



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
PODER JUDICIÁRIO

MALOTE DIGITAL

Tipo de documento: Administrativo

Código de rastreabilidade: 1002023345006

Nome original: OFÍCIO ELETRÔNICO 11341_2023 ADC 81 Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região_URGENTE.pdf

Data: 09/08/2023 16:21:29

Remetente:

Ricardo César Pereira Nunes

Secretaria Judiciária

Supremo Tribunal Federal

Prioridade: Normal.

Motivo de envio: Para conhecimento.

Assunto: ADC 81 Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região_URGENTE



Supremo Tribunal Federal

URGENTE

Ofício eletrônico nº 11341/2023

Brasília, 7 de agosto de 2023.

A Sua Excelência a Senhora
Desembargadora Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS
Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 81

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS UNIVERSIDADES PARTICULARES - ANUP
ADV.(A/S) : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM (17199/DF)
ADV.(A/S) : GUILHERME SILVEIRA COELHO (33133/DF, 494078/SP)
ADV.(A/S) : ANTONELLA MARQUES CONSENTINO (107266/RJ)
ADV.(A/S) : GUILHERME VALDETARO MATHIAS (36463/DF, 075643/RJ, 389023/SP)
ADV.(A/S) : ROBSON LAPOENTE NOVAES JUNIOR (67399/DF)
ADV.(A/S) : ELIAS CANDIDO DA NOBREGA NETO (71601/DF, 19824/RN)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : HUGO SOUTO KALIL (29179/DF)
PROC.(A/S)(ES) : GABRIELLE TATITH PEREIRA (30252/DF)
PROC.(A/S)(ES) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE FACULDADES - ABRAFI e OUTROS

(Gerência de Processos Originários Cíveis)

Senhora Presidente,

Comunico-lhe os termos do(a) despacho/decisão proferido(a) nos autos em epígrafe, cuja cópia segue anexa.

Atenciosamente,

Ministro Gilmar Mendes
Relator

Documento assinado digitalmente

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE 81 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS UNIVERSIDADES
PARTICULARES - ANUP
ADV.(A/S) : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM
ADV.(A/S) : GUILHERME SILVEIRA COELHO
ADV.(A/S) : ANTONELLA MARQUES CONSENTINO
ADV.(A/S) : GUILHERME VALDETARO MATHIAS
ADV.(A/S) : ROBSON LAPOENTE NOVAES JUNIOR
ADV.(A/S) : ELIAS CANDIDO DA NOBREGA NETO
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : HUGO SOUTO KALIL
PROC.(A/S)(ES) : GABRIELLE TATITH PEREIRA
PROC.(A/S)(ES) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS
DE FACULDADES - ABRAFI
ADV.(A/S) : LEONARDO MONTENEGRO DUQUE DE SOUZA
AM. CURIAE. : SINDICATO DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE
ENSINO SUPERIOR NO ESTADO DA PARAÍBA -
SIESPB
ADV.(A/S) : PAULO DE ASSIS FERREIRA DA LUZ
AM. CURIAE. : SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE
EDUCAÇÃO BÁSICA, ESCOLAS DE IDIOMAS,
ENSINO LIVRE, ENSINO PROFISSIONALIZANTE E
EDUCAÇÃO SUPERIOR NO ESTADO DO CEARÁ -
SINEPE-CE
ADV.(A/S) : GERMANA VASCONCELOS DE ALCANTARA
AM. CURIAE. : SINDICATO DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE
ENSINO SUPERIOR NO ESTADO DE PERNAMBUCO
- SIESPE
ADV.(A/S) : LITIO TADEU COSTA RODRIGUES DOS SANTOS
AM. CURIAE. : CONSELHO DE REITORES DAS UNIVERSIDADES
BRASILEIRAS - CRUB
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INSTITUIÇÕES

ADC 81 MC / DF

	COMUNITÁRIAS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR - ABRUC
ADV.(A/S)	: WALTER DANTAS BAIA
AM. CURIAE.	: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO SUPERIOR NO ESTADO DA BAHIA - SEMESB/ABAMES
ADV.(A/S)	: GEORGE VIEIRA DANTAS
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO DO ESTADO DO PARÁ - SINEPE-PA
ADV.(A/S)	: CARIMI HABER CEZARINO CANUTO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS UNIVERSITÁRIOS - ANACEU
ADV.(A/S)	: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DAS ESCOLAS PARTICULARES - FIEP (FENEP)
ADV.(A/S)	: DIEGO FELIPE MUNOZ DONOSO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS MANTENEDORES INDEPENDENTES EDUCADORES DO ENSINO SUPERIOR - AMIES
ADV.(A/S)	: PIETRO CARDIA LORENZONI
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
ADV.(A/S)	: TURIBIO TEIXEIRA PIRES DE CAMPOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO MEDICA BRASILEIRA
ADV.(A/S)	: KARINA BOZOLA GROU E OUTRO(A/S)

DECISÃO: Trata-se de Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional das Universidades Particulares – ANUP em favor do art. 3º da Lei 12.871/2013, cuja redação é a seguinte:

Art. 3º A autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina, por instituição de educação superior privada, será precedida de chamamento público, e caberá ao Ministro de Estado da Educação dispor sobre:

ADC 81 MC / DF

I - pré-seleção dos Municípios para a autorização de funcionamento de cursos de Medicina, ouvido o Ministério da Saúde;

II - procedimentos para a celebração do termo de adesão ao chamamento público pelos gestores locais do SUS;

III - critérios para a autorização de funcionamento de instituição de educação superior privada especializada em cursos na área de saúde;

IV - critérios do edital de seleção de propostas para obtenção de autorização de funcionamento de curso de Medicina; e

V - periodicidade e metodologia dos procedimentos avaliatórios necessários ao acompanhamento e monitoramento da execução da proposta vencedora do chamamento público.

§ 1º Na pré-seleção dos Municípios de que trata o inciso I do caput deste artigo, deverão ser consideradas, no âmbito da região de saúde:

I - a relevância e a necessidade social da oferta de curso de Medicina; e

II - a existência, nas redes de atenção à saúde do SUS, de equipamentos públicos adequados e suficientes para a oferta do curso de Medicina, incluindo, no mínimo, os seguintes serviços, ações e programas:

- a) atenção básica;
- b) urgência e emergência;
- c) atenção psicossocial;
- d) atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e
- e) vigilância em saúde.

§ 2º Por meio do termo de adesão de que trata o inciso II

ADC 81 MC / DF

do caput deste artigo, o gestor local do SUS compromete-se a oferecer à instituição de educação superior vencedora do chamamento público, mediante contrapartida a ser disciplinada por ato do Ministro de Estado da Educação, a estrutura de serviços, ações e programas de saúde necessários para a implantação e para o funcionamento do curso de graduação em Medicina.

§ 3º O edital previsto no inciso IV do caput deste artigo observará, no que couber, a legislação sobre licitações e contratos administrativos e exigirá garantia de proposta do participante e multa por inexecução total ou parcial do contrato, conforme previsto, respectivamente, no art. 56 e no inciso II do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica aos pedidos de autorização para funcionamento de curso de Medicina protocolados no Ministério da Educação até a data de publicação desta Lei.

§ 5º O Ministério da Educação, sem prejuízo do atendimento aos requisitos previstos no inciso II do § 1º deste artigo, disporá sobre o processo de autorização de cursos de Medicina em unidades hospitalares que:

I - possuam certificação como hospitais de ensino;

II - possuam residência médica em no mínimo 10 (dez) especialidades; ou

III - mantenham processo permanente de avaliação e certificação da qualidade de seus serviços.

§ 6º O Ministério da Educação, conforme regulamentação própria, poderá aplicar o procedimento de chamamento público de que trata este artigo aos outros cursos de graduação na área de saúde.

§ 7º A autorização e a renovação de autorização para

ADC 81 MC / DF

funcionamento de cursos de graduação em Medicina deverão considerar, sem prejuízo de outras exigências estabelecidas no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes):

I - os seguintes critérios de qualidade:

a) exigência de infraestrutura adequada, incluindo bibliotecas, laboratórios, ambulatórios, salas de aula dotadas de recursos didático-pedagógicos e técnicos especializados, equipamentos especiais e de informática e outras instalações indispensáveis à formação dos estudantes de Medicina;

b) acesso a serviços de saúde, clínicas ou hospitais com as especialidades básicas indispensáveis à formação dos alunos;

c) possuir metas para corpo docente em regime de tempo integral e para corpo docente com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

d) possuir corpo docente e técnico com capacidade para desenvolver pesquisa de boa qualidade, nas áreas curriculares em questão, aferida por publicações científicas;

II - a necessidade social do curso para a cidade e para a região em que se localiza, demonstrada por indicadores demográficos, sociais, econômicos e concernentes à oferta de serviços de saúde, incluindo dados relativos à:

a) relação número de habitantes por número de profissionais no Município em que é ministrado o curso e nos Municípios de seu entorno;

b) descrição da rede de cursos análogos de nível superior, públicos e privados, de serviços de saúde, ambulatoriais e hospitalares e de programas de residência em funcionamento na região;

c) inserção do curso em programa de extensão que atenda a população carente da cidade e da região em que a instituição se localiza.

