

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRAZIELLE FERREIRA VIANA**

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
uma análise de sua aplicação nas demandas judiciais de saúde**

Juiz de Fora

2017

GRAZIELLE FERREIRA VIANA

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
uma análise de sua aplicação nas demandas judiciais de saúde**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil, sob orientação da Professora Natália Cristina Castro Santos.

Juiz de Fora

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

GRAZIELLE FERREIRA VIANA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: uma análise de sua aplicação nas demandas judiciais de saúde

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Profa. Esp. Natália Cristina Castro
Universidade Federal de Juiz Fora

Profa. Dra. Aline Araujo Passos
Universidade Federal de Juiz Fora

Profa. Ms. Ludmilla Camacho Duarte Vidal
Universidade Federal de Juiz Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2017

Agradeço à minha família, pelo amor e apoio incondicionais. À minha orientadora, professora Natália, pela enorme contribuição para conclusão deste trabalho. Aos meus amigos, por trazerem leveza aos meus dias. Aos demais professores, pelos ensinamentos e experiências compartilhadas. A Deus, enfim, por ser luz em meu caminho e por me presentear com tantas pessoas especiais.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar o conceito tradicional de precedente judicial e os seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro, contrapondo sua concepção clássica com a sua aplicação no Brasil, considerada como “precedente à brasileira”. Para tanto, será analisado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como uma importante inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 a fim de garantir a isonomia e segurança jurídica, privilegiando a razoável duração do processo, a igualdade, efetividade, previsibilidade e racionalidade das decisões judiciais. Neste sentido, será realizado o estudo da tese firmada no primeiro Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas referente ao direito à saúde, observando seu impacto e benefícios na prestação jurisdicional de demandas que efetivam tal direito fundamental. Através de uma metodologia dedutiva, com pesquisa qualitativa, bibliográfica e estudo de caso, conclui-se que o referido incidente proporcionará uma maior efetividade das demandas repetitivas de interesse público.

Palavras-chave: Precedente judicial. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Isonomia. Segurança jurídica. Direito à saúde.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the traditional concept of binding precedent and its developments in the Brazilian judicial system, contrasting its classical conception with its application in Brazil, considered as "Brazilian precedent". To this end, the Repetitive Demands Resolution Incident will be analyzed as an important innovation brought by the Civil Procedure Code of 2015 in order to guarantee isonomy and legal security, favoring the reasonable duration of the process, equality, effectiveness, predictability and rationality of the judicial decisions. In this way, the study of the thesis signed in the first Repetitive Demands Resolution Incident will be carried out regarding the right to health, observing its impact and benefits in the jurisdictional provision of demands that materialize that fundamental right. Through a deductive methodology, with qualitative and bibliographic research and case study, it is possible to conclude that the mentioned incident will provide a greater effectiveness of the repetitive demands of public interest.

Key words: Binding precedent. Repetitive Demands Resolution Incident. Isonomy. Legal security. Right to health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS.....	08
1.1 Conceito	08
1.2 O precedente à brasileira	10
1.3 Sistemática dos precedentes no common law e civil law	12
2 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
2.1 Vantagens da adoção de um sistema de precedentes	18
3 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	21
3.1 Solução para as demandas repetitivas	21
3.2 Características do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	26
3.3 Efeitos da instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas....	30
4 APLICAÇÃO DO IRDR NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE.....	33
4.1 Considerações acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n° 0302355-11.2014.8.24.0054/50000	34
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instituto criado pelo Código de Processo Civil de 2015, sob o enfoque das demandas judiciais do direito à saúde.

A princípio, a fim de tecer uma análise sobre a aplicação do mencionado incidente no ordenamento jurídico brasileiro, será examinado o precedente judicial de forma a permitir a compreensão de sua atuação no Brasil, tendo em vista que as particularidades existentes ocasionaram o surgimento do termo “precedente à brasileira”. Outrossim, será constatado o contraste entre o surgimento dos precedentes e sua aplicação nos sistemas jurídicos do *common law* e *civil law*.

Neste sentido, serão entendidas as vantagens buscadas pelo Código de Processo Civil ao criar o IRDR, evidenciando que sua aplicação no sistema jurídico brasileiro proporcionará o alcance dos princípios da segurança jurídica e isonomia, permitindo, conseqüentemente, uma maior efetivação do princípio da duração razoável do processo.

Ademais, dentre os mecanismos trazidos pelo Código de Processo Civil para privilegiar a instituição dos precedentes judiciais, verifica-se o importante papel desempenhado pelo IRDR para a solução das chamadas demandas repetitivas, ressaltando as características do incidente e os efeitos de sua instauração para o direito processual civil brasileiro.

Com a análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado em determinado processo relativo ao direito à saúde, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, será destacada a importância que a tese firmada poderá gerar nas análises dos demais casos que surgirão sobre a mesma questão.

Por conseguinte, a reflexão se estabelece no papel que o Incidente Resolução de Demandas Repetitivas poderá desempenhar nas demandas seriais de interesse público que são ajuizadas constantemente no Judiciário, notadamente as que possuem como objetivo a efetivação do direito à saúde, de modo a garantir os princípios objetivados na criação do instituto.

1 SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

1.1 Conceito

Inicialmente, faz-se necessário discutir o conceito e a abrangência do termo “precedentes” a fim de possibilitar sua análise histórica e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta perspectiva, Didier, Oliveira e Braga (2015, p. 441) afirmam que “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

O precedente seria composto de duas partes distintas, quais sejam, as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação, que seria a chamada *ratio decidendi* (TUCCI, 2004).

E, assim, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi* – que são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015).

No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 367) esclarece que “sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente”.

Sendo assim, o precedente pode ser entendido como resultado de uma norma jurídica aplicada em um determinado caso concreto, seja de um único julgamento ou de uma série de julgamentos, oriundos de Tribunais Locais e Federais, Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal. Deste modo, não se trata apenas, e tão somente, de um “julgado”, mas sim da essência da decisão levada à análise do Poder Judiciário (ROSSI, 2012).

Com efeito, José Rogério Cruz e Tucci, considerando os precedentes como fonte do direito, preferiu utilizar tal termo em substituição à expressão jurisprudência, tendo em vista que precedente pode indicar, ao mesmo tempo, o desempenho das

atividades típicas dos Tribunais e, na história do direito, jurisprudência confunde-se com o próprio estudo do direito (TUCCI *apud* ROSSI, 2012)

Insta salientar, desta feita, que o estudo do sistema brasileiro de precedentes requer a compreensão da distinção entre o conceito de precedente e o de jurisprudência, uma vez que esta se revela como um conjunto de decisões judiciais sobre determinada matéria, em um mesmo sentido, proferidas pelos tribunais.

Nesse íterim, Alexandre Câmara destaca que:

Perceba-se, então, que há uma diferença quantitativa fundamental entre precedente e jurisprudência. É que falar sobre precedente é falar de uma decisão judicial, proferida em um determinado caso concreto (e que servirá de base para a prolação de futuras decisões judiciais). Já falar de jurisprudência é falar de um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica.

A distinção é relevante porque – como se verá melhor adiante – o sistema brasileiro de precedentes é construído para que haja uniformidade de decisões em causas idênticas (notadamente, ainda que não exclusivamente, no que diz respeito às assim chamadas demandas repetitivas). De outro lado, a jurisprudência serve de base para a uniformização de entendimento a respeito de temas que se manifestam em causas diferentes (CÂMARA, 2017, p. 368).

Na definição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2016), a jurisprudência pressupõe uma diversidade de decisões proferidas em vários casos concretos, se diferenciando do precedente, na medida em que este pode surgir a partir de um único caso submetido ao Poder Judiciário, sendo prescindível, portanto, essa característica quantitativa.

Conforme o entendimento de Hermes Zaneti Jr. (2014), os precedentes judiciais consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir de uma compreensão de determinado caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. Com isso, se extrai a denominada *ratio decidendi* no momento em que ocorre a aplicação do caso-precedente no caso-atual, sendo a solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente com o caso-atual.

Cruz e Tucci (2004, p. 175) aduz que “a *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”.

Deste modo, precedentes não se confundem com a jurisprudência, em razão de não se traduzirem em tendências do tribunal, mas na própria decisão com

respeito à matéria. Não se confundem, outrossim, uma vez que obrigam o próprio tribunal que decidiu, bem como as cortes inferiores, a sua manutenção e estabilidade (ZANETI, 2014).

Lado outro, a jurisprudência atua apenas de forma “persuasiva”, o que não se aplica aos precedentes, pois, ao ser exarado um precedente, passa a ser obrigatória sua consideração todas as vezes que a mesma matéria venha a ser debatida em casos análogos. Pode-se concluir, portanto, que os precedentes não são meramente persuasivos ou exemplificativos do entendimento dos tribunais, sendo esta a diferença qualitativa (ZANETI, 2014).

Ademais, importante consignar que a aplicação de precedente judicial que se busca cada vez mais integrar ao sistema processual brasileiro respalda-se na atribuição de eficácia vinculante às decisões sucessivas àquelas proferidas em casos idênticos ou análogos, sendo que a decisão pautada em determinado precedente judicial deverá, pois, refletir uma regra aplicável aos demais casos semelhantes (PINHO; RODRIGUES, 2016).

1.2 O precedente à brasileira

Há algum tempo, tem se observado no Brasil uma forte tendência de interpretação e aplicação do direito por meio dos chamados precedentes judiciais. A tendência está se solidificando na medida em que a legislação, constitucional e infraconstitucional, reconhece e autoriza instrumentos processuais hábeis a sua prática, bem como o Poder Judiciário encontra-se cada vez mais baseado nos paradigmas jurisprudenciais. Contudo, em que pese o estabelecimento de tais mecanismos para geração de precedentes judiciais (como fontes de direito) no ordenamento brasileiro, Julio Cesar Rossi (2012) critica que, da maneira como vêm sendo aplicados, estamos longe de possuímos uma teoria dos precedentes.

