cursos de graduação nessa área deveria necessariamente partir das regiões de saúde.

3.4.9. Seguindo a Lei do Mais Médicos, o edital deve proceder a uma pré-seleção de municípios. Ouvido o Ministério da Saúde, **sugere-se que essa pré-seleção parta das 450 regiões de saúde existentes no país e que se dê a partir de três critérios:**

- **Densidade médica:** medida da presença de profissionais de Medicina em cada região de saúde, calculada como a razão do número de tais profissionais por mil habitantes no conjunto de municípios que a compõem. Foram consideradas aptas nesse critério todas as regiões com uma densidade médica inferior a 2,5 – que é equivalente à densidade média observada no Brasil, tendo como referência a Razão de Médicos por Mil Habitantes da Etapa de Seleções no Nível de Região de Saúde (CIR), que consta no CNES-DATASUS (dados fornecidos diretamente pelo Ministério da Saúde).
- **Estabelecimentos de saúde:** O Ministério da Saúde estabeleceu critérios mínimos de capacidade dos hospitais presentes nas regiões de saúde para que a região fosse habilitada a receber um curso de graduação em Medicina: a região de saúde, além de possuir, no mínimo, um hospital com ao menos 80 leitos SUS deve ter Serviços de Emergência e Urgência, Serviços de Atenção Ambulatorial Especializada, Centro de Atenção Psicossocial e Equipes de Saúde da Família.
- **Densidade de leitos:** medida da disponibilidade potencial de campo de prática em cada região de saúde, calculada como a razão de leitos por estudante ingressante de faculdades de Medicina – considerando, para fins de cálculo desta medida, como total de estudantes ingressantes os fluxos preexistentes (de cursos porventura já instalados em municípios pré-selecionados) adicionados aos novos fluxos que passariam a existir com a instalação de novos cursos, via edital – valendo lembrar que o Ministério da Saúde considera que o campo de prática para estudantes de Medicina deva assegurar ao menos cinco leitos para cada discente.

(...)

3.4.10. Além do exposto, **faz-se necessário definir um**

tamanho mínimo de turma ingressante no curso de graduação (coorte) que fosse economicamente viável para o estabelecimento de novos cursos de Medicina.

3.4.11. Uma boa referência para isso é a distribuição recente de coortes para cursos privados de graduação em Medicina no país: de acordo com o Censo da Educação Superior de 2021, a média de estudantes por ingresso em faculdade privada no Brasil naquele ano foi de 92, a mediana foi de 76 e a menor coorte observada tinha 53 discentes; desta forma, **foi definido que 60 seria o tamanho mínimo para a viabilidade econômica de abertura de novos cursos de graduação em Medicina.**

3.4.11.1. Partindo-se das 450 regiões de saúde existentes no país, propõe-se a aplicação dos critérios descritos para proceder à pré-seleção de municípios aptos a sediar novos cursos de graduação em Medicina.

3.4.11.2. O primeiro critério considerado na pré-seleção foi o da densidade médica, que, como já apresentado, leva em conta a proporção de profissionais com diploma em Medicina para cada 1.000 habitantes: foram mantidas as **351 regiões de saúde com densidade médica menor do que 2,5.**

3.4.11.3. O segundo critério remete à infraestrutura de saúde: das 351 que atendiam o critério anterior, **foram mantidas 242 regiões de saúde após a aplicação deste critério.**

3.4.11.4. O terceiro foi o da capacidade formativa: foram mantidas as **118 regiões de saúde que dispunham de leitos suficientes para o campo de prática** de um curso de Medicina com 60 vagas anuais autorizadas.

3.4.11.5. Por fim, **ao se computar a expansão desejada das Ifes, 116 regiões de saúde habilitaram-se para a concorrência via edital, perfazendo, juntas, 1.719 municípios, distribuídos por 23 unidades da Federação - UF.**

3.4.11.6. A aplicação desses critérios implica em que Acre, Distrito Federal, Sergipe e Tocantins não tenham municípios pré-selecionados para sediar cursos que virão a ser propostos pelas mantenedoras de instituições de educação superior na concorrência estabelecida via edital.

3.4.12. **Outro ponto importante, já discorrido anteriormente, é definir o total de novas vagas a serem abertas nos anos por vir, tendo se chegado a um teto no patamar de dez mil vagas anuais, sendo proposta a alocação de até seis mil para o primeiro edital posterior à Portaria nº 650/2023. [...]**

(...)

3.4.14. Considerando todos os municípios pré-selecionados, a Figura 2 indica que há uma correlação entre necessidade de profissionais de Medicina e capacidade formativa, mas ela é imperfeita. Dentro das regiões de saúde selecionadas existem municípios com elevada necessidade de tais profissionais, mas também existem locais que já possuem uma densidade médica relativamente elevada.

(...)

3.4.15. Na prática, a correlação mostrada na Figura 2 indica que:

(i) o uso de uma bonificação que recompense propostas que aloquem cursos de graduação em Medicina em áreas de maior necessidade mostra-se recomendável como caminho para induzir a desconcentração espacial de cursos e, por extensão, se serviços médicos; e

(ii) uma distribuição de vagas baseada apenas na capacidade formativa tenderia a levar proporcionalmente mais cursos para locais com necessidade relativa menor.

3.4.16. **Considerando a lista de municípios pré-selecionados, o total de capacidade formativa equivale a 13.824 vagas** - chegando-se a esse número a partir da aplicação dos critérios de seleção das regiões de saúde definidas pelo Ministério da Saúde.

3.4.17. Esse quantitativo é mais de 2 vezes superior ao total de vagas anuais que se pretende disponibilizar no primeiro edital posterior à Portaria nº 650/2023 (até 6.000 vagas anuais) - portanto, há a oportunidade de redirecionar as vagas de maneira a abrir proporcionalmente mais cursos em locais onde há maior necessidade, desde que exista também capacidade formativa.

3.4.18. **Diante desse cenário, propõe-se aqui uma distribuição de vagas que segue a seguinte regra:**

i. Critério 1: Cada uma das 23 UFs aptas recebe um mínimo de 60 vagas (equivalente a 1 curso)

ii. Critério 2: As vagas restantes passam a ser distribuídas de maneira proporcional à necessidade de cada UF (calculada segundo a necessidade dos municípios pré-selecionados que a compõem), onde a necessidade equivale à quantidade de profissionais de Medicina necessários para que os municípios pré-selecionados alcancem a densidade desejada de tais profissionais (2,5 por mil habitante).

iii. O total de vagas distribuído deve ainda respeitar duas condições adicionais: (a) nenhuma região de saúde pode receber mais de 1 novo curso de graduação em Medicina; e (b) nenhuma região de saúde pode abrir mais vagas do que a sua capacidade formativa permite.

iv. As vagas excedentes geradas pela aplicação das condições descritas no ponto (iii) são redistribuídas entre as demais UFs (aquelas para as quais as condições descritas em (iii) não foram limitação ativa) seguindo o Critério 2.

v. Repete-se o ponto (iv) até que o total de vagas tenha sido distribuído entre as UFs aptas.

(...)

3.4.20. Como cada curso tem um tamanho exato de 60 vagas e os excedentes não podem ser redistribuídos, a Figura 4 apresenta quantos cursos seriam ofertados em cada UF. Nesse caso, o total de vagas efetivamente disponibilizado chega a 5.700 – um pouco abaixo do limite de até 6.000 vagas anuais estipulado inicialmente.” (grifos acrescentados)

77. Em paralelo, com vistas à operacionalização do cumprimento da medida cautelar deferida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no bojo destas ações de controle abstrato, foram editadas ainda as **Portarias MEC nº 397 e 421, ambas de 2023**. Mais recentemente, sobreveio, ainda, a **Portaria MEC nº 531, de 22 de dezembro de 2023**, que revogou as normas anteriores e promoveu ajustes na sistemática de cumprimento da decisão cautelar mencionada.

78. Como aspecto final dessa contextualização acerca dos atos normativos mais recentes em torno do programa, não se pode deixar de mencionar a edição da **Lei nº 13.958, de 2019, instituidora do denominado “Programa médicos pelo Brasil”**.

79. O ponto é relevante pela interface existente entre ambas as políticas, tendo em conta que o *“Programa médicos pelo Brasil”* é também destinado à *“promoção do acesso universal e igualitário da população às ações e serviços do SUS, especialmente nos locais de difícil provimento ou alta vulnerabilidade”*. É o que se colhe da Exposição de Motivos à **Medida Provisória nº 890, de 2019**, que deu origem à política específica. Para melhor compreensão do programa, colacionam-se os seguintes excertos das razões justificadoras apresentadas:

“2. O Programa Médicos pelo Brasil tem como finalidade precípua o fortalecimento da Atenção Primária à Saúde (APS), considerando seu potencial de resolução de mais de 80% dos problemas de saúde mais frequentes na população e as dificuldades no provimento e fixação de médicos para a APS, assim como o aumento do atual número de 6 mil Médicos de Família e Comunidade para cerca de 45 mil. Para tanto, são previstos como eixos principais do referido Programa o incremento à prestação de serviços médicos em locais de difícil provimento ou alta vulnerabilidade e a formação de médicos especialistas em Medicina de Família e Comunidade.

3. Para atender a finalidade proposta, **o Programa que, ora se submete ao Senhor, visa à promoção do acesso universal e igualitário da população às ações e serviços do SUS, especialmente nos locais de difícil provimento ou alta vulnerabilidade;** o fortalecimento da atenção primária à saúde, com ênfase na saúde da família; a valorização dos médicos da atenção primária à saúde, sobretudo no âmbito da saúde da família; **o incremento da provisão de médicos em locais de difícil provimento ou alta vulnerabilidade;** o incremento da formação de médicos especialistas em Medicina de Família e Comunidade; e a consolidação da presença de médicos na atenção primária à saúde do SUS.

4. **Uma das medidas prevista pelo Programa Médicos pelo Brasil é corrigir a distribuição de vagas anteriormente definida pelo Programa e Projeto previstos na Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013.** O critério aplicado com base na referida lei prevê a criação de cerca de 12.000 vagas para Municípios urbanos e apenas 5.000 para locais de difícil provimento ou alta vulnerabilidade do Brasil. **O Programa Médicos pelo Brasil, com base em evidências científicas que definem as razões de dificuldade para o provimento e fixação de médicos na APS, utilizará metodologia do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e variáveis de vulnerabilidade social para destinação das vagas.**

5. **Com a correção na distribuição de vagas supramencionada, estima-se que o Programa Médicos pelo Brasil alocará mais de 7.000 vagas de médicos em locais de difícil provimento ou de alta vulnerabilidade, incluindo áreas indígenas ou de população ribeirinha.**

(...)

7. A autorização da instituição da Agência para o Desenvolvimento da Atenção Primária à Saúde (Adaps) justifica-se pela capacidade que tal serviço social autônomo terá para, dentre outras competências, executar o Programa Médicos pelo Brasil, seja mediante a contratação de médicos com base em critérios de mérito, seja mediante a formação de médicos especialistas em medicina de família e comunidade.

8. A Medida Provisória proposta prevê que a contratação dos médicos ocorrerá mediante processo seletivo, destinado a todos os candidatos médicos que possuem registro no Conselho Regional de Medicina, que será constituído de três fases, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e transparência. A primeira fase do processo seletivo consiste em aplicação de prova objetiva de caráter eliminatório e classificatório. Os candidatos aprovados para a segunda fase, deverão frequentar curso de formação por dois anos, período no qual serão avaliados semestralmente e ao final do período será aplicada a prova final. Os aprovados na prova final de conclusão do curso de formação, além de serem considerados aptos para a celebração do contrato de trabalho, receberão o título de especialista em Medicina de Família e Comunidade. A Medida também prevê a contratação de Tutor Médico, a quem caberá supervisionar o curso de formação (segunda fase).

9. A execução do Programa via Adaps, portanto, busca conferir: i) segurança jurídica à execução da política, com a oportunidade de se estabelecer um vínculo empregatício regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) e a possibilidade da instituição de pagamento por desempenho e exigência de patamares mínimos de qualidade assistencial, por meio do contrato de gestão; e ii) sustentabilidade econômica para a sua implementação, com a criação de um serviço social autônomo, com personalidade jurídica de direito privado, estrutura administrativa enxuta e modelo de governança que permite a observância do interesse público, com parte dos membros do Conselho Deliberativo e Fiscal sendo indicados pelo Ministério da Saúde.”

80. Referida legislação foi objeto de pontuais alterações, promovidas pela **Lei nº 14.621, de 2023**, a qual, dentre outras questões, modificou a nomenclatura da então *Agência para o Desenvolvimento da Atenção Primária à Saúde (Adaps)*, passando a denominar-se *Agência Brasileira de Apoio à Gestão do SUS (AGSUS)*.

81. Reforçando a centralidade que o enfrentamento adequado do problema dos “desertos médicos” ocupa nas atribuições da recém autorizada Agência, realçam-se os seguintes dispositivos legais:

“**Art. 6º** Fica o Poder Executivo federal autorizado a instituir a Agência Brasileira de Apoio à Gestão do SUS (AGSUS), serviço social autônomo, na forma de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, **com a finalidade de promover, em âmbito nacional, a execução de políticas de desenvolvimento da atenção à saúde indígena, nos diferentes níveis, e da atenção primária à saúde, com ênfase:**

(...)

II - em áreas com vazios assistenciais e nos locais de difícil provimento;

(...)

Parágrafo único. As áreas com vazios assistenciais e os locais de difícil provimento referidos no inciso II do caput deste artigo serão definidos em ato do Ministro de Estado da Saúde, submetido à aprovação da Comissão Intergestores Tripartite.

Art. 7º Observadas as competências do Ministério da Saúde, compete à AGSUS:

I - prestar serviços de atenção primária à saúde no âmbito do SUS, em caráter complementar à atuação dos entes federativos, especialmente nos locais de difícil provimento ou de alta vulnerabilidade;

(...)

VII - produzir informações relacionadas ao dimensionamento e ao provimento de trabalhadores da saúde e promover a incorporação de tecnologias assistenciais e de gestão para a melhoria da atenção à saúde nas áreas de que trata o inciso II do art. 6º desta Lei;

(...)

IX - prestar serviços nos diferentes níveis de atenção à saúde nas áreas indígenas.

(...)

Art. 24. No âmbito do Programa Médicos pelo Brasil, a AGSUS realizará a contratação de profissionais médicos para incrementar a atenção primária à saúde em locais de difícil provimento ou de alta vulnerabilidade. ”

82. Verifica-se, ainda, que a **legislação em comento trabalhou com a política de incentivos econômicos e não econômicos para estimular o recrutamento dos profissionais** para atuar nas áreas prioritárias. Isso porque **previu (i)** no art. 25, § 2º, **que a remuneração desses profissionais médicos**, a ser regulamentada pela AGSUS, **será “acrescida de incentivo financeiro diferenciado e variável, de modo a incentivar o provimento de médicos nos Municípios e localidades mais distantes dos centros urbanos ou naqueles com maior vulnerabilidade”**; e **(ii)** no art. 32, **que, acaso o profissional recrutado seja admitido em programa de residência médica da especialidade clínica médica (medicina interna)**, na forma do art. 2º da Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, **poderá ser beneficiado com a redução de 1 (um) ano na duração da referida especialização**, desde que as atividades desenvolvidas ao longo do curso de formação sejam compatíveis com os requisitos mínimos do componente ambulatorial desse programa de residência.