ADC 81 MC / DF

O autor noticiou a instauração de controvérsia a respeito da constitucionalidade do dispositivo perante os Tribunais brasileiros. Apontou a existência de inúmeras decisões judiciais que, mediante invocação do princípio da livre iniciativa, afastam a exigência de chamamento público para abertura de novos cursos de Medicina.

Aduziu que “os chamamentos públicos são abertos para viabilizar a oferta de novas vagas após cauteloso exame das peculiaridades regionais e do investimento necessário para atender essas regiões que atualmente carecem de estruturas de saúde. Cada ação proposta para driblar essa sistemática contribui para esse enorme desequilíbrio já existente em todo o país, prejudicando as políticas públicas que têm por foco sanar o problema”.

Nesse contexto, o requerente, em síntese, defendeu a legitimidade da política pública, tendo em vista o diagnóstico da desproporção dos médicos no território nacional. Afirmou que “a Lei n. 12.871/2013 tem o objetivo de sanar um problema histórico e relevante do Estado brasileiro: a concentração de médicos em áreas privilegiadas sob a perspectiva econômica. Isso, ao mesmo tempo em que moderniza os critérios regulatórios visando proporcionar maior (a) qualidade na formação dos novos médicos e (b) impacto para região”.

Teceu considerações sobre a livre iniciativa, alegando que a política pública em tela consiste em restrição constitucional a esse princípio. Aludiu também à isonomia e à livre concorrência, sustentando que “o chamamento público faz as vezes de uma licitação – ainda que efetiva licitação não seja – na qual as instituições de ensino superior interessadas em abrir novos cursos de Medicina se inscrevem num certame e são avaliadas, em atenção aos critérios constantes do respectivo edital de convocação e da legislação”.

Requeru, liminarmente, a suspensão “de todos os processos, tanto os judiciais quanto os administrativos, iniciados após a edição da Lei n. 12.871/2013 e que tenham por objeto a abertura de cursos e/ou o aumento

ADC 81 MC / DF

da disponibilização de novas vagas de Medicina, que não tenham sido precedidos de chamamentos públicos, nos termos do caput do art. 3º da Lei n. 12.871/2013”.

Pleitou, ainda como medida acauteladora, sejam expressamente “(b.1) suspensos os efeitos de todas as decisões judiciais, liminares ou de mérito, e administrativas, inclusive atos e portarias já editados em inobservância à norma, que tenham permitido o trâmite de pedidos administrativos perante o MEC, relativos aos cursos de Medicina, após a edição da Lei n. 12.871/2013 e sem a precedência dos chamamentos públicos, o que deverá acarretar (b.2) a impossibilidade do início de operação daqueles cursos que não tenham observado a norma e que ainda não tenham sido iniciados ou, (b.3) caso já tenham sido iniciados, a impossibilidade de se matricularem novos alunos ingressantes a partir da concessão da medida cautelar”.

Ao final, requereu que seja declarada “a constitucionalidade do art. 3º, caput, parágrafos e incisos, da Lei n. 12.871/2013, com a atribuição dos efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, reconhecendo-se a imprescindibilidade (a) da realização dos chamamentos públicos previamente à concessão de autorização, pelo Ministério da Educação, para novos cursos e/ou novas vagas relativas à Medicina, bem como (b) a observância de todos os critérios estabelecidos. Igualmente, deverão ser nulificados todos os atos e portarias editados pela Administração Pública em inobservância à norma”.

Em 20/06/2022, adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC 105).

A Advocacia-Geral da União defendeu a constitucionalidade do dispositivo impugnado, em manifestação assim ementada:

Artigo 3º da Lei nº 12.871/2013. Programa Mais Médicos. Cabimento. Existência de controvérsia judicial relevante. Mérito. Programa destinado à reordenação da oferta de cursos de medicina e de vagas para residência médica, priorizando regiões de saúde com menor relação de vagas e médicos por

ADC 81 MC / DF

habitante e com estrutura de serviços de saúde em condições de ofertar campo de prática suficiente e de qualidade para os alunos; o estabelecimento de novos parâmetros para a formação médica no país; e a promoção, nas regiões prioritárias do SUS, de aperfeiçoamento de médicos na área de atenção básica em saúde, mediante integração ensino-serviço. Chamamento público. Acesso à saúde como dever do Estado. Instituto voltado a contribuir para a formação de recursos humanos nessa área, de modo a assegurar a distribuição com equidade do atendimento à saúde no país, com provimento de médicos em áreas mais vulneráveis. Densificação normativa de política pública tendente a assegurar os direitos à saúde, vida, educação e desenvolvimento regional. Observância aos artigos 3º, inciso III; 5º, caput; 6º, caput; 23, inciso V; 37, inciso IV; 170, caput, inciso VII e parágrafo único; 196; 197; 198; 205; 206, inciso VII; e 209, inciso II; todos da Constituição Federal. Necessidade de autocontenção do Judiciário. A abertura de novo curso de Medicina envolve diversas áreas técnicas tanto do Ministério da Educação, quanto do Ministério da Saúde, especialmente no que diz respeito às condições da infraestrutura para cenário de práticas pelos futuros alunos ingressantes no curso de Medicina. Manifestação pela procedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República apontou a ilegitimidade ativa da associação autora e, no mérito, opinou pela procedência do pedido, em parecer ementado nos seguintes termos (eDOC 187):

AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA LEI 12.871/2013.
PROGRAMA MAIS MÉDICOS. CURSOS DE MEDICINA.
AUTORIZAÇÃO. PRÉVIO CHAMAMENTO PÚBLICO.
PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA REQUERENTE.
MÉRITO. DEMONSTRAÇÃO DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL
RELEVANTE. POLÍTICA PÚBLICA DIRECIONADA A

ADC 81 MC / DF

INCREMENTAR A QUALIDADE DOS CURSOS DE MEDICINA E A GARANTIR MELHOR DISTRIBUIÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE PELO TERRITÓRIO NACIONAL. INTERSECÇÃO DOS CAMPOS DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO. PRERROGATIVA DO PODER PÚBLICO. REGULAÇÃO, SUPERVISÃO E AVALIAÇÃO DE AÇÕES EM AMBOS OS SETORES. CONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À LIVRE INICIATIVA NÃO CONFIGURADA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO E, NO MÉRITO, PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Há vício no alcance da representatividade de associação requerente em ação declaratória de constitucionalidade, a torná-la parte ilegítima, quando verificado conflito de interesses entre os representados quanto à validação ou invalidação da norma que é objeto da ação. 2. A demonstração de controvérsia judicial relevante a respeito da validade de determinada norma, a partir da juntada de julgados antagônicos, autoriza o conhecimento de ADC, para eventual prolação de provimento que conduza à aplicação harmoniosa do direito. 3. É constitucional a previsão do art. 3º da Lei federal 12.871/2013, que impõe a realização de chamamento público como requisito prévio à autorização do funcionamento de cursos de Medicina, procedimento a ser conduzido pelo Ministério da Educação e por meio do qual serão selecionados os Municípios em que serão ofertados, como parte de política pública direcionada a incrementar a qualidade da educação superior na área da saúde e a garantir melhor distribuição dos profissionais respectivos pelo território brasileiro, expressão dos arts. 3º, I e III, 196, caput, 200, III, e 209, I e II, da CF/1988. 4. As medidas a serem implementadas a partir do art. 3º da Lei 12.871/2013 apresentam-se como lícita expressão das prerrogativas do Ministério da Educação de regulação, supervisão e avaliação do ensino detalhadas nos Decretos 5.773/2006 e 9.235/2017, a partir da autorização do art. 209, I e II, da CF/1988, que é norma constitucional limitadora da livre iniciativa nesse campo. 5. Ante a compatibilidade

ADC 81 MC / DF

constitucional do dispositivo do art. 3º da Lei 12.871/2013, não é dado ao Poder Judiciário, a princípio, a valoração do conteúdo da política pública em exame, para afirmá-la acertada ou não. Tal materialidade está inserida no espaço de atuação conferido pela Constituição ao legislador, que fica imune, nessa extensão, ao controle jurisdicional.

6. A partir do reconhecimento da constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, são inconciliáveis o procedimento de chamamento público e a apresentação de pedidos individuais de autorização de funcionamento de cursos de Medicina, sob pena de redução do espaço de atuação do Poder Público e desvirtuamento do propósito da política pública delineada.

— Parecer pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido.

Em 26 de setembro de 2022, designei audiência pública para o depoimento de autoridades e membros da sociedade em geral aptos a contribuir com esclarecimentos técnicos, contábeis, administrativos, políticos e econômicos sobre o tema.

A audiência pública foi realizada no Supremo Tribunal Federal na data de 17.10.2022, na qual foram ouvidos diversos especialistas indicados pelas partes e auxiliares da Corte.

Após a audiência pública, solicitei esclarecimentos complementares ao Ministério da Educação e à Advocacia-Geral da União (eDOC 234), o que foi atendido no eDOC 242 e no eDOC 243.

A Advocacia-Geral da União formulou pedido de tutela provisória incidental, consubstanciado na “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

ADC 81 MC / DF

das referidas decisões judiciais, ressalvando-se assegurar exclusivamente aos estudantes de Medicina regularmente matriculados em cursos iniciados ou vagas ampliadas por força de decisões judiciais e a conclusão da graduação nas respectivas instituições, sem prejuízo de que o Ministério da Educação exerça o devido poder fiscalizatório dessas entidades, como fundamento no art. 3º da Lei nº 12.871/2013” (eDOC 262).

