



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

Autos: [REDACTED] 2021.8.11.0041.

Parte autora: [REDACTED].

Parte ré: município de Cuiabá/MT.

Tipo de ação: obrigação de fazer.

[REDACTED] ingressa com ação de obrigação de fazer contra o município de Cuiabá/MT sustentando, em síntese, que é portador de uma série de doenças graves, tendo recebido a 1ª e 2ª dose da vacina Coronavac. Afirma que não adquiriu a carga de anticorpos suficientes para garantir sua efetiva imunização e, como consequência, se faz imprescindível uma 3ª dose de outro imunizante. Ao final, pede o deferimento de tutela provisória de urgência para determinar a imediata aplicação da dose 3ª dose de vacina diversa da Coronavac e Astrazeneca [id. 61403365].

Consta dos autos parecer elaborado pelo NATJus [id. 61801830].

É o relatório. Decido.

O SUS e o modelo de medicina baseada em evidências científicas.

O Sistema Único de Saúde – SUS, regido especialmente pela Lei n. 8.080/90, adotou o modelo de **medicina baseada em evidências científicas** onde se avalia, nos termos do inc. I do § 2º do art. 19-Q, a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível:

Art. 19-Q. A **incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos**, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do

1



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

[...]

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as **evidências científicas** sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

[Destacamos]

Esse modelo de medicina baseada em evidências científicas tem sido amplamente admitido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do seguinte julgado¹:

SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO – INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerados o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal. [ADI n. 5.501 – DF]

Sobre o tema, considerando a relevância da matéria posta em discussão, colaciono trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

Foi-se o tempo da busca desenfreada pela cura sem o correspondente cuidado com a segurança e eficácia dos fármacos utilizados. **O direito à saúde não será plenamente concretizado se o Estado deixar de cumprir a obrigação de assegurar a qualidade de droga mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desengano, charlatanismo e efeito prejudicial.** [Destacamos]

A *ratio decidendi* desse julgado, relacionado a necessidade de evidência científica para uso de medicamento, se amolda com precisão ao presente caso.

¹ Nesse sentido: STP n. 101 AgR/ES e RE 657.718.



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

Isso porque somente a medicina baseada em evidências científicas assegura que a pessoa tenha acesso, por exemplo, a um medicamento de qualidade. Esse tipo de medicina também impede, conforme bem mencionado pelo Ministro Marco Aurélio, que se afaste o desengano, o charlatanismo e os efeitos prejudiciais daí decorrentes.

Esclarecido esse aspecto, registro que a Sociedade Brasileira de Imunizações emitiu a Nota Técnica SBIM 26/03/2021² onde constou:

Entretanto, sabemos que a resposta imune desenvolvida pela vacinação não depende apenas de anticorpos neutralizantes. Tanto a infecção natural quanto a vacinação estimulam o sistema imunológico de forma mais ampla, gerando também anticorpos não neutralizantes que agem de maneira diferente, e a estimulação de células TCD4+ e TCD8+ (imunidade celular), que exercem importante papel na proteção contra a COVID-19. Um estudo que avaliou a resposta imune para as variantes de preocupação mostrou que a imunidade celular, diferentemente da resposta humoral, é pouco afetada.

[...]

A complexidade que envolve a proteção contra a doença torna desaconselhável a dosagem de anticorpos neutralizantes com o intuito de se estabelecer um correlato de proteção clínica, pois certamente não se avalia a proteção desenvolvida após vacinação apenas por testes laboratoriais “in vitro” através da dosagem de anticorpos neutralizantes.

[Destacamos]

A nota técnica, portanto, não recomenda a realização de sorologia para avaliar a resposta imunológica às vacinas de Covid-19.

Essa conclusão é reforçada pelo Parecer Técnico n. 1662/2021, elaborado pelo NATJus, conforme se vê:

Entretanto, nem todos os anticorpos produzidos são responsáveis pela proteção contra a infecção. Ao mesmo tempo, nem todos os anticorpos são detectados por métodos comercialmente disponíveis. Dessa forma, sorologias

² Vide: <https://sbim.org.br/images/files/notas-tecnicas/nota-tecnica-sbim-sorologia-pos-vacinacao-210326.pdf>



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

convencionais podem ser indicativos de imunidade ou simplesmente marcadores de contato prévio com determinado agente.

[...]

No caso da Covid -19, a realização de sorologias convencionais IgM e IgG não são recomendadas para o diagnóstico de infecção aguda e nem para avaliação de imunidade, sendo úteis principalmente em inquéritos sorológicos populacionais ou em situações em que a determinação de contato prévio com o vírus seja de interesse.