83. Por fim, registra-se que recentemente o governo federal noticiou o lançamento do **Edital MS/SAPS nº 11, de 2023**, destinado à ampliação do recrutamento no bojo do próprio *Programa Mais Médicos*, com a disponibilização de *“10 mil novas vagas na modalidade de coparticipação de estados e municípios”*. Ainda de acordo com a notícia, *“[o]s municípios de maior vulnerabilidade social serão priorizados para garantir o acesso à saúde para a população em regiões de difícil provimento e fixação de profissionais”*. Realçam-se os benefícios oferecidos como forma de fomentar o engajamento à iniciativa:

*“A retomada do Mais Médicos traz estratégias de incentivos aos profissionais e oportunidades de qualificação durante a atuação no programa. **O médico que participa do programa poderá fazer especialização e mestrado em até quatro anos.** Os profissionais também passarão a receber benefícios, proporcional ao valor mensal da bolsa, para atuarem nas periferias e regiões mais remotas.*

Para apoiar a continuidade das médicas mulheres, também será feita uma **compensação para atingir o mesmo valor da bolsa durante o período de seis meses de licença maternidade**, complementando o auxílio do INSS. Para os participantes do programa que se tornarem **pais**, será garantida **licença com manutenção de 20 dias**.

O Mais Médicos também quer atrair os profissionais formados com apoio do Governo Federal. **Os beneficiados pelo Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES) que participarem do programa poderão receber incentivos de R\$ 238 mil a R\$ 475 mil**, dependendo da vulnerabilidade do município e a permanência no programa por 48 meses. Assim, o profissional poderá ter **auxílio para o pagamento de até 80% do financiamento**.

Os profissionais também terão **benefícios proporcionais ao valor da bolsa pelo tempo de permanência no programa e por atuação em áreas de alta vulnerabilidade**. Esses incentivos podem chegar a R\$ 120 mil.” (Fonte: <http://maismedicos.gov.br/noticias/376-com-coparticipacao-dos-municipios-mais-medicos-tera-10-mil-novas-vagas-em-todo-brasil>; grifos acrescentados)

84. Esquadrinhados os principais aspectos fáticos e normativos relacionadas à política pública em xeque, passa-se, como último ponto anterior ao exame de conformidade constitucional dos dispositivos impugnados, à breve contextualização da realidade atual.

III. 5 – O cenário atual: *expansão de vagas, melhora da proporção do número de médicos por habitantes e manutenção das desigualdades distributivas*

85. Como já mencionado anteriormente, de acordo com o *Informe Técnico nº 01 - setembro 2023*, elaborado em conjunto pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP) e pela Associação Médica Brasileira (AMB), atualmente o país conta com uma proporção de 2,69 médicos por 1.000 habitantes. Ocorre que, até 2010, essa proporção era de apenas 1,68 médico por 1.000 habitantes. Portanto, **em um espaço de apenas 12 anos – 2010 a 2022 – saltamos de uma proporção de 1,68 médicos por 1.000 habitantes para os atuais 2,69**. O estudo evidencia, ainda, o grau de disparidade atualmente existente entre a vertiginosa taxa de crescimento do número destes profissionais frente ao crescimento da população nacional. Confira-se:

“O Brasil conta com 545.767 médicos, o que corresponde à densidade de 2,69 profissionais por 1.000 habitantes, considerando o novo censo do IBGE.

A razão médico/habitante originalmente calculada foi reajustada para mais porque o IBGE identificou crescimento menor da população do que em estimativas divulgadas anteriormente.

Tomando por base os oito censos mais recentes do IBGE, a população brasileira cresceu 291%, de 51,9 milhões de habitantes em 1950 para 203 milhões em 2022. No mesmo período, **o número de médicos saltou de 22,7 mil para 545,7 mil – ou 2.301% de crescimento** (Tabela 1).

Em pouco mais de duas décadas, de 2000 a 2022, o número de médicos mais do que dobrou no Brasil. No mesmo período, o país passou de 1,41 para 2,69 médicos por 1.000 habitantes (Figura 1).

No intervalo entre os dois censos mais recentes, o crescimento da população brasileira desacelerou em relação a contagens anteriores, aumentando 6,5%, um acréscimo de 12,3 milhões de habitantes em 12 anos. Já a população de médicos, no mesmo período, cresceu 70,3%, um aumento de 225.290 profissionais em 12 anos. O crescimento está relacionado à abertura de cursos e vagas de graduação em medicina.” (SCHEFFER, Mario C.; ALMEIDA, Cristiane J.; CASSENOTE, Alex J. F. *Radar da Demografia Médica no Brasil. Informe Técnico N^o 1*. Setembro/2023. São Paulo, SP: FMUSP, AMB, p. 3; grifos acrescidos)

86. Interessante observar que antes mesmo da instituição da política pública em questão, notadamente **a partir do ano de 2003, o país já experimentou um movimento de expansão considerável no número de vagas existentes para graduação em Medicina.** Confira-se, nesse sentido, o seguinte gráfico retirado do estudo *Demografia Médica no Brasil 2023*:

87. Veja-se que **entre 2003 e 2013**, o número de vagas saltou de 12.918 para 20.570 — *quase dobrou*. Portanto, em movimento de continuidade do processo de expansão que se tinha caracterizado, observou-se **nova dobra** do montante de vagas **entre os anos de 2013 a 2023** — *desta feita, partindo-se das apontadas 20.570 vagas para a marca de 41.805*.

88. Em decorrência desse cenário, por meio do Ofício n^o SEI-3927/2023/CFM/COJUR, enviado em 21 de novembro de 2023, o Conselho

Federal de Medicina (CFM) e a Associação Médica Brasileira (AMB) informam que, de acordo com projeções realizadas, *“sem a criação de novos cursos e vagas (...), antes de 2030, o Brasil já atingirá o índice de 3,5 médicos por mil habitantes, apontado pelo Ministério da Educação como meta a ser atingida nesse mesmo período para ampliar o acesso da população ao antedimento”*.

89. Já no estudo intitulado *Demografia Médica no Brasil 2023*, elaborado em parceria pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP) e pela Associação Médica Brasileira (AMB), estima-se que *“no ano de 2035 o Brasil terá mais de um milhão de médicos”*, alcançando **densidade “superior a 4,4 médicos por 1.000 habitantes”** (SCHEFFER, M. et al. *Demografia Médica no Brasil 2023*. São Paulo, SP: FMUSP, AMB, 2023, p. 54-55; grifos acrescentados).

90. Esse cenário confirma previsão feita pelo Ministério da Educação com o objetivo de subsidiar a defesa da União no âmbito das ações judiciais em que se questionava a legitimidade da Portaria MEC nº 328, de 2018, que instituiu a denominada *moratória* dos novos cursos e ampliação de vagas pelo prazo de 5 (cinco) anos. Vejam-se os dados e prognósticos apontados pelo Parecer Referencial nº 1/2022/CONJUR-MEC/CGU/AGU, *in verbis*:

*“37. Entre os anos de 2010 e 2020, a população de médicos no Brasil passou de 315.902 para 487.275 indivíduos e, **segundo o modelo proposto, no ano de 2030 esse número deve chegar a 815.570. De acordo com o ‘ProvMed 2030’, estudo promovido pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo que aplicou modelos dinâmicos para análises de provisão e necessidade de médicos no Brasil, com o acréscimo de 5 mil novas vagas entre 2022 e 2023, o Brasil deve alcançar quase 837 mil médicos em dez anos. A densidade de médicos para 2030, em 8 anos, deverá ultrapassar a média atual dos países da OECD, chegando a 3,72 médicos por mil habitantes, relembrando que a taxa atual aproximada é de 2,43 médicos por mil habitantes.***

(...)

39. Ademais, **em um exercício exploratório conservador e partindo da suposta abertura de oito mil vagas nos próximos anos, pode-se dizer que, dentro de 30 anos, o Brasil terá o**

maior contingente de médico do mundo: 1,7 milhão de médicos em atividade, desigualmente distribuídos pelo território nacional, o que causará um inchaço sem precedentes na categoria.” (e-doc. 157, p. 31; grifos acrescidos)

91. Vale repisar que **tal situação não leva em conta o risco potencial de criação de mais 34.457 vagas em razão da miríade de decisões judiciais sobre o tema**, conforme apontado pela AGU em peça recente (e-doc. 425, p. 8).

92. Para além do elevado número de vagas atualmente existente, que já é capaz de proporcionar projeções de *nova* dobra na quantidade de profissionais médicos nos próximos 10 anos, é interessante pontuar que, **no que concerne à quantidade de cursos de graduação em Medicina, já somos vice campeões mundiais, ficando atrás apenas da Índia**, que tem atualmente a maior população nacional do planeta, ultrapassando recentemente a China. De acordo com os dados da *Demografia Médica no Brasil 2023*, as 4.805 vagas atualmente disponíveis estão distribuídas em **389 cursos** — *rememorando-se, no ponto, que o edital de chamamento público recém-divulgado prevê a criação de mais 95*.

93. Não se verificou, contudo, o mesmo aumento na oferta de vagas para o curso de *residência médica*. De acordo com o *Informe Técnico nº 1 - Setembro/2023*, a defasagem entre a oferta de graduação e residência médica se alargou:

“Ao analisar a evolução nacional da taxa de estudantes de medicina por 1.000 habitantes comparada à taxa de médicos cursando Residência Médica (RM) por 1.000 habitantes (Figura 10), **percebe-se grande defasagem entre a oferta do ensino de graduação** (1,05 estudante por 1.000 habitantes em 2021) e a **oferta da formação especializada** (0,21 médico residente por 1.000 habitantes).

De 2015 a 2023 houve aumento de 57% na oferta de vagas de RM no Brasil, passando de 29.696 para 46.610 vagas (Figura 9), considerando médicos cursando programas de R1 a R6. Entretanto, a disponibilidade de vagas de primeiro ano de residência (R1) não tem sido suficiente para acompanhar o aumento do número de médicos graduados. Além disso, a oferta continua concentrada - São Paulo, Minas Gerais, Rio de

Janeiro e Rio Grande do Sul têm juntos mais de 60% das vagas de RM.2.” (SCHEFFER, Mario C.; ALMEIDA, Cristiane J.; CASSENOTE, Alex J. F. *Radar da Demografia Médica no Brasil. Informe Técnico N.º 1*. Setembro/2023. São Paulo, SP: FMUSP, AMB, p. 22; grifos acrescentados)

94. Quanto à distribuição geográfica dos cursos, verificou-se que três estados da federação (SP, MG e RJ) concentram 40% da oferta de graduação. Segundo dados da *Demografia Médica no Brasil 2023*:

“Em 2022, o Sudeste concentrava 150 cursos e 18.324 vagas, o que corresponde a 43,8% das vagas ofertadas no país. O Nordeste tinha o segundo maior número de vagas (10.468 ou 25% do total), seguido pelas regiões Sul (5.757; 13,8%), Norte (3.786 vagas;9,1%) e Centro-Oeste (3.470; 8,3%) (Tabela 2).

Entre as unidades da Federação, São Paulo concentra 22% das vagas (9.213) do país. Minas Gerais vem em seguida, com 12% das vagas, antes do Rio de Janeiro, com 7,7% e Bahia, com 7,5%. Os estados com menor número de vagas são Amapá (60 vagas), Roraima (110) e Acre (250). Juntos, têm apenas 1% das vagas do país.” (SCHEFFER, M. et al. *Demografia Médica no Brasil 2023*. São Paulo, SP: FMUSP, AMB, 2023, p. 103; grifos acrescentados).

95. Traço relevante do **perfil dos estudantes** apontado pelo estudo consiste no fato de cerca de **um terço deles cursar a graduação em unidade da federação distinta da sua natalidade** — *mais precisamente, 27,3%*.

96. Essa **manutenção da concentração geográfica dos cursos** de graduação e de residência médica na região sudeste — *apesar de se ter dobrado o número de cursos e de vagas* — **reverbera o cenário de persistência na concentração da força de trabalho em saúde nas mesmas localidades habituais: regiões sul e sudeste, com concentração mais acentuada nas capitais e em zonas urbanas em relação ao interior**.

97. Atualmente, **“62% dos médicos estão onde vivem 29% da população”**. É o que atesta o mencionado *Informe Técnico nº 1 - Setembro/2023*, que faz o seguinte detalhamento:

“Dentre os 5.570 municípios do país, 3.861 (69,3%) têm até 20 mil habitantes. Juntas, essas cidades têm cerca de 31,9 milhões de habitantes ou 15,8% da população brasileira. Nesse mesmo conjunto estão apenas 16,7 mil médicos, ou 2,8% do total de profissionais do país.

Inversamente, nas 41 cidades com mais de 500 mil habitantes, onde vivem 29% da população nacional, estão concentrados 61,5% dos médicos.

As 319 cidades com mais de 100 mil habitantes concentram 57% dos habitantes e 85,5% dos médicos do país.”

98. Da mesma forma, a concentração nas capitais, em detrimento das regiões mais interioranas, persiste. Enquanto nas capitais a razão média do número de médicos para cada mil habitantes é de 6,13, nos interiores a mesma taxa é de 1,84. Interessante registrar que isso ocorre *apesar de*, na atualidade, *a maioria das vagas de graduação de medicina ter migrado para o interior dos estados*. Em 2022, das 41.805 vagas, 22.111 ou 52,9%, estavam localizadas fora das capitais ou regiões metropolitanas.

99. No que concerne às regiões do país, tem-se que, quando a proporção nacional era 2,41 médicos por grupo de 1.000 habitantes, o Sudeste apresentava razão de 3,39; seguido pelo Centro-Oeste com 3,10 e pelo Sul com 2,95. Portanto, todos bem acima da média nacional. Já o Nordeste tinha um índice de 1,93 médicos para cada mil habitantes, ao passo em que o Norte apresentava densidade de 1,45 — *consideravelmente abaixo do patamar médio geral observado* (SCHEFFER, M. et al. *Demografia Médica no Brasil 2023*. São Paulo, SP: FMUSP, AMB, 2023, p. 39).

III. 6 — Diagnóstico: (i) *insuficiência de dados capazes de justificar o incremento da política expansionista; (ii) déficit regulatório ocasionado pela ausência de estudo de impacto regulatório - AIR; (iii) cenário potencializado pela ausência de participação social efetiva nos ciclos de formulação e implementação da política pública; (iv) necessidade de manutenção provisória da suspensão iniciada em 2018 diante do risco ensejado pela expansão indiscriminada*

100. Com a máxima vênica às posições em contrário, **segundo a doutrina especializada e os estudos empreendidos por organizações**

internacionais, por órgãos da própria estrutura administrativa federal e pelas entidades de classe respectivas, há **compreensão quase unânime quanto ao considerável grau de incerteza que paira sobre a capacidade de que dispõe o modelo atual para atingir os fins a que se propõe**. Isso considerando o cotejo (i) de todos os dados acima apresentados, (ii) do cenário internacional, (iii) das políticas públicas anteriormente formuladas e implementadas acerca da matéria, e (iv) das etapas já experimentadas no ciclo de *implementação* da política pública especificamente analisada, positivada pelo art. 3º da Lei nº 12.871, de 2013, enfocando-se ainda o ciclo de *formulação* da nova etapa em curso — inaugurada pelo Edital nº 1, de 2023.

101. Essa **incerteza decorre (i) de falhas de prognose**, ocasionadas pelo cenário de **insuficiência de dados e estudos técnicos destinados a mensurar**, com maior grau de acurácia, **os impactos que poderiam advir da regulação proposta** — *devendo-se considerar, outrossim, as alternativas regulatórias, as projeções de cenários em caso de não regulação, etc.*; **(ii) agudizado pela ausência de participação popular adequada**, contribuindo para o aumento das dúvidas e questionamentos em torno das decisões tomadas durante o transcurso da política pública — *v.g. com relação aos critérios que nortearam a pré-seleção dos municípios elegíveis para o programa; eventuais outras razões não explicitadas que teriam motivado a portaria da moratória, etc.* —.

102. Em relação ao primeiro aspecto, penso seja emblemática a avaliação feita pela *Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)* atestando que **“o planejamento da força de trabalho em saúde é, na melhor das hipóteses, muito limitado no Brasil”** [OECD (2021), *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, OECD Publishing, Paris, p. 151; grifos acrescentados].

103. Em termos práticos, a ausência de melhora significativa na distribuição geográfica dos médicos entre as regiões do país, ou, sequer, da quantidade de vagas disponibilizadas para graduação em Medicina entre as suas cinco regiões foi evidenciada por vários estudiosos e organizações nacionais e internacionais.