No eDOC 287, determinei a intimação dos requerentes (ADC 81 e ADI 7187) e dos *amicus curiae* habilitados para manifestação, no prazo conjunto de cinco dias corridos, assim como a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido de tutela provisória, em parecer assim ementado (eDOC 304):

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA LEI 12.871/2013. PROGRAMA MAIS MÉDICOS. CHAMAMENTO PÚBLICO. REQUISITO PARA A ABERTURA DE NOVOS CURSOS DE MEDICINA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ALCANCE DA REGRA, EM DEMANDAS INDIVIDUAIS PARA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO SEM CHAMAMENTO PÚBLICO. PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS QUE TRATEM DA QUESTÃO CONTROVERTIDA. ART. 21 DA LEI 9.868/1999. ANÁLISE DO IMPACTO SOBRE A POLÍTICA PÚBLICA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. PARECER PELO INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. A suspensão de processos judiciais em que se discute a validade de dispositivo que é objeto de ação declaratória de constitucionalidade é medida autorizada pela legislação de regência (art. 21 da Lei 9.868/1999), quando comprovado dissídio jurisprudencial relevante causador de insegurança

ADC 81 MC / DF

jurídica. Precedentes.

2. A controvérsia jurídica acerca da possibilidade de convivência entre a regra do art. 3º da Lei 12.871/2013, que prevê a realização de chamamento público como condição para abertura de novos cursos de medicina, e a instauração de demandas individuais com esse objetivo que não resultem, propriamente, no afastamento da validade ou da aplicabilidade da norma em questão, não caracteriza estado de insegurança jurídica acerca da validade constitucional da regra do chamamento e, por conseguinte, não há razão suficiente para determinar a suspensão nacional de processos.

3. A preservação das atribuições do Ministério da Educação para avaliar o cumprimento dos requisitos legais objetivos para a abertura de cursos de Medicina e fiscalizar seu funcionamento descaracterizam a excepcionalidade que autorizaria a adoção da medida extrema de suspensão nacional de processos judiciais em ação declaratória de constitucionalidade.

— Parecer pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

Passo a apreciar o pedido incidental de tutela provisória.

A concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade tem-se mostrado instrumento apto à proteção da ordem constitucional, como demonstra a jurisprudência da Corte.

A medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade está prevista no art. 21 da Lei 9.868/1999 e sua concessão depende do atendimento de dois pressupostos: (1) a plausibilidade do direito alegado e (2) o perigo da demora.

ADC 81 MC / DF

Verifico, na hipótese, a configuração dos requisitos ensejadores do deferimento da medida cautelar.

(I)

A questão controvertida neste processo objetivo concerne à constitucionalidade da política pública instituída pela Lei 12.871/2013 para o aperfeiçoamento da educação médica no Brasil.

A controvérsia desdobra-se em torno do art. 3º da Lei 12.871/2013, no que condiciona a autorização para o funcionamento de curso de graduação em medicina à realização de chamamento público, consoante critérios a serem especificados pelo Ministro de Estado da Educação.

O tema envolve a apreciação da adequação e efetividade de uma política pública pelo Poder Judiciário, o que implica ponderação e cautela, com o correto enquadramento das questões discutidas, tendo em vista os fatos aquilatados pelos demais Poderes, as prognoses realizadas e as escolhas estruturadas.

A Lei 12.871/2013 instituiu o Programa Mais Médicos, cuja finalidade principal, explicitada no art. 1º do diploma legal, é “formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde (SUS)”, cujos contornos são norteados pelos seguintes objetivos:

“I - diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;

II - fortalecer a prestação de serviços na atenção primária à saúde no País, de modo a promover o acesso de primeiro contato, a integralidade, a continuidade e a coordenação do cuidado, e qualificar a abordagem familiar e comunitária capaz de reconhecer e interagir com as características culturais e tradicionais de cada território atendido;

III - aprimorar a formação médica no País e proporcionar

ADC 81 MC / DF

maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação;

IV - ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS, desenvolvendo seu conhecimento sobre a realidade da saúde da população brasileira;

V - fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço, por meio da atuação das instituições de educação superior na supervisão acadêmica das atividades desempenhadas pelos médicos;

VI - promover a troca de conhecimentos e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;

VII - aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e no funcionamento do SUS;

VIII - estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS;

IX - garantir a integralidade com transversalidade do cuidado no âmbito dos ciclos de vida, por meio da integração entre educação e saúde, com vistas a qualificar a assistência especializada em todos os níveis de atenção do SUS; e

X - ampliar a oferta de especialização profissional nas áreas estratégicas para o SUS.”

Na Exposição de Motivos da Medida Provisória 621/2013, posteriormente convertida na Lei 12.871/2013, o diagnóstico da situação dos recursos humanos do Sistema Único de Saúde, em verdadeiro exercício de prognose inerente a qualquer política pública, foi assim delineado:

“(…)

2. O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 define a saúde como direito da sociedade e responsabilidade do Estado, dando as bases para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) conforme a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, o qual tem como princípios e diretrizes a universalidade, a equidade, a integralidade da atenção, a regionalização, a descentralização, a hierarquização e a participação social.

3. Por seu turno, o inciso III do artigo 200 da Constituição Federal de 1988 confere ao SUS a ordenação da formação de recursos humanos em saúde, cujo mercado de trabalho atualmente compõe-se de mais de 3 milhões de trabalhadores que necessitam de constante qualificação e reivindica aperfeiçoamento dos novos profissionais.

4. Por sua vez, o artigo 209 da Constituição Federal estabelece a livre oferta de ensino pela iniciativa privada, desde que atendidas às condições de cumprimento das normas gerais da educação nacional, a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. A oferta de educação superior de qualidade é fundamental para o processo de desenvolvimento nacional e melhoria da qualidade de vida da população.

5. O Plano Nacional de Saúde - 2012/2015 do Ministério da Saúde aponta como estratégia fundamental para o enfrentamento dos principais problemas de acesso da população às ações e serviços de saúde com qualidade a organização do sistema de saúde baseado nas Redes de Atenção à Saúde (RAS) que consistem em estruturas integradas de provisão de ações e serviços de saúde assegurados pelo SUS e tem como princípio a construção de uma intervenção unificada do Ministério da Saúde em articulação com estados, Distrito Federal e municípios.

ADC 81 MC / DF

6. Essas redes demandam ampliação da oferta de serviços públicos de saúde, sendo que com a expansão prevista até 2014 através exclusivamente dos investimentos do Ministério da Saúde, serão criados mais 35.073 postos de trabalho médico.

7. As Redes de Atenção à Saúde devem ser ordenadas pela Atenção Básica à Saúde, que é a porta de entrada prioritária do SUS. Esta se caracteriza por um conjunto de ações de saúde, nos âmbitos individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde das coletividades. Essa modalidade de atenção orienta-se pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social.

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.

9. Compreende-se que a atenção básica bem estruturada possibilita a resolução de até 85% dos problemas de saúde, contribuindo assim para ordenar as Redes de Atenção à Saúde – RAS e organizar a demanda para outros serviços, tais como os de urgência e emergência.

10. Ressalte-se, ainda, que na 14ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 2011, foi aprovada como diretriz que todas

ADC 81 MC / DF

as famílias e todas as pessoas devem ter assegurado o direito a uma equipe de saúde da família.

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. (...)

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

ADC 81 MC / DF

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.

17. Enquanto o Brasil tem o índice de 0,8 vaga a cada 10.000 habitantes, outros países têm índices maiores, a saber: Austrália 1,4; Reino Unido 1,5; Portugal 1,6 e Argentina 3,1. Além disso, há estados em que esse índice é ainda menor, tais como Maranhão e Bahia (0,39).

18. A escassez de médicos em diversas regiões se manifesta em análises realizadas sobre o mercado de trabalho, como no estudo “Demografia do Trabalho Médico”, do Núcleo de Educação em Saúde Coletiva da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), baseado em dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS). Consoante esse estudo, entre os anos de 2003 e 2011, para 93.156 egressos dos cursos de medicina foram criados 146.857 empregos formais. Cabe considerar que nestes dados não estão incluídos os médicos que optam por ingressar na residência médica, médicos cooperativados ou autônomos. Desse modo, é possível concluir que uma parcela significativa dos médicos recém-graduados já ingressa no mercado de trabalho com a possibilidade de exercer mais de um emprego formal.

19. A população brasileira percebe e manifesta o desconforto com essa escassez de médicos, que tem impacto no acesso ao SUS. Em estudo do Sistema de Indicadores de

ADC 81 MC / DF

Percepção Social, realizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), em 2011, 58,1% dos 2.773 entrevistados disseram que a falta de médicos é o principal problema do SUS. No mesmo estudo, a resposta mais frequente como sugestão de melhoria para o sistema de saúde foi de aumentar o número de médicos.

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. (...)"