Isto porque, o que ocorreu no Brasil foi a criação de um “precedente à brasileira”, que seria um modo de solucionar os conflitos através da jurisprudência, utilizando-se desta como parâmetro normativo obrigatório a fim de que os órgãos inferiores do Judiciário firmem, com a mesma decisão padrão, casos aparentemente semelhantes (ROSSI, 2012).

A propósito:

Não compreendemos e aplicamos os precedentes com a naturalidade que deve permear a evolução histórica do direito ao caso em julgamento. Partimos da falsa premissa de que os precedentes (muitas vezes singelas ementas em que sequer há discussão profunda sobre as razões de decidir e sobre o que se decidiu) são de aplicação automática, sem qualquer reflexão ou possibilidade de o órgão Judiciário afastar a aplicação do precedente por necessidade estabelecida no caso concreto (ROSSI, 2012, p. 15).

Por isso, Rossi (2012) interpreta que para que o pretense sistema de precedente brasileiro possa efetivamente ser denominado como genuína fonte do direito, necessita ser utilizado de forma a permitir que os juízes e os Tribunais possam fazer parte da experiência do direito a ser entendido e aplicado em determinado caso concreto, pautado por suas especificidades naturais.

Como reconhece Dierle Nunes (2011), o sistema brasileiro tem muito a aprender com a tradição do *common law* antes de se valer de seu modo de aplicação da sistemática dos precedentes. Nos países nos quais é tradicional o seu uso, não há a aplicação mecânica dos precedentes sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade.

Nesse seguimento, Alexandre Melo Franco Bahia e Dierle Nunes (2015) sustentam que até a entrada do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, duas posturas eram costumeiras no Brasil ao se utilizarem de julgados de Tribunais como fundamento para as decisões:

(a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram), como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como “comandos” gerais e abstratos – é dizer, repristinando uma escola da exegese apenas que substituída a lei pelos (pseudo) “precedentes” ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando (BAHIA; NUNES, 2015, p. 04).

Faltaria, desta feita, aos Tribunais brasileiros uma formulação mais desenvolvida sobre o papel dos precedentes. Os autores consideram que houve um progresso trazido pelo CPC, ao renovar o conceito de fundamentação das decisões judiciais, passando a exigir do julgador um trabalho mais efetivo, explicitando um dever constitucional (art. 93, IX, CR/88). Com o estabelecimento de parâmetros para a

fundamentação das decisões, o art. 489, §§ 1 e 2º, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que se limita a citar (ou a negar a aplicação) de um precedente/súmula sem mostrar de que forma este tem relação com o caso (BAHIA; NUNES, 2015).

Portanto, com o advento do CPC/15, percebe-se que há, no direito brasileiro, a intenção de se atribuir maior importância aos precedentes judiciais e à sua utilização de forma adequada, buscando uma evolução neste sentido.

1.3 Sistemática dos precedentes no *common law* e *civil law*

Verifica-se, nesse liame, que o precedente judicial exerce fundamental importância no ordenamento jurídico, qualquer que seja o sistema analisado. Entretanto, impende ressaltar as diferenças que os precedentes assumem em cada um dos sistemas.

No *common law*, o precedente judicial tem, em regra, papel vinculante, coercitivo; já no *civil law*, o precedente interpreta, em geral, papel de cunho persuasivo, de valor moral. A respeito:

A questão é método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na Common Law o caminho é inverso: primeiro os cases, e a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. (SOARES apud MORETO, 2012, p. 07).

O sistema jurídico desenvolvido na Inglaterra e, posteriormente, nos Estados Unidos – *common law* - baseia-se na ciência do direito como resultado de uma estrutura de causalidade entre a experiência (causa) e o resultado (efeito). Então, a consequência dessa prática jurídica é uma estrutura pragmática, que evoluiu conforme se observava o comportamento dos juízes e o resultado prático de seus julgados.

Pode-se dizer que a estrutura do *common law* formou-se com base na prática cotidiana do direito, diferentemente do ordenamento jurídico de *civil law*, o qual ocorreu a partir do estudo do direito ou da doutrina. Dessa forma, o *common law* não se originou cientificamente, mas sim judicialmente, como prática jurídica.

De outro modo, o sistema do *civil law* surgiu no início do século XIX com a promulgação do Código Napoleônico, tendo, aqui, o início da denominada “jurisprudência dos conceitos”, escola de pensamento segundo a qual o direito seria

resultado de estruturas lógico-semânticas elaboradas no campo da teoria com a pretensão de resolver os problemas práticos.

Tal estrutura influenciou na maneira como o direito foi criado na Europa e, conseqüentemente, no Brasil. Na forma como o ordenamento jurídico de *civil law* se desenvolveu, considera-se que as mais altas fontes do direito podiam manter a distância da prática e da divisão social.

Pode-se definir, por isso, segundo Leonard Ziesemer Schmitz que:

Perceba-se como é nítida a divergência entre o fundamento básico de criação do direito nesses dois sistemas, pois de um lado, a prática judiciária ditava o que era Direito, enquanto de outro, esse era fruto da produção intelectual no estrito campo teórico. Quer-se, com isso, demonstrar que existe uma distância muito grande entre essas concepções jurídicas, não sendo tão simples adotar instrumentos seculares do *common law* no Brasil como, em grande parte, quer a doutrina, sem antes ao menos filtrá-los e adaptá-los à nossa realidade (SCHMITZ, 2013, p. 06).

Como bem explica José Carlos Barbosa Moreira:

Costumam os ordenamentos jurídicos ser agrupados em famílias, em cada uma das quais se reúnem ordenamentos ligados entre si por laços mais estreitos. A pertinência a esta ou aquela família explica-se, basicamente, por circunstâncias históricas: sistemas oriundos de um tronco comum apresentam traços também comuns, distintos dos traços característicos de sistemas de diferente ascendência. Ocioso notar que a distinção tem alcance relativo, até porque os vaivéns da História deram (e continuam a dar) ensejo a infiltrações e contaminações recíprocas entre ordenamentos de origens diversas. (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 56).

Câmara (2017) entende que a técnica de decidir a partir de precedentes é uma das bases do sistema jurídico do *common law*, o qual aplica os precedentes como princípios argumentativos. Todavia, o fato de o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado ao *civil law*, empregar o sistema de precedentes judiciais não significa que tenha “migrado” para o *common law*. Ao contrário, o que se tem no processo civil brasileiro é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características do *civil law*.

Inobstante as diferenças existentes entre os referidos sistemas, cada vez tem sido maior a interação entre eles, sendo possível identificar um caminho para um direito equilibrado ante as influências mútuas exercidas. Isso porque ao mesmo tempo em que o *common law* tem utilizado da função persuasiva da jurisprudência e

dos textos codificados, os países de *civil law*, em algumas situações, adotam o precedente judicial de eficácia vinculante (MORETO, 2012).

No mesmo sentido, Barbosa Moreira (2003) defende que a divisão em sistemas não há de ser concebida em termos estáticos, sendo óbvio que os ordenamentos jurídicos encontram-se em constante evolução, provavelmente com maior rapidez atualmente do que em outros tempos e, assim, não é lícito ao estudioso deixar de levar em consideração esse dinamismo, pois semelhanças e dessemelhanças podem aumentar e diminuir, mas não desaparecer.

Barbosa Moreira segue explicando que deste processo evolutivo, não escapa a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, configurando-se oportuno que, vez ou outra, se retornem as comparações a fim de verificar se houve modificações capazes de tornar obsoletas posições clássicas ou se e em qual proporção é possível reputá-las válidas (BARBOSA MOREIRA, 2003).

Logo, compreendidas as diferenças existentes, pode-se observar a influência que os precedentes judiciais exercem de forma similar em ambos os sistemas, sendo que enquanto no ordenamento de *common law* a força vinculante dos julgados anteriores tem-se tornado mais flexível, nos sistemas codificados (*civil law*) é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes pautarem-se em precedentes (TUCCI, 2004).

Além disso, percebe-se que os dois sistemas buscam a segurança jurídica e previsibilidade no ordenamento, o que ocorre, contudo, de maneira distinta.

Entendia-se no *civil law* que tais preceitos seriam garantidos através da aplicação estrita da lei pelos juízes, enquanto no *common law*, em virtude do entendimento de que a interpretação da lei pelos juízes poderia levar a decisões distintas, os referidos objetivos seriam atingidos através da força vinculante dos precedentes.

Como esclarece Luiz Guilherme Marinoni:

A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça. (MARINONI, 2009, p. 37).

Destarte, pode-se afirmar que o sistema de *civil law* passou por um processo de transformação em relação aos conceitos de direito e jurisdição, uma vez que passou a considerar-se o direito não mais pautado estritamente na lei, mas sim na Constituição e, assim, a jurisdição não mais declara a vontade da lei, mas desempenha o papel de conformar a lei aos direitos previstos constitucionalmente.

Por outro lado, Pinho e Rodrigues (2016) destacam que no sistema brasileiro, a elaboração de um precedente judicial se dá de forma completamente diversa dos ordenamentos tradicionalmente filiados à *common law*, nos quais o caráter de precedente pressupõe que a regra para o caso concreto tenha sido construída pelo Poder Judiciário em estrita observância às circunstâncias fáticas do feito. E, por tal razão, aqui, não se poderia conceber a definição de precedente em sua acepção clássica.

Numa experiência comparada, os autores entendem que o precedente emanado na Itália – o qual possui o modelo de construção de precedentes empregado no Brasil – possui a característica de uma máxima ou ementa de poucas linhas que enuncia uma regra em termos gerais e abstratos, ao contrário do realizado nos filiados à *common law*, nos quais há o imprescindível cotejo entre o caso que se formou o precedente e o caso concreto a ser julgado, atentando-se às circunstâncias específicas de ambos (PINHO; RODRIGUES, 2016).

A propósito, relevante evidenciar, aqui, a já mencionada expressão “precedentes à brasileira”, a qual denota a existência de um sistema de precedentes único, com peculiaridades diversas daquelas verificadas em países com maior tradição no tema.

Neste ponto, Rossi (2012, p. 02) se refere que tal prática brasileira carece de uma teorização, de uma doutrina de precedentes, sob pena de equívocos primordiais serem cometidos em sua aplicação “valorizando julgados, ou mesmo ementas de decisões, como se fossem genuínos *precedentes*, interpretando-os e aplicando-os de forma autônoma e desvinculada da causa (objeto) de onde foram gerados”.¹

¹ Especificamente com relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o autor demonstra crítica contundente à eficácia vinculante da tese firmada no incidente: “Tanto a súmula quanto o IRDR constituem simulacros de aplicação de precedentes (pouco importando o sistema jurídico dos quais provenham), pois, na medida em que preveem o mecanismo de uma ação contra decisão que os tenha aplicado, perdem o caráter orientador (construído historicamente pelo direito) e ganham, inexoravelmente, um predicado obrigatório e vinculante, totalmente descontextualizado do caso a ser enfrentado pelo Poder Judiciário. (ROSSI, 2012, p. 15)

Conclui-se, portanto, seguindo tal entendimento, que para uma efetiva aplicação de precedentes vinculantes no sistema processual pátrio, será necessário que ocorra uma precisa observância entre o caso analisado e o precedente a ser a ele aplicado, de forma que deverão ser levadas em consideração as particularidades de um e outro.

2 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 trouxe como um de seus lemas a uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos Tribunais, conforme pode ser constatado pelo caput do art. 926. Saliente-se que importante tal inovação, considerando que o Código de 1973 acabava violando constantemente os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, ao possibilitar a coexistência de decisões distintas em casos que envolvessem a mesma questão jurídica central (PINHO; RODRIGUES, 2016).

Conforme lecionam Pinho e Rodrigues (2016), com a intenção de se atribuir maior importância ao papel da jurisprudência e dos precedentes, com a concessão de maior eficácia às decisões judiciais, verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro inúmeras reformas ocorridas na legislação processual nas últimas décadas.

E, ainda, buscando mitigar os efeitos danosos que os julgamentos díspares sobre a mesma matéria podem ocasionar no ordenamento, mais precisamente em relação à mesma questão jurídica que funciona como fundamento para demandas repetitivas, o Código de Processo Civil intensificou e aprimorou o tratamento da temática de uniformização jurisprudencial.

Vale destacar que o direito brasileiro, em uma nítida tendência evolutiva, pretende, então, conferir cada vez mais importância aos precedentes judiciais. Sobre essa tendência, analisemos o que esclarece Pinho:

Ciente da conveniência – ou mesmo da real necessidade – de promover a harmonização dos entendimentos emanados do Poder Judiciário, o legislador pátrio veio a ampliar, por intermédio do novo Código de Processo Civil, as hipóteses em que algumas decisões judiciais revestir-se-ão da qualidade de verdadeiras decisões definidoras de teses jurídicas, as quais passarão a condicionar a atuação futura de todos os juízes e tribunais (PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 02).

Para entendermos a importância de tal aperfeiçoamento trazido pelo Código de Processo Civil Brasileiro, é preciso compreender as razões existentes para a adoção de um sistema de precedentes dentro do ordenamento.

2.1 Vantagens da adoção de um sistema de precedentes

Com a valorização dos precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico brasileiro, importante ressaltar as vantagens trazidas por sua adoção. Nesse sentido, um modelo adequado de precedentes judiciais é capaz de garantir racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade dentro do ordenamento jurídico.

A racionalização das decisões judiciais, particular de uma doutrina de precedentes judiciais, configura-se na concepção de que as decisões exaradas pelos órgãos jurisdicionais devam ter a pretensão de universalidade para todos os casos semelhantes (PINHO; RODRIGUES, 2016).

Ao se aplicar a sistemática dos precedentes visando garantir a racionalidade da jurisdição, Zaneti expõe que:

A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar (ZANETI, 2014, p. 07).

Nesse seguimento, Zaneti (2014) frisa que a utilização do método de precedentes se revela racional, na medida em que completa o círculo de interpretação jurídica, no qual se propõe à finalização do discurso jurídico através de uma metodologia de controle de sua aplicação. Ademais, é fundado na regra da universalização, controlando as decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender ao princípio de serem decisões universalizáveis para futuros casos iguais.

E como os casos-precedentes não devem ser formados apenas para a solução do caso proposto para análise, mas sim de todos os casos em situação semelhante, é conferido ao sistema de precedentes um controle de racionalidade, o qual é decorrente da regra de universalização.

Dessa forma, ressalte-se que a universalização é mais ampla que a igualdade, uma vez que vai além de incluir a premissa de igualdade. Exige que os

juízes dos casos-futuros tenham o dever de seguir os precedentes de modo adequado, sendo que os mesmos só podem ser afastados quando o caso exigir um julgamento diverso, seja em razão de serem diferentes as circunstâncias fáticas ou por possuir erro ou superação, o que caracteriza, destarte, um pesado ônus argumentativo ao julgador caso não queira adotar o precedente referente ao caso.

Evidencia-se, pois, que uma das claras vantagens de se colocar a temática na universalização da regra resultado da aplicação do caso-precedente é a vinculação dos próprios juízes ou tribunais que tomaram a decisão. Assim como, também serão vinculados os juízes futuros da mesma corte (ZANETI, 2014).

Sobre essa perspectiva, Zaneti alerta acerca da necessidade de ponderar as diferenças entre o caso-precedente e o caso-atual, considerando as premissas da universalização como premissa racional:

A teoria dos precedentes parte da premissa da universalização como premissa racional e, a partir dela, desenvolve-se, chamando atenção para a necessidade de se atentar para a relevância das diferenças entre o caso-precedente e o caso-atual, a possibilidade de superação dos erros e a possibilidade de evolução jurídica, desde que superado o ônus da argumentação. Desta forma a doutrina liga a noção de universalização à pretensão de correção e à consistência e coerência do discurso jurídico (ZANETI, 2014, p. 08).

Pinho e Rodrigues concluem que: “A adoção do sistema de precedentes no Brasil repousa em dois princípios de estatura constitucional: segurança jurídica e igualdade, embora ambos tenham a sua origem na própria ideia de legalidade.” (PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 05).

Com relação à segurança jurídica, nota-se que a variação injustificada da interpretação judicial acaba violando elementos pretendidos pelo Estado de Direito, como a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica, tendo em vista que um sistema ideal deve proporcionar aos jurisdicionados uma mínima margem de segurança da decisão a ser proferida.

Com efeito, ressaltam Pinho e Rodrigues (2016, p.05):

Como manifestação da segurança jurídica, a estabilidade deve ser compreendida como elemento de continuidade, destinado a assegurar aos cidadãos determinada potencialidade e eficácia do ordenamento. A previsibilidade, por sua vez, revela-se em assegurar que o sujeito possa antever as consequências jurídicas de determinada conduta que venha a adotar, bem como tutelar a sua confiança na função estatal da jurisdição.

Nesse contexto, a segurança jurídica impõe aos tribunais os deveres fundamentais de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência. A princípio, o dever de uniformidade estabelece que o órgão jurisdicional deve tratar de modo semelhante os casos similares. Quanto ao dever de estabilidade, devem ser mantidas as razões que fundamentaram determinada decisão, sem variações injustificadas. No que concerne ao dever de integridade, o Tribunal deve manter um consenso entre as matérias decididas e os casos atuais. Deve haver, finalmente, um dever de coerência, haja vista a eficácia externa de cada julgado (PINHO; RODRIGUES, 2016).

Já no que diz respeito à isonomia, Pinho e Rodrigues advertem que a garantia de igualdade não determina apenas um dever de abstenção ao Legislativo, mas também ao Poder Judiciário a fim de que este possibilite que as demandas substancialmente iguais ou semelhantes recebam o mesmo tratamento (PINHO; RODRIGUES, 2016).

Observa-se, ainda, que a instituição dos precedentes em um sistema contribui de forma efetiva à razoável duração do processo, porque quando ocorre uma solidificação dos entendimentos proporciona-se que as decisões de processos assemelhados sejam aceleradas. Por sua vez, tem-se também que pode ocorrer a desmotivação de propositura de ações que sejam fundadas em argumentos contrários aos que foram acolhidos pelo tribunal para o julgamento do caso paradigma.

3 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Como já exposto, constata-se que um dos principais eixos do Código de Processo Civil de 2015 consiste em valorizar o sistema de precedentes, mediante diversos mecanismos, dentre eles, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o qual busca privilegiar a segurança jurídica, a isonomia e a razoável duração do processo, aperfeiçoando-se a previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais (TEIXEIRA, 2015).

Diante da necessidade de racionalizar a tutela jurisdicional, solucionando questões de direito repetitivas de modo eficiente, com igualdade, previsibilidade e relativa estabilidade na resposta jurisdicional, Guilherme Puchalski Teixeira enfatiza a importância trazida pelo CPC/2015 com a instituição do IRDR:

A tentativa de solução processual deu-se, em grande parte, pelo caminho da valorização da jurisprudência, adotada como precedente, verificável como dominante ou transformada em súmula. Em sede constitucional viu-se a implantação das súmulas vinculantes, do controle concentrado de constitucionalidade e da repercussão geral. No âmbito do CPC/2015 previu-se, dentre outros, a sistemática dos recursos repetitivos, o julgamento monocrático por obediência a súmula ou jurisprudência dominante, a sentença liminar, a súmula impeditiva de recurso. Nesse objetivo, a grande contribuição do Novo Código de Processo Civil deu-se com o *incidente de resolução de demandas repetitivas* (IRDR), dotado de identidade e características próprias, mas com traços marcantes de institutos próximos do direito estrangeiro. (TEIXEIRA, 2015, p. 10)

Conforme anuncia a exposição de motivos da Lei 13.105/2015:

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

Entendidas as vantagens que o sistema de precedentes judiciais pode agregar ao sistema jurídico brasileiro, passemos a analisar as particularidades do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas criado pelo CPC/15.