104. É o que apontam a *Demografia Médica do Brasil 2023*, o *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, e os próprios órgãos

governamentais, ao reconhecerem na **Nota Técnica Conjunta nº 3/2023/DPR/SERES/SERES** que “*parte relevante da literatura pondera que o cerne da questão, no país, esteja menos na quantidade de profissionais de Medicina e mais na sua elevada concentração nos principais centros urbanos, colocando-se como desafio premente desenhar políticas que contribuam para melhor distribuir a força de trabalho médica pelo Brasil*”. O relatório internacional citado tece as seguintes considerações sobre o ponto específico:

“Apesar das tentativas anteriores de melhorar o acesso equitativo ao treinamento médico, a distribuição geográfica das escolas médicas anteriores ao PMM foi marcada por disparidades notáveis. Por exemplo, em 2013, quase 41% de todas as escolas médicas estavam localizadas na região Sudeste, em comparação com apenas 8,2% no Norte e 9,3% no Centro-Oeste (Santos et al., 2017[32]). Para agravar esse desafio, o currículo de graduação em medicina não enfatizava adequadamente as diversas necessidades de saúde da população brasileira (por exemplo, grupos populacionais residentes em áreas rurais e remotas) e as competências da APS em linha com as prioridades do SUS (Carvalho, Marques and Silva, 2016[36]).

(...)

As primeiras evidências sugerem que o PMM pode ter contribuído para melhorias no acesso ao treinamento médico. A avaliação do impacto do PMM na educação médica no Brasil é complicada pelo tempo necessário antes que os impactos potenciais no desempenho do sistema de saúde possam se tornar perceptíveis. Dados obtidos do Censo da Educação Superior sugerem que **o PMM atingiu seu objetivo de médio prazo de ampliar o número de novas vagas até 2017**. Estima-se que 92% das novas vagas de graduação em medicina criadas entre 2010 e 2018 ocorreram após o lançamento do PMM em 2013 (Figueiredo et al., 2021[33]).

Apesar dessas melhorias, as disparidades geográficas no acesso à formação médica persistem. Hoje, as regiões Norte e Nordeste continuam oferecendo os menores níveis de vagas per capita de graduação em medicina do país (Figueiredo et al., 2021[33]).

(...)

As evidências sobre as contribuições do PMM para o

estreitamento das disparidades geográficas na saúde da população permanecem confusas, sugerindo que melhorias adicionais nos métodos de focalização na comunidade podem ser necessárias para colher os benefícios potenciais. **Hone e colegas (2020[35]) concluíram que o PMM ficou aquém de produzir maiores ganhos de saúde em municípios prioritários.** Em concordância, outro estudo recente também mostrou que não houve diferenças discerníveis nas hospitalizações devido à hipertensão entre municípios urbanos e rurais, conforme definido pelo Programa (Özçelik et al., 2020[43]). Esse estudo também mostrou que o PMM esteve associado à redução das internações por doenças cerebrovasculares apenas em municípios urbanos. Ambos os estudos sugeriram que melhorias adicionais nos métodos de direcionamento da comunidade usados pelo PMM podem ser consideradas para maximizar os benefícios potenciais do Programa.” (OECD (2021), *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, OECD Publishing, Paris, p. 159-161; grifos acrescidos)

105. Da pesquisa especializada na área de saúde, colho o seguinte excerto de trabalho que empreendeu revisão bibliográfica de variados estudos sobre o real grau de efetividade do programa em espeque para atingimento da finalidade a que se destina:

“Expandir a oferta de cursos de medicina pelo território nacional é uma prática antiga no Brasil: o Decreto nº 53.642, de 28 de Fevereiro de 19647, utiliza como justificativa a má distribuição de médicos no território nacional para dobrar a quantidade de vagas nas faculdades de medicina brasileiras e utiliza como exemplo a distribuição no estado do Maranhão, sendo essa a mesma justificativa para expandir a oferta de cursos de medicina presente na Lei nº 12.871, de 22 de Outubro de 2013, que institui o PMM.

É notável que, entre 1964 e 2013, os problemas sejam praticamente os mesmos, e a solução encontrada seja semelhante às práticas antigas que fracassaram. [...]

(...)

Em 2003, o Ministério da Saúde criou o Departamento de Gestão de Trabalho e Educação em Saúde (SGTES), responsável por formular políticas de gestão do trabalho em saúde, além da capacitação e qualificação de recursos humanos em saúde,

regulamentação profissional e descentralização da gestão do trabalho e da educação nos estados do Brasil. No entanto, vê-se que **falta algo na formulação de uma política clara e de longo prazo para governar os recursos humanos em saúde no Brasil, embora várias estratégias específicas e limitadas tenham sido identificadas para enfrentar esses desafios.** As análises dos autores mostram que não foram encontradas iniciativas de políticas nas áreas de regulação do setor privado, mostrando que há necessidade de iniciativas e políticas que considerem todas as facetas do mercado de trabalho em saúde no Brasil, como, por exemplo, a coexistência entre o setor público e o privado.

(...)

O governo busca solucionar o problema com a expansão da oferta de cursos de medicina pela política do PMM. **O aumento excessivo de médicos no Brasil, privilegiando a quantidade ao invés da qualidade não garante a fixação dos profissionais em áreas do interior do País, pois, além da formação, o profissional precisa receber capacitação e ter garantias trabalhistas e estruturais nos locais de atuação.** A perspectiva com a atual expansão do ensino é um aumento substancial na quantidade de profissionais médicos no Brasil, como pode ser observado pela *tabela 1*.

(...)

Em estudo sobre a distribuição geográfica da expansão de cursos médicos, notou-se uma expansão dos cursos privados nas regiões Nordeste, Sudeste e Sul, e cursos públicos na região Centro-Oeste e Norte. **A análise regional mais detalhada mostrou que a política pública tem fracassado em seu objetivo de combater a má distribuição médica no território nacional por meio da abertura dos novos cursos médicos, pois mantém a concentração em estados do Sul e do Sudeste.**" (Nassar LM, Passador JL, Pereira Júnior GA. *Programa Mais Médicos, uma tentativa de solucionar o problema da distribuição médica no território brasileiro*. In: Saúde debate. Rio de Janeiro, v. 45, n. 131, p. 1165-1182, out-dez 2021; grifos acrescentados)

106. As conclusões se assemelham àquelas alcançadas por Cláudio José dos Santos Júnior *et al.*, em artigo intitulado "*Expansão de vagas e qualidade dos cursos de Medicina no Brasil: 'Em que pé estamos?'*". Confira-se:

"Lançado em 2013, o programa tinha, entre outras

finalidades, orientar a expansão de novos cursos de graduação em Medicina no território nacional, sobretudo em regiões de saúde com menor quantidade de médicos e que tivessem estrutura de serviços de saúde compatíveis com as exigências de formação na área. **No entanto, relata-se que houve descompasso desse objetivo em relação aos demais do programa**, que deveria melhorar a estruturação da rede de saúde, em especial da rede de atenção básica, aumentar o volume de atendimento assistencial à comunidade e incrementar a ocupação efetiva de vagas em programas de residência médica. **Como mostraram os estudos analisados em uma revisão sistemática, o PMM, de fato, contribuiu para a melhoria do provimento de médicos no Brasil, tornando a distribuição geoespacial desses profissionais mais equânime no período em que esteve em vigência em sua plenitude. Contudo, esse provimento foi pontual e esteve ancorado em uma destinação emergencial de profissionais, não tendo resolvido as questões relativas à fixação desses médicos nessas localidades e tampouco seguido a mesma lógica quando da implementação das novas escolas médicas autorizadas, o que implicou a não resolução da problemática da má distribuição de profissionais médicos no país e, por consequência, a manutenção das desigualdades espaciais de formação e oferta desses profissionais desveladas neste trabalho.**

(...)

Ainda sobre esse tema, **não existe no território nacional um levantamento efetivo das reais necessidades do mercado de trabalho que preceda a criação de cursos de graduação.** Apesar de a legislação exigir a avaliação por parte do Poder Público e de o governo acompanhar a evolução do ensino com censos periódicos, **não há nenhum direcionamento por parte do Poder Público na criação desses cursos.** Essa tarefa sempre ficou restrita às próprias IES, as quais, muitas vezes, seguem regras nem sempre muito claras. [...] Sobre esse tema, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda que as escolhas das intervenções na área de formação em saúde devem ser baseadas em um conhecimento aprofundado do perfil de saúde-doença do território, da realidade dos trabalhadores, do mercado de trabalho em que estão inseridos e dos fatores que influenciam a atuação profissional deles.

Até mesmo por parte dos conselhos e das entidades

profissionais da área ainda existe uma participação limitada na tomada de decisão em relação à abertura de novas turmas e vagas no Brasil, ficando a participação dessas instituições restrita a termos de colaboração com o MEC. Do mesmo modo, os processos de avaliações sistemáticas desses cursos enfrentam resistências institucionais, como é o caso da Avaliação Nacional Seriada dos Estudantes de Medicina (Anasem), que foi realizada apenas uma vez, em 2016, e encontra-se suspensa. No bojo dessa discussão, Balzan et al.²⁷ citam que boa parte das escolas médicas privadas não apresenta interesse em ser avaliada, pois isso significaria mais investimento no corpo docente, em laboratórios e biblioteca médica, e mencionam como exemplo o fato de **mais de 80% dos cursos médicos privados do estado de São Paulo não possuem hospital-escola**. Dessa forma, é inegável a influência de interesses privados em detrimento dos pressupostos iniciais de democratização do acesso à saúde, objetivo inicial do PMM.

(...)

[...] **A dinâmica de distribuição de escolas médicas no Brasil está longe de superar a desigual distribuição espacial de médicos no território nacional, tendo em vista que, mesmo com o processo de expansão, a maioria das vagas em cursos de Medicina no país ainda continua concentrada em escolas localizadas no eixo Sudeste-Sul e em áreas com maiores indicadores de desenvolvimento.**

Há, portanto, uma **grande distorção entre o aumento do número de cursos e vagas de Medicina e a necessidade de profissionais médicos no país**. Essa realidade não se distancia do cenário relatado em outros estudos que revelam alta concentração de médicos em grandes centros urbanos e baixa presença desses profissionais em áreas mais remotas, como é o caso dos estados e das cidades da Região Norte e de cidades do interior do país.

Não menos importante é destacar que o número de vagas em cursos de Medicina no Brasil cresceu dissociado de iniciativas de recrutamento e fixação desses profissionais em áreas prioritárias, aspecto que não foi contemplado quando da formulação do PMM. Tal aspecto é apontado pela OMS como requisito essencial para que se possa ter sucesso em um programa de recrutamento e fixação de profissionais de saúde, devendo estar atrelado a outras categorias de intervenções, como formação, regulação, incentivos e apoio profissional e

pessoal.” (Cláudio José dos Santos Júnior et al. *Expansão de vagas e qualidade dos cursos de Medicina no Brasil: “Em que pé estamos?”* In: Revista Brasileira de Educação Médica, v. 45 n. 2, e058, 2021; grifos acrescentados)

107. Na mesma direção aponta trabalho elaborado pelo Dr. Raul Cutait, um dos expositores da audiência pública realizada pelo eminente Relator. *In verbis*:

“A experiência mundial, documentada em farta literatura, esclarece que aumentar o número de médicos não resulta necessariamente em sua melhor distribuição. Adicionalmente, é preciso lembrar que o principal motivador para a situação da educação médica no país é o crescimento da oferta do Sistema Único de Saúde. O SUS hoje é municipal, ao invés de seguir a diretiva constitucional de regionalização, portanto, cria a exigência da presença municipal do médico. Em outras palavras, o SUS municipalizou-se, mas a grande maioria dos municípios brasileiros não tem base populacional para sustentar um sistema local de saúde completo: daí a diretiva para a regionalização. Entretanto, os prefeitos visam ao preenchimento das vagas médicas existentes em seus municípios.” (CUTAIT, Raul. *Educação Médica no Brasil: Situação Atual e Perspectivas*. p. 6; grifos acrescentados)

108. Em verdade, trata-se de cenário já projetado e mapeado pelas esferas governamentais competentes quando da edição da Portaria MEC nº 328, de 2018. Nesse sentido, vejam-se os dados e prognósticos apontados pelo Parecer Referencial nº 1/2022/CONJUR-MEC/CGU/AGU, *in verbis*:

“29. Vale ressaltar que grande parte da expansão das vagas de medicina se deu a partir do ano de 2013: entre os anos 2013 e 2020, houve um acréscimo de quase 18.000 (dezoito mil) vagas de medicina autorizadas pelo MEC em todo País, o que faz do Brasil o segundo país no mundo com mais escolas de medicina, ultrapassando a China, com 1,4 bilhão de habitantes, e perdendo apenas para Índia, com 1,3 bilhão de habitantes.

30. Frisa-se que **o Brasil figura como o segundo país com maior número de escolas de medicina do mundo**, superando inclusive países que possuem densidade demográfica cerca de

cinco vezes maior que a sua. Isso, por si só, já demonstra o desequilíbrio da quantidade de escolas médicas existentes no país, sendo que aproximadamente 62% destas representam cursos constantes de instituições privadas de Educação Superior.

31. No entanto, a despeito dos esforços do Governo Federal para tentar minimizar as desigualdades na distribuição de médicos ao longo do território nacional, estas parecem estar se tornando ainda mais evidentes com o passar dos anos. No ano de 2020, por exemplo, enquanto o país possuía a razão média de 2,27 médicos por mil habitantes, a região Norte tinha taxa de 1,30, 43% menor que a razão média nacional. Na região Nordeste, a taxa é de 1,69. **Isso indica, portanto, que a simples instalação de cursos de medicina em cidades do interior não é a garantia de que haverá uma melhor distribuição desses profissionais pelas regiões mais desiguais do país.** Como os cursos iniciaram a partir de 2015, é preciso aguardar o ciclo de formação desses alunos para então fazer o levantamento da lotação laboral dos egressos.

32. Os dados sugerem que a desigualdade na distribuição de médicos está estritamente ligada à desigualdade econômica existente entre as regiões do país, principalmente para as regiões Norte e Nordeste onde há má condições de trabalho. A região Norte, por exemplo, agrupa 8,8% de toda a população do país, mas conta com apenas 4,6% dos médicos em atividade. Já o Nordeste reúne 27,2% da população, mas somente 18,4% dos médicos. O Estado da Bahia abriga 7,1% da população e apenas 4,7% dos médicos do país. Por outro lado, o Sudeste agrupa mais da metade dos médicos do país – 53,2% –, que atendem 42,1% da população brasileira. O Estado de São Paulo concentra mais de um quarto dos médicos – 28,1% do total – para atender uma população que representa 21,9% do país.

33. Logo, **tem-se que o maior problema da expansão médica no Brasil não está na tão ventilada falta de profissionais médicos, mas sim na má distribuição desses médicos pela extensão territorial – problema este que vem sendo trabalhado pelo Governo Federal, conforme recente Edital para o Programa ‘Médicos pelo Brasil’, programa do Ministério da Saúde que visa alocar 21,5 mil médicos formados em 5.233 municípios:**

(...)

34. Nesse sentido, a tese de que a abertura de curso de

medicina resolverá o problema da falta de médicos no país não se sustenta pelos recentes dados estatísticos, como o estudo *Demografia Médica no Brasil 2020*, publicado pela Universidade de São Paulo (SCHEFFER, M. et al, 2020, disponível em https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf).