Como se vê, a prognose do Poder Executivo, acolhida pelo Congresso Nacional, consistiu na falta de médicos agravada por sua

ADC 81 MC / DF

distribuição desigual no território, de modo que se concebeu a correção desse problema, entre outras medidas, a partir da regulação da abertura de novos cursos de medicina, priorizando regiões com vulnerabilidade social.

Nessa linha, o art. 3º da Lei 12.871/2013 estabeleceu que a autorização para o funcionamento de curso de graduação em medicina deve ser precedida de chamamento público, que direcionará os novos cursos a Municípios que atendam a critérios estabelecidos pelo Ministério da Educação, ouvido o Ministério da Saúde.

O § 1º do art. 3º da Lei 12.871/2013 estabelece dois pilares para seleção dos Municípios aptos a receber novos cursos de medicina: (i) a relevância e a necessidade social; bem como (ii) a existência, nas redes de atenção à saúde do SUS, de equipamentos públicos adequados e suficientes para a oferta do curso de medicina.

Buscou-se evitar, com isso, que a criação de novos cursos de medicina ocorra à revelia da necessidade de médicos em todas as regiões do País ou sem a correspondente infraestrutura para a adequada e completa formação dos novos profissionais. A falta de estrutura para a fase prática do curso de medicina é crucial para a boa formação do médico e a Audiência Pública revelou também o consenso em torno desse ponto: o aumento de vagas em cursos de medicina deve ser acompanhado da ampliação de estruturas destinadas ao internato e à residência médica.

Destaco, a propósito, a manifestação do Dr. Carlos Eduardo de Souza Miranda, representante da Sociedade Brasileira de Cardiologia, na Audiência Pública:

“Além disso, vários dos novos cursos poderão não apresentar estrutura adequada tanto em nível das atenções básicas e ambulatorial quanto em nível hospitalar, bem como em serviços de urgência e emergência.

Ressaltamos aqui que, sem as atividades práticas de

ADC 81 MC / DF

ensino, seja nos primeiros anos do curso, durante o internato, seja durante a residência médica, não há como oferecer educação eficiente e de qualidade aos futuros médicos. Isso sem dúvida impacta não só na formação médica em si, mas também na especialização.

Especificamente, em relação à residência médica, essencial para a formação do profissional qualificado, a abertura em grande escala de vagas de graduação, sem a proporcional oferta de vagas de residência, como já lembrado por alguns que nos antecederam, pode levar ao aumento dose médicos generalistas - generalistas aqui são aqueles que não possuem nem residência médica nem título de especialista; não aqueles, como muito bem colocado pela Doutora Ludhmila, que vão prestar assistência na atenção básica de saúde (...)"

O § 2º, por sua vez, determina que o gestor local do SUS celebre termo de adesão com a instituição de educação superior por meio do qual se compromete a oferecer, mediante contrapartida da entidade, a estrutura de serviços, ações e programas de saúde necessários para a implantação e para o funcionamento do curso de graduação em medicina.

Portanto, a política pública é estruturada por meio da integração entre o SUS e os cursos de medicina, que passam a funcionar em locais que necessitam do incremento de equipamentos públicos de saúde e de recursos humanos na área. Ademais, o ente privado deve custear melhorias na estrutura do SUS na localidade, em contrapartida pela possibilidade de instalação de novo curso de medicina.

O legislador optou pela centralização do papel indutor do Estado como mecanismo de equalização da oferta de médicos, de modo que a própria criação de estrutura educacional na localidade incrementaria as ações e serviços na região, além da possibilidade de fixação de graduandos e residentes no Município após a conclusão do curso.

(II)

Uma vez expostas a prognose do legislador e a política pública estruturada, passo a examinar a compatibilidade do art. 3º da Lei 12.871/2013 com a Constituição Federal.

O argumento central daqueles que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo legal é a contrariedade entre a imposição de prévio chamamento público para abertura de novos cursos de medicina e o postulado da livre iniciativa. A essa alegação somam-se contestações da própria prognose dos Poderes Executivo e Legislativo, como a suposta inaptidão da política pública para efetivamente assegurar a equalização da relação médico/habitante ao longo do território nacional.

É importante salientar, neste ponto, que houve relativo consenso dos especialistas na audiência pública em relação ao diagnóstico do problema. A despeito da preocupação manifestada por *experts* quanto à qualidade dos cursos de medicina e dos novos médicos, não se infirmou a constatação de que há distribuição desigual desses profissionais no Brasil. Os dados colhidos são inequívocos: é necessário aumentar a relação médico por habitantes no país, mas sobretudo equalizar essa média ao longo do território nacional.

Nesse sentido, o estudo empírico “Demografia Médica no Brasil 2023”, coordenado por Mário Scheffer, evidencia a desigualdade regional na prestação de serviços médicos (p. 39-41):

“(...) O Norte, com 1,45 médicos por 1.000 habitantes, e o Nordeste, com 1,93, têm taxas abaixo da nacional. Com exceção da Paraíba, os demais 15 estados que compõem essas duas regiões têm menos de 2,4 médicos por 1.000 habitantes.

A região Sudeste, por sua vez, apresenta 3,39 médicos por 1.000 habitantes, seguida do Centro-Oeste (3,10) e Sul (2,95). A região Norte registra menos da metade da densidade de médicos do Sudeste.

ADC 81 MC / DF

Na Figura 2, em que cada ponto no mapa representa um médico distribuído aleatoriamente nas unidades da Federação, São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal têm seus territórios quase completamente preenchidos, o que demonstra maior concentração de profissionais em relação a outros estados e melhor distribuição interna de profissionais em seus territórios. Em contraste, os estados do Acre, Amazonas, Maranhão e Pará têm as menores densidades de médicos do país. Dos 27 estados, 11 apresentam razão de médicos por 1.000 habitantes acima da taxa nacional (2,41) e, 16 estados, abaixo (...).

O Distrito Federal, com 5,53 médicos por 1.000 habitantes, tem a maior taxa do país, seguido de Rio de Janeiro (3,77), São Paulo (3,50) e Santa Catarina (3,05).

Por outro lado, dez unidades da Federação contam com menos de dois médicos por 1.000 habitantes, entre elas Acre (1,41), Amazonas (1,36), Maranhão (1,22) e Pará (1,18), que registram as menores densidades.

Um paralelo entre o Pará, estado com a menor razão médico por habitantes do país, e o Distrito Federal, com a maior concentração, ilustra bem as desigualdades de distribuição. O Pará tem 1,8% dos médicos do Brasil, enquanto sua população equivale a 4,1% do total de habitantes do país. Já o Distrito Federal, com 2,9% dos médicos, conta com 1,5% da população nacional.”

Esse quadro é reforçado quando analisada a força de trabalho cirúrgica, que revela não apenas a má distribuição geográfica dos médicos, mas também espacial (público/privado) (p. 87):

“A prestação de cuidados cirúrgicos seguros, incluindo anestesia, obstetrícia e trauma, é componente essencial de um sistema de saúde. A não disponibilidade de cirurgias em tempo

ADC 81 MC / DF

adequado pode transformar eventos tratáveis em situações clínicas com elevada taxa de mortalidade e incapacidades.

Desde 2015 a Lancet Commission on Global Surgery define indicadores¹ a serem relatados periodicamente por países, para o monitoramento da garantia do acesso universal sustentável à assistência cirúrgica, entre eles o número de médicos especialistas, acesso em tempo útil a cuidados cirúrgicos essenciais, volume de procedimentos cirúrgicos realizados, taxa de mortalidade de pacientes que realizaram cirurgias em hospital, e proteção contra gastos excessivos de famílias decorrentes de pagamentos privados por cirurgias.

Para efeito de comparação internacional, um dos indicadores de acesso cirúrgico estabelecidos foi o número de médicos cirurgiões, anestesiólogos e obstetras por 100.000 habitantes. Seguindo a recomendação da Lancet Commission, o presente estudo considera integrantes da força de trabalho cirúrgica (FTC) os especialistas em Cirurgia Geral, Cirurgia Cardiovascular, Cirurgia de Mão, Cirurgia de Cabeça e Pescoço, Cirurgia do Aparelho Digestivo, Cirurgia Oncológica, Cirurgia Pediátrica, Cirurgia Plástica, Cirurgia Torácica, Cirurgia Vascular, Neurocirurgia, Ortopedia e Traumatologia, Urologia e Otorrinolaringologia. Acrescentam-se a essa relação a Anestesiologia e a Ginecologia e Obstetrícia.

A FTC no Brasil é apresentada na Tabela 6 e nas Figuras 1 e 2. A densidade de FTC no país é de 66 por 100.000 habitantes, mais que o triplo da razão mínima sugerida pela Lancet Commission, de 20 especialistas por 100.000 habitantes. A densidade, contudo, varia de 31,1/100.000 habitantes no Norte a 80,5/100.000 do Sudeste. Entre as unidades da Federação a razão vai de 26,7 no Maranhão e 28,6 no Acre até 151,5 no Distrito Federal.

No geral, os médicos anestesistas representam 20,9% do total da força de trabalho cirúrgica no Brasil, muito próximo da

ADC 81 MC / DF

média mundial (20%). No entanto, nos estados de Rondônia, Maranhão, Tocantins e Acre, os anestesiológicos não chegam a 17% da força de trabalho cirúrgica.