3.1 Solução para as Demandas Repetitivas

A princípio, impende esclarecer o que seriam as denominadas demandas repetitivas. Nessa conjuntura, Câmara (2017, p. 411) afirma que “entende-se, então, por demandas repetitivas aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário.” Reputa-se que tais demandas seriam idênticas por possuírem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que com partes distintas, como se observa na defesa de direitos individuais homogêneos.

Lado outro, importante diferenciar que direitos individuais homogêneos são relações jurídicas similares, normalmente entre um litigante habitual e pessoas diversas, enquanto as questões objeto do IRDR podem ser comum a inúmeros direitos, relações e situações jurídicas de estrutura muito heterogênea, mas no bojo das quais haja um estrato comum da discussão, não havendo nem comunhão de direitos nem a mesma causa de pedir ou pedido (CABRAL, 2016).

Além disso, Antonio do Passo Cabral (2016) destaca que as causas em que se discute a questão comum não necessariamente serão individuais, vez que poderá haver processo coletivo, como, por exemplo, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa, no qual se aprecie uma mesma questão de direito comum a outros processos individuais.

O IRDR, logo, não se aplica apenas a relações jurídicas equivalentes aos “direitos individuais homogêneos” (art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor), famosos na classificação legal dos direitos coletivos no Brasil.

Neste aspecto, o autor conclui que “é equivocado pensar que o IRDR esgota-se na análise de direitos individuais homogêneos. Nestes, ele também poderá ser útil, mas o espectro de abrangência do IRDR alcança um arco maior de situações que atraem sua aplicação” (CABRAL, 2016, p. 1440).

As demandas repetitivas ou litígios de massa são aquelas que veiculam pretensões individuais, mas relacionam-se entre si por afinidade, tendo em vista a reiteração de uma mesma questão jurídica.

Nesta seara, Dierle Nunes (2011) esclarece que o processo civil clássico foi idealizado a fim de dimensionar conflitos privados e individuais, ou seja, a denominada litigiosidade individual. Todavia, no atual cenário, considerando a Constituição cidadã de 1988 e a assunção efetiva de garantias, como o acesso à justiça e o devido processo legal, o processo se tornou uma garantia do cidadão que possibilita a obtenção de direitos (fundamentais), o que permite a litigiosidade coletiva e serial – repetitiva, especialmente a litigância de interesse público.

O autor entende que a litigiosidade coletiva e serial merece um tratamento dogmático próprio, pois, percebe-se que, atualmente, não há somente processos bipolares (um autor e um réu) acerca de pretensões patrimoniais, mas sim, a existência de processos multifacetados que envolvem a litigância de interesse público, como as questões de direito do consumidor e do direito à saúde, as quais possuem vários atores sociais, fazendo com que haja a necessidade de ampliação do enfoque de análise (NUNES, 2011).

Neste ponto, mister realçar a existência das denominadas técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI) e técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC).

As técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI) são aquelas que tratam de direitos singulares repetitivos, entretanto, de modo coletivo. Através da citada técnica, não há a utilização do instrumento técnico individual previsto no CPC, mas sim aquele instituído pelo chamado microsistema processual coletivo, formado, sobretudo, pela Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90) (RODRIGUES, 2016).

Nesses casos, a decisão proferida de forma coletiva estende-se a todas as situações jurídicas individuais que nela se enquadrem, sendo que, posteriormente, poderão ser ajuizadas demandas pelos titulares dos direitos singulares a fim de solucionarem apenas as questões que lhes sejam particulares, utilizando como fundamento a decisão genérica, que lhes beneficia (RODRIGUES, 2016).

As técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC) são consideradas instrumentos processuais que possibilitam, não obstante aplicáveis em ações individuais, que uma mesma questão de direito, presente em um grande número de processos, seja apreciada de uma única vez (RODRIGUES, 2016).

Tais técnicas incidem nas chamadas demandas repetitivas (litígios de massa), isto é, naquelas que, embora veiculem pretensões individuais, relacionam-se por afinidade, justamente pela reiteração de uma mesma questão jurídica.

Nesse seguimento, Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 625) expõe que “o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é o modelo exemplar das técnicas individuais de repercussão coletiva”.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva (2016), objetivando a análise da relação de complementariedade entre as ações coletivas e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para a solução

coletiva de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do CPC/2015, asseveram que:

As ações coletivas possuem um importante papel no acesso à Justiça. Os danos resultantes de lesões de massa são, frequentemente, de pequena monta se considerados separadamente, o que torna o ajuizamento de ações individuais desestimulante e, na prática, quase inexistente (...). Porém, esses danos, se considerados globalmente, possuem relevância social e econômica, estimulando a repetição e a perpetuação de práticas ilegais e lesivas. O valor patrimonial que individualmente seria ínfimo, coletivamente passa a ser relevante, permitindo as ações coletivas que esses danos não fiquem sem reparação (MENDES; SILVA, 2016, p. 261).

Com relação ao IRDR, os autores possuem o seguinte entendimento:

Por outro lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas teve seu advento na perspectiva de trazer racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa, evitando que haja ofensa à isonomia, à prestação jurisdicional em um tempo razoável e à segurança jurídica nos julgamentos de questões comuns de direito, material ou processual, só funcionando quando as demandas já estão em tramitação no Poder Judiciário. Se a lesão for ínfima, não haverá incentivo, ao autor da ação, para buscar sua reparação no Poder Judiciário. (MENDES; SILVA, 2016, p. 261).

Na perspectiva da economia judicial e processual, pode-se afirmar que a falta de solução adequada para os conflitos coletivos em sentido lato é responsável pelo excessivo e crescente número de processos do Poder Judiciário. Isso porque a inexistência ou a deficiência na sistemática do processo coletivo faz com que ocorra a multiplicação desnecessária do número de ações versando sobre direitos individuais homogêneos, que poderiam ser apreciados pelo Judiciário através de uma única ação coletiva, o que ocasionaria o aprimoramento do sistema das ações coletivas, assegurando a economia processual e judicial (MENDES; SILVA, 2016).

Como já exposto, no que diz respeito ao IRDR, verifica-se que a carga do Poder Judiciário será, sem dúvidas, atenuada, uma vez que a fixação da tese jurídica permite que o tempo que seria utilizado em determinadas demandas sejam, pelo menos em tese, eficazmente destinados a outros processos.

Em continuidade à relação entre as ações coletivas e o IRDR, Mendes e Silva (2016) declaram que as ações coletivas possuem não somente o papel de assegurar a reparação de danos para todos os lesados ou, pelo menos, de uma quantidade

significativa de vítimas, mas também possuem a pretensão de cessar o dano e alterar a postura nociva aos indivíduos. E, sustentam, contudo, sobre o IRDR:

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas não será capaz de afirmar esse papel, uma vez que, embora não possua custos (artigo 976, §5º do NCPC) e mesmo que seja fixada uma tese de procedência, será necessário, se não forem beneficiários da justiça gratuita, que os autores individuais dispendam dinheiro, além do tempo, para irem ao Poder Judiciário obterem a reparação de seu dano, o que acaba ocasionando que muitos acabem não buscando tal reparação, deixando o perpetrador da lesão em alguma vantagem e as normas jurídicas de pouca valia (MENDES; SILVA, 2016, p. 264).

Por fim, cabe apontar que outros mecanismos de coordenação entre ações com proximidade de conteúdo, como a conexão de causas, por exemplo, ou de direitos de mesma origem (como as ações coletivas), simplesmente não conseguiram evitar a litigância seriada (CABRAL, 2016).

Cabral (2016) aduz que “a lei e a jurisprudência praticamente fulminaram o uso das ações coletivas para diversas matérias, muitas delas referentes aos direitos individuais homogêneos (como em causas tributárias e previdenciárias).” Vários fatores, então, fizeram com que as ações coletivas não fossem capazes de solucionar o problema das causas repetitivas, que só encontrarão mecanismo adequado para resolver procedimentos de solução em bloco.

O autor discorre que não se quer dizer que as ações coletivas fracassaram ou devem ser abolidas, bem como que o IRDR é um substituto das ações coletivas, mas sim que ambos os mecanismos são complementares.

Depreende-se, pois, que uma das grandes vantagens do IRDR é ser aplicável em campos não abrangidos pelo sistema das ações coletivas, sendo que qualquer matéria que envolva questões de direito, ou seja, excluídas as questões de fato, pode ser objeto do incidente, desde que preenchidos os requisitos legais. Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti (2015, p. 04) destacam que: “a aplicação será ampla, abarcando qualquer matéria jurídica, inclusive para dirimir questões processuais. O que interessa é que a questão seja jurídica”.

Nesse sentido, é o Enunciado 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento”.

3.2 Características do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Pode-se definir que as técnicas individuais de repercussão coletiva, que possui como modelo exemplar o IRDR, consistem em desconstruir a norma jurídica concreta individual que esteja sendo discutida em diversas situações no Judiciário para que ocorra o isolamento do fato de sua hipótese de incidência, o que possibilita realizar a identificação da tese jurídica repetida nos demais casos. E, à vista disso, estabelecida a tese, as causas individuais receberão a mesma decisão da tese firmada.

Extrai-se da exposição de motivos do CPC/2015:

“Criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.”

Para a instauração do incidente, são exigidos como pressupostos de admissibilidade a presença, simultânea, de três requisitos indispensáveis previstos pelo art. 976 do CPC, quais sejam, (i) efetiva repetição de processos, (ii) controvérsia sobre idêntica questão de direito e (iii) risco de ofensa às garantias constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

Resta claro que o IRDR somente será instaurado caso ocorra uma efetiva repetição de processos, destinando-se a definir um padrão decisório para as demandas com as mesmas questões de direito, e não para as mesmas questões fáticas, o que evidencia que o incidente não pode ser instaurado em caráter preventivo (CÂMARA, 2017).

