XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

TALISSA TRUCCOLO REATO

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Talissa Truccolo Reato.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-661-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

O XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriú – SC teve como tema central dos debates "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities", de modo que foi marcado pelo reencontro, pelo diálogo e pela troca de experiências, sobretudo após o período de restrições em decorrência da pandemia da COVID-19.

Os artigos apresentados no GT "Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I" foram produtivos e ensejaram a participação de pesquisadores de diversas regiões do país, propiciando um ambiente de debates proveitosos. O GT foi organizado em dois grandes blocos de apresentações e debates.

Em que pese o eixo comum seja Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, os artigos apresentados, abaixo publicados, envolvem proposições diversas. No primeiro bloco foi abordado o Constitucionalismo Digital, que é um conceito em construção, haja vista a necessidade de regulamentação tecnológica para garantir a proteção dos direitos humanos sob a égide constitucional.

Outrossim, sequencialmente se debateu a questão dos grupos vulneráveis e a atuação do Supremo Tribunal Federal, inclusive em decorrência das determinações de planos de enfrentamento das adversidades enfrentadas pelas referidas populações, sobretudo durante da pandemia vivenciada.

No GT também foi referido o tema da dignidade da pessoa humana, na condição de princípio da Constituição Federal do Brasil de 1988, uma vez que esta é uma qualidade de cada ser humano que implica respeito pelo Estado e pela comunidade.

Além destas temáticas, explanou-se a questão da representatividade feminina no Poder Legislativo, assunto de fundamental relevância para a afirmação da equidade de gênero, de modo que foram discutidos dados e como ampliar a participação feminina.

Ademais, houve diálogo acadêmico quanto ao assunto da aporofobia, isto é, repulsa aos pobres, um termo importante quanto se estuda a discriminação estrutural aos pobres no Brasil, que está – infelizmente – enraizada nos costumes e culturas.

Outro tema de fundamental relevância no GT diz respeito aos direitos da natureza, em especial quando se comparam as Constituições do Equador e da Bolívia, que possuem um nítido avanço em relação aos demais no que concerne ao reconhecimento da natureza como sujeito de direitos.

No final do bloco exordial foi aludida a questão da separação de poderes, inclusive na condição de conceito indeterminado, levando em consideração também o sistema de freios e contrapesos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Finda a primeira parte das exposições, iniciou-se o segundo bloco, no qual um dos temas abordados foi a violação indireta à Constituição Federal de 1988, ou seja, reflexa. Além disso, abordou-se a questão da democracia no Brasil e a possibilidade do referido país se tornar um Estado autocrático.

Além disso, trouxe-se ao debate a questão da transdisciplinaridade, de modo que se faz necessário pensar o mundo na diversidade. Também vale destacar a importância do estudo da transnacionalidade e da força normativa da Constituição, tópicos suscitados no GT, com ênfase para a reconfiguração estatal pós-pandemia.

Ainda, a fragilidade democrática foi explicada em versos, de modo muito interessante, unindo poesia e direito, o que é digno de apreço, já que nenhuma área de conhecimento sobrevive isoladamente. Além disso, destacam-se as pesquisas que enfatizam a relevância do diálogo entre as instituições, para fins de fortalecer o constitucionalismo.

Foi retratada a questão do direito à saúde e escassez, envolvendo direitos sociais, perspectiva econômica e a relevância de políticas públicas efetivas (e não restritivas), para fins de diluir a ampla desigualdade social que existe no Brasil, neste caso no que tange ao acesso à saúde.

Também foram promovidos debates finais envolvendo a recepção de normas pré-constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a luta de garantias em face do abuso do poder do Estado (neste caso, retratou-se a exploração de riquezas naturais), a posição de Maquiavel e Spinoza no que diz respeito à liberdade e, por fim, a ampla necessidade de respeitar as instituições (que são as travas).

Isto posto, pode-se dizer que o GT foi deveras profícuo e importante, especialmente por envolver diversos tópicos tão caros e relevantes para refletir sobre Constituição, Teoria Constitucional e para a Democracia. Esperamos que a leitura das publicações seja tão proveitosa quanto foram os debates no Congresso em comento.

Atenciosamente,

Newton Cesar Pilau

Talissa Truccolo Reato

DIREITO À SAÚDE E ESCASSEZ: UMA LEITURA DA PORTARIA Nº 328 DO MEC

THE RIGHT TO HEALTH AND FISCAL SCARCITY: AN ANALYSIS OF THE ORDINANCE N. 328 OF BRAZIL'S DEPARTMENT OF HEALTH

Júlia Simões Neris [1]
Etides Yuri Pereira Queirós [2]

Resumo

A partir da expedição da Portaria nº 328 do Ministério da Educação, restou sobrestada a possibilidade de abertura de novos cursos e novas vagas para graduação em medicina no país, instituindo moratória administrativa de cinco anos. Enquanto política pública adotada, ela deve estar pautada nos preceitos constitucionalmente estabelecidos em prol da busca pela concretização do Direito à Saúde em sua máxima medida, sob pena de esvaziar o conteúdo jurídico da Constituição pátria, incorrendo no estabelecimento de promessas vazias. No entanto, é patente a existência de limitações materiais à realização dos direitos sociais, em virtude da existência de recursos escassos, sejam eles financeiros ou não, numa perspectiva econômica dos direitos, ante sua inserção em um Estado cujos fundamentos de instituição cumulam a liberdade de iniciativa com valores sociais. Como resultado, o que se verifica é o estabelecimento de política pública restritiva quanto à possibilidade de criação de novos recursos, a qual suscita críticas substanciais em virtude da ausência de estudos microrregionais sobre a oferta de médicos, em um país de tamanho continental, que soma realidades diametralmente opostas, dado o abismo social provocado por suas desigualdades

Palavras-chave: Portaria mec nº 328/2018, Direito á saúde, Escassez, Políticas públicas, Livre iniciativa, Leid dos mais médicos

Abstract/Resumen/Résumé

The expedition of Ordinance n° 328 of the Department of Education paused the opening of new Medical School’s graduation courses all over the country for five years. As a public policy adopted, it must be based on constitutionally precepts in favor of achieving maximum extent of the Right to Health, under penalty of emptying the legal content of the Brazilian Constitution, incurring in the establishment of empty promises. Nonetheless, the existence of material limitations to the realization of social rights is evident, due to the existence of scarce resources, financial or not, from an economic perspective of rights, in view of its insertion in a State whose institutional foundations combine freedom of initiative with social values. As a

[1] Mestranda pela Universidade Federal da Bahia, Pós-Graduada em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito, Graduada pela Universidade do Estado da Bahia

[2] Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós Graduado em Direito Tributário Universidade Cândido Mendes (2013). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2012).

result, what is verified is the establishment of a restrictive public policies regarding the possibility of creating resources, which raises substantial criticism due to the absence of micro-regional studies on the supply of doctors, in a country of continental size, which adds up diametrically opposite realities, given the social abyss caused by their inequalities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ordinance n° 328/2018, Righ of health, Scarce resources, Public policies, Freedom of initiative, Brazilian more medical doctors program

1. Introdução

Em 05 de abril de 2018, o Ministério da Educação expediu a Portaria nº 328, instituindo suspensão do protocolo de requerimentos que versassem sobre aumento do número de vagas e de editais de chamamento público que versem sobre a abertura de cursos de medicina no Brasil, os quais são regulados pela Lei dos Mais Médicos Lei nº 12.871/2013.