Estudos anteriores já haviam revelado que mais de 70% dos médicos que atuam em cirurgias estavam nas grandes cidades, onde vivem apenas 24% da população. Além disso, esses profissionais se concentram em grande parte nos serviços de saúde privados, que atendem menos de 30% da população brasileira.”

Assim, a questão controversa diz respeito justamente ao caminho escolhido para solucionar o problema, tendo em vista possíveis conflitos com princípios constitucionais, como a livre iniciativa.

Trata-se, portanto, de típica análise da proporcionalidade da medida legislativa adotada para promoção do direito à saúde, em sua vertente coletiva, considerados outros postulados constitucionais igualmente incidentes na situação fática regulada.

Noutros termos, é necessário aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

No que se refere aos elementos do princípio da proporcionalidade no excesso de Poder Legislativo, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é ‘simplesmente inadequado’ (*schlechthin ungeeignet*), ‘objetivamente inadequado’ (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário’ (*offenbar*

ungeeignet oder unnötig), ‘fundamentalmente inadequado’ (*grundsätzlich ungeeignet*), ou ‘se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado’ (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*).

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso ao indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão

ADC 81 MC / DF

com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223/226)”.

Como se vê, o princípio da proporcionalidade estrutura e explicita as etapas de análise da constitucionalidade da norma impugnada, especialmente quando há a alegação de colisão ou restrição irrazoável de direito fundamental.

No caso do art. 3º da Lei 12.871/2013, observo que **a sistemática do chamamento público mostra-se adequada para o objetivo colimado pelo Poder Público**. A política estatal indutora faculta a instalação de faculdades de medicina em regiões com reduzida oferta de médicos e serviços de saúde, vinculando a atuação econômica dos agentes privados à finalidade pública de melhoria dos equipamentos públicos do Sistema Único de Saúde.

Nessa linha, a Audiência Pública trouxe inúmeras experiências exitosas no âmbito dos editais do Programa Mais Médicos, como a do Município de Alagoinhas-BA, representado pela Secretária de Saúde Laina Gabriele Ramos Passos Lôbo:

“(…) No ano de 2018, participamos do credenciamento da Faculdade Estácio, a autorização do curso de Medicina para sua instalação. Em 2019, a implantação do Programa de Residência Médica em Cirurgia Geral. Já no ano de 2020, a implantação do Programa de Residência Médica em Medicina de Família e Comunidade. No ano de 2021, tivemos a ampliação da estrutura física da instituição Estácio de Sá. E, em 2022, o início

ADC 81 MC / DF

do internato [ininteligível] cirurgias eletivas aqui em nosso município.

A parceria entre a Secretaria de Saúde e a Faculdade de Medicina através do Coapes. Eu julgo de fundamental importância ressaltar que o Coapes é um instrumento de transformação para qualificação da rede de atenção ao país. Através do Comitê Gestor do Coapes, desenvolvemos um plano de ação para, como linha de atenção e cuidado, priorizarmos aqueles problemas vindos da saúde pública como principais bandeiras a serem levantadas, implementadas e também valorizadas em relação a maior financiamento, a maior investimento em saúde, a exemplo das dietas básicas e trabalhadas dentro o Programa de Saúde da Família, como hipertensão, diabetes mellitus, enfim.

Através do Coapes, nós também fizemos a aquisição da torre de vídeo para a realização da primeira cirurgia de videolaparoscopia pelo SUS na macrorregião Nordeste aqui em nossa Alagoinhas.

Também fizemos a reforma da maternidade municipal. Essa maternidade atende os 33 municípios. [ininteligível] Alagoinhas é polo de macrorregião de saúde como eu disse anteriormente, isso soma uma população de aproximadamente um milhão de habitantes. Então, entendam o porquê de trazer aqui a este debate a importância do curso de Medicina em nosso município e, portanto, a necessidade da interiorização da mão de obra médica através da formação desses profissionais aqui.

Através dessa parceria entre a faculdade e a Secretaria de Saúde, nós também fizemos a reforma geral de um centro cirúrgico, que compreende aí três salas cirúrgicas completamente equipadas através do Coapes, o nosso Centro de Cirurgias Eletivas.

ADC 81 MC / DF

Também estamos finalizando a reforma total de uma policlínica municipal. Ela hoje está em um processo final de reforma e ampliação, e isso só nos é possível por conta do Coapes. Ela atende Alagoinhas e também os 33 municípios do entorno de Alagoinhas. Através do Coapes, nós também desenvolvemos diversas outras atividades, diversas outras ações, como capacitação, treinamentos, qualificação da nossa mão de obra, além das construções, da aquisição de mobiliário, material, equipamentos, enfim. No momento da pandemia do covid-19, fizemos, inclusive, aquisição de EPIs através do Coapes e também de equipamentos.”

Experiência semelhante foi relatada pelo Prefeito do Município de Jaraguá do Sul/SC, Jair Franzner:

“(…) Em 2013, Jaraguá recebeu a habilitação para o curso de Medicina na modalidade Mais Médicos. Foram muitos anos de lutas pela aprovação, toda a sociedade civil organizada envolvida, além do poder público, foram dezenas de visitas, elaboração de documentos e conversas com os órgãos de controle e ensino federal.

Em 2015, começou com residência médica. Em 2017, assinou o contrato do Coapes com a Faculdade Estácio. Em 2018, o curso foi autorizado, inicialmente, com 50 acadêmicos e a prefeitura começou a receber repasse de 10% do valor das mensalidades. Em 2021, inauguramos uma Clínica de Especialidades na cidade com os alunos fazendo prática junto com médicos da Prefeitura. Em 2022, renovamos o contrato com a Faculdade.

Em Jaraguá do Sul, seguimos à risca o que está previsto no Programa Mais Médicos. Temos reuniões dos comitês, reuniões do contrato organizativo de ação pública de ensino-saúde, sendo que todos os atos são publicados pelo site da prefeitura

ADC 81 MC / DF

para consulta de qualquer cidadão, e uma parceria muito forte com os dois hospitais filantrópicos de nossa cidade: Hospital São José e Hospital Jaraguá, que - aliás, convido todos para conhecerem os hospitais de Jaraguá do Sul -, com ajuda de empresários, da comunidade e da prefeitura, são hospitais de primeiro mundo.

Na pandemia de coronavírus, os acadêmicos da faculdade fizeram monitoramento dos casos suspeitos e ativos de covid por telefone, totalizando mais de 6 mil atendimentos. O programa de triagem criado para atendimento aos cargos suspeitos e positivos de covid, sendo destaque no Laboratório de Inovação da Região Sul para a Organização Panamericana de Saúde.

Então, os alunos ajudaram a desafogar as filas de espera do SUS, sempre monitorados, acompanhados por médicos, que eram acionados em casos mais graves. Temos em Jaraguá do Sul bolsa-medicina para alunos da rede pública, bolsa integral, sem pagar nada. Seis alunos da rede pública conseguiram realizar este sonho.

De janeiro a junho deste ano, a Clínica de Especialidades feita pela prefeitura e Faculdade Estácio já atendeu mais de 5 mil moradores, num total de mais de 11 mil atendimentos.

Estamos ampliando oito unidades de saúde básica com recursos do Coapes em nossa cidade, um investimento de 1,6 milhão de reais, sendo que essas unidades terão uma estrutura própria para a educação de Medicina, e com isso estamos dobrando o tamanho dessas oito unidades de saúde municipal.

Além disso, temos vários programas em parceria com a faculdade, que capacitam nossos professores para primeiros socorros utilizando recursos do Coapes e a estrutura da faculdade. (...)”

ADC 81 MC / DF

Como se vê, a política do chamamento público apresenta impacto imediato na descentralização dos serviços de saúde, na medida em que a própria instalação da faculdade resulta na injeção de recursos financeiros e humanos na infraestrutura de saúde local. Basta observar que a faculdade de medicina bem estruturada envolve o estabelecimento na cidade de professores, alunos de graduação e residentes.

Perceba que a fixação dos médicos no local após a graduação ou a residência – hipótese considerada na construção da política pública – é desinfluyente para averiguar a adequação do ato questionado, uma vez que a própria existência do curso no local agrega novos serviços e equipamentos públicos.

De toda forma, anoto que sequer é possível afirmar, com grau mínimo de certeza, como defendido por parcela dos *amicus curiae* habilitados e expositores da audiência pública, se os cursos de medicina têm o condão de fixar médicos formados no local. E isso por um motivo muito simples: as primeiras formaturas das turmas de graduação instaladas sob a égide do Programa Mais Médicos não ocorreram, de modo que não há base estatística para análise da política pública sob esse ângulo. Foi nesse sentido, aliás, a contribuição do Dr. Silvio Pessanha Neto na Audiência Pública:

“Os primeiros cursos do Mais Médicos foram autorizados em 2017; dois, o segundo semestre de 2017. Portanto, dado que o curso é de seis anos, não temos ainda sequer um médico formado nesse novo modelo. Então, como não podemos dizer com números que, na verdade, com base na demografia, que esse programa não é capaz de fixar médicos se sequer formamos no Brasil um médico oriundo desses programas?”