36. Prosseguindo na análise do cenário profissional médico no Brasil, a SERES/MEC aponta as seguintes projeções.

37. Entre os anos de 2010 e 2020, a população de médicos no Brasil passou de 315.902 para 487.275 indivíduos e, **segundo o modelo proposto, no ano de 2030 esse número deve chegar a 815.570. De acordo com o 'ProvMed 2030', estudo promovido pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo que aplicou modelos dinâmicos para análises de provisão e necessidade de médicos no Brasil, com o acréscimo de 5 mil novas vagas entre 2022 e 2023, o Brasil deve alcançar quase 837 mil médicos em dez anos. A densidade de médicos para 2030, em 8 anos, deverá ultrapassar a média atual dos países da OECD, chegando a 3,72 médicos por mil habitantes, relembrando que a taxa atual aproximada é de 2,43 médicos por mil habitantes.**

38. A mesma projeção prevê que, diferentemente de algumas expectativas comumente ventiladas em diversas petições iniciais, o aumento quantitativo de médicos, apesar de expressivo, não alterará, por si só, as antigas desigualdades de distribuição geográfica desses profissionais no Brasil. Ao contrário, haverá acirramento das disparidades de concentração de médicos. Prevê a projeção que, das 27 unidades da Federação, 19 irão apresentar densidade de profissionais por mil habitantes abaixo da média nacional. Ou seja, será mantida ou até agravada a desigualdade de distribuição geográfica, o que tem levado à escassez localizada de profissionais, mesmo em cenário de maior e crescente oferta global de médicos.

39. Ademais, **em um exercício exploratório conservador e partindo da suposta abertura de oito mil vagas nos próximos anos, pode-se dizer que, dentro de 30 anos, o Brasil terá o maior contingente de médico do mundo: 1,7 milhão de médicos em atividade, desigualmente distribuídos pelo território nacional, o que causará um inchaço sem precedentes na categoria.**

40. Por isso, **diversos estudos indicam que será**

necessário rever e impulsionar políticas e programas de distribuição e retenção de médicos em áreas desassistidas e de menor densidade de profissionais por habitantes. Segundo os estudiosos do assunto, políticas como a do Programa Mais Médicos (Lei 12.871/13), de descentralização de cursos de graduação com vistas à maior fixação de médicos no interior, poderão ser reavaliadas ou aprimoradas à luz das projeções de acordo com diferentes cenários.” (e-doc. 157, p. 30-31; grifos acrescidos)

109. Como elencado pela organismos internacionais e pela doutrina especializada acima mencionada, para o adequado equacionamento do problema dos “desertos médicos” é preciso considerar a existência de outros fatores de influência na alocação geográfica dos profissionais de saúde. Iniciativas isoladas, centradas apenas e tão somente na escolha da instalação de novos cursos de graduação não demonstram, do ponto de vista empírico, ter a aptidão necessária para alterar a realidade atual. A tendência é que os profissionais, depois de formados, migrem para outra localidades, privilegiando-se como ponto de destino e fixação definitiva (i) na cidade em que cursarem a residência médica, nos casos de continuidade dos estudos; (ii) naquelas em que se verifique a melhor probabilidade de retorno financeiro e desenvolvimento profissional; e, (iii) no próprio local de origem dos formandos.

110. Em estudo sobre o tema, a OCDE elenca os seguintes aspectos como forte influenciadores dessa escolha pelos profissionais: (i) **ambiente em geral** — *disparidade entre as zonas rurais e os grandes centros* —; (ii) **modelo de contratação** — *não há carreira pública estruturada na área* —; (iii) **potencial de renda** — *não se podendo olvidar que 25% dos estudantes particulares tem alguma espécie de financiamento estudantil contratado* —; (iv) **condições de trabalho** — *relacionada à estrutura e instalações físicas e insumos em geral* —; (v) **prestígio e reconhecimento** — *mais facilmente obtidos por aqueles que prosseguem na formação especializada, por meio da residência médica* —; (vi) **origem e experiência** — *conforme anteriormente realçado, dados apontam que até um terço dos estudantes nasceram em localidade diversa da qual se graduam, podendo explicar eventual movimento de ulterior retorno* — (OECD Health Working Papers nº 69 (2014). *Geographic Imbalances in Doctor Supply and Policy Responses*).

111. Acerca da relevância de tais fatores, é mister realçar o que

pontuado pela mesma organização em trabalho específico sobre o Brasil. Ao tempo em que atesta o cenário de persistência das “*disparidades geográficas no acesso à formação em medicina*” no país, apesar do Programa Mais Médicos, a referida entidade elenca as “*alavancas políticas*” adotadas conjuntamente em outros países como mecanismos mais adequados para enfrentar a questão. Confira-se:

“Para suprir a escassez de médicos da APS e sua distribuição geográfica desigual, o Brasil implementou vários programas federais, incluindo o Programa Mais Médicos. Esses esforços contribuíram para melhorias no acesso e na qualidade da formação médica no Brasil, **mas as disparidades geográficas no acesso à formação em medicina persistem** e as vagas não preenchidas na APS continuam sendo a norma.

Existem três alavancas políticas principais para ajudar a resolver a escassez de médicos e melhorar sua distribuição:

- **Formação de mais médicos rurais;**
- **Fornecer incentivos financeiros e não financeiros**, ao mesmo tempo que implementa **regulamentos para restringir a liberdade dos médicos** (implementando uma **abordagem de incentivos e sanções**”);
- **Promover inovações na prestação de serviços de saúde**, por meio da transferência de tarefas e do uso da telemedicina.

Eles não são mutuamente exclusivos e podem não oferecer a panaceia quando implementados isoladamente. De acordo com (OCDE, 2016[31]), **essas alavancas de política podem ter impacto maior se forem usadas de forma conjunta.**” (OECD (2021), *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, OECD Publishing, Paris, p. 158; grifos acrescentados)

112. O mesmo estudo exemplifica a experiência de outros países em relação a cada um dos eixos do tripé proposto. Quanto à **formação de médicos em áreas rurais**, destacam-se as medidas adotadas em países como Canadá, Inglaterra, Noruega e Austrália. Neste último caso, por exemplo, o *Programa Escola Clínica Rural (RCS)* foi lançado em 2000 para permitir que os alunos realizassem seu treinamento em áreas rurais. A iniciativa apoia 18 escolas clínicas rurais, nas quais é exigido que 25% dos alunos matriculados no curso de medicina tenham *background* rural (McGirr, Barnard and Cheek, 2019). Os resultados mostram que os alunos que participaram do Programa RCS tiveram 1,5 vezes mais probabilidade de continuar praticando medicina em localidades regionais e rurais 5

anos após se formarem na escola de medicina.

113. Quanto à **abordagem de incentivos e sanções**, elencam-se iniciativas adotadas por Chile, Alemanha, Canadá e França, indicando-se que os incentivos podem se consubstanciar em (i) *“pagamentos não relacionados a salários, que são usados para encorajar os médicos a se mudarem ou permanecerem em áreas carentes”*; (ii) *“incentivos financeiros relacionados a salários, em que médicos em áreas carentes recebem incentivos financeiros vinculados à renda”* e (iii) uma combinação entre *“incentivos financeiros e não financeiros para atrair e reter médicos em comunidades carentes”*.

114. Já do ponto de vista sancionatório, aponta-se como última opção para corrigir o desequilíbrio geográfico dos médicos a possibilidade de restringir a sua liberdade de escolha em relação ao local de prática. Medidas neste sentido foram adotadas em países como Turquia, Alemanha, Noruega e algumas províncias do Canadá (New Brunswick, Quebec). Na Alemanha, por exemplo, os médicos autônomos não têm permissão para estabelecer sua prática e atender pacientes públicos em áreas consideradas de sobreoferta com base na proporção de pacientes para médicos — *valendo registrar que lá, os profissionais precisam obter autorização de prática para serem reembolsados pelo seguro de saúde legal (KBV, 2021), sendo o número dessas autorizações restrito e controlado pela National Association of Statutory Health Insurance Physicians*.

115. Por fim, quanto ao eixo da **transformação na prestação dos serviços de saúde**, o estudo realça que a *“estratégia não é formar mais médicos ou contar com mais médicos, mas sim contar com tecnologias de informação e comunicação inteligentes e maximizar o uso de recursos humanos que já habitam em áreas onde há escassez de médicos. Isso pode constituir bom complemento para os cuidados habituais prestados pelo médico”* (OECD (2021), *Estudo da OCDE da Atenção Primária à Saúde no Brasil*, OECD Publishing, Paris, p. 167). A telemedicina ou telessaúde e a transferência de alguns serviços de saúde atualmente desempenhados de modo exclusivo por médicos para outros prestadores de cuidados em saúde são apontadas como medidas ilustrativas do referido aspecto.

116. Tratam-se de medidas que expõem a necessidade de uma abordagem complementar e integrada do problema. O que, pelo que se colhe das análises empreendidas pelos atores que dispõem de capacidade

institucional para tanto, não teria sido observado no processo de concretização e implementação da política pública expansionista da oferta do cursos de graduação em Medicina no país.

117. Em enfoque complementar, para além da mensuração quanto ao eventual êxito do programa a partir de aspecto eminentemente objetivo — *consubstanciado na capacidade que dispõe para contribuir na fixação, ou não, do médico formado na localidade em que se graduou* —, não se pode negligenciar a necessidade de empreender-se avaliação quanto à *qualidade dos cursos ofertados*.

118. No ponto, aspecto central é ocupado pelo debate em torno da precariedade das estruturas para realização da fase prática do curso. O relatório *Demografia Médica no Brasil 2020*, elaborado em conjunto pela Faculdade de Medicina da USP (FMUSP) e pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) advertiu que “[e]xiste necessidade de mensuração do impacto das escolas médicas abertas no interior na distribuição e fixação de médicos, assim como já vêm sendo avaliadas as políticas de provimento de médicos na atenção primária de municípios desassistidos. Com tantos novos cursos, em sua maioria privados, **é provável que a expansão não acompanhe a disponibilidade de corpo docente e campos de prática e há que se discutir novos modelos e abrangência de regulação, avaliação e fiscalização para garantias de qualidade do ensino médico no Brasil.**” (SCHEFFER, M. et al., *Demografia Médica no Brasil 2020*. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020, p. 164; grifos acrescidos)

119. Essa avaliação foi corroborada por relatório desenvolvido pelo Sistema de Mapeamento da Educação na Saúde do Brasil (SIMAPES), vinculado ao Ministério da Saúde, consubstanciado na Nota Técnica SIMAPES nº 2, citada pela Advocacia-Geral da União nas teses de defesa judicial da Portaria instituidora da moratória. Extrai-se do Parecer Referencial nº 1/2022/CONJUR-MEC/CGU/AGU as seguintes considerações quanto ao ponto:

“112. A fixação da moratória para os chamamentos públicos que precedem a autorização de cursos de medicina por cinco anos, a partir de abril de 2018, determinou a realização de estudos para avaliar a qualidade de oferta dos cursos de medicina já abertos.

113. Em levantamento recente, de forma preliminar, sobre o cenário de práticas para os cursos da área de Saúde, o Ministério da Saúde, por meio do Sistema de Mapeamento da Educação na Saúde do Brasil – SIMAPES, identificou fragilidades na maneira como era computada a distribuição de vagas de cursos de medicina, conforme estrutura local de leitos hospitalares do Sistema Único de Saúde. Conforme apresentado no Relatório do Ministério da Saúde, a capacidade da rede para ampliação de vagas de medicina foi superestimada, considerando tanto a região de saúde quanto o município sede de oferta do curso.

114. De acordo com o estudo, quando se analisa a nível de município sede do curso de medicina, tem-se que 29,6% das vagas ofertadas extrapolam a estrutura local, comprometendo um total de 24.458 vagas (67,3% do total) no universo nacional de 36.327 vagas ofertadas no ano (em 2019).

115. Seguem alguns dos fatores, elencados pela área técnica do Ministério da Educação, que podem ter contribuído para o número tão grande de vagas que extrapolam a estrutura local:

1 – O uso do critério “proximidade geográfica” como parâmetro também pode ter contribuído para o grande número de vagas que extrapolam o teto estrutural a nível de Município. O problema detectado ao se analisar os processos antigos e cada região de saúde em especial é que **determinadas regiões foram utilizadas para justificar vagas mais de uma vez, o que configura duplicidade de informação e potencial erro na informação prestada, inflacionando a possibilidade de abertura de leitos.**

2 – A lógica sempre presente de utilizar a estrutura da região de saúde e não somente a do município colabora em grande parte com a diferença em relação ao cenário anteriormente descrito, permitindo grande aporte de leitos do SUS na contabilização necessária para justificar a abertura ou expansão de vagas em escolas médicas.

3 – Instituições de Ensino Superior podem utilizar vagas de outros municípios, o que leva à conclusão de que **o número de vagas excedentes pode estar superestimado pelo uso de leitos de municípios vizinhos sem cursos locais, ou subestimados quando instituições de outros municípios utilizam leitos dos municípios analisados e**

que são sedes de cursos de medicina.

4 - A **informação exata de quais estruturas hospitalares são utilizadas por quais Instituições de Ensino Superior não existe de forma consolidada em nenhuma base de dados.**

5 - Uma **fração expressiva dos leitos hospitalares dedicados ao SUS se localizam em municípios pequenos e em instituições de pequeno porte sem a estrutura e o pessoal adequados à educação médica de qualidade e, provavelmente, não recebem alunos. Se o fazem, podem incorrer no risco de supervisão inadequada e falta de recursos e insumos para que configure cenário de prática minimamente adequado.**

6 – A **grande distância entre determinados locais de potencial prática supervisionada no SUS e a sede das Instituições de Ensino Superior de regra dificulta a gestão acadêmica**, ainda mais em determinadas regiões de saúde de grande extensão geográfica e considerando o uso de outros municípios mais distantes em alguns casos.

116. Esses são, portanto, alguns dos estudos que, não obstante possam ser objeto de revisões e de aprofundamento, embasam a conclusão administrativa de não haver condições de se abrir novas vagas em cursos de medicina no país, atualmente.” (e-doc. 157, p. 45)

120. No campo da pesquisa especializada, destacam-se os achados de Nassar LM, Passador JL, Pereira Júnior GA. Citando levantamento realizado pelo Conselho Federal de Medicina, aponta-se que *“das 163 escolas abertas entre 2011 e 2019, 39,9% (65 escolas) estão em cidades que descumprem todos os requisitos mínimos”* de infraestrutura adequada até então exigidos pelos instrumentos regulatórios — *que foram posteriormente alterados com vistas à sua flexibilização*. De acordo com o mesmo estudo, *“[a]penas 5,5% (9 escolas) atenderam a todos os requisitos do CFM”*. Confira-se:

“Outro ponto de destaque nos resultados é a ausência de trabalhos científicos relacionados aos hospitais-escola. Um hospital-escola congrega elementos de um hospital tradicional com a prática do ensino, possuindo, em suas instalações, as presenças de estudantes e residentes. A distribuição geográfica dos hospitais-escola no Brasil acompanha as áreas com maior

densidade de médicos, sendo notória a concentração dos hospitais-escola nas regiões Sul e Sudeste, onde também está presente a maior concentração de médicos e de programas de residência segundo Pova e Andrade.

Um hospital tradicional apresenta características que o diferem dos demais tipos organizacionais existentes por conta da atuação de uma equipe multidisciplinar que presta desde assistência à saúde ao atendimento ambulatorial e internações, mediante a utilização de tecnologias leves (trabalho vivo) e duras (equipamentos). Os hospitais-escola, além das características dos hospitais tradicionais, são importantes para a região onde estão localizados porque fornecem bens públicos sofisticados e especializados e ajudam na difusão do conhecimento em decorrência da pesquisa e do ensino.