A justificativa dada para sua instituição é exatamente a promoção de melhorias nos cursos de graduação em medicina no país, impondo a eles maior fiscalização da qualidade do serviço ofertado, de modo a culminar, em última análise, na prestação de serviços médicos de melhor qualidade para a população. Não obstante, a efetividade e os resultados trazidos pela Portaria do MEC nº 328/2018 mostram-se pouco estudados, dentro da perspectiva econômica do Direito, sob o viés da promoção do Direito à Saúde por meio da atuação estatal, enquanto direito fundamental constitucionalmente estabelecido.

Nesse interim, é importante validar que a sua instituição ocorreu em um país de dimensões continentais, dotado de graves dificuldades na oferta de saúde pública. Estas, por sua vez, caracterizam-se como substancialmente onerosas no que tange aos custos de sua realização em face ao papel imputado ao Estado como agente pretensamente concretizador desses direitos através da formulação de políticas públicas que demandam alocação de recursos, como a designada através da Portaria do MEC nº 328/2018.

O Estado brasileiro encontra destaque na discussão, na medida em que, por um lado, figura como detentor de poder coercitivo e soberano utilizado em prol da imputação de restrições impostas à liberdade de iniciativa em face às instituições de ensino privadas, simultaneamente é o ente dotado de dever igualmente relevante em relação aos seus tutelados na realização dos fins almejados pela coletividade, marcadamente o Direito à Saúde.

Falta acesso a saúde à parcela substancial da população que não detém recursos econômicos para arcar com os custos de uma rede privada, falta o leito de Unidade de Tratamento Intensivo, a oferta de medicamentos essenciais ao tratamento de doenças rotineiras, a equipe médica especializada. O sobrestamento da possibilidade de abertura para cursos de graduação em medicina ocorre em país onde sobra a falta.

A preocupação em relação aos resultados promovidos pela política de sobrestamento dos editais para chamamento público de cursos de graduação em medicina alcança patamares mais elevados diante do contexto trazido pela pandemia de COVID-19 desde março de 2020, um dos maiores, senão o maior, desafio enfrentado pelo Sistema Único de Saúde pátrio desde os primórdios de sua criação. A grave situação resultante da crise sanitária evidenciou a precariedade da distribuição na oferta de instrumentos de saúde pelo país, ante a ausência do

quantitativo de profissionais aptos ao combate à COVID, o que resultou em medidas excepcionais como a antecipação da conclusão dos cursos superiores de medicina, conforme disposto na Lei 14.040/2020.

A Portaria nº 328 do MEC denota o modo como instituições normativas não se situam em âmbitos alheios às estruturas sociais, inclusive, pela forma como elas interferem diretamente nos parâmetros de liberdade econômica estabelecidos dentro da constituição empresarial em um sistema capitalista. Em sede de circunscrever o presente trabalho, importa validar desde já que não se intenta defender a supremacia de aspectos econômicos sobre ideias de justiça aos quais não podem nem devem estar atrelados irrestritamente a ganhos financeiros.

Ao contrário, o que se depreende é a utilização da análise econômica do direito através do conceito de escassez como meio do qual se deduz a compreensão de que comportamentos institucionais são afetados por regimes legais, bem como a compreensão de que a atuação estatal implica na articulação da análise dos benefícios intentados a partir do ônus decorrente do *modus operandi* estatal. Trata-se, em certos aspectos, de uma análise consequencialista do custo-benefício da expedição da portaria objeto do trabalho.

Nesses termos, a justificativa para o presente trabalho está pautada na carência de estudos em relação às controvérsias decorrentes da efetividade da imobilização por cinco anos da possibilidade de aumento da oferta de profissionais da saúde através da implantação de novos cursos de medicina, por meio de ato normativo executivo.

Figura-se como pergunta de pesquisa, então: haveria compatibilidade entre a Portaria nº 328 expedida pelo Ministério da Educação e os preceitos constitucionais norteadores dos direitos fundamentais à saúde e a livre iniciativa, sob o viés consequencialista da análise econômica do direito quanto à sua compreensão de escassez, a partir dos estudos propostos por Gustavo Amaral?

Para tanto, mostra-se imprescindível a inserção do trabalho na realidade pátria, a partir dos demonstrativos arbitrados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e o Conselho Federal de Medicina, ao dispor sobre a oferta de médicos e especialidades pelo país, bem como as consequências já enfrentadas em virtude da pandemia de COVID-19 na alocação de recurso. Em seguida, mostra-se necessária a análise do tratamento constitucional do Direito à Saúde no país, em seu âmbito coletivo, enquanto norteador, inclusive, de políticas públicas e da legislação infraconstitucional, cujo dever é dotá-lo de efetividade.

Assim, será brevemente retratada a progressão legislativa que disciplina a abertura de cursos de graduação em medicina no Brasil, a qual culminou no estabelecimento da Portaria

nº 328 do MEC, para, esclarecidas as nuances que envolvem a expedição do referido ato normativo, seja possível analisa-lo a luz dos pressupostos vinculados à análise econômica do direito, especificamente no que tange à compreensão de escassez.

O presente trabalho não almeja esgotar todas as discussões acerca da alocação de recursos escassos não financeiros na perspectiva da saúde ou mesmo exaurir os debates acerca da aptidão da Portaria nº 328 do Ministério da Educação para figurar como melhor meio de regulação da oferta de vagas de medicina no país. O que se intenta é, sobretudo, suscitar o debate sobre tema de substancial relevância na distribuição de médicos pátria, apesar da ausência de estudos sobre a sua capacidade de atingir o resultado pretendido.

2. A Oferta de Médicos no Brasil

A análise primordial da oferta de médicos no mundo é realizada através da razão entre o número de médicos por mil habitantes. O referido é perceptível nos estudos das mais diversas instituições ao longo dos anos que se propuseram a aferir a densidade demográfica médica no Brasil no decorrer do tempo (SCHEFFER, 2021) (NÚCLEO DE EDUCAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA, 2010). Contudo, não obstante a importância dos parâmetros metodológicos decorrentes da proporção mencionada, esta apresenta carências em se tratando da distribuição de médicos em um país de dimensões continentais.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2021, a população brasileira atingiu a marca de 213,3 milhões de habitantes, em relação a qual 21,9% encontram-se em 17 municípios, detentores de mais de um milhão de habitantes. Do referido, é possível diagnosticar uma substancial concentração demográfica da população em centros urbanos, implicando em disparidades significativas quanto à distribuição populacional não apenas entre municípios, mas, sobretudo, entre os estados da federação e macrorregiões.