Ou seja, esse balanço sobre a efetividade do programa ainda está por vir. Precisamos avaliar se esses médicos egressos vão de fato ocupar as vagas de residência produzidas por eles e se esses médicos vão ou não permanecer na região, dado que os

ADC 81 MC / DF

investimentos que são feitos melhoram as condições de trabalho desse médico. E que, sem dúvida nenhuma, quando foram idealizados em 2013, tinham um único propósito: buscar ferramental e buscar formas de tentar fixar e descentralizar a oferta de serviços médicos no nosso país, que, sabidamente, estão concentrados nos grandes centros e nas capitais.”

Dessa forma, é forçoso reconhecer que a política indutora de instalação de novos cursos de medicina de acordo com a necessidade social dos Municípios, com o incremento dos recursos humanos e financeiros da estrutura de saúde da localidade, mostra-se adequada ao objetivo de melhorar a distribuição dos serviços médicos ao longo do território nacional.

No que tange ao subprincípio da necessidade, a instrução processual não trouxe aos autos evidências acerca da existência de alternativas menos gravosas para o enfrentamento do problema diagnosticado. O debate, embora rico e plural, não se revelou propositivo no tocante a alternativas regulatórias especificamente voltadas à solução da desigualdade na oferta de serviços médicos à população.

Muito se argumentou quanto à vulneração da livre iniciativa, não menos frequentes foram as alusões à necessidade de controle da qualidade dos cursos de medicina, também foi objeto de exame o número absoluto de médicos no Brasil. Porém, muito pouco foi dito quanto ao problema que a política pública se propõe a enfrentar: melhor distribuir os médicos e a infraestrutura de saúde no território nacional.

Quando corretamente enquadrado o problema, não foram apresentadas opções menos gravosas. A alternativa foi a manutenção da sistemática do SINAES, prevista na Lei 10.861/2004 e aplicável a todos os cursos de graduação. Essa proposta parece contentar-se com alguma espécie de autoregulação do mercado de cursos de medicina, como se esse cenário fosse suficiente para assegurar a distribuição ótima de profissionais de saúde no território nacional.

ADC 81 MC / DF

Os elementos fáticos coligidos aos autos infirmam essa hipótese. Há décadas o mercado de cursos de medicina funciona sob a égide de relativa autorregulação, com tentativas do Poder Público de regulamentar a própria qualidade dos cursos, mas não sua distribuição ou integração ao SUS.

Foi exatamente esse contexto que levou ao pano de fundo destes processos objetivos: má distribuição de médicos, com bolsões de carência de ações e serviços de saúde, além de deficiências estruturais, sobretudo para as fases formativas de internato e de residência. Não há como concluir que o mercado seja capaz de autorregular-se no sentido de alcançar a concretização dos comandos constitucionais sobre o tema.

Também aventou-se a possibilidade de convivência dos dois sistemas, tese defendida por diversos especialistas na Audiência Pública. Porém, sua própria existência denuncia que os dois processos para criação de novos cursos de medicina não foram estruturados para a mesma finalidade, até porque o SINAES atende aos objetivos gerais do ensino superior no Brasil.

É inequívoco que a política indutora do Mais Médicos diferencia-se fundamentalmente da sistemática anterior de criação de cursos de medicina, porque direciona a iniciativa privada para localidades especialmente necessitadas, altera o centro gravitacional da interação entre a prestação educacional e os serviços locais de saúde, além de impor contrapartida financeira ao SUS arcada pelo particular. Destaco, a propósito, a contribuição do Dr. Silvio Pessanha Neto em audiência pública:

“É importante dizer que o chamamento traz alguns diferenciais importantes e que, na minha visão e na visão dos colegas com os quais nós conversamos, vem com um grande diferencial que é colocar o gestor público municipal como protagonista do processo de construção do curso.

Nós vimos há pouco aqui alguns exemplos de secretários

ADC 81 MC / DF

de saúde, de prefeitos que vêm falar do curso médico claramente entendendo esse curso como sendo parte de um processo que se inicia na articulação entre a instituição de ensino pleiteante e o município que, anteriormente, de forma prévia, foi selecionado para receber o curso.

Nesse contexto, Excelência, esse gestor público precisa se comprometer, se implicar e garantir que, ao longo dos seis anos que se passarão, certamente os investimentos sejam feitos para garantir a qualidade do curso e as condições mínimas para que esse curso possa ser implantado no município em questão.

Claramente, na condição de médico, avaliador e gestor, eu tenho oportunidade de conhecer diversas escolas médicas, tanto do âmbito do chamamento público quanto aquelas que foram autorizadas antes da lei. E posso garantir aos senhores que a discussão sobre qualidade da formação médica não é sobre ser novo ou antigo o curso, ser público ou privado, mas a grande diferença, o que vai garantir que esse curso médico está de forma adequada é a sua capacidade de se integrar à rede de saúde.

E é sobre isso que eu gostaria de falar quando nós comparamos os modelos. É em relação à questão de que o município é o primeiro a pleitear e garantir a possibilidade de se implantar o curso. Quando os editais de chamamento público foram desenvolvidos, eles foram feitos, claro, em obediência ao que previa o art. 3º, da Lei nº 12.871. E eu posso dizer que um dos pontos mais relevantes é que ele foi construído para que, além da avaliação do projeto pedagógico, do corpo docente, da infraestrutura, também esse município se implicasse em atender ao que tem de planejamento com base nos repasses que são feitos, que é até 10% do faturamento bruto mensal da IES é repassado, e um comitê gestor do Coapes organiza e disciplina esses investimentos, olhando e mirando na garantia de que esse curso possa se implantar de forma

ADC 81 MC / DF

adequada.

Além disso, os editais de chamamento público, o que não acontece em modelos diferentes do edital, garantem a oferta de bolsas integrais para munícipes de baixa renda no município. E, por fim, também a obrigatoriedade da implantação de programas de residência médica, estes que devem ser implantados desde o primeiro ano do curso e que, sem dúvida nenhuma, são alavancas de fixação dos médicos.”

Nessa linha, sob a perspectiva do critério da necessidade, não há alternativa menos gravosa e que atenda aos mesmos objetivos propugnados pela Lei 12.871/2013.

Assim, ultrapassados os critérios da adequação e da necessidade, **passo ao exame do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**. Nessa etapa da análise da compatibilidade do dispositivo em tela com a Constituição Federal, cabe ponderar o significado da intervenção para o princípio atingido (no caso, livre iniciativa) e os objetivos perseguidos pelo legislador (reduzir a desigualdade na distribuição de médicos no território nacional e incrementar a qualidade dos serviços de saúde prestados no âmbito do SUS).

Evidentemente, essa operação hermenêutica não é implementada no vazio argumentativo, tampouco deve resultar em discricionariedade judicial. Para além do conteúdo próprio do princípio da livre iniciativa, o ordenamento jurídico restringe a análise do intérprete, fornecendo critérios concretos e específicos de ponderação do respectivo âmbito de proteção.

A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses

ADC 81 MC / DF

direitos (limitações ou restrições = *Schranke oder Eingriff*).

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, em outras palavras, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental. Alguns direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (âmbito de proteção estritamente normativo = *rechts- oder norm- geprägter Schutzbereich*).

Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais. Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição. Segundo Pieroth e Schlink (*Grundrechte: Staatsrecht II*, p. 53), uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação.

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, é necessário que se identifique não só o objeto da proteção (O que é efetivamente protegido?: *Was ist (eventuell) geschützt?*), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist (eventuell) geschützt?*). Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito.

Isso significa que o âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional.

Na dimensão dos direitos de defesa, âmbito de proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto

ADC 81 MC / DF

mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Nada obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e a identificação das reservas legais de índole restritiva.

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de certo direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicação (comunicação mediante utilização de rádio; pager etc.).

ADC 81 MC / DF

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

Nesse sentido, a livre iniciativa foi alçada a importante patamar na Constituição de 1988. Além de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV), é base de sua ordem econômica (art. 170, caput) e direito fundamental (art. 5º, inciso XIII).

Por outro lado, a mesma República Federativa do Brasil fundamenta-se na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), assim como sua ordem econômica também é regida pelos princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, incisos III e VII).

Faço o cotejo entre essas diferentes normas constitucionais para evidenciar que a simples afirmação do primado da livre iniciativa não encontra eco na hermenêutica constitucional. Há colisões e conflitos entre princípios, bem como espaço de conformação do legislador, a quem cabe erigir políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais dos cidadãos. Apenas o exercício irrazoável desse dever constitucional, com a restrição excessiva do âmbito de proteção do direito fundamental, autoriza a intervenção da Corte Constitucional.

Nessa linha, o próprio art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal enuncia que a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão está condicionada às qualificações profissionais previstas em lei.

Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca reserva legal qualificada. A Constituição remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo.

ADC 81 MC / DF

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, por exemplo, “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, e.g., com a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII).

Essas normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

Em relação à iniciativa privada no campo do ensino em geral, o art. 209, inciso II, da Constituição Federal sujeita a atuação de agentes particulares à autorização e à avaliação de qualidade pelo Poder Público. Ou seja, inexistente cenário de absoluta liberdade para instituições de ensino superior. Pelo contrário, o cenário é de controle e limitações.