[...]

Devido a essas e outras limitações, até o momento, a determinação da viragem sorológica não é recomendada formalmente para se avaliar uma possível imunidade (natural ou após a vacina) contra a infecção. [id. 61801830 – Destacamos]

Aliado a isso, observo que o Ministério da Saúde, responsável pela coordenação do programa nacional de imunização, não recomendou a realização de sorologia para avaliar a resposta imunológica ou mesmo a 3ª dose da vacina.

A justiciabilidade da questão em julgamento.

O Poder Judiciário pode implementar políticas públicas com assento constitucional e essenciais para a eficácia de direitos fundamentais; isso é possível, a título de exemplo, quando os órgãos administrativos competentes forem omissos, sem que ocorra violação ao postulado da separação dos poderes³.

Sobre o tema, a posição de Dirley da Cunha Júnior⁴:

Ademais, deve e pode o Ministério Público, através de ação civil pública, provocar a atuação do Judiciário no controle da omissão total ou parcialmente inconstitucional do poder público na implementação das ações e serviços de saúde, caso verifique, por exemplo, que o município não está concretizando o seu dever constitucional de assegurar o direito em questão, em face da inexistência ou deficiente prestação dos serviços públicos de saúde

³ *Vide*: Recurso Especial n. 1586142-SP, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma – STJ, j. 5.4.2016.

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Ed.: Jus Podium, 749 p.



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

para a comunidade local, forçando que os munícipes se desloquem para outros municípios ou outros Estados à procura de atendimento médico-hospitalar.

Com efeito, o Estado constitucional deve ser um *Estado com qualidades*⁵. Nesse Estado é garantido o pleno acesso ao sistema judiciário com o fim de que o cidadão assegure e dê efetividade aos seus direitos.

J. J. Gomes Canotilho⁶ aduz que o princípio da garantia da via judiciária consagra dimensões materiais, funcionais e organizatórias. Segundo o autor, é possível afirmar que: [i] a imposição da via judiciária é dirigida ao legislador, no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos; [ii] a defesa de direitos através dos tribunais representa uma decisão fundamental organizatória, pois o controle judicial constitui contrapeso ao exercício dos poderes executivo e legislativo; [iii] reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais; [iv] abre imediatamente a via para um tribunal; [v] o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjetiva cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica; [vi] a proteção jurídica se dá na constitucionalidade da jurisprudência; [vii] deve ser avaliado o princípio da responsabilidade do Estado e o princípio da compensação de prejuízos.

Nesse sentido, Antoine Garapon⁷ assevera:

O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiaram à justiça a guarda dos seus juramentos.

⁵ ALLAND, D. *L'État sans qualités*. Droits. 1993. 5 p.

⁶ CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. p. 275.

⁷ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, maio de 2001.



**ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA**

Do exposto, o que se pretende afirmar é a possibilidade de: [i] livre acesso do cidadão à via judiciária; [ii] possibilidade de pleitear, no Poder Judiciário, a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, como consequência do *status activus*.

Entendemos que na perspectiva do princípio da proteção judicial efetiva [*rechtliches Gehör*] o cidadão tem o direito de acesso à Justiça, com inafastabilidade da jurisdição, como também na possibilidade de pleitear judicialmente a efetivação do direito social à saúde.

Entretanto, o acesso à Justiça para pleitear ações positivas do Estado frente a saúde pública não significa o direito a todo e qualquer medicamento, conforme será demonstrado.

O art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.080/90 prevê:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º **O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.**

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

[Destacamos]

Disso decorre que o dever de o Estado garantir a saúde se dá em duas perspectivas: [i] formulação de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos; [ii] estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.



**ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA**

A judicialização da saúde decorre exatamente da incompreensão sobre esses conceitos, pois tem considerado: [i] a saúde pública como mero direito individual; [ii] a universalidade e a integralidade como o direito de exigir do Estado o acesso a todo e qualquer medicamento.

E, neste ponto, nos parece que os fatos merecem outro olhar⁸, pois ‘há algo de podre no reino da Dinamarca’⁹.