Desde a promulgação do Decreto nº 63.341, de 1º de outubro de 1968, a obrigatoriedade de um curso de medicina de ter um hospital-escola deixou de existir. **As instituições são incentivadas a realizar convênios com organizações médicas para que os alunos possam ter o ensino prático. Entretanto, os convênios realizados têm sido insuficientes para atender à exigência do Ministério da Educação (MEC) de pelo menos cinco leitos por estudante, afetando a formação do médico e o atendimento.**

Além da quantidade mínima de leitos hospitalares, o Conselho Federal de Medicina (CFM) também considera outros dois critérios como sendo necessários para um processo de ensino e aprendizagem minimamente qualificado. São eles: acompanhamento da equipe da Estratégia Saúde da Família (ESF) por no máximo três alunos e presença de hospital com mais de 100 leitos. **Os critérios adotados pelo CFM não são arbitrários, mas baseados nos itens das portarias presentes nos editais que regulamentaram as aberturas das escolas médicas no Brasil a partir do PMM, os quais foram flexibilizados em 2015, tornando os critérios mais subjetivos. De acordo com o Radiografia Médica, das 163 escolas abertas entre 2011 e 2019, 39,9% (65 escolas) estão em cidades que descumprem todos os requisitos mínimos anteriormente estipulados, 41,1% (67 escolas) apresentam irregularidades em dois parâmetros e 13,5% (22 escolas) apresentam um parâmetro irregular (CFM, 2020). Apenas 5,5% (9 escolas) atenderam a todos os requisitos do CFM.**

A análise do CFM também envolveu todas as 342 escolas

abertas até 2019, e o resultado, segundo a instituição, é preocupante, pois 26,6% (91 escolas) estão em 65 municípios que não atendem aos padrões mínimos de ensino e aprendizagem estabelecidos. Outros 38% (130 escolas) estão em cidades que cumprem apenas um requisito e 19% (66 escolas) estão em municípios que atendem a dois parâmetros. **Apenas a minoria, 16,1% (55 escolas), está localizada em municípios que atendem a todos os requisitos estabelecidos.**

A informação do CFM preocupa, pois **o local de formação do médico, principalmente na residência médica, é essencial para a retenção dos profissionais por exercerem forte influência na escolha do local de trabalho.** A presença de um hospital-escola atrai médicos residentes para uma determinada localidade, aumentando as chances de o profissional permanecer naquela região, criando postos de trabalho que precisam ser ocupados, aumentando as taxas de atração e retenção dos profissionais da saúde. Portanto, torna-se necessário investigar mais profundamente a relação dos hospitais-escola com a distribuição médica pelo território nacional.

Sem a devida estrutura para a retenção do profissional recém-formado no local da graduação, a abertura de novos cursos de graduação em medicina incentivada pelo PMM é inócua. Se a expectativa governamental é forçar os médicos a buscarem empregos em áreas distantes pela falta de oportunidades nos grandes centros, a medida poderá levar anos para surtir o efeito desejado, mantendo a população vulnerável com acesso restrito à saúde. Entretanto, o próprio PMM apresentou uma proposta que trouxe resultados satisfatórios ao acesso à saúde da população, presente no segundo artigo da lei: alocação direta da força de trabalho.” (Nassar LM, Passador JL, Pereira Júnior GA. *Programa Mais Médicos, uma tentativa de solucionar o problema da distribuição médica no território brasileiro.* In: Saúde debate. Rio de Janeiro, v. 45, n. 131, p. 1165-1182, out-dez 2021; grifos acrescentados)

121. Há, portanto, vários aspectos a considerar no âmbito de uma avaliação adequada da política pública em questão. Aspectos estes que, pelos elementos colhidos das exposições realizadas na audiência pública promovida pelo eminente Relator, dos estudos e dos relatórios aqui referenciados à exaustão, parecem não ter sido devidamente aquilatados pela instância reguladora constitucionalmente competente para tanto.

122. Nesse diapasão, **não se pode desconsiderar que a resposta à questão constitucional ora enfrentada possa estar na — ou depender da — necessidade de colmatar omissões regulatórias, consubstanciadas na formação de uma política pública não baseada em evidências, incapaz de propiciar o tratamento adequado ao problema que busca sanear, negligenciando as exigências constitucionalmente impostas pelos princípios da *eficiência* e *proporcionalidade* como condição legitimadora da atuação estatal.**

123. Aspecto objetivo que, a meu sentir, corrobora o acerto da hipótese aventada consiste na **ausência de realização da devida Avaliação de Impacto Regulatório (AIR), exigida pela Lei nº 13.874, de 2019.** Trata-se de instrumento que, segundo escólio de Gustavo Binimbojm consiste em “*procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória, já em vigor ou a ser editada, mediante sopesamento de seus custos, benefícios e efeitos colaterais distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados*”. (BINENBOJM, Gustavo. *Análise de Impacto Regulatório e falhas de regulação*. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de (Coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas*. Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 155).

124. Eis os exatos termos da disposição legal do instituto — *que também encontra previsão específica no contexto das agências reguladoras no bojo da Lei nº 13.848, de 2019:*

“CAPÍTULO IV

DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o *caput* deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

125. De acordo com o **Decreto nº 10.411, de 2020**, que promovera a devida regulamentação do mecanismo, a sua obrigatoriedade passou a valer para os órgãos e entidades da administração pública federal *direta*, autárquica e fundacional em geral, a partir de 14 de outubro de 2021 (art. 24). Vale realçar os seguintes aspectos do referido regulamento:

“**Art. 1º** Este Decreto regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, e dispõe sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

§ 1º **O disposto neste Decreto se aplica aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta**, autárquica e fundacional, **quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências.**

(...)

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - **análise de impacto regulatório - AIR** - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão.

(...)

Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR.

(...)

Art. 6º A AIR será concluída por meio de relatório que contenha:

I - sumário executivo objetivo e conciso, que deverá

empregar linguagem simples e acessível ao público em geral;

II - identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão;

III - identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado;

IV - identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado;

V - definição dos objetivos a serem alcançados;

VI - descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas;

VII - exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;

VII-A - os impactos sobre as microempresas e as empresas de pequeno porte;

VIII - considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise;

IX - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;

X - identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo;

XI - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e

XII - descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes.

(...)

Art. 8º O relatório de AIR poderá ser objeto de

participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.

Art. 9º Na hipótese de o órgão ou a entidade competente optar, após a conclusão da AIR, pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado, o texto preliminar da proposta de ato normativo poderá ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma.

(...)

Art. 10. O órgão ou a entidade competente poderá utilizar os meios e os canais que considerar adequados para realizar os procedimentos de participação social e de consulta pública de que tratam os art. 8º e 9º.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput garantirão prazo para manifestação pública proporcional à complexidade do tema.”

126. Em verdade, trata-se de instrumento que, apesar de recentemente internalizado pelo legislador pátrio, já contava com o prestígio internacional e das agências técnico-regulatórias de vanguarda (GABARDO, Emerson. GRANER, Mateus Domingues. *A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras*. In: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020). Nesse sentido, indica a OCDE no rol de sua *Recomendação do Conselho Sobre Política Regulatória e Governança* a necessidade de:

“4. Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os *trade offs* das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa.” (OECD (2012), *Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança*, OECD Publishing, Paris, p. 4)

127. Minudenciando os aspectos de uma Avaliação de Impacto

Regulatório adequada o mesmo documento prescreve o seguinte:

“4.1 Adotar práticas de avaliação de impacto *ex ante* que sejam proporcionais à importância da regulação, e **incluir análises de custo-benefício que considerem os impactos sociais da regulação** levando em conta critérios econômicos, sociais e impactos ambientais, incluindo os efeitos distributivos ao longo do tempo, identificando quem provavelmente se beneficiará e quem poderá estar susceptível aos custos.

4.2 Políticas de avaliação *ex ante* devem exigir a identificação de uma necessidade específica da política, bem como do objetivo da regulação, como a correção de uma falha de mercado, ou a necessidade de proteger os direitos dos cidadãos justificando o uso da regulação.

4.3 Políticas de avaliação *ex ante* devem incluir **considerações sobre os meios alternativos para se alcançar os objetivos das políticas públicas**, incluindo **alternativas regulatórias e não regulatórias**, no intuito de se identificar e selecionar o instrumento mais adequado, ou um mix de instrumentos, para alcançar os objetivos da política. A opção de não adotar nenhuma medida ou de se adotar um cenário de base deve ser sempre considerada. Avaliação *ex ante* deve, na maioria dos casos, **identificar alternativas capazes de proporcionar o maior benefício líquido para a sociedade, incluindo alternativas complementares**, tais como uma combinação de regulação, educação e normas voluntárias.

4.4 Quando as propostas de regulação gerarem impactos significativos, sempre que possível, a avaliação *ex ante* dos custos, benefícios e riscos deve ser quantitativa. Custos regulatórios incluem custos diretos (despesas administrativas, financeiras e de capital), bem como custos indiretos (custos de oportunidade), a serem suportados pelas empresas, cidadãos ou governo. Avaliações *ex ante* devem, sempre que relevante, fornecer descrições qualitativas desses impactos que são difíceis ou impossíveis de se quantificar, tais como equidade, justiça e efeitos distributivos.

4.5 **Análises de Impacto Regulatório devem, na medida do possível, ser disponibilizadas ao público**, juntamente com as propostas de regulação. A análise deve ser preparada de **forma apropriada e em prazo adequado para obter a contribuição dos interessados e auxiliar na tomada de decisão**. Boas práticas envolvem o uso da Análise de Impacto

Regulatório como parte do processo de consulta.

4.6 Políticas de avaliação *ex ante* indicam que **a regulação deve procurar melhorar, não impedir a concorrência e o bem-estar do consumidor**, e que na medida em que as regulações determinadas por benefícios de interesse público possam afetar o processo competitivo, as autoridades devem explorar formas de limitar os efeitos adversos e **avaliar cuidadosamente os alegados benefícios da regulação**. Isto inclui **descobrir se os objetivos da regulação não podem ser alcançados por meios menos restritivos**.

4.7 Ao proceder a uma avaliação, os funcionários devem:

» Avaliar os impactos econômicos, sociais e ambientais (se possível em termos quantitativos e monetizados), tendo em conta possíveis efeitos em longo prazo;

» Avaliar se a adoção de instrumentos internacionais comuns responde de modo eficiente às questões identificadas pela política e incentivar a coerência a nível global, com o mínimo de perturbação dos mercados nacionais e internacionais;

» Avaliar o impacto sobre as pequenas e médias empresas e demonstrar como os custos administrativos e de cumprimento estão minimizados.

4.8 A Análise de Impacto Regulatório deve ser apoiada com políticas claras, programas de treinamento, orientação e mecanismos de controle de qualidade para a coleta e utilização de dados. Deve estar integrada desde o início do processo de desenvolvimento da política e receber apoio dentro dos órgãos e no centro do governo.” (OECD (2012), *Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança*, OECD Publishing, Paris, p. 10-11; grifos acrescentados)

128. Em razão de sua pertinência para a boa compreensão acerca da centralidade que o instrumento ocupa na correta apreciação da questão em julgamento, vale registrar a análise em âmbito doutrinário realizada pelo professor Alexandre Aragão acerca do instituto:

“Em seu voto na ADPF nº 449/DF, o Min. Luís Roberto Barroso colacionou de forma eloquente que a ‘livre iniciativa é um princípio específico da ordem econômica brasileira, e isso significa uma opção pela economia de mercado, que significa uma economia que gravita em torno da lei da oferta e da

procura, com pontuais intervenções do Estado para corrigir falhas do mercado’.

(...)

É na busca desse objetivo de preservar a livre iniciativa, mas ao mesmo tempo interesses curados pelo Estado, que ganham relevância os procedimentos de análise de impactos regulatórios, na medida em que **obrigam os agentes públicos a previamente demonstrarem a razoabilidade de suas virtuais decisões**, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.

Trata-se, portanto, de uma **análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados**, em linha com o **consequencialista art. 20, recentemente incluído na LINDB pela Lei nº 13.655/18**, cuja redação previu que ‘nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão’.

O nome do instituto, de certa forma, já explica sua função: analisar o impacto de determinada política nos setores regulados e também na própria sociedade, genericamente considerada. Assim, antes de se editar uma norma, realizam-se estudos, em grande parte econômicos, para se tentar prever as consequências econômicas daquela proposta de norma caso adentre o direito positivo. A análise de impacto regulatório é, exatamente, esse estudo prévio sobre medidas a serem tomadas.

Esses novos institutos defluem do movimento geral da teoria e da metodologia do direito; de uma tendência jurisprudencial a adotar o consequencialismo, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Conforme ressalta o Min. Luís Roberto Barroso em seu voto na ADPF nº 811, **‘não se aplica o Direito em abstrato, fora de uma realidade concreta. É preciso levar em conta a normatividade dos fatos, ou seja, a sua influência sobre o sentido e o alcance das normas jurídicas’**.

A análise de impacto regulatório entra no movimento geral da metodologia da ciência do direito de virada de **legitimação**. O direito sempre se legitimou através do esquema da subsunção, do encaixe numa norma superior. **Charles-Albert Morand**, autor suíço que escreve sobre esta matéria, fala que **o direito, hoje, deve se legitimar muito mais pela**

realização de seus objetivos do que pela mera subsunção a uma norma superior, anterior, formal.

O direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade [...].

(...)

Essa visão pragmática da atuação estatal possui, como observa o homenageado, duas características principais:

(i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e **(ii) o consequencialismo**, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz [e, semelhantemente, ao regulador] produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

A busca por essas virtuais consequências oriundas das ações estatais, naturalmente, constitui exercício de prognose e, conseqüentemente, tem suas inevitáveis falhas. A ideia, porém, é que será muito mais fácil falhar caso não se tente medir previamente as consequências de determinadas políticas – editando-se determinada norma apenas de maneira voluntarista, por uma convicção ou desejo pessoal, do que realizando estudos prévios e direcionados à obtenção da melhor política.

(...)

A análise de impactos regulatórios e todas as fases e procedimentos nela incluídos são inclusive formas por excelência de motivação da medida regulatória, bem como de **concretização do princípio da eficiência**, já que permitem que se demonstrem as razões para a sua edição, a sua comparação com outras possíveis medidas, as consequências esperadas da sua aplicação e os ônus sociais e econômicos que dela serão derivados.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, enumera os **fundamentos da análise de impacto regulatório**, destacando como tais **(i) o princípio da eficiência; (ii) o pluralismo jurídico e visão sistêmica do direito; e (iii) a**

legitimidade democrática. Na mesma linha, Rafael Freitas e Sergio Guerra aduzem que a AIR, ‘por avaliar as consequências atuais e futuras da regulação, tem fundamento nos princípios da eficiência e economicidade (artigos 70 da CFEB), estando em consonância, também, com o atual conceito de Administração de Resultados” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Análise de impacto regulatório na Lei de Liberdade Econômica e na sua regulamentação*. In: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luna van Brussel (Coord.). *Direitos e democracia: 10 anos do Ministro Luís Roberto Barroso no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p 252-255; grifos acrescentados)

129. Veja-se, portanto, na esteira do que apontado pelo ilustre doutrinador, que a Avaliação de Impacto Regulatório consubstancia-se, em verdade, em **instrumento de salvaguarda, a um só tempo, dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da eficiência e da proporcionalidade, sendo ferramenta indispensável à realização de um adequado juízo prévio de ponderação**, o qual deve ser empreendido precipuamente pela instância regulatória constitucionalmente vocacionada.

130. Sob essa perspectiva, não se trata, no caso, de promover interpretação da Constituição a partir da legislação ordinária — *ou dos instrumentos nela previstos* — mas sim, de densificar e objetivar os parâmetros de controle já previstos em altiplano superior a partir do substrato normativo legitimamente arquitetado pelo poder constituído competente para tanto. Dito de outra forma: os parâmetros de controle continuam a ser os princípios constitucionais da livre iniciativa, da eficiência, da isonomia, da proporcionalidade. Para melhor aferir a sua observância, na espécie, é que pode se valer o intérprete dos instrumentos legalmente previstos para orientar a sua atividade conformativa.

131. O mesmo doutrinador acima referido ainda discorre sobre os *pressupostos e etapas essenciais* do instituto. Segundo ele:

“Inicialmente, é possível estabelecer três pressupostos essenciais para a implantação de sistemas eficientes de análise de impacto regulatório.

O **primeiro pressuposto** é a **necessidade de coordenação**. Não se pode admitir a existência de várias instâncias

regulatórias, independentes ou não, cada uma atuando sem ter atenção em relação às outras. Isso pode gerar várias consequências indesejáveis, como a contradição de normas administrativas, que gera insegurança jurídica e conflitos judiciais e administrativos; atrasos nas tomadas de decisões – porque um agente público não sabe o que o outro está fazendo –; conflitos internos etc.

(...)