Antônio do Passo Cabral (2016) quando discorre acerca dos pressupostos para instauração do IRDR (multiplicidade de causas, reprodução difusa do debate que esteja gerando risco à isonomia e à segurança jurídica) também elenca a inocorrência do caráter preventivo de sua instauração:

Não é suficiente, entretanto, o receio de decisões conflitantes tão conhecido no estudo da conexão das causas. A imprevisibilidade

acerca do resultado final deve ser efetiva, como diz a lei, e não potencial. Vale dizer, deve ter havido decisões finais em sentidos diversos, demonstrando-se com isso uma atual efetiva insegurança e tratamento desigual. Não basta um risco potencial. Essa exigência legal derivou de candente debate durante a tramitação do novo CPC, confrontando autores que imaginavam possível a instauração de um incidente “preventivo”, isto é, antes de proferidas decisões conflitantes e passível de ser deflagrado diante da potencial ocorrência de soluções contraditórias entre si (CABRAL, 2016, p. 1442).

Tanto não é um mecanismo preventivo que o requisito de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica revela que o IRDR somente será instaurado se houver, também, a existência de decisões divergentes. Com isso, enquanto as demandas idênticas estiverem sendo decididas no mesmo sentido, não há utilidade e interesse na instauração do incidente. (CÂMARA, 2017)

Nesse aspecto, acrescentam Pinho e Rodrigues (2016, p. 07/08):

Também conhecido como julgamento por amostragem ou julgamento representativo da controvérsia, o julgamento de casos repetitivos tem seu objeto fixado no parágrafo único do art. 928, qual seja, apenas questão de direito material ou processual. Destarte, ficam descartadas questões de fato, como seria intuitivo concluir, pois essas são sempre repletas de particularidades e especificidades, a eliminarem qualquer pretensão de padronização.

No tocante à questão do objeto do IRDR ser de fato ou de direito, Passos (2016) afirma que o legislador do CPC limitou o objeto do incidente às questões “unicamente de direito”, com exclusão das questões de fato, partindo da premissa de que todas as causas repetitivas o são porque uma ou mais questões jurídicas nelas discutidas são controversas e fizeram com que processos se multiplicassem. Conforme tais ideias, o IRDR torna-se um procedimento “para solução de teses”.

Ademais, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi criado com o intuito de promover a uniformização das decisões do Judiciário a fim de evitar decisões contraditórias, as quais poderiam proporcionar um tratamento desigual por parte do Estado àqueles que se encontram em uma situação jurídica idêntica (MEIRELES, 2017).

Nesse diapasão, registre-se que a função desse instituto processual é fixar uma tese jurídica, a qual será aplicada aos demais casos pendentes, e não julgar subjetivamente, neste momento, cada um dos casos concretos nos quais se discutem a questão. Nestes termos, o Código de Processo Civil determina em seu

artigo 978, parágrafo único, que a demanda originária do incidente também seja julgada, privilegiando o direito objetivo ao mesmo tempo em que garante a unidade e coerência à interpretação do direito no ordenamento jurídico (ALVES, 2017).

Contudo, tal constatação não significa que a tese firmada deverá ser feita de forma abstrata e indiferente aos fatos que originaram o incidente. Ao contrário, para o uso eficaz do IRDR no ordenamento, bem como para possibilitar a formação dos precedentes judiciais, é imprescindível que a análise fática das demandas escolhidas seja realizada e discutida na fixação da tese jurídica (ALVES, 2017).

Como aponta Gustavo Silva Alves em relação ao sistema denominado precedentes à brasileira:

Verifica-se, exemplificativamente, em relação ao IRDR, um precedente fruto de um único julgamento e cuja decisão será de aplicação obrigatória a todos os demais, em qualquer grau de jurisdição, sob pena de *reclamação* ao órgão jurisdicional que firmou o precedente (ALVES, 2016, p. 12).

Lado outro, mister salientar que o IRDR possui natureza jurídica de incidente processual, sendo um procedimento autônomo e lateral que surge a partir de um processo preexistente, com o objetivo de fixar uma tese jurídica a ser aplicada a todos os processos que possuem a mesma questão de direito em discussão.

No direito estrangeiro, ficaram célebres duas formas de procedimento para solução de casos repetitivos. O primeiro é aquele dos processos-teste ou causas-piloto, o qual se caracteriza pela unidade de processo e julgamento (aqui, o órgão conhece e julga a questão comum, bem como todas as demais questões, resolvendo o caso por completo) e posterior replicação da *ratio decidendi* aos casos similares (CABRAL, 2016).

A segunda espécie de procedimento é dos procedimentos-modelo, que se caracteriza pela cisão cognitiva e decisória (o órgão julgador aprecia somente as questões comuns), incorporando a decisão aos processos nos quais se discutem a mesma controvérsia, devolvendo-se aos demais órgãos jurisdicionais a solução de todas as questões específicas de cada caso (CABRAL, 2016).

Com relação ao modelo de julgamento de casos repetitivos adotado pelo CPC de 2015, Alves destaca a ocorrência das duas formas:

(i) o da causa-piloto, no qual é fixada a tese jurídica e também julgado o caso concreto a partir do qual foi instaurado o incidente; e

(ii) o do procedimento-modelo, no qual apenas é fixada abstratamente a tese jurídica acerca da questão de direito, sem o julgamento da demanda que deu origem ao incidente (2017, p. 05).

Embora as diferenças existentes, admite-se que o processo civil brasileiro adotou um modelo híbrido, haja vista que, via de regra, o modelo adotado é o de causa-piloto, nos termos do artigo 978, parágrafo único, do CPC, sendo aplicado o procedimento-modelo, como exceção, às situações em que ocorre a desistência ou abandono da causa originária, consoante o artigo 976, § § 1º e 2º, do CPC (ALVES, 2017).

Também é o entendimento adotado por Cabral de que o legislador optou pelo modelo híbrido:

Em regra, observando o art. 978, parágrafo único, o tribunal julgará a questão comum e o(s) caso(s) selecionados e afetados para instrução. Há unidade cognitiva e decisória, com posterior aplicação da *ratio decidendi* sobre a questão comum aos demais processos que seja debatida. No entanto, quando houver desistência do processo afetado, o incidente pode mesmo assim prosseguir para a definição da questão comum (art. 976, §1º). Nessa hipótese, segue-se o formato do processo-modelo, instituindo-se um procedimento de solução da questão comum a vários processos, mas com técnica diferente.

No caso de IRDR que prossegue a despeito da desistência do caso, existe cisão cognitiva e decisória, o órgão que julga o incidente aprecia apenas a questão comum, e todas as demais questões que não forem objeto do IRDR serão decididas pelos juízos dos processos primitivos. Como consequência, no caso do IRDR que segue para julgamento depois da desistência do recurso ou da ação, existe exercício de jurisdição fora do padrão tradicionalmente observado no direito brasileiro (CABRAL, 2016, p. 1438/1439).

Pois bem, cabe esclarecer que nas situações dispostas pelo artigo 978, parágrafo único, além da fixação da tese jurídica, as demandas que deram origem ao IRDR serão igualmente julgadas pelo órgão do Tribunal onde tramitam.

Noutro giro, nos casos previstos pelo art. 976, §1º, o IRDR não será extinto, pois ainda assim o exame do seu mérito será realizado, entretanto, os processos que deram origem ao incidente não mais serão julgados, havendo somente a fixação da tese jurídica (ALVES, 2017).

Dessa forma, a discussão de uma mesma questão jurídica em diversos processos dá origem a uma situação jurídica coletiva, sendo que o grupo de pessoas que discute a mesma questão de direito em seus respectivos processos é

que dá origem a tal situação. Nessa continuidade, a controvérsia será solucionada a partir da fixação e aplicação da tese jurídica a todos os processos pendentes e futuros que discutam a questão (ALVES, 2017).

3.3 Efeitos da instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

De acordo com o artigo 982, I, do CPC, após admitido o incidente, o relator determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou Região. A suspensão deverá ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes (artigo 982, § 1º, do CPC), e, assim, serão sobrestados os processos já em curso, bem como as demandas que venham a instaurar-se antes do julgamento de mérito do IRDR, e que tenham sido instauradas por causas idênticas (CÂMARA, 2017).

Sobre a referida suspensão, Guilherme Puchalski Teixeira compreende que:

Sobressai-se, aí, a força deste incidente, capaz de suspender a tramitação de todos os processos, inclusive coletivos, com igual controvérsia. Relevante constatar que os processos suspensos apresentarão sua complexidade habitual, com pedidos e fundamentos diversos, envolvendo, não raramente, a discussão de mais de uma questão de direito (coincidência parcial com o incidente), além é claro, das questões de fato, sempre únicas a cada demanda. Daí concluir que serão suspensos os processos cuja controvérsia objeto do IRDR seja a única questão discutida (coincidência total) assim como aqueles que apresentam outras questões de direito (coincidência parcial) (TEIXEIRA, 2015, p. 14).

Sendo assim, apesar de perceber a discussão existente sobre a inconstitucionalidade da suspensão compulsória das demandas repetitivas e de seu efeito vinculante, ambos sem prévia autorização constitucional, o autor afirma que:

De qualquer modo, a suspensão apresenta-se como solução eficaz a fim de estender a tese fixada no IRDR uniformemente a todos os processos repetidos, em realização da pretendida isonomia. A suspensão retardará o andamento dos processos em andamento - admite-se - contudo, resultará aceleração do seu trâmite até o trânsito em julgado, considerando que a sentença e os acórdãos que se sucederem deverão observar vinculativamente a tese fixada no IRDR (art. 927, III) (TEIXEIRA, 2015, p. 15).

E, assim, na visão do referido autor, a eficiência do IRDR reside na impossibilidade de terceiros que são titulares de tais ações suspensas desvincularem-se da eficácia vinculante do entendimento firmado no IRDR, o que o diferencia da sistemática dos processos coletivos, pois estes outorgam tal faculdade aos titulares das demandas em curso.

Diversamente da extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* (ou seja, dependendo do resultado do julgamento) das ações coletivas, que preserva o direito de ação em caso de julgamento de improcedência, no IRDR, a vinculação do grupo de pessoas que possui processos pendentes ocorre tanto nas situações em que a tese jurídica lhes é favorável, como também nos casos em que for desfavorável (ALVES, 2017).