Ao aprofundar a análise do âmbito de proteção da livre iniciativa especificamente na seara das ações e serviços de saúde, verifico que o Constituinte restringiu-o significativamente. Ao estruturar o Sistema Único de Saúde, a Constituição prevê, em seu art. 197, que “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”. E o inciso III do art. 200 da Constituição prescreve que ao Sistema Único de Saúde compete “ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde”.

Como se vê, a tônica constitucional dos serviços de saúde, públicos e

ADC 81 MC / DF

privados, envolve a organização, ordenação e controle estatal, inclusive no que tange à formação dos médicos. É importante destacar a escolha do verbo “ordenar” pela Assembleia Constituinte, cujo sentido não se exaure apenas na avaliação autorizativa e continuada do novo curso. A ordenação envolve a distribuição dos recursos disponíveis de forma adequada e sobretudo integrada ao Sistema Único de Saúde.

O comando constitucional diferencia, de forma inequívoca, o papel do Estado no controle das instituições de ensino que fornecem recursos humanos ao SUS relativamente às demais. O princípio da livre iniciativa, quando referente à atuação de agentes privados no âmbito do sistema de ensino médico, é restringido pela própria Constituição Federal em relação às demais áreas de ensino.

Nesse contexto, não vislumbro, no art. 3º da Lei 12.871/2013, contrariedade ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. É natural que, em atenção ao desenho constitucional acima exposto, o legislador ordinário construa políticas públicas indutoras e restritivas, voltadas justamente a ordenar e integrar a formação dos recursos humanos ao Sistema Único de Saúde.

A política do chamamento público busca concretizar essas finalidades sem aniquilar a livre iniciativa. Os agentes privados podem atuar no mercado, mas a instalação dos cursos está condicionada à necessidade social dos Municípios, de modo que os recursos financeiros e institucionais sejam direcionados ao atendimento das demandas do Sistema Único de Saúde.

Essa perspectiva foi corroborada pelo Dr. Gustavo Augusto Freitas Lima, Conselheiro do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, no seguinte excerto de sua manifestação na Audiência Pública:

(...) 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,

ADC 81 MC / DF

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

ADC 81 MC / DF

serviços sobre os quais eu já discorri.

Entendimento em sentido contrário implicaria esvaziar o sentido da ordem do Constituinte dirigida ao Sistema Único de Saúde de ordenar a formação médica no Brasil, invalidando medidas indutoras, ainda que relativamente limitadoras da livre iniciativa.

Anoto, neste ponto, que a Lei 12.871/2013 deixa aberto o campo para que outros aspectos da formação médica e da prestação de serviços de saúde sejam considerados na elaboração dos editais de chamamento público. É que, para além da necessidade social dos Municípios, não se pode olvidar que a dinâmica do conhecimento médico e de tecnologias na área de saúde podem exigir a criação de centros de referência ou de alto rendimento, aproveitando, por exemplo, a estrutura de unidades hospitalares existentes.

Nesse sentido, o § 5º do art. 3º da Lei 12.871/2013 contempla a existência de um segundo fluxo de autorização de novos cursos de medicina, baseados em unidades hospitalares que atendam aos seguintes requisitos: possuam certificação como hospitais de ensino (inciso I); possuam residência médica em no mínimo 10 (dez) especialidades (inciso II); ou mantenham processo permanente de avaliação e certificação da qualidade de seus serviços (inciso III).

A Portaria 650, de 5 de abril de 2023, do Ministério da Educação, que revogou a controvertida moratória, prevê esse mecanismo, estabelecendo duas modalidades de chamamento público: por necessidade social e por estrutura de serviços conexos à saúde e à formação médica. Essa dupla via confere ao Poder Público a flexibilidade necessária para gerir as demandas do sistema de saúde e melhor alocar os recursos privados.

Esse cenário evidencia a razoabilidade da norma questionada, a qual ultrapassa o exame da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que estabelece política pública indutora consentânea com os parâmetros de atuação da iniciativa privada fornecidos pela Constituição Federal na estruturação do Sistema Único de Saúde.

ADC 81 MC / DF

Dessa forma, é imperioso reconhecer, sem prejuízo de eventual reavaliação da questão controvertida pelo Colegiado, a plausibilidade do direito alegado, no que demonstrada a compatibilidade do art. 3º da Lei 12.871/20131 com a Constituição Federal.

(III)

Uma vez assentada a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, reputo necessário abordar duas questões correlatas ao dispositivo impugnado e diretamente relacionadas ao pedido de tutela provisória, ainda sob o ângulo da plausibilidade do direito alegado.

A primeira diz respeito a pedido formulado na petição inicial da ADI 7187 para que seja conferida “interpretação conforme que implique a conclusão de que os editais de chamamento público para autorização de vagas de graduação em medicina não impedem o requerimento individual de autorizações de cursos médicos ou de aumento de vagas”.

Esse pedido explicita o argumento, defendido também por expositores na Audiência Pública, de que haveria a possibilidade de a sistemática da Lei do Mais Médicos e a da Lei do SINAES coexistirem de forma harmônica, constituindo duas vias distintas, mas complementares.

Conforme já exposto ao longo desta decisão, as sistemáticas do Mais Médicos e do SINAES possuem premissas e objetivos absolutamente dissonantes, que restaram inequívocas na Audiência Pública, inclusive nas manifestações dos expositores favoráveis ao fluxo dual de autorização de novos cursos.

A Lei 10.861/2004, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, “tem por finalidades a melhoria da qualidade da educação superior, a orientação da expansão da sua oferta, o aumento permanente da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social e, especialmente, a promoção do aprofundamento dos compromissos e responsabilidades sociais das instituições de educação superior, por meio da valorização de sua missão pública, da promoção

ADC 81 MC / DF

dos valores democráticos, do respeito à diferença e à diversidade, da afirmação da autonomia e da identidade institucional” (art. 1º, § 1º).

Trata-se de sistema voltado ao incremento geral da educação superior do Brasil, visando indistintamente a todos os cursos de graduação, independentemente das peculiaridades de cada área do conhecimento. Consiste, portanto, em típica regra geral e linear.

Não se pretende discutir aqui a qualidade desse sistema, tampouco seu impacto na qualidade dos cursos. Inúmeros expositores afiançaram, na Audiência Pública, a sua importância e efetividade.

Contudo, restou demonstrado que a formação de recursos humanos na área da saúde recebeu especial atenção da Constituição Federal, que impôs integração e alinhamento com o Sistema Único de Saúde. É dizer, há peculiaridades fáticas e normas jurídicas que justificam a sujeição dos cursos de medicina a dinâmica de autorização diferenciada.

A Lei 12.871/2013 expressamente buscou atender a esses parâmetros. Estabeleceu novos critérios e condicionantes estruturais, instituiu o chamamento público, impôs a integração dos novos cursos ao SUS, bem como exigiu contrapartida financeira destinada aos equipamentos públicos e ao oferecimento de bolsas de estudo.

Nesse sentido, a norma controvertida nestes processos consiste em regra posterior e específica, inaugurando novo sistema de autorização dos cursos de medicina. E o fez sem ambiguidades: em nenhum momento sinaliza que haveria outro sistema de autorização de novos cursos. Pelo contrário, quando se refere ao SINAES, adere aos seus critérios de qualidade, agregando os próprios da nova Lei, sem dispensar o chamamento público.

A par desse aspecto, o próprio art. 41, § 2º, do Decreto 9.235/2017, que regulamenta a Lei 10.861/2004, estabelece que “nos processos de autorização de cursos de graduação em medicina, realizados por meio de chamamento público, serão observadas as disposições da Lei nº 12.871, de 2013”.

É inequívoco que o regulamento remete a autorização de novos

ADC 81 MC / DF

cursos de medicina à sistemática do Mais Médicos, circunstância evidenciada pela inserção do termo “realizados por meio de chamamento público” entre vírgulas, a revelar aposto explicativo. Em outras palavras, sintaticamente o diploma legal deixa claro que toda e qualquer autorização de curso de medicina pressupõe prévio chamamento público.

A bem da verdade, a tese que advoga a existência de dois sistemas de autorização de novos cursos de medicina acaba por infirmar o funcionamento da sistemática do chamamento público, uma vez que retiraria qualquer capacidade de indução do comportamento de agentes privados.

Afinal, qual instituição de ensino privada – que em regra funciona em moldes empresariais, visando o lucro – optaria pelo modelo regulado, que além de eleger o Município impõe inúmeros deveres e contrapartidas financeiras ao particular, quando pode simplesmente requerer a abertura de novo curso em localidade de sua preferência, sem qualquer obrigação de cunho social ou financeiro?

Em outras palavras, a admissão da dupla via implicaria a falência da política pública, que perderia toda a capacidade de direcionar os esforços privados para as necessidades do Sistema Único de Saúde. Naturalmente, essa é uma escolha possível do Poder Público, caso pretenda remodelar a política pública, mas jamais poderia ser o resultado da correta interpretação dos dispositivos legais em tela, tal como vigentes atualmente.

Dessa forma, é inviável a abertura de cursos de medicina com base na Lei 10.861/2004, sem o prévio chamamento público e a observância dos critérios previstos na Lei 12.871/2013, enquanto viger a política pública do Mais Médicos.