O **segundo pressuposto** é o da manutenção da independência das instâncias reguladoras que tenham recebido aquela autonomia reforçada setorialmente (ex.: as agências reguladoras independentes).

(...)

O **terceiro pressuposto** que podemos aventar é o da **ampla abrangência da AIR: a obrigação de se realizar análises de impacto regulatório não pode ser uma imposição apenas para as agências reguladoras independentes. Deve ser uma instância de coordenação de todas as instâncias regulatórias.** Do contrário, torna-se apenas uma instância de controle de agências independentes, desvirtuando-se o seu caráter.

(...)

Conquanto não haja uma disciplina uniforme em relação ao tema, é possível conceber um **modelo procedimental geral para essa análise**, com as etapas essenciais que deverão ser observadas pelos reguladores em geral – inclusive aqueles que, ao contrário das agências reguladoras, não se encontram expressamente obrigados por lei a disciplinar as etapas da AIR.

(...)

De maneira sintética, **portanto, podemos operacionalizar a AIR como um estudo detalhado por meio do qual, essencialmente, (i) identifica-se um problema; (ii) verifica-se a (in)existência de instrumento regulatório já preexistente hábil a solucioná-lo; (iii) caso já não existam, levantam-se as alternativas regulatórias para a consecução do objetivo; (iv) verifica-se quais das alternativas levantadas imporão o menor ônus aos administrados; e (v) ponderam-se os diferentes interesses envolvidos para, ao fim, decidir pela implementação ou não de determinado instrumento administrativo.** (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Análise de impacto regulatório na Lei de Liberdade Econômica e na sua regulamentação*. In: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luna van Brussel (Coord.). Direitos e

democracia: 10 anos do Ministro Luís Roberto Barroso no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 256-257; 259; grifos acrescentados)

132. Realça-se, dentre os pressupostos elencados, a abrangência da AIR, não pairando dúvidas quanto à sua incidência no campo da formulação de políticas públicas como a ora escrutinada. É nesse mesmo sentido que se posiciona Gustavo Binenbojm:

“Cumpre ainda mencionar que o legislador não limitou o alcance da norma a propostas normativas relativas à atividade regulatória, no estrito sentido do termo. Inobstante o *nomen iuris*, a AIR ‘conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.’ Ora, além das normas clássicas de comando e controle, o dispositivo se aplica também a casos menos ortodoxos, como os de regulação por incentivos e os de normas que versem sobre programas de fomento e até sobre intervenção direta do Estado no domínio econômico. Afinal, o que importa na lei são os possíveis efeitos do ato normativo e a verificação da razoabilidade de seu impacto econômico - e não, evidentemente, a categorização feita pela literatura sobre seu enquadramento. Parece evidente que a proposta de pura e simples revogação de norma regulatória também estará sujeita a prévia AIR, uma vez que não regular é uma forma de regular, com impactos econômicos óbvios.” (BINENBOJM, Gustavo. *Análise de Impacto Regulatório e falhas de regulação*. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de (Coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas*. Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 157)

133. É instrumento, portanto, que **não se confunde com a edição de simples** — *mas não menos relevantes* — **notas técnicas** — *tais como, v.g., a citada Nota Técnica Conjunta nº 3/2023/DPR/SERES/SERES, que embasou a recente escolha dos municípios pré-selecionados para participação no edital de chamamento público lançado no ano passado* — **ou equivale à realização de audiências públicas**. No que concerne às notas ou pareceres técnicos, tratam-se de documentos editados pelas estruturas técnico-burocráticas dos órgãos regulatórios, via de regra, de forma unilateral, e sem considerar ou projetar eventuais alternativas regulatórias, cenários

advindos de uma não regulação, dentre vários outros aspectos obrigatoriamente mensurados no âmbito da AIR.

134. Ainda como traço distintivo relevante, tem-se a vocação do AIR para figurar como catalisador da **participação popular no ciclo de formulação da política pública**. É o que apontam Emerson Gabardo e Mateus Domingues Graner. *In verbis*:

“Igualmente relevante foi a previsão do art. 5º da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), que estipulou a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório para a administração pública em geral. **O seu regulamento (Decreto nº 10.411/2020), embora não estabeleça a obrigatoriedade da participação popular, menciona no art. 8º que poderá ocorrer ‘antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado’.** Outros dispositivos reforçam a importância da participação e dos subsídios da sociedade (art. 6º, VIII, art. 10, ambos do Decreto no 10.411/2020).

(...)

A consensualidade pode ser definida como o modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, em oposição a ações impositivas e unilaterais da administração pública.

Esta forma de atuação representa uma benéfica renovação, na medida em que contribui para aprimorar a governabilidade, propicia freios contra abusos, confere maior legitimidade e torna os comandos estatais mais estáveis. Sobretudo em um contexto de captura político-partidária e de *déficit* de legitimidade democrática nas agências reguladoras, em que o governo e partidos políticos acabam nomeando dirigentes e, em troca, seus projetos de interesse são aprovados. Tal fenômeno ocorre mesmo que formalmente as agências reguladoras possuam autonomia, como mandatos fixos dos dirigentes (nomeados), entre outras regras.

Desta forma, **a participação popular na AIR se mostra como uma medida a incrementar o consensualismo na atuação administrativa, buscando alcançar os efeitos positivos em prol de uma melhor regulação que visa garantir o interesse público**

de forma eficiente, assim como o serviço adequado, quando se tratar de serviço público. [...]

(...)

De forma geral, a participação popular é realizada no final do procedimento de AIR, na fase em que já há o relatório, o qual é submetido para consulta ou audiência pública, em conjunto com a minuta da regulação. [...]

(...)

Por isso, **tão importante quanto a própria realização da consulta ou audiência pública, é a necessidade de que a participação popular ocorra no momento em que efetivamente as opções e possíveis soluções estão sendo debatidas, isto é, no início ou durante a AIR, mas antes da minuta do ato normativo que se pretende construir** (quando não for o caso de não regulação, evidentemente), **tal como agora previsto no art. 8o do Decreto no 10.411/2020** (regulamento da AIR no âmbito da Lei de Liberdade Econômica). Desta forma, a participação popular poderá ocasionar sugestões construtivas e de repente até apontar outra solução.

(...)

O campo da regulação, habitualmente ocupado pela imperatividade e unilateralidade, agora parece abrir-se para espaços de consensualidade.” (GABARDO, Emerson. GRANER, Mateus Domingues. *A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras*. In: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020)

135. Nesse diapasão, diante da contatação de ausência do AIR, verificado o déficit técnico-normativo a embasar o marco regulatório, que peca em não solucionar adequada e eficazmente os problemas que busca equacionar, e considerando, no caso em questão, as repercussões práticas daí decorrentes, é mister adotar solução judicial que, atestando o quadro, sem invadir o âmbito de atribuição dos demais poderes, conflagre-os a atuar na colmatação das lacunas identificadas.

136. Em reforço a tal conclusão, rememora-se que, *in casu*, a falha de prognose ora apontada é potencializada pela já indicada **ausência de participação popular adequada no ciclo de formulação e implementação da política pública**, contribuindo para o aumento das dúvidas e questionamentos em torno das decisões tomadas durante o seu

transcurso, acentuando ainda mais o grau de incerteza que paira sobre a ação governamental em exame.

137. É representativo desse distanciamento entre os órgãos públicos e os atores sociais envolvidos a constante imputação de descumprimento da medida cautelar, naquela parcela de interesse das entidades, que, ensejou, inclusive, a necessidade de nova decisão pelo eminente Relator, com vistas ao esclarecimento dos termos da sua decisão originária.

138. Trata-se de realidade que repercute, de certa forma, nos próprios pedidos formulados no âmbito da ADI especificamente, notadamente quando se pleiteia, de forma subsidiária, que *“seja aplicada a técnica de interpretação conforme que implique a conclusão de que a União, por seu órgão Ministério da Educação, não pode utilizar o referido dispositivo legal [o art. 3º da Lei nº 12.871, de 2013] para criar editais de chamamento público com critérios vagos e que não favoreçam a efetiva interiorização de cursos de graduação em medicina e tampouco adote métricas que beneficie determinado segmento educacional, como os big players, em detrimento das demais IES do sistema, principalmente as médias e pequenas, sejam elas empresas, fundações ou associações, quando todas demonstrem a mesma aptidão à oferta dos cursos de graduação em medicina”*. Pedido, portanto, ancorado pelo considerável grau de desconfiança em relação ao regulador.

139. Veja-se, portanto, que se a questão tem raízes no cenário de insuficiência de fundamentação em relação às deliberações tomadas nos ciclos de formulação e implementação da política pública em tela, decorrente do déficit de prognose em relação aos impactos regulatórios, ela é consideravelmente agravada pela ausência de transparência ativa, fruto do alijamento dos atores sociais envolvidos do processo decisório.

140. Ademais, não se pode olvidar que com a edição da **Emenda Constitucional nº 108, de 2020**, a Lei Fundamental da República passou a prever, de modo expresso, a garantia de *“participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação” “das políticas sociais” (art. 193, parágrafo único)*.

141. A fundamentalidade dessa participação já foi reconhecida por essa Suprema Corte em outras oportunidades. Cita-se, à título ilustrativo, os precedentes firmados no bojo da **ADI nº 6.121-MC/DF**, Rel. Min.

Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 13/06/2019, p. 28/11/2019; e da **ADPF nº 651/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 28/04/2022, p. 29/08/2022; assim ementados:

“PROCESSO OBJETIVO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – DEFERIMENTO PARCIAL. Surgindo a plausibilidade jurídica parcial da pretensão e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro normativo atacado, impõe-se o deferimento de medida acauteladora, suspendendo-o.

COMPETÊNCIA NORMATIVA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ÓRGÃOS COLEGIADOS – PREVISÃO LEGAL – EXTINÇÃO – CHANCELA PARLAMENTAR. Considerado o princípio da separação dos poderes, **conflita com a Constituição Federal a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de órgãos colegiados que, contando com menção em lei em sentido formal, viabilizem a participação popular na condução das políticas públicas** – mesmo quando ausente expressa ‘indicação de suas competências ou dos membros que o compõem’.” (ADI nº 6.121-MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 13/06/2019, p. 28/11/2019; grifos acrescentados)

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.224, DE 5.2.2020. **EXCLUSÃO DA SOCIEDADE CIVIL DO CONSELHO DELIBERATIVO DO FUNDO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.239, DE 11.2.2020. EXCLUSÃO DOS GOVERNADORES DO CONSELHO NACIONAL DA AMAZÔNIA. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.223, DE 5.2.2020. EXTINÇÃO DO COMITÊ ORIENTADOR DO FUNDO AMAZÔNIA. ALEGADA AFRONTA À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E PROIBIÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE.**

1. Proposta de conversão de julgamento de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito: ausência de complexidade da questão de direito e instrução dos autos. Precedentes.

2. **Nas normas impugnadas**, a pretexto de reorganizar a

Administração Pública federal quanto à composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiental, do Conselho Nacional da Amazônia e do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, **frustra-se a participação da sociedade civil e dos Governadores dos Estados integrantes da Amazônia Legal na formulação das decisões e no controle da sua execução em matéria ambiental.**

3. A exclusão da participação popular na composição dos órgãos ambientais frustra a opção constitucional pela presença da sociedade civil na formulação de políticas públicas ambientais. Contrariedade ao princípio da participação popular direta em matéria ambiental, à vedação do retrocesso e ao princípio da isonomia.

4. A eliminação da paridade na composição dos órgãos ambientais confere ao Poder Executivo federal o controle das suas decisões, neutralizando-se o caráter crítico e diversificado da fiscalização, que deve permear a condução dos trabalhos e políticas públicas.

5. A organização administrativa em matéria ambiental está protegida pelo princípio de proibição do retrocesso ambiental, o que restringe a atuação do administrador público, de forma a autorizar apenas o aperfeiçoamento das instituições e órgãos de proteção ao meio ambiente.

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para a) declarar inconstitucional a norma prevista no art. 5º do Decreto n. 10.224/2020, pela qual se extinguiu a participação da sociedade civil no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, restabelecendo-se quanto ao ponto o disposto no Decreto n. 6.985/2009, pelo qual alterado o art. 4º do Decreto n. 3.524/2000; b) declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 10.239/2020, especificamente no ponto em que se excluiu a participação de Governadores no Conselho Nacional da Amazônia Legal; e c) declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, CCII, do Decreto nº 10.223/2020, especificamente no ponto em que se extinguiu o Comitê Orientador do Fundo Amazônia.

(ADPF nº 651/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 28/04/2022, p. 29/08/2022; grifos acrescidos)

142. Ao votar na condição de relator da ADI nº 6.121-MC/DF, acima referida, o Min. Marco Aurélio bem pontou que *“resumir a participação política dos cidadãos ao ato de votar é passo insuficiente ao*

fortalecimento da vitalidade prática da democracia, cujo adequado funcionamento pressupõe o controle, crítico e fiscalizatório, das decisões públicas pelos membros da sociedade. Povo que não a exerce não se autogoverna. Mais: longe de pretender negar o papel central exercido pelo processo popular de escolha de representantes, vale ter presente, na esteira de autores partidários da chamada democracia deliberativa, a impropriedade de reduzir-se a vida democrática à representação clássica de matriz oitocentista, devendo envolver ‘também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas’.

143. Nessa perspectiva, a **garantia de efetiva participação social ao longo dos ciclos das políticas públicas decorre diretamente do próprio princípio democrático**(CF, art. 1º, *caput* e parágrafo único), que por sua vez é alicerce estruturante **da soberania popular** (CF, art. 1º, I e parágrafo único; e art. 14), **da cidadania** (CF, art. 1º, II e art. 14) e **do pluralismo político** (CF, art. 1º, V).

144. Em verdade, o parágrafo único do art. 193 prescreve norma constitucional que robustece, ainda mais, a noção de **democracia deliberativa – ou participava** – segundo a qual é preciso complementar a fórmula ordinária de participação popular indireta – *de acordo com o modelo representativo* –, com “*instrumentos de participação [popular] direta*” (ADO nº 38/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 28/08/2023, p. 09/10/2023).

145. Isso porque, antes do advento da Emenda Constitucional nº 108, de 2020, bem observou o Min. Sepúlveda Pertence que “[a]lém das modalidades explícitas, mas espasmódicas, de democracia direta – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14) – a Constituição da República aventa [aventava] oportunidades tópicas de participação popular na administração pública (v.g., art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, § único, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224)” (ADI nº 244/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 11/09/2002, p. 31/10/2002).

146. Em relação ao caso em análise, abre-se parêntese para registrar que dentre as mencionadas “oportunidades **tópicas de participação popular na administração pública**” já se encontravam (i) a “**participação da comunidade**” na gestão do Sistema Único de Saúde (CF, art. 198, III); e (ii)

a necessidade de se promover uma “*gestão democrática do ensino*” (CF, art. 206, VI) – *esta última hipótese expressamente elencada no citado precedente.*

147. Ocorre que, com a inserção do parágrafo único no art. 193 da Lei Maior, essas “*oportunidades*”, que eram “*tópicas*”, foram espraiadas para todo o agir estatal relacionado à formulação, ao monitoramento, ao controle e à avaliação de toda e qualquer política pública. Trata-se, portanto, de comando que intensifica o movimento de concretização do “*princípio da participação popular na estrutura decisória governamental*” (ADI nº 623/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 22/05/2023, p. 18/07/2023).

148. Pela pertinência, transcrevo as seguintes considerações da Ministra Rosa Weber, deduzidas no âmbito da ADI nº 623/DF, de sua relatoria, que minudenciam a superlativa relevância em se assegurar instrumentos de participação social nos processos decisórios governamentais, em obséquio à **dimensão procedimental do regime democrático**:

“[...] **A participação social nos processos decisórios públicos** responsáveis e responsivos pela formulação das políticas públicas é **elemento mínimo e estruturante de qualquer dimensão procedimental da democracia.**

(...)