Tal fato ocorre nos casos do IRDR, justamente porque sua finalidade é conferir estabilidade à jurisdição, afastando o sentimento de injustiça por parte do jurisdicionado que recebe decisão desfavorável em processo com igual controvérsia à demanda de outrem, que se sagrou vencedor (TEIXEIRA, 2015).

Dessa forma, a vinculação à tese jurídica firmada no IRDR configura como um dos efeitos do sistema vinculante dos precedentes, previsto pelo CPC para o julgamento de casos repetitivos. Há a ressalva, todavia, no sistema de precedentes estabelecido, no tocante à possibilidade de ocorrer a superação da tese ou da distinção do caso concreto com relação à tese fixada (MENDES; SILVA, 2016).

O artigo 985 do CPC estabelece que “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada”:

- I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;
- II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Marcelo Abelha Rodrigues critica, então, a forma como tal aplicação ocorre pela sistemática do artigo:

E isso, sem que houvessem tido a menor oportunidade de influir em seu teor e, o que é pior, sem qualquer garantia de que, os fundamentos e argumentos trazidos na causa escolhida para representar a controvérsia são realmente bem preparados,

completos, adequadamente expostos, ou se aqueles sujeitos que o representam neste incidente, podiam fazê-lo, no momento em que foi requerido o incidente, de forma representativa ou adequada. (2016, p. 632)

Já na visão de Guilherme Puchalski Teixeira:

Cuida-se, aqui, da almejada eficácia vinculante do IRDR, para o presente e para o futuro. Tal vinculação ocorrerá, inclusive, em relação aos processos que tramitem ou venham a tramitar nos juzgados especiais de cada estado ou região (art. 985), demandas que também deverão ser inicialmente suspensas por ocasião da admissão do IRDR (2015, p. 17).

Assim, em relação aos casos futuros, o precedente firmado no âmbito do IRDR é dotado de autoridade vinculante e, por isso, produz o efeito de vincular os julgados que, em situações idênticas, lhe forem supervenientes (TEIXEIRA, 2015).

Outrossim, define:

A norma geral estabelecida na fundamentação deste julgado (*ratio decidendi*) terá a eficácia de vincular decisões posteriores, obrigando os órgãos jurisdicionais a adotarem aquela mesma tese na fundamentação dos julgados sob sua jurisdição, conquanto repouse a controvérsia sobre idêntica questão de direito, em obediência aos princípios da isonomia e segurança jurídica. (TEIXEIRA, 2015, p. 18)

Há, ainda, a possibilidade conferida pelo Código às partes do processo que deu origem ao IRDR, às partes dos processos suspensos em razão do IRDR, bem como ao Ministério Público e à Defensoria Pública (artigo 982, § 3º), visando à garantia da segurança jurídica, de requerer ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, a suspensão em nível nacional de todos os processos individuais e coletivos que versem sobre a questão de direito objeto do incidente (art. 982, §§ 3º e 4º).

Para Teixeira (2015), acertada tal previsão, uma vez que nos casos em que a controvérsia do IRDR versar sobre interesse nacional terá sua eficiência potencializada e sua eficácia expandida a todo território nacional, o que permite, também, maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Resta claro que o pedido de suspensão nacional poderá partir de qualquer dos processos suspensos, tendo em vista que há a possibilidade de se proliferarem IRDR's simultâneos em diferentes tribunais, com fixação de teses contrárias em cada estado (TEIXEIRA, 2015).

4 APLICAÇÃO DO IRDR NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE

Cabe destacar, neste momento, a importância do papel que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá exercer nas demandas afetas ao direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio.

Dierle Nunes (2011) frisa a ligação existente entre a busca pelos direitos fundamentais e aumento do uso das demandas repetitivas:

Em países como o Brasil, no qual ocorre um grande desrespeito dos direitos fundamentais e não existem as aludidas políticas públicas idôneas para assegurá-los plenamente (pensemos na saúde e educação, para partir de exemplos) ocorre uma indução ao uso da litigância de interesse público, fonte de enorme número de demandas repetitivas e seriais.

Conforme já demonstrado, esse incidente visa garantir maior racionalidade ao ordenamento jurídico, com a formação e aplicação de uma determinada tese jurídica, buscando evitar que sobre a mesma questão repetitiva de direito existam diversas formas de interpretação, o que possibilitaria a existência simultânea de decisões conflitantes (ALVES, 2017).

Desse modo, o IRDR destina-se a trazer solução parcial aos males de insegurança jurídica, associados à ausência de previsibilidade e estabilidade da jurisdição, diante de demandas individuais repetitivas com idêntica questão de direito. (TEIXEIRA, 2015)

Em 13 de abril de 2016, foi instaurado o primeiro IRDR no país, sendo relativo ao direito à saúde, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tramitando pelo número 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, o qual será objeto do estudo doravante.

4.1 Considerações acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000

Como forma de reforçar o exposto, será analisado o julgamento do IRDR instaurado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que teve como relator o Desembargador Ronei Danielli, referente ao processo paradigma nº 0302355-11.2014.8.24.0054. A questão de direito afetada e submetida a julgamento consistiu

na necessidade ou não da comprovação de hipossuficiência do autor do pleito de dispensação de medicamento ou terapia no âmbito da assistência à saúde.

Assim sendo, o Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria dos votos, julgar o IRDR com as seguintes teses firmadas:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO.

1. Teses Jurídicas firmadas:

1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).

1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

Neste contexto, importante trazer à baila a forma como a instauração do incidente se deu após o Estado de Santa Catarina apresentar recurso de apelação no processo paradigma, no qual se objetivava o fornecimento de determinados medicamentos, em virtude de ser a parte autora portadora de *Diabetes Melito* Tipo II, hipertensão, dislipidemia e hipotireoidismo.

No mencionado recurso, o ente estatal propôs a discussão acerca da capacidade econômica do demandante para custear os medicamentos não padronizados pelo sistema público de saúde.

Dessa forma, o processo foi retirado de pauta, na medida em que o Relator entendeu recomendável ampliar o debate sobre a matéria apresentada pelo Estado

de Santa Catarina, com o fito de uniformizar o entendimento da Corte, na forma do artigo 976 do Código de Processo Civil.

Com efeito, aduziu o Desembargador Relator no caso em comento:

Sob essa perspectiva, compreende-se a saúde como um direito coletivo por excelência, motivo por que a dispensação de medicamentos a pessoas com recursos financeiros suficientes em detrimento de tantas outras carentes economicamente (dada a limitação dos recursos orçamentários) merece ser aprofundada para, nos contornos delineados pela Nova Lei Instrumental, extrair-se posicionamento convergente neste Tribunal.

Objetivando harmonizar o princípio da universalidade do sistema público de saúde com a garantia constitucional do mínimo existencial, diferenciando-o do máximo desejável, porquanto traduzidas em diferentes obrigações positivas por parte do Estado (notadamente em um contexto de crise), proponho o enfrentamento da temática sob dois enfoques distintos.

1) **a desnecessidade da comprovada hipossuficiência para valer-se dos insumos e terapias protocolares**, estas, a toda evidência, disponibilizadas à sociedade em geral, independente da faixa econômica (sem dúvida direito subjetivo do indivíduo);

2) **a imprescindível demonstração de carência financeira quando o tratamento ou fármaco perseguido não estiver padronizado pelo SUS**, de modo a acarretar ônus imprevisto ao orçamento público destinado à saúde e, por isso, importar em eventuais escolhas (sempre difíceis, registre-se) entre o direito de um face aos direitos dos demais.

Nesse último caso, mister ainda discernir entre prestação relativa ao máximo desejável e ao mínimo existencial, possibilitando ou não a ponderação com a tese da reserva do possível.

Frisou, ainda, que o Código de Processo Civil/2015 inaugura importante instrumento jurídico em prol da coerência, isonomia e segurança jurídica para o tratamento das demandas repetitivas, pretendendo sua uniformização e, em última instância, a estabilização das relações sociais, essencial ao Estado Democrático de Direito. Com isso, afirmou que o IRDR mostrava-se mais do que cabível, desejável na hipótese do caso em tela.

Nesta perspectiva, dentro da própria decisão do Desembargador, foi apresentada a relevância que a controvérsia dos autos apresenta também em outros Tribunais, como o do Rio Grande do Sul, por tratar-se de discussão altamente polêmica. Assim, colacionou-se a decisão uma seleção de julgados de forma a exemplificar o alegado.

Ademais, considerando que a jurisprudência do próprio Tribunal possuía certa discrepância entre seus órgãos fracionários, e a fim de evitar mais discussões

conflitantes, foi instaurado o IRDR, por ofício do relator, viabilizando o enfretamento da questão discutida e uniformizando-a.

Com tais considerações, declarou o Relator que “no intuito de colaborar com a excelência desta Corte de Justiça e, sobretudo, firme nos propósitos de fortalecimento da jurisdição e valorização da cidadania catarinense, suscito a instauração do referido IRDR”.

Admitido o processamento do IRDR pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, foi cumprido o disposto pelos artigos 979, 982 e 983 do Código de Processo Civil, suspendendo todos os processos pendentes, individuais e coletivos, versando sobre a temática.

Foi determinado, ainda, pelo Desembargador Relator que fosse expedido ofício à Secretaria da Saúde de Santa Catarina, à Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina (OAB/SC), à Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, ao Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon de Santa Catarina, à Federação Catarinense de Municípios – FECAM, à Associação Catarinense de Medicina (ACM), à Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco, à Associação de Defesa dos Usuários de Seguro, Planos e Sistema de Saúde – Aduseps, a Rede Humanizada SUS – RHS e à Associação dos Usuários do Sistema Único de Saúde – ASSUS.

Constata-se, pois, que ocorreu no IRDR em análise uma ampliação do seu debate, considerando que foram ouvidas não somente as partes do processo e o Ministério Público, mas também os demais interessados, inclusive pessoas (como autores de outras demandas suspensas por força do IRDR), órgãos e entidades com interesse na controvérsia, conforme supramencionado.

Dessa forma, foi oportunizado aos referidos que, querendo, ofertassem manifestação, podendo juntar documentos, requerer diligências, inclusive indicando especialistas, contribuindo para o debate com fatos, informações e fundamentos para elucidação da questão de direito controvertida.

Outrossim, consoante o disposto no artigo 983, § 1º, a fim de ouvir-se pessoas “com experiência e conhecimento na matéria”, foi determinado no despacho que fosse comunicado, ainda, a realização de futura audiência pública a ser regulamentada e amplamente divulgada na sequência.

Verifica-se a importância que tal técnica desenvolve na operacionalização do IRDR, principalmente, por ser o direito à saúde questão sensível e que requer intenso debate para que as partes envolvidas e terceiros que serão afetados não sejam prejudicadas pela tese jurídica firmada.

No que concerne ao direito fundamental à saúde, cumpre elucidar que a Constituição Federal de 1988 conquistou, nos últimos anos, força normativa e efetividade², sendo a jurisprudência sobre o direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos exemplo emblemático de tal afirmação. Para tanto:

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde (BARROSO, 2007, p. 03).

Considera-se que o Estado constitucional de direito gira em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. Com isso, Luís Roberto Barroso (2007, p. 11) compreende que “a dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos”. Portanto, sempre que a Constituição define um direito fundamental, como a saúde, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial.

Esclarecedora, ainda, a lição de Daniel Sarmento:

O mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 88, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça. Como dimensão do princípio da dignidade da pessoa

² Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição (BARROSO, 2007, p. 06).

humana, o direito ao mínimo existencial possui caráter universal, sendo titularizados por todas as pessoas naturais, independentemente de qualquer outra condição (SARMENTO, 2016, p. 212).

Especificamente quanto ao direito à saúde, o autor discorre que é certo que se trata de um direito universal (art. 196, CF) e que a gratuidade do Sistema Único de Saúde (SUS) se aplica a todos. Porém, expõe determinada ressalva com relação aos medicamentos, a qual pode ser, inclusive, confrontada com o julgamento em questão:

(..) o não fornecimento de um medicamento indispensável para o tratamento sanitário de uma pessoa pobre, que não disponha dos recursos necessários para adquiri-lo por conta própria, pode significar um grave abalo à sua saúde ou até mesmo um sacrifício à sua vida. Já para outro indivíduo com a mesma patologia, que tenha, contudo, condições de custear o medicamento sem prejuízo de sua subsistência digna, a omissão estatal não terá efeitos similares: repercutirá no seu patrimônio, mas não ameaçará a sua saúde ou a sua vida. No primeiro caso, haverá violação do direito ao mínimo existencial, mas não no segundo (SARMENTO, 2016, p. 215).

Analisando os pleitos judiciais de saúde, percebe-se que são estabelecidos requisitos como condições para que o pleito do jurisdicionado seja apreciado e, possivelmente, provido, a fim de nortear a atuação jurisdicional, razão pela qual a tese firmada em um IRDR se mostra perfeitamente eficaz para facilitar tal análise pelo juízo.

No julgamento específico do incidente em comento, no voto do Desembargador Relator Ronei Danielli, foi colocado como primeiro requisito do caso em epígrafe a necessidade de prévio requerimento administrativo do indivíduo ao órgão público, o qual configura interesse de agir do cidadão, na medida em que comprovada resistência à sua pretensão, quer pela negativa, quer pela própria morosidade na resposta. Utiliza-se, aqui, raciocínio análogo ao aplicado no plano da Previdência Pública (Tema 350 do Supremo Tribunal Federal).

Outro requisito analisado pelo órgão jurisdicional nas ações de saúde para a concessão de medicamento ou de tratamento médico que constem no rol disponibilizado pelo SUS é a necessidade do fármaco requerido e a sua adequação ao quadro clínico apresentado pelo paciente, devendo ser atestado por médico.

No entanto, entendimento contrário foi firmado com relação às demandas nas quais o procedimento pleiteado não é contemplado por política pública. Interpretou-

se que não se pode extrair do artigo 196 da Constituição Federal³ a obrigação do Estado de fornecer todo e qualquer medicamento requerido por toda e qualquer pessoa enferma, independente do contexto em que se insere, da pretensão veiculada em juízo e da questão orçamentária que atrela as escolhas e opções do Poder Executivo.

E, assim, nesta situação, foram estabelecidos outros requisitos que devem preceder ao reconhecimento do direito subjetivo do cidadão e, em contrapartida, da obrigação do Estado em provê-lo.

Dentre os requisitos imprescindíveis firmados, foi elencado como requisito elementar a hipossuficiência financeira do doente e de seu núcleo familiar, de forma a evidenciar a impossibilidade de custeio da terapia necessária para a sua recuperação ou garantia de sua qualidade de vida.

Esclareceu-se que somente aos comprovadamente carentes é que deveriam ser dispensados fármacos ou procedimentos que não fossem disponibilizados pelo SUS, sob pena de se comprometer a própria universalidade e isonomia do sistema público.

Desta feita, verificam-se os dois enfoques analisados pelo Grupo de Câmaras de Direito Público para estabelecer os requisitos necessários em cada situação, tendo sido firmada a tese jurídica (1.1) para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS e a tese (1.2) para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS.

Resta claro que nas demandas de saúde a imposição de requisitos funciona como um mecanismo a fim de nortear a atuação jurisdicional na análise do pleito para que seja verificado se o caso atende ou não às condições necessárias para o julgamento do direito requerido.

Isso ocorre jurisdicionalmente devido à força que os precedentes têm adquirido no direito brasileiro. Por isso, a sobreposição dos entendimentos firmados por tribunais, regional ou nacional (pois pode ser dada abrangência nacional ao incidente), à subjetividade dos entendimentos firmados por cada juiz de primeiro grau revela-se mais adequada, com vistas a privilegiar os princípios da isonomia e segurança jurídica. Com efeito, Antonio do Passo Cabral alude:

³ CF, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Por um lado, na esteira de um ordenamento processual que preze a igualdade e a coerência, emprestar a casos similares decisões idênticas é fator que confere isonomia de tratamento aos jurisdicionados pelo Estado, ao mesmo tempo em que assegura consistência sistêmica, evitando contradições internas. De outra senda, são mecanismos que falam em nome da eficiência. Com efeito, não apenas porque permitem julgamentos em bloco, mas também por decidirem um mesmo aspecto da controvérsia (...) (CABRAL, 2016, p.1435).

Ademais, na lição de Luís Roberto Barroso (2007), há, atualmente, a proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis (inacessíveis ou destituídos de essencialidade), bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Diante disso, há a formação de um quadro que representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional. Enfatiza o autor:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. (BARROSO, 2007, p. 04)

No panorama atual do sistema judiciário brasileiro, manifesta-se visível a incompatibilidade entre litigiosidade e a capacidade do Poder Judiciário em absorver as demandas. Trata-se de um problema processual e do Estado, que presta jurisdição de forma morosa, bem como do governo, pois parte da solução deveria advir de um melhor aparelhamento do Judiciário. (TEIXEIRA, 2015)

Neste sentido, nota-se que o entendimento apresentado por Teixeira representa também as demandas de saúde:

A criação de um mecanismo de *resolução de demandas repetitivas* pelo legislador processual deve partir de um pressuposto fático preocupante e de inegável existência: o crescimento incessante da

litigiosidade e a incapacidade da estrutura judiciária brasileira frente a esta demanda vertiginosa (TEIXEIRA, 2015 p. 03).

Como forma de compreender o fenômeno da judicialização da saúde, podemos observar o seguinte esclarecimento:

É de se reconhecer, inclusive, que a Constituição Federal de 1988 ao assegurar inúmeros direitos fundamentais ao cidadão, dotados de eficácia em maior ou menor grau, criou as condições para o cidadão exigisse judicialmente seus direitos sociais constitucionalmente reconhecidos. Trata-se, em síntese, de fenômeno próprio do Estado Democrático de Direito, decorrente da socialização dos direitos, da incapacidade do Estado em assegurá-los materialmente e da conseqüente judicialização destas pretensões (TEIXEIRA, 2015, p. 04/05).

Associado ao problema da morosidade da prestação jurisdicional, a qual fere a duração razoável do processo, tem-se outro prejuízo: a falta de previsibilidade na solução de demandas sobre idênticas questões de direito objeto da controvérsia (TEIXEIRA, 2015).

Citada constatação adéqua-se à extrema judicialização da saúde, na qual os indivíduos buscam através do Judiciário direitos que deveriam ser efetivados pelas políticas públicas.

Noutro giro, no tocante à forma como ocorre o julgamento para a formação da tese jurídica no incidente, Andre Vasconcelos Roque, em uma reflexão sobre “causa-modelo ou causa-piloto” afirma que:

(i) o IRDR resolve apenas questões de direito (art. 976, I, CPC/2015), ficando a análise de fatos e provas sob a competência do juízo de aplicação (art. 985, I, CPC/2015); (ii) o recurso interposto contra o julgamento do IRDR tem repercussão geral presumida e efeito suspensivo sem qualquer ressalva (art. 987, § 1º do CPC/2015), o que só parece fazer sentido se este se limitar à definição da tese jurídica geral; (iii) a matéria suscetível de tratamento no IRDR pode consistir em simples questão incidental nos processos repetitivos – como, por exemplo, se o prazo previsto no art. 523, caput do CPC/2015 (para pagamento espontâneo da condenação) deve ser contado em dias úteis ou corridos; e (iv) a legitimidade da defensoria e do Ministério Público para requerer a instauração do incidente (art. 977, III do CPC/2015) parece reforçar que se trata de um sistema de “causa-modelo”, pois tais entes não necessariamente serão partes das causas que originarem o IRDR. Nessa perspectiva, o art. 978, parágrafo único do CPC/2015 consiste apenas em regra de prevenção do órgão que apreciou o IRDR para o julgamento da causa nos processos dos quais se originou o incidente, sem que se

exija a unidade de cognição e julgamento do incidente com a causa a partir da qual foi instaurado.

Percebe-se, nesta perspectiva, que a grande crítica doutrinária ao modo de julgamento do IRDR consiste na questão de apenas uma decisão (causa-piloto), com suas peculiaridades, ser levada em consideração no momento de formação da tese jurídica, tendo em vista que há a observância apenas das questões de direito, sendo que a análise de fatos e provas fica a cargo do juízo que aplicará a tese aos demais casos assemelhados.

O incidente não levaria em conta, desta feita, situações fáticas das demais demandas, as quais teriam influência na formação da tese jurídica, ao mesmo tempo em que a tese será a elas aplicada.

No presente julgamento, entretanto, pode-se considerar que a análise fática das demandas ocorre de forma semelhante, uma vez que, de acordo com os requisitos estabelecidos na tese firmada, basta a análise da hipossuficiência financeira da parte, da necessidade e adequação do medicamento requerido ao tratamento, bem como se a medicação é disponibilizada pelo SUS. Tais premissas podem ser prontamente comprovadas, assim, através de declaração médica, declaração negativa do órgão do Estado que negou o fármaco à parte e demonstração da hipossuficiência financeira.

Por fim, o CPC de 2015 é claro ao propósito constitucional do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, qual seja, conferir previsibilidade e segurança jurídica à jurisdição, bem como preservar a isonomia no âmbito do processo (TEIXEIRA, 2015).

Destarte, importante a criação de um instituto que consiga evitar decisões díspares sobre a mesma questão de direito em demandas de saúde, tendo em vista que vários indivíduos ajuízam diversas ações requerendo o mesmo tratamento médico, como, por exemplo, um medicamento não disponibilizado pelo SUS. A propósito:

A nosso ver, o risco de ofensa à isonomia decorrente de decisões díspares sobre idêntica *questão de direito* estará sempre presente diante da proliferação de demandas repetitivas. O risco à isonomia, portanto, será uma decorrência natural dos pressupostos legais antecedentes (demandas repetitivas e controvérsia sobre idêntica questão de direito). Diante da proliferação de dezenas, centenas, milhares de processos sobre idêntica questão de direito será difícil

negar o risco de decisões divergentes, a partir da natural abertura do direito, do emprego de conceitos indeterminados, do princípio do livre convencimento, da diversidade de princípios invocáveis, da possível colisão entre normas, ou seja, dentre tantas interpretações e respostas possíveis (TEIXEIRA, 2015, p. 11).

Por conseguinte, confirma-se que o IRDR estabelece verdadeiro rompimento com o paradigma individualista consagrado pelo CPC/1973, guardando cumprimento aos preceitos constitucionais da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da isonomia processual, a partir de um tratamento uniforme na resolução de questões de direito e na distribuição da justiça (TEIXEIRA, 2015).

5 CONCLUSÃO

O termo “precedente à brasileira” revela a existência de um sistema de aplicação de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro com peculiaridades diversas daquelas existentes em ordenamentos com maior tradição no tema, devido ao modo como os precedentes judiciais foram constantemente aplicados no Brasil.

Através da utilização de jurisprudência e enunciados de súmulas, com a aplicação de julgados e ementas de decisões sem a devida confrontação ao caso concreto analisado, bem como de forma desvinculada do caso que o formou, o precedente no sistema brasileiro possui muitas críticas, não tendo se mostrado adequado à construção de uma teoria eficaz de precedentes.

Verifica-se que o modo como os precedentes judiciais surgiram nos ordenamentos filiados ao *common law* e *civil law* se deu de forma totalmente distinta, razão pela qual no Brasil não se poderia conceber a definição de precedentes em sua concepção clássica.

No entanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve, sem dúvidas, a intenção de se efetivar a utilização dos precedentes de forma adequada, dando maior importância ao sistema, com o estabelecimento de diversos mecanismos que buscam privilegiar os precedentes judiciais, dentre eles, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Dessa forma, deve ser entendido que tal aplicação não pode ser feita de forma mecânica, sem a devida análise das especificidades de cada caso. O precedente judicial deve ser aplicado de modo a servir como diretriz para o julgamento de futuros casos análogos, devendo haver uma estrita observância das particularidades da tese firmada pelo precedente e do caso em análise.

A inovação trazida pelo CPC com a instituição do IRDR denota importante mecanismo para a solução das denominadas demandas repetitivas. É cediço que em um Estado Democrático de Direito não pode haver posicionamentos judiciais diferentes e incompatíveis a respeito da mesma norma jurídica, o que levaria os jurisdicionados, que estejam em situações idênticas e sejam submetidos a decisões distintas, a um contexto de insegurança jurídica.

Portanto, restou demonstrado que a utilização de forma adequada do IRDR dentro do ordenamento privilegia os princípios da segurança jurídica e da isonomia, fazendo com que haja a racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade das decisões judiciais, contribuindo de modo efetivo à razoável duração do processo.

Ademais, constata-se que o IRDR desenvolve importante papel na solução das demandas repetitivas (seriais) que são propostas constantemente perante o Poder Judiciário, podendo ser aplicado em campos não abrangidos pelo microssistema do processo coletivo, tendo em vista que qualquer matéria pode ser objeto do incidente.

Assim, foi analisado no presente estudo o primeiro IRDR instaurado no Brasil, no âmbito do direito à saúde. Depreende-se que as teses firmadas pelo incidente poderão proporcionar os benefícios supramencionados, os quais foram almejados com a criação do instituto.

Nesta perspectiva, com relação à judicialização da saúde, conclui-se que o Judiciário, ao possuir como função assegurar direitos fundamentais não efetivados pelas políticas públicas existentes, exerce um papel relevante no cumprimento das garantias fundamentais dos indivíduos.

Destarte, com a intensa propositura de demandas repetitivas de interesse público no Brasil, como a busca pela efetivação do direito à saúde, percebe-se a importância de um instituto como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que permite, ao firmar uma tese sobre determinada matéria, que as decisões proferidas, posteriormente, pelo órgão jurisdicional sejam realizadas de forma a garantir a segurança jurídica do ordenamento, tratando igualmente indivíduos com demandas semelhantes e trazendo ao sistema uma maior racionalização, celeridade, efetividade e previsibilidade das respostas jurisdicionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo Silva. **O incidente de resolução de demandas repetitivas irá extinguir as ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos? A convivência dos mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro.** In: Revista de Direito do Consumidor / vol. 113/2017 | p. 153 - 183 | Set - Out / 2017. Acesso em: 5 out 2017.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.** In: Revista de Processo / vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev / 2015. Acesso em: 01 dez 2017.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil.** In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada). Salvador. Juspodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Rio de Janeiro, 2007. Disponível: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-deEfetividade-à-Judicialização-Excessiva.pdf. Acesso em: 5. out. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal: Vade Mecum Rideel.** 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

_____, **Código de Processo Civil: Vade Mecum Rideel.** 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

_____, Exposição de motivos do Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 01 out 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. V. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LEITE, Luiz. Pela primeira vez, tribunal adota incidente de demandas repetitivas do novo CPC. Disponível em: <https://jota.info/justica/pela-primeira-vez-tribunal-adota-incidente-de-demandas-repetitivas-novo-cpc-14112016>. Acesso em: 01 out 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. In: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em: 29 de set 2017.

MEIRELES, Edilton. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Julgamento de casos repetitivos** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.10). 1. ed. Salvador. Juspodivm, 2017. p. 65-138.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Clare Pochmann. **Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos**. In: Direito & Paz | São Paulo, n. 35. p. 256 - 281 | 2º Semestre, 2016. Disponível: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/376>. Acesso em: 03 out 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo**. In: Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_55.pdf. Acesso em: 08 de out 2017.

MORETO, Marina Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. São Paulo. 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php - ACESSO EM 08/10/2017>. Acesso em: 8 de out 2017.

NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória**. In: Revista de Processo. V. 36, n. 199, p. 41-82, set. 2011. Disponível: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/80913/processualismo_constitucional_de_mocratico_nunes.pdf. Acesso em: 01 de out 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC**. In: Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 405-435, set. 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/106019/microsistema_formacao_precedentes_pinho.pdf. Acesso em: 08 out 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, **Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?** In: DIDIER JR, Fredie; ZANETI Jr, Hermes. Processo Coletivo (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.8). 1. ed. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 623-639.

ROSSI, Júlio César. **O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas.** In: Revista de Processo: RePro, v. 37, n. 208, p. 203-240, jun. 2012. Disponível: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/80077/precedente_brasileira_sumula_rossi.pdf. Acesso em: 3 out. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Compreendendo os precedentes no brasil: Fundamentação de decisões com base em outras decisões.** In: Revista de Processo | vol. 226/2013 | p. 349 - 382 | Dez / 2013. Disponível: https://www.academia.edu/6569850/Compreendendo_os_precedentes_no_brasil_Fundamentação_de_decisões_com_base_em_outras_decisões. Acesso em: 1 out 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva, **Common Law – Introdução ao direito dos Estados Unidos da América.** São Paulo: RT, 1999.

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000. Relator Desembargador Ronei Danielli. Disponível em: <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/11/IRDR-medicamentos.pdf>. Acesso em: 03 out 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004.

ZANETI JR, Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.** In: Revista de Processo vol. 235. 2014. / p. 293 – 349. Disponível: https://www.academia.edu/16753510/Precedentes_Treat_Like_Cases_Alike_e_o_novo_Código_de_Processo_Civil._Universalização_e_vinculação_horizontal_como_critérios_de_racionalidade_e_a_negação_da_jurisprudência_persuasiva_como_base_para_uma_teoría_e_dogmática_dos_precedentes_no_Brasil?auto=download. Acesso em: 2. out. 2017.

ZANETI JR, Hermes; DIDIER JR. Fredie. **Ações coletivas e o incidente de**

juizamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. São Paulo: RT, 2016.