Octavio Luiz Motta Ferraz e Daniel Wei Liang Wang demonstram bem o que ocorre no Brasil:

A judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando **um SUS de duas portas: uma para aqueles que vão ao Judiciário**, para quem ‘a vida não tem preço’ e **conseguem assim acesso irrestrito** aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; **outra para o resto da população**, que, inevitavelmente, tem **acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta**. O argumento daqueles que defendem incondicionalmente a judicialização como simples proteção da vida deve, portanto, ser adaptado para exprimir seu verdadeiro sentido: ‘**A vida não tem preço, mas a vida de alguns tem menos preço que a vida de outros**’.¹⁰

A indiscriminada e incompreensível judicialização da saúde pública tem, de fato, criado o modelo de ‘SUS de duas portas’, ou seja, **uma para aqueles que vão ao**

⁸ Como dizia Marcel Proust ‘uma verdadeira viagem de descobrimento não é encontrar novas terras, mas ter um olhar novo’ (MORIN, Edgard. **A cabeça bem-feita**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 107).

⁹ Ato I, Cena IV, Hamlet – Willian Shakspeare. A frase geralmente é utilizada para demonstrar que por trás de um fato existem outros não revelados e que representam, apesar de ruins, a verdade.

¹⁰ Judicialização da saúde tem criado SUS de duas portas. <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/judicializacao-saude-criado-sus-duas-portas#author>> Octavio Ferraz é professor de Direito na Universidade de Warwick (Reino Unido) e Daniel Wang faz pós-doutorado na London School of Economics and Political Sciences (Escola de Economia e Ciência Política de Londres), onde leciona direitos humanos.



**ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA**

Poder Judiciário e outra para o resto da população; esse tema precisa ser seriamente enfrentado pelo Poder Judiciário.

Nesse cenário, deve ser ressaltado que o dever de o Estado assegurar o direito à saúde pública se dá mediante a formulação de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

Ao tratar desse tema, o Ministro Teori Albino Zavascki, à época no Superior Tribunal de Justiça, proferiu voto com o seguinte teor:

A promessa constitucional, portanto, não se traduz em garantia de prestações desde logo identificáveis objetiva e concretamente, razão pela qual o conteúdo do direito à saúde, previsto na Constituição, não tem a configuração linear e singela que não raro lhe é atribuída. **Mais consentânea com nossa realidade é a formulação a esse respeito adotada pelo Comitê de Especialistas das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, ao interpretar o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992 - cujo § 1º assegura o “direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental” -, observou que “o direito à saúde não deve ser entendido como direito a estar sempre saudável”, mas, sim, como o direito “a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis”** (FERRAZ & VIEIRA, op. cit., p. 242).

O que a Constituição prevê, textualmente, é direito à saúde (e correspondente dever do Estado) “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Essa é a garantia constitucional. Tem esse mesmo conteúdo, conforme já referido, o direito à saúde previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992 (art. 12, §§ 1º e 2º).

[Recurso em Mandado de Segurança n. 24,197-PR – Destacamos]

É necessário, portanto, tratar da obrigação de o Estado assegurar assistência à saúde pública na perspectiva da formulação de políticas sociais e econômicas. A saúde pública, como dever do Estado, não pode ser tratada como mero direito individual.



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

A obrigação do Estado, em relação a saúde pública, se volta para a formulação de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. E isso se deve, de forma simplista, a necessidade de assegurar a todas as pessoas iguais condições de tratamento.

Sobre o tema, o Ministro Dias Toffoli, ao julgar o Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul, asseverou:

O SUS, conforme indica sua nomenclatura, consiste em um verdadeiro sistema nacional de saúde baseado nos seguintes princípios: **universalidade**, como garantia de atenção à saúde por parte do sistema a todo e qualquer cidadão, por meio de serviços integrados por todos os entes da federação; **equidade**, a assegurar que serviços de todos os níveis sejam prestados, de acordo com a complexidade que o caso venha a exigir, de forma isonômica nas situações similares; e **integralidade**, reconhecendo-se, na prática cotidiana, que cada indivíduo seja considerado como um todo indivisível e integrante de uma comunidade, a exigir que as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formem, também, um todo indivisível, atendendo os casos e observando os diversos graus de complexidade de forma integral pelas unidades prestadoras de serviços de saúde, o que impede que sejam eles seccionados.