24. Na constelação da democracia constitucional, estruturada pelo ideal de compartilhamento de poder e responsabilidade entre diversas instituições e regras, entre os Poderes da República e os atores sociais, **a soberania, a representação e a participação assumem a posição de elementos cardinais dos processos decisórios**, para além do desenvolvimento das condições democráticas.

O modelo da democracia consensual parte da premissa de que a democracia enquanto processo de conflitos comporta formas ampliadas de respostas. As eleições não esgotam os procedimentos de resolução dos conflitos, tampouco encerram os arranjos participativos da sociedade e da veiculação de suas preferências heterogêneas.

25. Nesse perfil da democracia constitucional enquadra-se o Estado Democrático de Direito brasileiro consagrado em 1988. A Constituição Federal tem como fundamentos democráticos a soberania popular - titular do poder e o exerce diretamente ou

por meio de representantes eleitos –, a cidadania e o pluralismo político, conforme parágrafo único do art. 1º e art. 14. **Esses comandos normativos traduzem a clara opção do projeto constitucional brasileiro pela união dos elementos da democracia direta e representativa**, em uma arquitetura de afastamento dos projetos antecedentes que restringiam a participação popular aos momentos eleitorais.

As instituições eleitorais e parlamentares compõem o sistema democrático representativo nas arenas governamentais e legislativas. A participação do povo nessa dimensão representativa é indireta, ao delegar, por meio do exercício dos seus direitos políticos, o poder às instituições e pessoas eleitas. O controle social e popular nessa dimensão, ao prever mandatos temporais, reside no próprio *recall* dos políticos nas eleições seguintes. A soberania popular aqui não é a autora direta das decisões políticas fundamentais, mas as autoriza e legitima por meio do voto em eleições periódicas desenvolvidas no âmbito de processo democrático competitivo e igualitário.

À forma da democracia representativa soma-se a participativa, na qual o exercício do poder se dá diretamente pelo povo (art. 1º, parágrafo único, e art. 14 CRFB). A democracia direta, exemplificada na participação popular e social nos processos decisórios governamentais, tem sua expressão em variadas regras e procedimentos. No espaço do processo político, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular de projetos de lei veiculam essa participação direta.

Na Administração Pública, especificamente, a institucionalização da participação direta realiza-se preponderantemente nos orçamentos participativos e conselhos (sentido amplo), que são órgãos colegiados formuladores de políticas públicas vinculantes e de diretrizes técnicas para as áreas a que direcionados. Por se tratar de instituições de processamento e resolução de conflitos por meio de decisões coletivas, os conselhos devem igualmente obedecer aos vetores da pluralidade, deliberação e igualdade política em sua conformação.

(...)

28. As dimensões participativa e deliberativa da democracia, ao reposicionarem a insuficiência e os limites da democracia representativa, ressignificam o papel da cidadania política nas instituições e nos processos decisórios governamentais.

Do polo de sujeito de direito político em legislaturas representativas **exige-se dos cidadãos a condição de autor na arena pública, seja nos controles das políticas públicas seja na tomada de decisão governamental.** Na democracia constitucional, o cidadão deve se engajar nos processos decisórios para além do porte de título de eleitor.

O engajamento cívico oferece alternativas procedimentais para suprir as assimetrias e deficiências do modelo democrático representativo e partidário. Melhor explicando, a efetiva influência de cada cidadão no exercício do poder estatal retira o caráter retórico e genérico da democracia como um ideal e a densifica em termos concretos, experimentando as potencialidades institucionais.

(...)

A democracia enquanto método de canalização e resolução dos conflitos não é resultado de uma lei natural ou de uma engenharia do acaso, mas de escolhas políticas. Significa, portanto, que **a organização-procedimental pode retirar o potencial democrático das decisões, a partir da desqualificação das formas de participação na arena pública,** em detrimento da superestimação de outros grupos. [...]” (ADI nº 623/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 22/05/2023, p. 18/07/2023; grifos acrescidos)

149. Na mesma direção, o Min. Roberto Barroso assevera em âmbito doutrinário que no constitucionalismo contemporâneo é preciso atentar para as *“três dimensões da democracia”*:

“A democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões. Isso dá a ela três dimensões diversas: a) a *democracia representativa*, que tem como elemento central o voto e como protagonistas o Congresso Nacional e o Presidente da República, que são agentes públicos eleitos pela vontade popular; b) a *democracia constitucional*, que tem como elemento central os direitos fundamentais e como protagonista o Poder Judiciário, em cuja cúpula está o Supremo Tribunal Federal; e c) **a *democracia deliberativa*, que tem como elemento central o debate público, o oferecimento de razões, de justificações para as decisões políticas.**

Como se deduz, **o voto é imprescindível, mas insuficiente para a democracia.** Ela depende, também, que se assegurem os direitos fundamentais de todos, inclusive os

perdedores no processo político e as minorias. E, além disso, sua legitimidade depende da transparência e das justificações que decorrem da submissão das decisões políticas importantes ao debate público com a sociedade civil em geral, que inclui movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações, cidadãos comuns, entre outros atores. [...]

(...)

Ao longo do tempo, algumas vicissitudes e circunstâncias do processo democrático contribuíram para uma visão cética e elitista do modelo, limitadora da ideia de soberania popular. Autores que expressam esse enfoque destacam que a complexidade das questões enfrentadas pelas sociedades contemporâneas e o desinteresse da massa dos cidadãos reduziram a democracia a um processo de escolha das lideranças políticas, às quais se delega o poder de tomar decisões. Contrapondo-se a esse estado de coisas, difundiu-se pelo mundo a ideia de *democracia deliberativa*. Suas origens, ao menos em parte, podem ser reconduzidas à teoria crítica e às pretensões emancipatórias que a alimentavam, mas já agora sem desprezo às instituições da democracia liberal. Entre seus formuladores situam-se pensadores contemporâneos importantes, como Jürgen Habermas e John Rawls. A exploração conceitual do tema, assim como a defesa e a crítica de categorias como teoria da ação comunicativa, cooriginariedade entre direitos fundamentais e soberania popular, deliberação por cidadãos livres e iguais, justificação das decisões e busca de consensos racionais têm seu *locus* mais adequado na filosofia política.

Nada obstante isso, dentro de uma perspectiva jurídica que não abstrai de questões como legitimidade e justificação das decisões políticas, cabe destacar a contribuição da teoria da democracia deliberativa para a democracia constitucional contemporânea. Assim é que se incorporou ao conhecimento convencional que o processo democrático não se limita às eleições e à atuação das estruturas oficiais, mas deve ser exercido em um ambiente de permanente deliberação pública. Como tal, deve-se entender o debate acessível a todos, dentro de uma esfera pública (não estatal) que permita a participação ampla dos interessados em geral. **Tal processo deliberativo tem o condão de pautar, racionalizar e legitimar as decisões tomadas pelas instâncias formais de poder.** Instrumentos

típicos dessa nova configuração da democracia incluem os meios de comunicação tradicionais, meios de comunicação alternativos (blogs, rádios comunitárias), a rede mundial de computadores e, mais recentemente, as mídias sociais. Mecanismo institucional que desempenha papel relevante nessa abertura dos órgãos de poder para a sociedade são as audiências públicas, presentes nos processos decisórios do Congresso Nacional, das agências reguladoras e até do Supremo Tribunal Federal.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 510; 516-517; grifos acrescidos)”

150. A partir de tal enfoque, verifica-se que o dever de assegurar a efetiva e adequada participação dos atores da sociedade diretamente impactados por determinada deliberação governamental – *em que pese tenha sido apenas recentemente positivado, de maneira expressa, especificamente em relação às políticas públicas* – advém não apenas do novo parágrafo único do art. 193, atendendo outrossim a pelo menos três dos *fundamentos* expressamente elencados pela Carta Política de 1988 como conformadores do *Estado Democrático de Direito* então desenhado: a *soberania popular*, a *cidadania*, e o *pluralismo político*.

151. E, como sabido, uma vez erigida à condição de norma constitucional, essa garantia de participação social passa a conformar a interpretação da legislação ordinária a ela correlacionada, podendo vir a imprimir novo significado a texto normativo editado em contexto anterior. É o que ocorre, penso eu, com os artigos 31 a 34 da Lei nº 9.784, de 1999 – *a Lei do Processo Administrativo*.

152. Referidos dispositivos estão assim redigidos:

“Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente **poderá**, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para

oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, **poderá** ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, **poderão** estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados **deverão** ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.”

153. Veja-se que a partir do novo paradigma constitucional, em termos de políticas sociais, o que poderia se entender como mera faculdade passou à condição de *“poder-dever”* – segundo a expressão cunhada por Celso Antônio Bandeira de Melo – impondo-se ao administrador que, desde o momento de concepção inicial de uma política social, promova (i) a abertura de consulta pública; (ii) a realização de audiência pública; (iii) o estabelecimento de outros meios de participação dos administrados; (iv) assegurando-se, ainda, a apresentação dos resultados destes mecanismos de participação.

154. Portanto, fiel à sua própria vocação natural, a Lei que rege o processo administrativo no âmbito federal dá a *“forma”* geral – ao tempo em que se conforma – ao direito fundamental procedimental assegurado pelo parágrafo único do art. 193 do Texto Constitucional, ensejando a sua imediata aplicação, superando eventuais discussões quanto à necessidade de regulamentação em nível infralegal como condição de sua eficácia – ou seja, se seria norma autoaplicável ou não autoaplicável – dando concretude, desde logo, ao novo instrumento de participação democrática, figurando como essencial elemento legitimador das decisões públicas.

155. Vale rememorar, no ponto, a relevância da legitimação construída pelo procedimento adequado, no qual se permita a

participação efetiva da sociedade interessada. É nesse sentido que se reconhece que, **atuando como indutor da “aproximação entre administração e cidadãos [...] feita mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, rompendo-se a noção tradicional de administração contraposta à sociedade”** (GABARDO, Emerson. GRANER, Mateus Domingues. *A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras*. In: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020), **o processo administrativo “instrumentaliza as exigências pluralistas de democracia na atuação administrativa”** (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 162).

156. Daí porque se falar na vocação do processo administrativo para funcionar como instrumento viabilizador da participação social no *iter* deliberativo que culminará na tomada de uma decisão pública – *de fato, é da essência do processo servir como garantia procedimental conformadora da atuação estatal, zelando pela observância de todas as condições constitucionalmente impostas aos detentores de poder como pré-requisitos legitimadores da deliberação a ser tomada*.

157. Contudo, no presente caso, o que se verifica dos elementos coligidos aos autos – *especialmente a partir de vários registros feitos durante a audiência pública promovida pelo eminente relator* – é um atuar administrativo que, ao invés de aproximar administração e cidadãos, os distancia. Nesse cenário, à falha de prognose soma-se a falta de efetiva participação social no processo de construção da política pública em exame. Daí porque se apontar que a insegurança gerada pelo déficit técnico-regulatório é agudizada pelo déficit igualmente relevante de participação popular.

158. Portanto, também em decorrência do malferimento aos denominados direitos fundamentais procedimentais – *ou à dimensão procedimental dos direitos fundamentais* – há que se reconhecer a presença de vícios a ensejar a desconformidade constitucional da política pública escrutinada.

159. **Tal diagnóstico, contudo, não deve levar ao reconhecimento da inconstitucionalidade, tout court, da política pública em questão.** Assim, apenas se agravaria o problema atualmente verificado. A

regulação deficiente não leva à ausência de regulação, mas aos ajustes necessários à superação das deficiências identificadas.

160. Não se pode olvidar, no ponto, das missões constitucionalmente confiadas ao Poder Público, seja no campo específico da atividade econômica — *que não é exercida de forma absoluta e incontrolavelmente livre, mas com liberdade* —; seja nas searas do ensino, da saúde, e do ensino em saúde. É o que apontam os artigos 174, 196, 197, 200, III, 205, 206, VII e 209, todos da Lei Maior. *In verbis*:

“Art. 174. 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.

(...)

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(...)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

(...)

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

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na

escola;

(...)

VII - garantia de padrão de qualidade.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - **autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.**”

161. Portanto, enfocando a questão posta nos autos a partir do prisma constitucional, e em consonância com a posição manifestada pelo eminente Relator, não vislumbro, no estabelecimento da sistemática do chamamento público por si só, a partir da atuação do legislador ordinário, malferimento aos princípios da livre iniciativa, isonomia, autonomia universitária, ou qualquer outra norma constitucional.

162. Penso, entretanto, que para adequada conformação aos ditames constitucionais, é imperioso que se proceda à sua reavaliação administrativa, pelas instâncias competentes — *tanto legal, quanto tecnicamente* — com vistas ao saneamento dos vícios ora identificados.

163. Ademais, como medida apta a assegurar a eficácia prática da necessária reavaliação, é imperioso que se retome a suspensão até então vigente quanto às autorizações para abertura de novos cursos de Medicina. Sem a referida medida, a continuar o progressivo movimento de crescimento descoordenado e acelerado da expansão das vagas atualmente ofertadas para os potenciais entrantes, chegar-se-á, em curto espaço de tempo, ao cenário não desejado, projetado pelos especialistas, de explosão da mão de obra, com severas dúvidas acerca da sua real qualificação e nenhuma alteração substancial no seu nível de concentração em torno dos grandes centros urbanos.

164. Trata-se de aspecto bem minudenciado pelo Dr. Gustavo Augusto Freitas de Lima, Conselheiro do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, em sua exposição na audiência pública. *In verbis*:

“Quando nós estamos analisando os cursos de Medicina, nós temos que analisar a existência de dois mercados diferentes. O primeiro é o mercado dos estudantes de Medicina que pretendem se formar, que pretendem contratar cursos, e, por

isso, de modo geral, procurarão as universidades mais baratas, de maior qualidade e que estejam próximas a eles. Temos também um segundo mercado, que é o da sociedade em geral, que irá ser servida por esses médicos formados e que irão fazer os atendimentos, uma vez formados.

Se simplesmente observarmos a ótica do preço, o mais lógico seria permitir a abertura de quantos cursos sejam possíveis e formar o maior número de médicos que seja possível, porque, nesse critério, analisando por essa única ótica, o preço tenderá a descer. Porém, essa ótica poderá ocultar um custo para a sociedade. Por quê? Primeiro: teremos estudantes que contratarão os cursos de Medicina e não terão o retorno que esperam, ou seja, o trabalho como médico, porque, ao fim e ao cabo, quem estuda Medicina contrata esse serviço com o objetivo muito claro de exercer a profissão. Segundo: podemos ter uma externalidade negativa para a sociedade, que poderá ser prejudicada por um trabalho de pior qualidade e, em se tratando de Medicina, o custo que se pode ter com isso é o custo mais alto possível de ser pago pelo ser humano, que é o custo da própria vida.

Digo isso, portanto, primeiro para dizer que é uma preocupação do Cade - vemos com certa ressalva - o fechamento absoluto de abertura de novos cursos, porque esse fechamento absoluto pode impedir que novos agentes disruptivos, que sejam qualificados e tenham tecnologias de ensino igualmente eficientes ou mais eficientes do que as outras existentes, entrem no mercado. Então, qualquer vedação absoluta à entrada de novos concorrentes é algo que o Cade vê com restrição. Porém, **encaramos com naturalidade e entendemos desejável que sejam estabelecidos, sim, critérios para a entrada e freios para a entrada, porque a abertura indiscriminada de cursos universitários que não tenham uma qualificação mínima adequada também pode ser tão nociva para a sociedade quanto simplesmente o aumento do custo dos serviços sobre os quais eu já discorri.**

Na experiência do Cade, **o mercado universitário, de modo geral, é um mercado municipal**, ou seja, onde a concorrência se dá dentro de um mesmo município. E, aí, nós temos a seguinte questão: **em que ponto a abertura de cursos universitários em municípios pode se mostrar sustentável?** Então, considerando os dados da média dos países da OCDE - e eu digo isso não para dizer que o Brasil tem que chegar nesse

nível - mas, para se mostrar o quantitativo do mundo desenvolvido, a média dos países da OCDE tem três e meio médicos por mil habitantes. Então, se nós utilizarmos como critério, por exemplo, uma cidade de 200 mil habitantes, o número que nós teríamos que ter de médicos é algo em torno de 700 médicos para atender a esta cidade. Considerando uma vida útil do médico de 35 anos, ou seja, ele se formando e exercendo mais 35 anos, para se ter esse universo de 700 médicos, nós teríamos mais ou menos que formar algo em torno de 20 médicos por cada turma. E eu faço esse breve exercício para mostrar o seguinte. Em cidades onde a população seja inferior a 200 mil habitantes - e uma turma de 20 médicos é uma turma muito pequena, pode ser que não tenha nem escala no curso de Medicina para se formar tão pouco -, então **em cidades com menos de 200 mil habitantes, o que provavelmente ocorrerá é que essa universidade não terá escala ou poderá acabar formando um número de médicos em números acima ao que vemos em países desenvolvidos, o que muito provavelmente indicará, principalmente em cidades que não são metrópoles, que esses médicos não encontrarão um mercado de trabalho para a sua atividade.** E essa visão corresponde a muitas análises do Cade em outros mercados, mostrando que cidades abaixo de 200 mil habitantes não costumam ter escalas para serviços mais sofisticados, e vemos isso em muitos casos.

Então, primeiro, nos preocupa a abertura de universidades em localidades onde não haja uma escala que permita uma formação com qualidade, e isso é um critério que tem que ser avaliado. E a segunda questão, mesmo que admitamos, por exemplo, que numa cidade de 200 mil habitantes será aberto um curso de Medicina, o que nós teremos é a figura de um monopolista, que é algo que também **preocupa o Cade.** Então, de modo geral, nós observamos, nos mercados universitários, que tem que ter uma competição e que participações acima de 30% na taxa de matrícula de um determinado mercado relevante costumam implicar em fechamento de mercado.

E o que poderá ocorrer? Se permitirmos a abertura de cursos universitários em pequenas cidades, que somente comportarão um único curso universitário, ou seja, onde não haverá concorrência, nós poderemos estar fechando esse mercado para o futuro. O que isso quer dizer? Na teoria

econômica, é muito comum a **vantagem do primeiro concorrente, o *first mover***, então, se você abre indistintamente o mercado para mercados que somente suportem uma única universidade, o que poderá ocorrer no futuro é que se torne impossível, em termos de escala, que novas universidades possam contestar esse mercado. **E, se esse *first mover* é uma universidade que não tem padrões qualitativos suficientes, isso poderá impedir que, no futuro, universidades mais eficientes surjam.**

Então, quando se analisam os mercados, os mercados não podem ser analisados cidade a cidade, eles têm que ser pensado a nível de concorrência na região, tentando se imaginar pelo menos de três a cinco universidades que sejam capazes de competir entre si. De modo geral, o Cade usa, para esse critério, o critério de raio, e ele parte em cima dos consumidores. Ou seja, um critério que é simples de se fazer é se verificar os novos matriculantes num curso de ensino, verificar onde eles residem, e a teoria econômica nos mostra que o raio é de 60% desses novos entrantes. Então, a partir desse raio, você pode ver a região onde as universidades competem entre si, e, a partir disso, você consegue entender a dinâmica do mercado.

Digo isso porque **temos visto com preocupação a decisão individual de abertura de universidades sem se considerar a concorrência na região.** Isso pode permitir que o mesmo grupo econômico abra várias universidades na mesma região e exerça um monopólio de fato nesta região. Então, entendemos que é muito importante se considerar a dinâmica do mercado.

Quanto à fixação ou não de médicos no local, também entendemos que isso é um teste que deve ser feito empiricamente, é um teste que pode ser feito simplesmente verificando, dos egressos da universidade, onde esses egressos se encontram dois anos depois, e isso, Ministro, sugiro que possa ser feito até com a ajuda dos Conselhos Regionais de Medicina e do Conselho Federal de Medicina. Ou seja, verificam-se os formados, os egressos das universidades, onde eles se situam no território nacional, comparam-se as universidades do interior com as universidades da capital, para que se verifique se, de fato, essa maior interiorização de universidades contribui efetivamente para a interiorização do médico, algo que entendemos deva ser avaliado empiricamente e não do ponto de vista retórico.

Então, partindo para a conclusão, do ponto de vista do

Cade, vemos com preocupação uma barreira de entrada absoluta por anos. Contudo, entendemos que a abertura de cursos novos deve ser avaliada, considerando a qualidade desses cursos e os aspectos concorrenciais em cada região, não podendo ser simplesmente permitida a abertura de monopólios individualizados sem considerar a escala do mercado.” (Transcrições da 36ª audiência pública. ADC 81. Autorização para novos cursos de medicina. Ministro-Relator Gilmar Mendes. Coordenadoria de processamento final/gerência de transcrição, p. 92-98; grifos acrescentados)

165. Considerando, portanto, (i) o impacto do *first mover*, (ii) a natureza limitada do mercado, (iii) a necessidade de assegurar ao Estado o exercício do seu dever constitucional de regulação adequada da matéria, e, ainda, (iv) o fato de a implementação da presente política pública ter sido suspensa desde 2018 — *portanto, há mais de 5 (cinco) anos* —; (v) o atual cenário verificado quanto ao aumento considerável de vagas para ingresso no curso de Medicina nos últimos anos, já se tendo obtido, na realidade presente, uma proporção de 2,69 médicos por 1.000 habitantes; e (vi) as projeções desenvolvidas pela entidades de classe, que apontam para o atingimento da proporção de 3,5 médicos por mil habitantes, antes de 2030, a partir das vagas já existentes; entendo necessário determinar que sejam suspensos os pedidos e procedimentos administrativos e judiciais que objetivem a abertura de novos cursos ou ampliação de vagas naqueles já existentes até que sejam ultimados os trabalhos necessários à reanálise regulatória acima determinada, nos termos em que passo a expor.

IV — CONCLUSÕES E DISPOSITIVO

166. De todo o exposto, entendo que o cenário da questão impõe a necessidade de intervenção judicial. Em contrapartida, em especial no âmbito das políticas públicas de grande complexidade, sensibilidade e impacto social, como é o caso, a intensidade e a forma da atuação jurisdicional também demandam cuidados e cautelas especiais. Nesse sentido faz-se necessário salvaguardar o espaço de deliberação constitucionalmente confiado aos poderes eleitos e aos órgãos administrativos, que, em verdade, dispõem de maior legitimidade e expertise institucional para definir sobre as políticas públicas de educação e saúde, que possuem impacto em toda a sociedade, inclusive

considerando as atuais e futuras gerações.

167. Assim, como forma de endereçar a relevantíssima questão em discussão, o Poder Judiciário em geral e esta Suprema Corte em particular, tem se valido de técnicas decisórias capazes de estimular os denominados “diálogos interinstitucionais”. Uma dessas técnicas é conhecida como “*second look*”, ou simplesmente “*segundo olhar*”. Este mecanismo, originado da experiência jurisdicional norte-americana, foi estudado por Luiz Guilherme Marinoni em território nacional. Em sua análise, Marinoni assim discorre sobre essa técnica decisória:

“Diante das estratégias decisórias capazes de guardar espaço para a deliberação popular e das demais instituições públicas – como, por exemplo, o não reconhecimento da repercussão geral –, **importa lembrar que a impugnação da validade das leis pode colocar nas mãos da Corte uma questão ainda não devidamente discutida pelas pessoas e cogitada pelo Parlamento. Nesse caso, decidir sem aprofundar a discussão teórica sobre os direitos fundamentais permite resguardar a devida deliberação.**

O método histórico-comparado favorece uma elaboração dogmática capaz de traçar as linhas de um tipo de decisão que, sem deixar de tutelar a Constituição, estimula a continuação da deliberação constitucional. Importantes contribuições doutrinárias e jurisprudenciais estadunidenses colaboram para a demonstração da **racionalidade de uma decisão provisória ou limitada que, resguardando o diálogo constitucional, não descarta a tutela adequada da Constituição brasileira.**

Se o que se propõe é um tipo de decisão capaz de privilegiar o diálogo, isso não será feito sem a demonstração das razões que justificam uma decisão que não aprofunda a discussão teórica sobre determinadas questões constitucionais, bem como sem a proposta de uma forma capaz de garantir à Corte, quando necessário, a gestão do tempo para a concretização da deliberação.

(...)

Talvez a forma mais clara de decisão dialógica, encontrada no direito estadunidense, esteja presente no chamado *second look*. **Propor um *second look* é, a princípio, decidir pelo envio da questão à análise do Parlamento, de modo que também é não decidir determinada questão constitucional. Porém, a**

decisão que defere o *second look*, embora não decida a respeito da questão constitucional que deflui da impugnação da lei, declara a inconstitucionalidade de modo provisório. Isso significa que o *second look* adota a técnica de decidir sem o aprofundamento teórico da questão com base nos direitos fundamentais. Há uma decisão que não decide a questão que requer maior aprofundamento da deliberação popular e parlamentar, evitando-se o aprofundamento teórico com base nos princípios, porém decide provisoriamente sobre a invalidade da lei.

A admissão de um *second look* é consequência da percepção de que a questão constitucional ainda não está madura para ser decidida. A técnica do *second look*, portanto, tem origem no conceito de virtude passiva, traçado por Alexander Bickel (1986) para demonstrar que o poder de não decidir da Corte é tão relevante quanto o de afirmar a (in)constitucionalidade. **A doutrina das virtudes passivas é centrada na ideia de que não decidir, em determinadas situações, é indispensável para a Corte não se precipitar e poder dialogar com a sociedade e com as instituições públicas em proveito do encontro de uma solução aceitável em face dos princípios** (BICKEL, 1986, p. 111 *et seq*).

No entanto, o *second look*, ao contrário da decisão que não admite o *certiorari*, **não exige a Corte de decidir**. Decide-se sobre a constitucionalidade, mas não com base nos princípios ou nos direitos fundamentais, mediante uma teorização aprofundada. Não aprofundar a discussão com base nos princípios é uma forma de **decidir provisoriamente, deixando-se aberto o caminho para a deliberação**. Sem dúvida, é uma forma de decidir que também encontra respaldo no minimalismo de Sunstein (2007b, p. 12), especialmente quando o jurista evidencia os benefícios dos acordos teóricos não aprofundados.

A decisão da Corte, ao não aprofundar a análise da questão a partir das cláusulas abertas da Constituição, reconhece a possibilidade de o Parlamento reafirmar ou alterar a lei, editando outra, de modo que a decisão de inconstitucionalidade, nessa dimensão, terá validade até o pronunciamento do Legislativo.

Em virtude de a decisão da Corte ser provisória, o tempo está a iluminar a sua conduta. **A Corte estende o seu tempo para decidir, adiando a sua intervenção para depois da**

discussão popular e da manifestação do Legislativo, quando lhe será possível invalidar, sustentar ou corrigir a decisão parlamentar, agora inclusive a partir do aprofundamento da análise da questão constitucional. Dessa maneira, a Corte tem a possibilidade de decidir adequadamente e sem interferir sobre o processo democrático.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49- 85, jan./jun. 2022; p. 52-54; grifos acrescentados)

168. Com base nessa perspectiva, e à luz da argumentação aduzida no presente voto, entendo que o provimento jurisdicional mais adequado está em determinar seja formatado novo grupo de trabalho, com participação dos setores da sociedade civil diretamente interessados. No âmbito de sua atuação, referido grupo deverá promover a análise do impacto regulatório da política pública em espeque, para, após o *iter* procedimental técnico-administrativo — e com vistas à assegurar a efetiva e necessária participação social —, promover reanálise do programa em questão. Essa medida permitirá que o órgão da Administração Pública responsável por regular a matéria tenha um “segundo olhar” sobre as deliberações e atos normativo-administrativos atualmente vigentes, com vistas a embasar nova decisão acerca de sua continuidade ou da necessidade de promoção de ajustes. Enfim, trata-se de medida capaz de, a uma só vez, (i) preservar o espaço constitucionalmente conferido aos poderes eleitos para formulação e implementação das políticas públicas; e, (ii) garantir inarredável necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais titularizados por todos os atores envolvidos.

169. Desse modo, entendo ser o caso de julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais. Em essência por reconhecer (i) a existência de *déficit* na fixação de fatos e prognoses pelo legislador e pelo administrador; bem como (ii) a existência de vícios no processo de elaboração da política pública em questão, diante da [a] não realização de uma adequada *avaliação de impacto regulatório* (o que repercute decisivamente na capacidade de aferição da proporcionalidade da medida) e [b] ausência de adoção de mecanismos capazes de assegurar a necessária *participação social*.

170. Ante o exposto, como mecanismo de superação das omissões e vícios de inconstitucionalidade apontados, deverá o Ministério da

Educação, **no prazo de 180 dias** a contar da publicação da presente decisão, *em atuação coordenada com as demais instâncias governamentais com atribuições institucionais para tanto*, **reanalisar e redefinir os instrumentos regulamentares da referida política pública**. Ainda, a redefinição da política pública **deverá** estar fundamentada em **prévia avaliação de impacto regulatório**, com base nos melhores indicadores para o ensino médico, assegurando-se a efetiva participação dos grupos da sociedade civil diretamente interessados ou potencialmente impactados pela política pública em questão.

171. Outrossim, **considerando** (i) a apontada **necessidade de reavaliação** da política pública em tela; (ii) o **risco de esvaziamento da eficácia da presente decisão** em função da continuidade do processo de chamamento público ora em curso; (iii) que a implementação da presente política pública estava **suspensa desde 2018** — *ou seja, há mais de 5 (cinco) anos*—; (iv) já na **realidade presente**, o notório cenário de aumento considerável de vagas para ingresso no curso de Medicina — *havendo hoje uma proporção de 2,69 médicos por 1.000 habitantes*—; (v) as **evidências das projeções futuras** desenvolvidas pela entidades de classe, que apontam para o atingimento da proporção de 3,5 médicos por mil habitantes, antes de 2030, a partir das vagas já existentes; bem como (vi) a necessidade de garantir-se **segurança jurídica** à questão: entendo necessário **determinar que sejam suspensos os pedidos e procedimentos administrativos e judiciais que objetivem a abertura de novos cursos — ou ampliação de vagas naqueles já existentes — até que sejam ultimados os trabalhos necessários à reanálise regulatória acima determinada**.

172. Comungando das mesmas razões e preocupações apontadas pelo eminente Ministro relator, em obséquio à segurança jurídica e ao excepcional interesse social envolvido, **acolho parcialmente a proposta de modulação apresentada por Sua Excelência para excetuar expressamente dos efeitos da decisão apenas os “novos cursos de medicina instalados – ou seja, contemplados por Portaria de Autorização do Ministério da Educação – por força de decisões judiciais que dispensaram o chamamento público e impuseram a análise do procedimento de abertura do curso de medicina ou de ampliação das vagas em cursos existentes nos termos da Lei 10.861/2004”, restando assegurado – apenas aos cursos que se amoldem à situação fática acima delineada – a manutenção do seu funcionamento**.

173. Enfim, conforme já dito anteriormente, a adequada ou inadequada regulação do ensino da medicina tem o condão de impactar diretamente na vida ou morte das pessoas. Assim, a parte dispositiva exposta nos dois itens anteriores busca estabelecer parâmetros indispensáveis à evidência da adequação da regulação do ensino médico. **Em definitivo, a medicina por evidência** depende, necessariamente, de uma **regulação do ensino médico baseada em evidências**. Assim, deve-se garantir a regulação com base nos melhores indicadores para o ensino médico.

174. Por todo o exposto, em razão das conclusões e da parte dispositiva acima expostas, renovando as vênias ao eminente Ministro relator, divirjo igualmente de Sua Excelência em relação à nova decisão submetida a referendo pelo colegiado. Como dito, entendo ser o caso de conceder medida cautelar em maior extensão, mais especificamente de acordo com os contornos suso esquadrinhados.

É como voto, Senhor Presidente.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

- i A esse respeito, veja-se: <https://revistapesquisa.fapesp.br/um-diagnostico-do-erro-medico/> (acessado em 29/01/2024).