Como nivelar, por exemplo, a necessidade de médicos em municípios cuja distinção populacional é imensa, tanto em questões culturais, quando em limitações físicas de acesso? Como analisar disponibilidade de acesso a direitos fundamentais vinculados à saúde em cidades detentoras de bairros cuja renda per capita varia entre às maiores e menores do mundo? São as margens ocultas das estatísticas que, se aferidas fora da realidade cotidiana, não evidenciam a profundidade e complexidade das questões ora enfrentadas.

As disparidades, assim, não estão adstritas unicamente a volumes populacionais gerais. Como é sabido, as desproporções sócio-econômicas entre as regiões do país são notórias, marcadas por indicadores estatísticos que concentram menor renda *per capita*, instabilidade alimentar, violência, desemprego, de modo que a articulação de políticas

públicas deve levar em conta as especificidades vinculadas à realidade de cada local, sob o risco de mostrarem-se ineficazes.

Segundo o Núcleo de Educação em Saúde Coletiva, essas variáveis seriam necessárias à apreensão de um índice de escassez que evidenciaria os níveis de insegurança assistencial à saúde (2010, p. 22). Em seu cômputo, levando em consideração os aspectos sócio-econômicos em relação à escassez de médicos em Atenção Primária em localidades, em 2010, dos 1.280 municípios brasileiros cujos índices de escassez de médicos diagnosticados, 49,3% da população residente em áreas de escassez mora na região nordeste. Na região norte, por sua vez, 21,3% da população está exposta a escassez médica (2010, p. 34).

No estudo, é imprescindível aduzir que, entre os parâmetros utilizados, está a proporção de médico por 3000 habitantes, ou seja, universo populacional muito superior àquele em geral utilizado nas bases de cálculo sobre o tema, apresentando-se como ferramenta na análise da demografia médica interessante ao debate da alocação de recursos humanos na gestão da saúde no Brasil.

Em um país marcado por desigualdades, a desigualdade na distribuição geográfica e social de profissionais acarreta restrições de acesso aos serviços de saúde, de modo que, não raro, regiões mais distantes dos grandes centros urbanos detém o ônus diário de suportar a escassez nos serviços de saúde a elas prestados. Realidade esta que, infelizmente, se apresenta como uma tendência mundial (RAMALHO FILHO, LIMA, 2018, p. 223).

À época, o Brasil contava com 540 habitantes por médico. Não obstante, o Núcleo de Educação em Saúde Coletiva salientava a existência de saturação médica em grandes centros urbanos, enquanto, por outro lado, ainda existiam municípios com escassez absoluta dessa força de trabalho (2010, p. 3). Exemplificando a situação, a região sudeste detinha cerca de 60% do contingente médico do país.

Na atualidade, mais de uma década após a referida análise, o Conselho Nacional de Justiça reafirma a disparidade entre as macrorregiões do país não apenas em relação a médicos, mas, ainda, sobre a oferta de profissionais de saúde em geral. Exemplificativamente, os estados do sudeste detêm cerca de 46% da quantidade total de profissionais de saúde ativos no país. Nesse interim, o estudo apresenta em números absolutos o quantitativo de 795.987 médicos em atendimento à saúde do Sistema Único de Saúde em 2019 e 2020, perfazendo 25,66% do total de profissionais vinculado aos serviços de saúde (2021, p. 43).

Como consequência direta da desigualdade social, estados como São Paulo detém mais de cinco médicos por mil habitantes, enquanto o estado do Maranhão apresenta índice de 1,35 médicos a cada mil habitantes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 43).

No mesmo sentido, segundo a análise Scheffer (2020, p. 35), em pesquisa articulada em parceria entre a faculdade de medicina da Universidade de São Paulo e o Conselho Federal de Medicina, acerca da demografia médica brasileira, em 2020, o Brasil passa a ter a proporção de 2,38 médicos por 1000 habitantes, maior quantitativo absoluto e densidade de médicos já verificados na história do país. Não obstante a importância e atualidade do referido estudo, nele são utilizados parâmetros metodológicos baseados no número absoluto de médicos, em relação à dimensão territorial e populacional do país, cumulada com o número de registros médicos vigentes.

Em análise crítica aos parâmetros estatísticos mencionados, reforça-se que a razão entre áreas geográficas, montante populacional e a distribuição espacial de médicos não considera, por exemplo, variações em níveis de atividades que denotam a quantidade e qualidade do serviço prestado, como produtividade, especialidade, carga horária semanal e oferta de outros profissionais.

Os dez anos que separam as pesquisas do Núcleo de Educação Coletiva e de Scheffer foram marcados pelo acréscimo de 179.838 novos médicos ingressando do mercado de trabalho (SCHEFFER, 2020, p. 36). O aumento decorreria, assim, da progressão no número de faculdades de medicina ao longo do tempo, o que pode ser deduzido, inclusive, ante a comparação entre o total de médicos no ano em relação ao número de vagas ofertadas no mesmo período, conforme tabela construída pelos autores, a partir dos dados articulados por Scheffer (2020, p. 95):

Ano	População	Médicos (indivíduos)	Oferta de vagas de graduação em medicina
2001	169.590.693	329.110	11.541
2010	190.755.799	320.477	16.836
2020	210.147.125	500.000	37.823

O gráfico denota que a oferta de médicos no país está vinculada tanto ao volume populacional, quanto a abertura de vagas em cursos de medicina, não sendo, contudo, estruturadas de modo absolutamente proporcionais. O referido pode ser notado quando, em 2020, o número de vagas ofertadas é superior ao dobro do exposto em 2010, sem, contudo, ter havido duplicação da população brasileira.

Como se não bastasse a desigualdade nos estados, é igualmente contundente a desigualdade entre municípios do interior e a capital, posto que os médicos e equipamentos de

saúde via de regra se concentram majoritariamente nos centros urbanos, o que implica em redução da sua oferta nas regiões interioranas, ficando, inclusive, abaixo de um médico por mil habitante em todos os estados nordestinos (SCHEFFER, 2020, p. 55). Assim, a distância do interior para as grandes cidades torna-se fator relevante ao acesso à assistência à saúde, ante a concentração de profissionais em um país de consideráveis proporções geográficas.

Outra evidência de escassez de profissionais médicos é a judicialização para atendimento, em virtude da carência de profissionais especialistas em determinadas áreas localidades. Estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2021, p. 36-40) denota a desproporção e escassez na oferta de serviços especializados entre as municipalidades, posto que os profissionais desproporcionalmente distribuídos, localizados majoritariamente em grandes centros urbanos.

Por escassez, aqui se utiliza a compreensão de Gustavo Amaral (2001. p. 134), segundo a qual haverá escassez de um bem, em diferentes graus, quando não houver o bastante para a satisfação de todos, seja ela natural, quase natural ou artificial. Em sentido semelhante, ao analisar a construção do índice de escassez dos profissionais da saúde em 2010, o Núcleo de Educação em Saúde Coletiva da Universidade Federal de Minas Gerais conceitua escassez a partir de parâmetros econômicos:

> O conceito de escassez, na economia, é usualmente reservado com referência a situações nas quais os recursos disponíveis são insuficientes para atender as satisfações. Quando falamos em escassez de um bem ou recurso queremos dizer que ele não existe em quantidade suficiente para satisfazer a todos os indivíduos nos níveis que dele necessitam. A intensidade da escassez pode variar em grau (forte/fraca) e natureza podendo ser considerada artificial nos casos em que os governos poderiam, caso decidissem fazê-lo, tornar o recurso em questão disponível para todos ao nível da satisfação. (2010, p. 6)

Assim, à luz de uma perspectiva economicista, médicos são recursos financeiros escassos, os quais foram inseridos em um contexto de incerteza a partir da pandemia, tornando a situação ainda mais aguda. Isto porque, ante um dever estatal de atuação em prol da concretização máxima do direito à saúde em uma realidade de escassez, o estabelecimento de parâmetros mínimos genéricos não responde às especificidades regionais de um país desigual, no qual a ausência de oferta equiparada à necessidade populacional é absolutamente dissonante aos preceitos de vida digna prometidos pelo Estado Democrático de Direitos brasileiro.

Dessa feita, ante o reconhecimento de limitações práticas em uma realidade de escassez, é essencial o estudo do tratamento jurídico dado ao Direito à Saúde no país, com

consequente análise da legislação que versa sobre a alocação de recursos humanos e as políticas públicas implementadas, em especial as que versam sobre a oferta de vagas.

3. A Concretude do Direito à Saúde sob o prisma da Regulamentação da Oferta de Cursos de Medicina no País

Na promulgação da Constituição Federal de 1988, a Magna Carta deteve a importante função de instaurar um novo regime político no país, o qual estabelece como dever estatal expressamente a designação de políticas públicas destinadas à proteção da saúde individual e coletiva (arts. 6º, *caput*, e 196, CF/88), qualificando o Direito à Saúde à condição de direito social, cunhado como direito fundamental.

O que se evidencia, portanto, é que a nível constitucional, o Direito à Saúde tem caráter amplo, tanto em seu âmbito individual quanto coletivo, estabelecido através de competências comuns a União, Estados e Municípios (art. 23, CF/88). Além disso, sua amplitude decorre ainda da apreensão que a saúde poderá ser ofertada tanto em sua modalidade pública, dentro de um sistema integrado pautado em valores sociais, quanto em sua modalidade privada, de maneira suplementar, vinculada à liberdade de iniciativa (art. 199, CF/88). Em quaisquer dessas realidades, não obstante, a regulamentação, fiscalização e controle são de responsabilidade do Poder Público (art. 197, CF/88).

Desde então, ante a designação de responsabilidade por parte do Estado brasileiro em responder às necessidades populacionais, mostrou-se imprescindível à articulação de um sistema de saúde universalizado, no qual, em caráter ideal, fosse possível atrelar o desenvolvimento econômico, com princípios democráticos e progressos sociais, como intentam os pressupostos do Estado Democrático de Direito prescrito no art. 1º, da CF/88 (BAPTISTA, MACHADO, LIMA, 2009. p. 831).

Quando se deduz, portanto, que, dentro de um sistema de saúde, o Estado brasileiro será regido por um princípio de universalidade, significa dizer que ele deverá ofertar condições materiais em prol do exercício e acesso à assistência em todos os seus diferentes patamares, independentemente de desigualdades econômicas, sociais ou regionais (GEBRAN NETO, 2015, p. 5).

O princípio da integralidade, por sua vez, sustenta que o indivíduo tem o direito de ser compreendido a partir da totalidade de sua humanidade, de modo que fatores bio-sociopsíquicos devem ser considerados na promoção de medidas a serem tomadas no cuidado

à saúde, abarcando os processos de prevenção, proteção e recuperação (GEBRAN NETO, 2015, p. 7).

Em sentido diverso à compreensão de imposições positivas ao Estado, contudo, ao tratar da própria busca pela concretização do direito, Baptista, Machado e Lima apresentam a ausência de recursos humanos como uma das restrições às atividades estatais em prol da efetividade do direito à saúde (2009, p. 831).

A ausência de recursos irrestritos figura como outro caráter impeditivo das prestações estatais positivas, sejam eles financeiros ou humanos, posto que há limites materiais para o que o Estado pode ofertar a partir da receita dele advinda. A concretização de direitos demanda custos econômicos, que nem sempre correspondem a recursos pecuniários. Em se tratando da busca pela oferta de saúde igualitária, há limitações, inclusive, na disponibilização de pessoal e na sua distribuição pelo território nacional.

A pandemia do COVID-19, por muitas vezes, comprovou que embora seja viável a alocação imediata de montantes financeiros em caráter excepcional, existem recursos humanos limitados. Em um país marcado pela morte de 614.681 pessoas vitimadas pelo coronavirus até 01 de dezembro de 2021, a realidade extenuante dos profissionais médicos em linha de frente foi caracterizada por transtornos como irritabilidade, escassez de equipamentos de proteção individuais, trabalhos extenuantes, aumentos de carga horária, estresse, perda de satisfação pessoal (LEONAL, 2021). É possível imprimir dinheiro, mas não é possível a fabricação de médicos, enfermeiros e técnicos.

Assim, segundo Gebran Neto (2015, p. 18-19), a implementação de políticas públicas em saúde demanda atribuição de prioridades, no sentido de haver ordenamento das preferências a serem atendidas, bem como aumento da eficácia e otimização dos recursos alocados. Por alocação, então, é compreendida a distribuição de recursos existentes em realidade onde existem condições de escassez relativa.

Reconhecendo a existência de recursos escassos na efetivação de direitos, Holmes e Sunstein (2019, p. 116) estabelecem inexorável vinculação entre economia e demanda por direitos. Embora referida dimensão implique em valorização de uma controversa perspectiva utilitarista do direito, a partir da transposição de análises econômicas para a seara jurídica, indiscutível é que, para a concretização dos direitos sociais, recursos devem ser alocados, inclusive em virtude de legislações protetivas do orçamento público e escolhas políticas.

Os autores são precisos ao aduzirem que os direitos sociais são financiados por uma estrutura comunitária que compulsoriamente arca com a pecúnia imprescindível à manutenção

e monitoramento do sistema, sem, necessariamente, deter contraprestação equitativa ofertada pelo Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 123).

Direito à saúde trata-se, portanto, de direito fundamental, de modo que suas restrições devem ser profundamente justificadas, posto que, em geral, incidem sobre a carência ou necessidade humana que demanda proteção, sobretudo quando detém influências em relação ao sofrimento pessoal ou aspectos de autonomia individual, inerentes à compreensão de dignidade.

Para o presente trabalho, importa circunstanciar que a liberdade de iniciativa vinculada aos desígnios destinados à concretização do Direito à Saúde no país está atrelada, ainda, ao Direito à Educação através da oferta mercadológica de profissionais aptos ao desenvolvimento de atividades em saúde, como meio para se almejar o atendimento integral e o acesso universal, através de um sistema hierarquizado e único. Desse modo, políticas de promoção à saúde jamais poderão desconsiderar aspectos elementares das políticas de ensino e fomento dos cursos destinados à formação de profissionais médicos.

Desse modo, reconhecendo a importância dos recursos humanos na administração da saúde no Brasil, em 22 de outubro de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.871, popularmente conhecida como “Lei dos Mais Médicos”, merecendo referência direta ao prescrito em seu art. 1º, I.

A normativa reconhece, primordialmente, um estado de escassez e desigualdade que permeia a distribuição médica pátria, motivo pelo qual estabelece, em seu Capítulo II, os parâmetros da autorização para funcionamento dos cursos de medicina no país, consignados a partir de chamamento público, cujo intuito é exatamente reduzir as distinções regionais ante a imposição ao Poder Público que este proceda com análises de viabilidade antes da efetiva expedição de autorização.

O art. 3º da Lei dos Mais Médicos, que autorizou o Poder Executivo o planejamento geográfico do investimento empresarial em cursos de medicina, visou sanar desequilíbrio na formação de profissionais médicos entre macro e microrregiões do país, em consonância com o disposto no art. 3º, III, da CF/88. A legislação, portanto, abarca a compreensão de escassez como um pressuposto dentro da realidade fática em que o país se encontra, em relação ao qual devem ser alocados recursos humanos como meios de satisfação de direitos, diante das prestações positivas impostas ao Estado.

A imposição de chamamento público para a abertura de novos cursos intenta exatamente impor ao poder público uma forma de enfrentamento às carências regionais da população que reside fora de grandes cidades, de modo a ensejar a articulação de estratégias e

racionalização da destinação de recursos, ante os já mencionados custos decorrentes da efetivação de direitos sociais, conforme se verifica do disposto no art. 2º, I, da Lei nº 12.871/2013.

O que se verifica através do estabelecimento de editais para chamamento público em prol da autorização para oferta de novas vagas em cursos de graduação e medicina é verdadeira restrição à liberdade de iniciativa, mesmo esta figurando como pressuposto do Estado Democrático de Direitos.

Ocorre que, apesar da promulgação da lei, a carência de médicos no país demandava uma medida de curto prazo em caráter emergencial. A resposta foi encontrada através do desenvolvimento de programas de intercâmbio médico, atraindo médicos de nações cuja oferta era propícia à adesão aos programas, notadamente Cuba, a qual apresentava em 2018 a surpreendente marca de 7,5 médicos por mil habitantes (RAMALHO FILHO; LIMA, 2018. p. 22), através de pacto de cooperação triangular entre a Organização Pan-Americana da Saúde, o Brasil e Cuba: Projeto de Cooperação para o Mais Médicos.

Apesar de toda a inequívoca demonstração da existência de políticas públicas norteadas pela compreensão de escassez quanto à oferta e distribuição de profissionais de saúde no Brasil, em 05 de abril de 2018, foi expedida a Portaria nº 328 pelo Ministério da Educação, segundo a qual restariam suspensos, por cinco anos, a publicação de edital de chamamento público para autorização de abertura de novos cursos de graduação em medicina ou aumento de vagas dos cursos já existentes[1].

O que pode ser verificado pela narrativa legal até então exposta é que após anos de tentativas reiteradas para a alocação de recursos humanos médicos em regiões longínquas do país, a principal forma de geração de novos profissional é sobrestada sob a justificativa de saturação de mercado, diagnosticada a partir de dados cuja metodologia é bastante questionada pela utilização de dados absolutos que não evidenciam a necessidade populacional, ao ignorar coeficientes vinculados à pobreza e desigualdades, como exposto em sessão inicial do presente trabalho.

Como se não bastasse, importa validar que, em período anterior à moratória instituída pela Portaria nº 328 do MEC, o procedimento para chamamento público de novas vagas de graduação, implicava, em um primeiro momento, na convocação pública dos municípios que demonstravam atendimento a requisitos cumulativos destinados a demostrar a carência de profissionais na região. Embora os próprios editais de chamamento municipal fizessem prévio

[1] Nota: O marco temporal de incidência da Portaria do MEC nº 328 de 05 de abril de 2018 foi alterado pela Portaria nº 1.302, de 4 de dezembro de 2018.

reconhecimento do binômio necessidade-capacidade para oferta de novos cursos, eles instituíam um limite na quantidade de municípios que poderiam compor o certame.

Em outras palavras, o número de municípios aptos a dispor de novos cursos de graduação em medicina era maior do que as restrições numéricas impostas pelos editais de modo a não suprir a carência microrregional de médicos, carências estas reconhecidas pelos próprios Ministérios da Saúde e da Educação, o que pode ser exemplificado com a leitura dos itens 2.3 e 2.4 do Edital SERES nº 2, de 7 de dezembro de 2017.

Do Edital mencionado, é importante também evidenciar a sua relevância social. Isto porque, com o chamamento público de munícipios é realizada análise de viabilidade regional. Só será possível a realização de chamamento público de instituições de ensino superior, quando em caráter anterior foi feita análise de viabilidade microrregional do município que almeja a implantação, gerando dados importantes sobre a situação dos instrumentos de saúde na localidade, entre os quais a oferta de médicos e índices de carência vinculados à pobreza.

Há, portanto, uma dupla análise de viabilidade imprescindível ao reconhecimento das carências existentes a nível local, posto que em sede de edital municipal, serão avaliados aspectos como proximidade entre a região e a capital; oferecimento de infraestrutura pública; como os leitos vinculados ao Sistema Único de Saúde e equipes de atenção básica; entre outros. Não obstante, ainda que todos os municípios convocados tenham características que evidenciem não apenas a viabilidade, como, sobretudo a carência local, o edital, ainda que sem qualquer justificativa, pode impor limitações a quantidade de municípios que poderão compor o certame.

Após, com o edital de chamamento das instituições de ensino, haveria nova avaliação de mérito das propostas em relação às necessidades locais, conforme se verifica dos itens 8, 10 e 17 contido no Edital SERES nº 1, de Março de 2018. Nessa fase, é imprescindível a apresentação de projeto pedagógico que demonstre adequação ao desenvolvimento de redes de atenção em todos os níveis da saúde, a partir das:

> demandas efetivas de natureza demográfica, geográfica, cultural, epidemiológica e sociocultural da região, apresentando elementos que demonstrem plena integração com o sistema de saúde local e regional e ações de valorização acadêmica da prática comunitária e de apoio ao fortalecimento da rede regional de saúde.
> (...)
> P1.9 – Vinculação com o SUS
> Projeto pedagógico do curso expressa integração com o ensino-serviço e ênfase na atenção primária e secundária, permitindo ao aluno vivenciar a realidade local e as necessidades sociais da saúde.

Caso não seja verificada a compatibilidade, a proposta não será admitida.

Assim, as referidas modalidades de avaliação local da oferta de médicos só ocorreriam mediante abertura de editais, os quais se encontram sobrestados em virtude da Portaria nº 328/2018, do MEC, o que resulta na ausência de dados vinculados à distribuição de médicos em microrregiões.

Os dados utilizados, assim, passam a ser macrorregionais, inaptos a demonstrar os graus de desigualdade a que a oferta de médicos está sujeita a nível municipal, bem como as distinções reais entre o serviço ofertado entre as capitais e as regiões interioranas.

Nesse sentido, embora o Edital da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior, nº 1 de 28 de março de 2018 decorra de avaliação local, ele não justifica a restrição no número de vagas designada ou se estariam em quantidade suficiente para que fossem aptas a reduzir a escassez regional. Ao contrário, é estabelecido o mesmo número de vagas para todos os municípios, ainda que localizados em estados diferentes, o que aduz questionamentos contundentes sobre a sua suficiência.

A Lei dos Mais Médicos e a Portaria nº 328 do MEC evidenciam a primazia dos poderes Executivo e Legislativo na tomada de decisões políticas que versam sobre a disponibilidade de médicos no país, respaldadas por dados que são caracterizados pela ausência de informações relevantes, resultando em patente desconformidade entre os objetivos intentados pela Lei nº 12.871 e o ato executivo.

Quando se fala de escolha política, aqui se quer dizer que é uma tomada de decisões dentre as diversas outras opções alocativas existentes.

Os efeitos da Portaria nº 328 do MEC podem ser sentidos, quando se depura a evolução mínima no crescimento da oferta de vagas nos cursos de graduação em medicina desde 2018, quando comparada à progressão nos atos anteriores, saindo de 37.346 para 37.823, entre 2019 e 2020 (SCHEFFER, 2020, p. 95). O estudo quantitativo proposto por Scheffer, contudo, não faz qualquer menção à moratória instituída pelo Poder Executivo. O mesmo pode ser dito quando realizada projeção de novos médicos, não havendo qualquer menção à suspensão para abertura de novos cursos ou vagas.

Uma vez que sua compreensão não é uníssona pelos juristas pátrios, as restrições a direitos fundamentais propostas pela Portaria nº 328 do MEC têm sido objeto de guarida em sede judicial nos Tribunais Regionais Federais de todo o país, valendo citar os processos de nº 1000104-41.2018.4.01.3601, 1000767-47.2018.4.01.3000, 1000260-81.2018.4.01.4101, 1004923-39.2019.4.01.4101 e 1011664-27.2020.4.01.3304, na medida em que se compreende

o referido ato normativo como, antes de tudo, uma opção política apta ao reexame em caso de ilegalidades.

Ante os substanciais questionamentos acerca da eficácia da Portaria, o Plenário do Conselho Nacional de Saúde emitiu em 10 de maio de 2018 a Recomendação nº 15, em relação a qual, considerando as desigualdades regionais evidenciadas através da pesquisa demográfica médica de 2018, compreende que a Portaria MEC nº 328/2018 deve ser revogada por ampliar as carências já existentes, bem como pleiteia pela participação em seus processos.

Assim, se por um lado o Direito á Saúde implica em prestações positivas em face ao Estado, na análise da Portaria nº 328 do MEC, é possível falar da prestação negativa, em prol de que pode ser esperado que ele se abstenha da promoção de medidas restritivas da Liberdade de Desenvolvimento das Atividades Econômicas, quando a restrição conduzir à limitação na oferta de médicos no país, agravando a sua escassez e maximizando desigualdades.

4. A Portaria MEC nº 328/2018 e o Dever Estatal de concretização do Direito à Saúde

Apesar das dificuldades na localização de documentos públicos que demonstrem as justificativas para a expedição da Portaria MEC nº 328/2018, elas podem ser deduzidas das manifestações por parte da União nos inúmeros processos judiciais que versam sobre a constitucionalidade do ato do Poder Executivo.

Da análise das manifestações da advocacia geral da União, nos autos dos processos tombados sob nº 1000104-41.2018.4.01.3601, 1000767-47.2018.4.01.3000, 1000260-81.2018.4.01.4101, 1004923-39.2019.4.01.4101 e 1011664-27.2020.4.01.3304 é possível deduzir que sua argumentação em prol da manutenção da Portaria MEC nº 328/2018 circunda que a expansão do número de vagas de cursos de medicina ao longo dos últimos sete anos seria suficiente para o montante populacional brasileiro.

A União, por meio de seus representantes, sustenta ainda a busca pela melhoria na qualidade da oferta, conforme prescrito pela Lei nº 12.871/2013, promovendo um aperfeiçoamento da mão de obra, estando ela voltada para Atenção Básica de Saúde. O sobrestamento decorrente do ato Executivo figuraria como medida necessária à contenção do crescimento expressivo de cursos instalados, a fim de que se verifique a sua qualidade.

Para o ente público a mera constatação de que há carência de médicos no país não seria suficiente a quaisquer conclusões sobre oferta de vagas ou abertura de novos cursos de medicina. Todavia, à luz de pressupostos lógicos, para que essa afirmação fosse correta, o

contrário também seria: se não há relação entre a carência de médicos e a falta de cursos de medicina, a suposta saturação de vagas não pode ver-se correlacionada com a quantificação suficiente de médicos no país, que é exatamente o que leva a crer a expedição de Portaria que restringe direitos fundamentais sob a justificativa de quantitativo suficiente de médicos e vagas.

Ocorre que, de fato, entre a promulgação da Lei dos Mais Médicos, em 2013, e a edição da Portaria do Ministério da Educação nº 328 em 2018, houve aumento em 16.284 vagas de medicina, a partir dos dados ofertados por Scheffer (SCHEFFER, 2020, p. 95). Não obstante, o mesmo estudo sustenta que apenas o estado de São Paulo concentra 25% das vagas de cursos de medicina em todo o país, enquanto o já mencionado estado do Maranhão, detentor de apenas 1,35 médicos a cada mil habitantes concentra apenas 9,3 vagas por cem mil habitantes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 45).

O tema não detém respostas fáceis. Dentro de um sistema capitalista, "Os cuidados médicos são produtos oferecidos em um mercado que responde às leis da economia" (AMARAL, 2001, p. 142). Assim, mesmo na inexistência de recursos financeiros ilimitados, em se tratando da alocação de mão-de-obra humana, finita e sujeita aos desgastes da condição humana, ainda prevaleceriam critérios de escolha de racionalidade econômica na sua alocação.

Não obstante, a problematização acerca da quantidade de instituições que ofertam as vagas de medicina como um óbice à sua qualidade técnica é um ponto a ser questionado ante o cenário evidenciado através da sessão inicial do trabalho. Pelo referido, nos parece que a qualidade técnica oferecida pelos cursos já existentes está adstrita a um procedimento mais intenso de fiscalização dos cursos existentes do que efetivamente à indisponibilidade de criação de novos.

Defender uma distribuição igualitária de médicos no país, em prol da concretização de preceitos como liberdade econômica e direito à saúde implica em reconhecer que a igualdade de tratamento no oferecimento de serviços encontra como desafio a escassez, ante o custo decorrente da manutenção de sistemas públicos, ainda que não sejam necessariamente custos financeiros (AMARAL, 2001, p. 135-136).

No mesmo sentido, dentro de uma compreensão universalizadora e integralizadora de direito à saúde, enquanto direito fundamental, a instituição de uma política pública calcada em parâmetros restritivos deve ser inequívoca e clara em relação à sua necessidade e os seus resultados. Por isso, não há como tratar da Portaria nº 328 do MEC sem versar minimamente sobre as compreensões de escassez.

De início, é notório que a restrição é decorrente da metodologia que leva em conta o cômputo do número absoluto de médicos por mil habitantes. Esse é um dos grandes problemas na análise de efetividade da Portaria nº 328 do MEC. A complexidade nas decisões alocativas decorre do fato delas comumente serem disjuntivas. Isto porque ao visar resguardar certo interesse, é possível a geração de ameaças a interesses diversos, mas que são juridicamente tutelados do mesmo modo.

No caso em exame, enquanto o art. 3º da Lei dos Mais Médicos institui a necessidade de chamamento público regional com fulcro de melhorar a distribuição demográfica de médicos no país, posto que o próprio procedimento vinculado ao chamamento realiza avaliações de viabilidade locais muito mais precisas no que tange à capacidade de aparelhamento de saúde municipal, do que a mera proporção de médicos por mil habitantes, utilizada como parâmetro para a compreensão da existência suficiente de médicos.

A mera realização de chamamentos públicos em algumas cidades do país entre 2014 e 2017 não pode figurar, por si só, como justificativa para o sobrestamento total da oferta de novas vagas. Isso decorre do fato de que se trata de país desigual com dimensões continentais que se propõe a institucionalização de um sistema unificado de saúde, em prol de dotar de eficácia norma constitucional.

As especificidades microrregionais, contudo, são mais bem identificadas a partir de parâmetros que ocorrem através dos próprios procedimentos inerentes aos processos de chamamentos públicos para municípios e para instituições de ensino. É o que se deduz do Decreto nº 9.235/2017, ao versar sobre o fluxo para aprovação de cursos, prescrevendo realização de avaliação *in loco*, em seu artigo 42.

A Portaria nº 328 do MEC é expedida no intuito de restringir a oferta de cursos de medicina para fortalecer a fiscalização dos já existentes. Contudo, sua instituição implica em rigorosa limitação à liberdade de concorrência e restringe a oferta de médicos no país. Além disso, acarreta restrições à formulação de dados relevantes à saúde pública, posto que, como já demonstrado, eles são articulados ao longo dos procedimentos vinculados aos chamamentos públicos, na medida em que estes diferem dos estabelecidos para análise de oferta de médicos em macrorregiões, levando em consideração necessidades locais mais aptas a evidenciar os níveis de pobreza sustentados como relevantes através dos estudos do Núcleo de Educação em Saúde Coletiva.

O sobrestamento, assim, pode ter como consequência que o município tenha estrutura física para o aporte de um curso de graduação em medicina, mas isso sequer será avaliado, posto que referidas análises só ocorrem na constância da abertura dos editais de chamamento.

Isto pode ser vislumbrado, inclusive, do parecer realizado pelo Conselho Nacional de Saúde em 17/12/2019, nos autos do processo de nº 0002846-61.2015.4.01.3310, em relação ao qual houve determinação de abertura do curso de graduação em detrimento à Portaria nº 328/2018, diante da necessidade regional.

Caso a Portaria MEC nº 328/2017 fosse de fato eficaz, a análise regional mencionada jamais poderia coadunar com o aumento em mais do dobro do número de vagas oferecidas no município e entorno, posto que não figuraria como medida apta a promover o desenvolvimento da saúde local. Em sentido oposto, a análise local realizada pelo Conselho Nacional de Saúde parte de parâmetros sociais vinculados ao desenvolvimento da área a qual se almeja a instalação do curso, ao contrário da análise genérica que fundamenta a expedição da portaria.

A situação se agrava quando se depura que a inviabilidade de nova oferta de vagas figura como política pública restritiva da livre iniciativa, pautada na geração de escassez. Ao contrário do que Gustavo Amaral (2001, p. 147) expõe ao tratar de decisões trágicas na alocação de recursos, a escolha por parte do Poder Executivo em limitar o número de vagas não é trágica apenas pela escassez de recursos, que pode resultar em mortes por falta de atendimento médico, ou por figurar como uma restrição à liberdade de desenvolvimento de atividade educacional, podendo acarretar a formação de monopólios pelos grandes conglomerados educacionais que não deterão nova concorrência.

A tragicidade da situação decorre do fato inconteste de se tratar de uma escolha, uma opção do Poder Público, apta a culminar na manutenção das desigualdades regionais na oferta de médicos, a qual detém como resultado o estabelecimento de proporções médico-habitantes absolutamente precária, agravando a já delicada oferta de médicos no país.

O referido parecer evidencia por amostragem uma realidade que existe, mas é desconhecida em virtude da ausência de dados microrregionais: apesar de o estado da Bahia deter o montante de 2.483 vagas para cursos de graduação em medicina e o total de 24.413 médicos, perfazendo a proporção de 7,1 médicos por mil habitantes (SCHEFFER, 2020, p. 95), quando se verifica especificamente a região da cidade de Eunápolis, deduz-se que esta detém uma proporção de 0,96 médicos por mil habitantes (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2019, p. 5).

Tanto a Lei dos Mais Médicos quanto o ato normativo ora sob análise partem do pressuposto elementar de que não há recursos suficientes para todos, mas na concretização do Direito à Saúde, em seu plano de eficácia em face à escassez, os parâmetros usados por ambas são diametralmente opostos.

A consequência da má alocação de recursos agravando estados de escassez advém de situações complexas, mas cujas medidas nela envoltas devem estar centradas em estimativas reais, posto que trabalham com vidas humanas. Nas palavras de Gustavo Amaral:

> Talvez pela própria complexidade da questão e pela complexidade moral de ostensivamente negar a alguém um recurso que lhe é vital, há a tentação de "escolher por não escolher", disfarçar a existência de escolhas trágicas por meio de critérios que parecem neutros, onde a "negativa à vida" pode ser creditada à Providência. (AMARAL, 2001, p. 172)

Nos parece ser esse pressuposto importante ganho advindo com a Lei dos Mais Médicos: trata-se de uma legislação que reconhece ser imprescindível administrar a escassez com a finalidade de concretizar direitos fundamentais, reconhecendo sua inserção em um país dotado das mais diversas desigualdades, não tendo sido possível, ainda a isonomia no estabelecimento de padrões de vida aceitáveis para todos os seus cidadãos. Em suma, a Lei dos Mais Médicos deduz a escassez como regra e opera sobre ela na busca da articulação de políticas públicas aptas a reduzi-la.

O sobrestamento de novos cursos opõe-se, portanto, às referidas diretrizes, mostrando-se em desconformidade com o Direito à Saúde instituído como direito fundamental pela CF/88, inclusive, no que tange às regiões deficitárias em número de profissionais médicos, posto que a ausência de criação de novos cursos tende a manter a notória desproporção da oferta de médicos entre as macro regiões do país e as micro regiões dos Estados. Isto porque, quanto mais distantes os municípios se encontram dos grandes centros urbanos, menor a disponibilidades de agentes de saúde per capito.

5. Considerações Finais

Na medida em que a Constituição Federal de 1988 articula promessas em prol da concretização de direitos sociais, tornando-as basilares de todo o ordenamento jurídico, os atos normativos vinculados à alocação de recursos têm o dever de refletir a finalidade estatal pré-definida. Entre os mais importantes direitos sociais por ela estabelecidos, encontra-se o Direito à Saúde, cuja materialização na Lei nº 12.871/2013 se dá a partir do reconhecimento de desigualdades macro e micro regionais graves.

Desse modo, quando é realizada política pública com a finalidade de concretizar o referido direito, ela deve estar respaldada por subsídios fáticos que atestem a sua aptidão para

produzir os efeitos esperados, maximizando proteções às esferas jurídicas protegidas, com a finalidade de evitar seu esvaziamento jurídico. Isto porque, em um cenário como o da saúde da população, marcado por tantas modalidades diferentes de escassez, políticas públicas são, ainda, decisões tomadas por gestores, que podem atingir ou não seus os objetivos.

Em relação à alocação de recursos públicos, o agente público deve analisar a efetividade do tratamento que deve ser empregado antes da "aplicação do remédio amargo" destinado a alocação de recursos financeiros e humanos. A Portaria MEC nº 328/2018 foi o tratamento destinado a um paciente que sofre de inanição pela má distribuição de médicos no país, a qual se encontra baseada na métrica mais genérica decorrente da análise do número de médicos por mil habitantes, ainda que essas estatísticas desconsiderem o número de horas laboradas, média etária populacional ou índices vinculados à pobreza, por exemplo.

A expedição da Portaria MEC nº 328/2018 é norteada, assim, através de tratamento estatístico superficial, em face de problemas complexos, que envolvem diferentes graus de pobreza e riqueza em um país de tamanho continental. Complexidades estas que não podem ser verificadas dentro de proporções simplistas, sob pena de incorrerem em demonstrações incorretas da realidade. Pelo referido, a equivalência de médicos por mil habitantes para a aferição de suficiência na oferta de médicos e faculdades com curso de graduação em medicina não nos parece plenamente apta a demonstrar as insuficientes regionais do país.

A metodologia na formação dos dados estatísticos demanda uma complementariedade através de coeficientes vinculados à pobreza, para que, assim, seja possível vislumbrar a existência de escassez ou não na oferta e distribuição médica do país, a qual se apresenta como elementar à apreensão do número de vagas para os cursos de graduação em medicina.

A complexidade verificada quando se trata da questão de concretização de direito à saúde no país evidencia uma multiplicidade de fatores que devem ser aferidos, em geral atrelados à pungente desigualdade social que demonstrada através da falta de aparelhamento técnico no Sistema Único de Saúde, ausência de condições sanitárias positivas em regiões periféricas, má distribuição da oferta de profissionais de saúde, conflituosa alocação de recursos humanos em caráter regional, entre outros, culminando em situação de precarização.

Não obstante, quando a Portaria do MEC nº 328/2018 institui a suspensão da publicação de editais de chamamento público para autorização de novos cursos de medicina, suspendendo, inclusive, os pleitos de aumento de vagas de cursos já instituídos, ela se opera ao arrepio das diretrizes constitucionais norteadoras da liberdade de iniciativa das entidades de ensino superior, em desacordo aos objetivos instituídos pela Lei dos Mais Médicos, possibilitando a criação de monopólios empresariais resultantes da impossibilidade de

articulação de concorrência entre novos grupos cerceados da prática econômica pela Portaria nº 328/2018.

Mostra-se em desconformidade com o Direito à Saúde, inclusive, no que tange às regiões deficitárias em número de profissionais médicos, posto que a ausência de criação de novos cursos tende a manter a notória desproporção da oferta de médicos entre as macrorregiões do país e as microrregiões dos Estados.

A Portaria implica, portanto, em restrição na formulação de dados regionais, camuflando situações de escassez, o que é patente quando, em análise regional feita pelo Conselho Nacional de Educação, em 2019, ou seja, após mais de um ano de produção dos efeitos da portaria, vislumbrou-se tanto a ausência na oferta de vagas quanto a ausência de profissionais na região de Eunápolis, Bahia, o que é apenas um pequeno exemplo em relação a uma situação que se perpetua sem a devida visibilidade.

A construção de decisões alocativas na forma de escolhas trágicas como a decorrente da portaria analisada resulta em negativa de direitos fundamentais. Essas decisões devem, portanto, ser tomadas a partir de critérios reais e metodologias, o que não se verifica na Portaria MEC nº 328/2017, motivo pelo qual ela pode, inclusive, agravar o já delicado estado de escassez da oferta de médicos no país.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. **Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes.** Revista Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Distrito Federal: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei 8.080 de 19 de Setembro de 1990**.** Distrito Federal: 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>.

BRASIL. **Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013.** Brasília: 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12871.htm>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e Sociedade:** Ações para acesso à saúde pública de qualidade. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e Sociedade:** Ações para acesso à saúde pública de qualidade. Conselho Nacional de Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Recomendação nº 15, de 10 de maio de 2018.** Brasília: 2015. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2018/Reco015.pdf>.
GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas**. Interesse Público [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 17, n. 89, jan./fev. 2015. Disponível em: < https://www.conass.org.br/consensus/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-direito-a-saude.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2021. p. 5.
HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.
INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação.** Brasília: 2021. Disponível em: < https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html >.
LEONEL, Filipe. **COVID-18: Estudo avalia condições de trabalho na saúde.** Agência FIOCRUZ de Notícias. 2021. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/covid-19-estudo-avalia-condicoes-de-trabalho-na-saude> **.**
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Edital nº 01, de 28 de Março de 2018.** Brasília: 2018. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/docman/abril-2018-pdf/86851-anexo-1/file>.
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Edital nº 2, de 7 de dezembro de 2017.** Brasília: 2017. Disponível em: < https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Edital-Seres-MEC-002-2017-12-07.pdf>.
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Portaria nº 328, de 5 de abril de 2018.** Distrito Federal: 2018. Disponível em: < https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-MEC-328-2018-04-05.pdf>.
MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico Especial. Ministério da Saúde.** Brasília: 2021. Disponível em: < https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/novembro/29/boletim_epidemiologico_covid_90_30nov21_eapv5.pdf>.
NÚCLEO DE EDUCAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA. **Construção do índice de escassez de profissionais de saúde para o apoio à Política Nacional de Promoção da Segurança Assistencial em Saúde.** Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. 2010.
RAMALHO FILHO, Jorge Eliano; LIMA, Anna Elisa Iung. O Programa Mais Médicos e a cooperação trilateral Brasil-OPAS-Cuba para o fortalecimento da atenção básica no SUS. In: **Saúde e Política Externa: os 20 anos da Assessoria de Assuntos Internacionais de Saúde (1998-2018).** Ministério da Saúde. Assessoria de Assuntos Internacionais de Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2018.
SCHEFFER, Mario. **Demografia Médica no Brasil 2018.** São Paulo: Universidade de São Paulo. 2018.
SCHEFFER, Mario. **Demografia Médica no Brasil 2020.** São Paulo: Universidade de São Paulo. 2020.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.035**. Brasília: STF, 2017. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753348507 >.