[Destacamos]

Em seguida, afirmou:

Embora os serviços de saúde públicos devam obedecer a esses princípios, isso não significa que o Estado deva fornecer todo tipo de serviço de saúde na forma pretendida pelos cidadãos. **A cobertura deve ser, de fato, a mais ampla possível, observando-se os elementos técnicos regulados pelo Estado e pela ciência, bem como os limites orçamentários estritos; ou seja, os serviços devem ser reconhecidos como sendo adequados pelas autoridades científicas, médicas, farmacêuticas e administrativas (sanitárias), mas, também, hão de ser prestados de acordo com a capacidade econômica do poder público, como já advertiram os juristas**



**ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA**

norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sustein em sua aclamada obra *The Cost of Rights* (Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 14-15), sendo absolutamente lógico que os direitos sejam garantidos por meio da prestação do serviço público onde haja verba orçamentária suficiente. [Destacamos]

É possível afirmar que o modelo brasileiro, conforme delineamento constitucional, adotou o acesso universal a serviços e ações de saúde. As políticas públicas devem maximizar o acesso em consonância com os recursos disponíveis. Assim, tratar a universalidade de acesso na perspectiva de cobertura universal é admitir, mais uma vez, o modelo de ‘SUS de duas portas’, ou seja, uma para aqueles que vão ao Poder Judiciário e outra para o resto da população.

A universalidade, como se vê, assegura a atenção à saúde por parte do sistema a todo e qualquer cidadão, por meio de serviços integrados por todos os entes da federação. Esse conceito não se coaduna com o de cobertura universal¹¹, que asseguraria todo e qualquer tipo de medicamento.

Registro, por relevante, que a universalidade de acesso não garante todo e qualquer tratamento no âmbito do SUS, até porque existem limites orçamentários a serem observados, conforme doutrina de Amartya Sen:

O fato de que cada consumidor deve fazer suas escolhas não significa que não existam limites orçamentários, mas simplesmente que a escolha deve ser feita internamente ao limite orçamentário ao qual cada indivíduo deve adequar-se. Aquilo que vale para a economia elementar vale também para a decisão política e social de alta complexidade. [Identitá e Violenza, Roma, Laterza, 2006, p. 07/08 – Destacamos]

É imprescindível compreender que inexistem direitos absolutos e nas palavras de Sunstein e Holmes:

¹¹ Inexiste país no mundo que tenha adotado o modelo de cobertura universal.



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

Direitos são usualmente descritos como invioláveis, peremptórios e conclusivos. Mas isso é mero floreio retórico. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. **Nenhum direito cuja aplicação pressupõe um gasto seletivo de dinheiro dos contribuintes pode, no fim das contas, ser protegido pelo Judiciário sem considerar as consequências orçamentárias sobre as quais os outros poderes têm responsabilidade.** [SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 97 – Destacamos]

Essa constatação é relevante, pois apesar de reconhecer que estamos diante de ‘escolhas de Sofia’¹² não podemos perder de vista as gravíssimas consequências econômicas e sociais das decisões judiciais. A crítica desenvolvida pelo Prof. Dr. Daniel Wei Liang Wang é válida, pois de fato algumas decisões judiciais continuam tratando à saúde como um direito meramente individual, sem se preocuparem com as consequências econômicas e distributivas daí decorrentes e, pior, não promovem um diálogo com a administração pública.

Diante dessas premissas, bem se observa que o SUS oferece a toda população, inclusive ao autor, a vacina adequada. Assim, não estamos diante de uma omissão estatal, em especial, conforme mencionei alhures, diante de um quadro de inexistência de evidência científica para o uso da 3ª dose.

Em síntese, a questão posta pelo autor não deve ter prosseguimento no Poder Judiciário, eis que inexistente: [i] omissão do poder público; [ii] recomendação científica para realização de sorologia visando avaliar a resposta imunológica; [iii] evidência científica sobre a eficácia da 3ª dose da vacina.

É possível antever, desde logo, a inexistência de qualquer parâmetro mínimo para a revisão judicial da política pública vacinal brasileira; ações como a presente contribuem para a pulverização e superficialidade do debate, além de ocasionar

¹² William Styron. A expressão ‘escolha de Sofia’ significa se ver forçado a optar entre duas alternativas igualmente insuportáveis.



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE CUIABÁ
QUARTA VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA

verdadeira disfuncionalidade sistêmica no SUS e enfraquecimento das ações do Ministério da Saúde.

Em um país em que apenas 18,65%¹³ da população se encontra totalmente vacinada, com mais de 100 milhões de pessoas aguardando a oportunidade de se protegerem de uma doença que já matou mais de 550 mil brasileiros¹⁴, é inaceitável a pretensão do autor para, sem evidência científica, atender a interesse meramente individual.

Dispositivo:

Posto isso, indefiro a inicial e julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Condeno o autor ao pagamento das custas e despesas processuais.

Cuiabá/MT, data registrada no sistema.

Gerardo Humberto Alves da Silva Junior

Juiz de Direito

¹³ Vide: https://qprod.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Vacina/DEMAS_C19Vacina.html

¹⁴ Vide: <https://www.conass.org.br/painelconasscovid19/>