O segundo ponto a ser abordado neste tópico diz respeito à abertura de novas vagas em cursos de medicina já existentes. As informações coligidas aos autos na Audiência Pública e em manifestações posteriores das partes revelaram que mesmo no cenário de vigência da moratória foram autorizadas centenas de novas vagas em cursos existentes.

ADC 81 MC / DF

O aumento de vagas em cursos de ensino superior em funcionamento possui previsão legal (Lei 10.861/2004). Contudo, a construção de política pública específica para os cursos de medicina, que elege inúmeros critérios e requisitos para autorização de novos cursos, não pode conviver com o aumento de vagas fora da sistemática preconizada pela Lei 12.871/2013.

Esse cenário, sim, tal como a moratória estendida por anos sem a correspondente reestruturação do sistema, engendra distorções e dá azo a especulações sobre a formação de reserva de mercado e criação discricionária de barreiras à entrada. Com efeito, se há uma limitação – ainda que legítima – à entrada de novos competidores no mercado de cursos de medicina, mas em contrapartida aqueles já inseridos obtêm a autorização para aumentar suas vagas, cria-se sistema distorcido e injusto, inclusive sob o ângulo da isonomia e da livre iniciativa.

Portanto, é imperioso que toda e qualquer criação de novas vagas de cursos de medicina, ainda que em localidades com cursos instalados, observem a sistemática do chamamento público e os critérios da Lei 12.871/2013. É possível, ainda que indesejável, que, sobretudo em cidades do interior do País, a faculdade já instalada no local seja a única com capacidade econômica e de escala para suportar novas vagas; ainda assim, deve-se oportunizar a outras entidades a participação no processo seletivo.

O Dr. Gustavo Augusto Freitas Lima, Conselheiro do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, destacou, na Audiência Pública, o cuidado necessário para que não sejam formados monopólios municipais ou regionais de faculdades de medicina:

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?

ADC 81 MC / DF

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

ADC 81 MC / DF

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.

ADC 81 MC / DF

(...)

Cabe ao Poder Executivo regular e distribuir adequadamente as novas vagas em curso de graduação, conforme a necessidade social e a capacidade estrutural de absorção pelos equipamentos públicos existentes. O que não pode perdurar é sistema que garroteie a porta de entrada no mercado, mas viabilize que as empresas que nele atuam aumentem progressivamente as vagas de seus cursos.

O Estado regulador, na execução do seu mister, deve considerar as implicações concorrenciais tanto no lançamento do edital de chamamento público, na seleção dos Municípios que receberão os cursos, quanto na dinâmica de abertura de novas vagas em cursos já existentes.

Portanto, concluo que a sistemática do art. 3º da Lei 12.871/2013 é incompatível com a abertura de novos cursos de medicina fundados na Lei 10.861/2004, assim como com a autorização de novas vagas em cursos já existentes, sem o prévio chamamento público e a observância dos demais requisitos previstos na Lei 12.871/2013.

(IV)

Conforme demonstrado no tópico anterior, esta ação declaratória de constitucionalidade guarda íntima relação com a execução de política pública voltada à concretização do direito fundamental à saúde, na perspectiva do incremento da qualidade e distribuição da assistência médica no território nacional.

Nesse sentido, a proliferação de decisões judiciais que excepcionam a regra do art. 3º da Lei 12.871/2011 impacta diretamente no sucesso dessa política pública, criando distorções e enfraquecendo a capacidade de indução do chamamento público.

Se durante a vigência da moratória dos novos cursos de Medicina houve verdadeira negação dessa política pública, o cenário agora é diverso, uma vez que o Ministério da Educação editou recentemente a

ADC 81 MC / DF

Portaria 650, de 5 de abril de 2023, que retoma os chamamentos públicos para novos cursos de Medicina.

Todavia, conforme noticiado pela Advocacia-Geral da União no pedido de tutela de urgência, dados colhidos no sistema eletrônico do Ministério da Educação (eMEC) há 223 pedidos judiciais de autorizações de novos cursos de Medicina, totalizando 32.051 novas vagas, além de 22 aumentos de vagas em cursos existentes.

Esse cenário de judicialização tem o condão de impactar a retomada da execução de política pública que, conforme demonstrado no tópico anterior, se baseia em dispositivo legal compatível com a Constituição Federal.

Portanto, a questão submetida à Corte nesta ação declaratória de constitucionalidade reveste-se de urgência que justifica sua imediata apreciação, de modo a evitar prejuízos irreparáveis à política pública em execução.

Quanto ao alcance do provimento cautelar, convém ponderar que esta ação declaratória de constitucionalidade foi deflagrada a partir de cenário de litigiosidade judicial, marcado pelo deferimento de liminares em favor de instituições de ensino superior que determinavam a análise, pelo Ministério da Educação, de pedidos de abertura de cursos de medicina com base na Lei 10.861/2004.

Nesse contexto, inúmeras instituições de ensino prosseguiram com processos de implantação de suas unidades educacionais, investindo recursos financeiros e humanos em empreendimentos avalizados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo.

E, a par dessa situação do empreendedor, faculdades de medicina são inegavelmente impactantes para a comunidade em que instaladas, movimentando a economia local e gerando expectativas em moradores, funcionários e alunos.

Por conseguinte, é necessário que esta decisão, a par de expor a compreensão constitucional da Corte sobre o dispositivo impugnado, encaminhe solução para os processos judiciais e administrativos em

ADC 81 MC / DF

curso, especialmente no tocante às decisões judiciais liminares proferidas e ainda vigentes.

Há inegável interesse social na adoção de solução que contemple as faculdades instaladas com base em decisões judiciais que dispensaram o chamamento público e determinaram a análise do procedimento de abertura do curso de medicina ou de novas vagas em cursos existentes com base na Lei 10.861/2004.

Malgrado não tenham observado o chamamento público ou o modelo de contrapartidas da Lei do Mais Médicos, essas faculdades a rigor cumpriram os requisitos do Decreto 9.235/2017 e de seus atos regulamentares, sendo validadas por verificação *in loco* de comissão de especialistas, parecer do Conselho Nacional de Saúde e parecer final da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior.

Em outras palavras, ainda que não seja o trâmite da política pública considerada constitucional nestes autos, é inegável que esses cursos cumpriram os requisitos mínimos para funcionamento regular, não oferecendo riscos à população e ao seu mercado consumidor. Pelo contrário, é do interesse da sociedade que esse longo processo de instalação das faculdades, com admissão de alunos e corpo docente, não seja revertido.

Outrossim, essas razões se aplicam aos cursos que estão em fase de análise perante o Ministério da Educação, por força de decisão judicial. Também aqui a segurança jurídica deve ser prestigiada, de modo a permitir que os processos administrativos que ultrapassaram a fase inicial de análise documental a que se refere o art. 19, § 1º do Decreto 9.235/2017 tenham regular seguimento.

Esse marco justifica-se porque esses pedidos de credenciamento que superaram a fase inicial obtiveram do Poder Público decisão favorável, no sentido de que, ao menos a partir de análise documental, constituem projetos minimamente viáveis.

Anoto, porém, que nas etapas seguintes do processo de credenciamento – verificação *in loco* de comissão de especialistas, parecer

ADC 81 MC / DF

do Conselho Nacional de Saúde e parecer final da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior –, as diversas instâncias técnicas convocadas a se pronunciar devem observar se o novo curso de medicina atende integralmente aos critérios previstos no § 7º do art. 3º da Lei 12.871/2013.

Ademais, o credenciamento deve observar o preenchimento, pelo Município que receberá o novo curso, dos pressupostos previstos no § 1º do art. 3º da Lei 12.871/2013, além da formalização do termo de adesão pelo gestor local e adimplemento da contrapartida financeira pela instituição de ensino superior, estabelecidos pelo § 2º do art. 3º da Lei 12.871/2013.

Dessa forma, mostra-se adequado que (i) sejam mantidos os novos cursos de medicina já 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 refere o art. 19, § 1º do Decreto 9.235/2017. Neste caso, nas etapas seguintes do processo de credenciamento, 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 sobrestados os processos administrativos que não ultrapassaram a etapa prevista no art. 19, § 1º, do Decreto 9.235/2017.

(V)

Ante o exposto, com fundamento no art. 21 da Lei 9.868/1999, **defiro em parte** a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário (art. 21,

ADC 81 MC / DF

V, do RISTF), 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.

No que concerne aos processos judiciais e administrativos que tratam do tema objeto desta ação, determino que:

(i) sejam mantidos os novos cursos de medicina já 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 refere o art. 19, § 1º do Decreto 9.235/2017. Neste caso, nas etapas seguintes do processo de credenciamento, 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 sobrestados os processos administrativos que não ultrapassaram a etapa prevista no art. 19, § 1º, do Decreto 9.235/2017.

Comunique-se, com urgência, o Ministro de Estado da Educação e o Advogado-Geral da União, com cópia desta decisão.

Oficie-se aos Presidentes de todos os Tribunais Regionais Federais do país, com cópia desta decisão. A comunicação aos Juízos de 1º grau deverá ser feita pelo Tribunal com os quais mantenham vinculação administrativa.

ADC 81 MC / DF

Na sequência, inclua-se em pauta para o julgamento colegiado do referendo da medida cautelar em Plenário Virtual.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 7 de agosto de 2023.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente